

ESTUDIOS

Logros y cuestiones pendientes de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad

JULIO C. FUENTES GÓMEZ

*Administrador Civil del Estado
Subdirector General de Política Legislativa
en la Secretaría General Técnica
del Ministerio de Justicia.*

SUMARIO: 1. Introducción: el impacto de la nueva Ley.–2. La Directiva 2000/35/CE, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.–3. El porqué una ley especial y su tramitación.–4. Objeto y ámbito de aplicación de la LMLMOC.–5. Las medidas sustantivas de lucha contra la morosidad.–6. Cláusulas abusivas y su impugnación.–7. El régimen de pagos en el comercio minorista.–8. La aplicación de la Ley a las Administraciones Públicas.–9. La disposición transitoria de la Ley.–10. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN: EL IMPACTO DE LA NUEVA LEY

La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, la LMLMOP), es una ley de contenido fundamentalmente económico. Una norma llamada a producir un cambio notable en el comportamiento económico de las empresas y, en concreto, en lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones de las partes de un contrato mercantil. Ante las medidas que en materia de morosidad y plazos de pago que establece la ley, el posicionamiento de los afectados no ha sido lógicamente neutral, y en su intento de influir en el contenido de la norma, de acuerdo con sus intereses, sus propuestas han sido prácticamente permanentes, dirigidas, primero, a la Administración y, después, a los grupos parlamentarios. El resultado final que esta ley representa ha recogido en parte reivindicaciones de esos grupos, las cuales puede que también en parte se hayan visto defraudadas. Las presiones de algunos grupos, junto con la

propia coyuntura política, han sido también responsables del retraso con el cual se incorporó a nuestro Derecho la Directiva comunitaria de la que trae su origen ¹.

Como ha señalado la profesora Gema Díez-Picazo Giménez ², esta Ley viene a revitalizar una figura, la mora del deudor, hasta hace poco caída en el olvido, y con una regulación confusa e insuficiente. Una mora que en el plano que nos ocupa no puede separarse de la otra cara de la misma moneda que ahora nos jugamos, y que es el plazo de pago.

En efecto, la regulación de la mora y las obligaciones de pago con anterioridad a la aprobación de la LMLMOP se contenía en tres normas diferentes: el Código de Comercio, el Código Civil y la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

El Código de Comercio, que regula con carácter general las relaciones entre empresarios, establece en su artículo 62, que las obligaciones que no tuvieran un término prefijado son exigibles a los diez días de haber sido contraídas (es lo que se llama compras con pago «al contado», en las que, paradójicamente, el pago no es inmediato). Y el artículo 63 dispone que los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzará bien cuando llegue el día señalado para su cumplimiento, bien, en su defecto, cuando haya intimación por el acreedor.

Y el artículo 341 del Código de Comercio prescribe que «la demora en el pago del precio de la cosa comprada constituirá al comprador en la obligación de pagar el interés legal de la cantidad que adeude al vendedor».

En el Código Civil, el artículo 1100, prescribe que la obligación de pago es inmediata, si bien distingue dos clases de mora: la que exige requerimiento y la automática. La primera se recoge en el primer párrafo de dicho precepto cuando señala que: «incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación».

Mientras que la mora automática se expresa rechazando la necesidad de intimación del acreedor para que exista la mora cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente, o cuando de su naturaleza y circunstancia 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.

El CC cierra esta norma señalando que «en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro».

El artículo 1101 CC dispone que «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». Aclarando el artículo 1108 CC que «si la obligación consistiere en el

¹ En artículo publicado en la edición del periódico Cinco Días del lunes 17 de enero de 2005, Jordi de Juan I Casadevall la llamaba la morosa Ley de Morosidad. En la VII Legislatura fue el único Proyecto de ley que no aprobaron las Cortes Generales antes de su disolución a finales del año 2003.

² En su artículo sobre *La Directiva 2000/35/CE, sobre la mora debendi en las operaciones comerciales. Un eficaz intento para luchar contra la morosidad*. Artículo incluido en la obra colectiva Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Editorial Civitas.

pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal».

Por su parte, el artículo 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que es aplicable a las relaciones entre proveedores y distribuidores al por menor, y cuyos apartados 2 y 5 ya habían sido modificados por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias, establecía antes de la aprobación de la LMLMOP que, como regla general aplicable «a falta de pacto expreso, se entenderá que los comerciantes deben efectuar el pago del precio de las mercancías que compren el mismo día de su recepción». Igualmente, ya se incluía la previsión de que los proveedores deberían indicar en su factura el día del calendario en que debe producirse el pago.

Asimismo, los apartados 3 y 4 establecían la novedad en nuestro ordenamiento de establecer límites a los aplazamientos de pago, que en los «productos alimenticios percederos no excederán en ningún caso de treinta días, contados a partir del día en que se entregue la mercancía». Y sin perjuicio de ello, se preveía que «cuando los comerciantes acuerden con sus proveedores aplazamientos de pago que excedan de los sesenta días desde la fecha de entrega y recepción de las mercancías, el pago deberá quedar instrumentado en documento que lleve aparejada acción cambiaria, con mención expresa de la fecha de pago indicada en la factura. En el caso de aplazamientos superiores a noventa días este documento será endosable a la orden. En todo caso el documento se deberá emitir o aceptar por los comerciantes dentro del plazo de treinta días, a contar desde la fecha de recepción de la mercancía, siempre que la factura haya sido enviada. Para la concesión de aplazamientos de pago superiores a ciento veinte días, el vendedor podrá exigir que queden garantizados mediante aval bancario o seguro de crédito o caución.»

2. LA DIRECTIVA 2000/35/CE, POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES

Esta es precisamente la línea en la que se situó la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

La Comunidad Europea llevaba ya algunos años realizando un estudio comparado de las diferencias existentes entre las regulaciones de los países pertenecientes a la Comunidad en los plazos de pago. Unas divergencias que afectaban fundamentalmente a la duración del aplazamiento del pago, con notables variaciones entre países y sectores. Se observó que tampoco había homogeneidad en lo relativo al cómputo del plazo, tanto para la fecha de inicio para este cómputo como para la fecha de pago ³.

³ En cuanto a la fecha de inicio para el cómputo del plazo, se han observado las siguientes diferencias:

- En España esa fecha suele ser la de recepción de las mercancías.
- La mayor parte de los países de la CE toman como referencia la fecha de facturación.

En el ámbito comunitario había, en consecuencia, conocimiento de los problemas derivados de los plazos de pago, considerándose que los aspectos más polémicos de la relación entre fabricantes y distribuidores se encuentra, sin duda, en la duración de los plazos de pago, su demora y la revisión de condiciones a mitad de plazo ⁴. Y esta consideración de la demora en el pago como un problema para el buen funcionamiento del mercado interior es lo que ha llevado a la Comunidad Europea a la aprobación de la Directiva 2000/35/CE. Sin que haya sido la única organización que se ha ocupado este asunto. Otro intento de solucionar el problema de las insolvencias transfronterizas en el ámbito internacional lo constituye la labor realizada por la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional o UNCITRAL, a través de su Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza.

La Directiva 2000/35/CE parte de las siguientes premisas:

- Los plazos de pago excesivos y a la morosidad suponen cargas administrativas y financieras onerosas que pesan sobre las empresas, y especialmente sobre las pequeñas y medianas, las PYMES. Problemas que son además una de las principales causas de la insolvencia que amenaza la propia supervivencia de las empresas, originando incluso quiebras encadenadas, y se traduce en la pérdida de numerosos puestos de trabajo ⁵.
- En algunos Estados miembros, los plazos de pago contractuales difieren notablemente de la media comunitaria. Diferencias que constituyen un obstáculo para el buen funcionamiento del mercado interior, al

– En Bélgica se toma en consideración la fecha de recepción de la factura.

– Y en Irlanda y Reino Unido la fecha depende de lo contratado por las partes.

Y en cuanto a la fecha de pago, en la práctica los pagos suelen concentrarse en uno o dos días al mes (por ejemplo, el día 1, o los días 5 y 25).

⁴ Así se ponía de manifiesto en los distintos antecedentes a la Directiva 2000/35/CE, y que fueron principalmente:

1) La Resolución del Parlamento Europeo, del año 1994, sobre el Programa integrado en favor de las PYME y del artesanado, ya instó a la Comisión a presentar propuestas con objeto de solucionar el problema de la morosidad.

2) La Comisión adoptó, el 12 de mayo de 1995, una Recomendación relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales.

3) El Parlamento Europeo, en su Resolución de 1996 sobre la Recomendación de la Comisión relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales, instó a la Comisión a estudiar la posibilidad de convertir su Recomendación en una propuesta de Directiva para su presentación en el plazo más breve posible.

4) El Comité Económico y Social emitió el 29 de mayo de 1997 un Dictamen sobre el Libro Verde de la Comisión «La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro».

5) La Comisión publicó en 1997:

– Un Plan de acción para el mercado interior en el que se recalca que la morosidad representa un obstáculo cada vez más fuerte para el éxito del mercado interior.

– Un «Informe sobre los retrasos en el pago en las transacciones comerciales».

⁵ Hay, pues, aplazamientos en el pago que van mucho más allá de lo razonable, como sucede en determinados sectores, que aplazan el pago 210 días desde la presentación de la factura. En España la industria auxiliar de la construcción soporta unos plazos de pago de 193 días de media, mientras que el período medio de cobro a los clientes del sector está en 115 días.

Consecuencia de ello es que la organización de las empresas afectadas, en las que la morosidad supone entre el 2 y 2,5 por 100 en costes soportados sobre facturación, se debilita y desajusta de manera notable. Por ello se quiere evitar que quienes demanden un bien lo paguen cuando quieran.

Los plazos de pago excesivos, al suponer un aumento de los gastos financieros de los proveedores, incrementan sus necesidades de tesorería, que han de satisfacer con nuevas fórmulas de financiación, lo que, además de distorsionar su equilibrio financiero ya que ese crédito a clientes acaba pesando fuertemente en el activo, puede acabar teniendo consecuencias inflacionistas.

tiempo que limita considerablemente las operaciones comerciales entre Estados miembros, lo cual contradice el artículo 14 del Tratado, ya que los empresarios deben poder comerciar en todo el mercado interior en condiciones tales que garanticen que las operaciones transfronterizas no supongan mayores riesgos que las ventas en el mercado nacional. Se podrían producir, así, distorsiones de la competencia si se aplicaran normas sustancialmente diferentes a las operaciones en el mercado nacional y a las transfronterizas.

– Insuficiencia de las actuaciones autónomas o independientes de los Estados miembros para cumplir el objetivo de la lucha contra la morosidad (como justificación del cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad establecidos en el art. 5 del Tratado).

– Desde un punto de vista más práctico, se concluyó que la morosidad constituye un incumplimiento de contrato que se ha hecho económicamente provechoso para los deudores en la mayoría de los Estados miembros a causa de los bajos intereses aplicados a los pagos que incurren en mora y/o de la lentitud de los procedimientos de reclamación. Se recalca, en consecuencia, la necesidad de lograr un cambio decisivo en este ámbito de los pagos.

Sobre estos presupuestos la Directiva pretende poner fin al abuso en la libertad de contratación para el establecimiento de los plazos de pago. Para ello establece unos plazos de pago, cuyo transcurso implica que automáticamente se van a devengar unos intereses de demora sensiblemente más elevados de los que existen en la mayoría de los Estados miembros, incluyendo incluso una compensación a los acreedores por los gastos en que hayan incurrido, con el objetivo de invertir la tendencia observada en este campo y garantizar que las consecuencias de la morosidad sean disuasorias. Unas disposiciones que han pasado de forma casi literal a la LMLMOC y que más adelante veremos en detalle.

3. EL PORQUÉ DE UNA LEY ESPECIAL Y SU TRAMITACIÓN

Los trabajos para la incorporación de la Directiva 2000/35/CE comenzaron a comienzos del año 2002. La primera decisión que hubo de tomarse fue la de modificar los textos preexistentes o aprobar una ley especial. A favor de la primera opción estaba (y está) la complejidad e inseguridad jurídica que entrañaba regular la morosidad en una ley especial, ya que estaríamos ante la cuarta regulación de esta materia. Sin embargo, y consultada esta cuestión con la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, se decidió que era más oportuno proceder a la transposición de la Directiva mediante una ley especial, debido al distinto ámbito subjetivo de la norma europea y de nuestro Código de Comercio. Se señalaron también diferencias en su ámbito objetivo en tanto que la Directiva venía a regular la morosidad de las deudas pecuniarias, mientras que el Código de Comercio contempla la morosidad en las obligaciones mercantiles. No obstante, se apuntaba la necesidad de incorporar una disposición en la futura Ley con el mandato al Gobierno para remitir

al Congreso un Proyecto de ley que regulara las disposiciones generales sobre las obligaciones mercantiles a efectos de su integración ⁶.

Este aspecto ha sido objeto de crítica por la doctrina, así el profesor Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano ha lamentado que «nuestro legislador siga optando por la fórmula fácil de transposición de Directivas a través de leyes especiales, que se van superponiendo a la legislación preexistente, sin orden ni concierto» ⁷.

La propia Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación ha manifestado que la integración en el Código de Comercio de esta Directiva es imprescindible, e incluso ha incluido una serie de previsiones en esta materia en un borrador de norma general sobre obligaciones y contratos mercantiles elaborado por la citada Sección.

Sin tratar de quitar la razón a estas críticas, tampoco puede dejar de señalarse que la Ley finalmente aprobada ha permitido incorporar a nuestro Derecho con mayor detalle y precisión las disposiciones de la Directiva 2000/35/CE, algo que la Comisión europea vigila cada día con más atención. El propio Consejo de Estado, en su dictamen de fecha de 19 de junio de 2003, vino a señalar que «ante la complejidad y los problemas surgidos para efectuar dicha incorporación en los textos legales existentes en nuestro ordenamiento (y teniendo en cuenta la prudencia con la que debe abordarse cualquier modificación de códigos o normas de larga tradición), se considera adecuada la vía seguida para llevar a cabo la incorporación de la norma comunitaria».

Sea como fuere, se preparó una ley especial que se remitió a las Cortes Generales a finales del mes de junio del año 2003 y que se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de fecha de 1 de julio del mismo año. Esta tramitación parlamentaria no llegó a culminar a causa de la disolución de las Cámaras, por lo que esa iniciativa caducó ⁸. Tras la constitución del nuevo Gobierno en abril de 2004, y ya con un retraso acumulado en la incorporación de la norma comunitaria considerable que hacía a España candidata a la apertura por la Comisión europea de un procedimiento de infracción, era urgente culminar esta tramitación. Ello hizo que se retomara el texto adoptado por la Ponencia del Congreso de los Diputados que se ocupó de este Proyecto la pasada legislatura, al que se introdujeron algunas correcciones técnicas a instancia de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, responsable del Proyecto, se incorporaron algunas de las observaciones no atendidas del Consejo de Estado (dictamen de 19 de junio de 2003), así como algunas de las enmiendas entonces presentadas y que tampoco se tuvieron en cuenta, y determinadas observaciones ahora planteadas por distintos Ministerios.

⁶ Así quedó reflejado en el acta de la reunión de la sección segunda de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, de fecha de 7 de mayo de 2002. Tema del que fue ponente el vocal D. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, que también participó en el grupo de trabajo que elaboró el primer borrador de la ley. En dicha reunión, la profesora Mercedes Vergez señaló que la finalidad de la Directiva es penalizar la morosidad sistemática (o incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago) en prácticas comerciales en detrimento de otros intereses.

⁷ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Morosos*, Revista Aranzadi de Derecho Civil-Mercantil de enero de 2005.

⁸ Puede leerse el comentario de Rosalía Estupiñán Cáceres, *El proyecto de Ley por el que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: aspectos básicos*. Publicado en el Diario La Ley el 9 de febrero de 2004.

La nueva tramitación parlamentaria no fue precisamente rutinaria: hubo de solicitarse un nuevo dictamen al Consejo de Estado (de fecha de 30 de septiembre de 2004, y que respaldó el nuevo texto aprobado por el Gobierno, señalando que su segundo informe no era necesario), la tramitación de las enmiendas tampoco se prestó al tedio, dando emoción hasta el último momento. Con todo ello, el texto fue finalmente aprobado, publicándose como la Ley 3/2004 en el Boletín Oficial del Estado de 30 de diciembre de 2004.

4. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LMLMOC

La Ley, de conformidad con el texto resultante de una enmienda transaccional en el Congreso de los Diputados, proclama, en su artículo 1, que su objeto es «combatir la morosidad en el pago de deudas dinerarias y el abuso, en perjuicio del acreedor, en la fijación de los plazos de pago en 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». Como ya se ha apuntado, éstas son las dos caras de una misma moneda, pues no hay mora si no se incumple el plazo de pago⁹, pero si éste es excesivamente dilatado sus consecuencias económicas para el acreedor son, al menos, igual de perjudiciales que la propia mora. Luchar contra ambos es el objetivo de la ley.

Con arreglo a la técnica que nos viene imponiendo las normas europeas, la Ley incluye en su artículo 2 una serie de definiciones que bien pudieran haberse ahorrado. Estas definiciones son las de empresa (como «cualquier persona física o jurídica que actúe en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional»), Administración (mediante una remisión al art. 1, apartados 2 y 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) y morosidad (como «el incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago»¹⁰).

El ámbito de aplicación de la ley se determina en su artículo 3, de acuerdo con el cual la ley se aplicará «a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración», reconduciendo éstas a la regulación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, e incluyendo una mención especial a las operaciones realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas». Desaparece, así, la declaración de supletoriedad de la Ley en relación con el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que aparecía en el Proyecto de Ley aprobada en la VII Legislatura, situando en igualdad de condiciones a las entidades públicas y privadas, y asegurando la aplicación general de esta regulación. En este mismo sentido se había manifestado el Consejo de Estado.

⁹ Evidentemente, nos estamos refiriendo a obligaciones sinalagmáticas, en las que no haya aplazamientos de pago ni sea necesaria la intimación del acreedor.

¹⁰ Lo que en este caso da lugar a una dualidad de definiciones de mora en nuestro ordenamiento jurídico, que para nada favorece la seguridad jurídica.

En este mismo precepto se excluyen de la aplicación de la ley una serie de supuestos de cierta relevancia, como las operaciones con consumidores o los pagos realizados por compañías aseguradoras¹¹. Tampoco se incluyen «los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio» (una redacción manifiestamente mejorable, sin duda). La redacción utilizada en relación con estos medios de pago, a la espera de lo que digan los tribunales, parece sugerir que no ha de ser posible servirse de ellos para burlar los plazos de pago fijados en la ley. Se excluyen, igualmente, «los pagos de indemnizaciones por daños», como son los casos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas o el justiprecio en las expropiaciones.

Este mismo precepto excluye del ámbito de aplicación de la ley las deudas sometidas a procedimientos concursales incoados contra el deudor, que se regirán por lo que establece su legislación especial.

Durante la tramitación parlamentaria de la ley, desapareció la exclusión de las operaciones financieras, cuya inclusión inicial obedeció al propósito de excluir estas operaciones realizadas en el ámbito de las Administraciones Públicas (se pensaba entonces en los avales del Estado). La ambigüedad de esta expresión y el convencimiento de que la ley no afectaría a los supuestos señalados, permitieron su desaparición durante la tramitación parlamentaria¹². Se trataba, además, de una exclusión no prevista en la Directiva 2000/35/CE. El criterio fundamental al que habrá de atenderse es a la consideración en cada caso de una operación financiera como operación comercial y, en su caso, a la existencia de prescripciones especiales¹³.

5. LAS MEDIDAS SUSTANTIVAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD

Las medidas sustantivas contra la morosidad que esta Ley contiene en sus artículos 4 a 8, más la previsión del artículo 10, consisten, con carácter general, en determinar los plazos de pago que han de cumplirse por los deudores, establecer el devengo automático de los intereses de demora, señalar el tipo de interés de demora, otorgar al acreedor el derecho a reclamar al deudor una indemnización razonable por los costes de cobro, y la posibilidad de pactar cláusulas de reserva de dominio a los efectos de que el vendedor conserve la propiedad de los bienes hasta el pago total de la deuda.

Con estas medidas viene a limitar la autonomía de la voluntad que hasta ahora ha presidido esta regulación, y cuya puesta al día venía exigida por la necesidad de dar seguridad jurídica y económica a unas relaciones en las que normalmente, en

¹¹ Regulándose éstos en el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.

¹² En este sentido, puede leerse el dossier publicado en la edición del periódico La Gaceta de los Negocios de 2 de marzo de 2005, elaborado por Francisco Redondo, con el título *Aplicación de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones financieras*. También disponible en internet (www.ventura-garces.com).

¹³ Como sería el caso de los descubiertos en cuentas corrientes, previsto en el artículo 19 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, según cual «en ningún caso se podrán aplicar a los créditos que se concedan, en forma de descubiertos en cuentas corrientes [...], un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero».

atención a las características de los distintos sectores económicos, la igualdad de las partes no existe ¹⁴.

En palabras de la propia Exposición de Motivos de la Ley, se viene a introducir «un cambio esencial en este ámbito, como es el de desplazar a los usos del comercio que hayan venido consagrando plazos de pago excesivamente dilatados, los cuales se verían sustituidos por las disposiciones de esta Ley». De este modo, la libertad de las partes deja de ser ilimitada, para tener que ubicarse en un nuevo marco más estricto en lo que se refiere a la determinación contractual de los plazos de pago y los intereses de demora.

A) En primer término, el artículo 4, bajo la rúbrica de determinación del plazo de pago, establece que el plazo de pago que debe cumplir el deudor será el que se hubiera pactado entre las partes dentro del marco legal aplicable y, en su defecto, el que determina la propia ley, y que es el siguiente:

a) Treinta días después de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente.

b) Si la fecha de recibo de la factura o la solicitud de pago equivalente se presta a duda, treinta días después de la fecha 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, treinta días después de la entrega de los bienes o de la prestación de los servicios.

d) Si legalmente o en el contrato se ha dispuesto un procedimiento de aceptación o de comprobación mediante el cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato y si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente antes o en la fecha en que tiene lugar dicha aceptación o verificación, treinta días después de esta última fecha.

De esta forma, a falta de pacto expreso entre las partes, la Ley fija con carácter general en treinta días el plazo de pago y de exigibilidad de intereses moratorios, a contar desde las fechas de recepción de la factura, de realización del objeto de la operación comercial acordada o de la verificación de la conformidad del cumplimiento del contrato, como elementos o puntos de referencia en el desarrollo de toda operación comercial.

B) El artículo 5 de la Ley regula el devengo automático de intereses de demora. Unos intereses de demora cuya función tradicionalmente reconocida es la indemnización de daños y perjuicios imputables a la demora en el cumplimiento de la obligación. Con arreglo a este precepto, «el obligado al pago de la deuda dineraria surgida como contraprestación en operaciones comerciales incurrirá en mora y deberá pagar el interés pactado en el contrato o el fijado por esta Ley 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».

En consecuencia, este automatismo pone fin en este ámbito mercantil al anterior devengo de intereses moratorios a partir del requerimiento o intimación anterior al cumplimiento de la obligación (la protesta de daños y perjuicios a la que se refiere el

¹⁴ Puede leerse el artículo, ya citado, de Jordi de Juan I CASADEVALL, *La morosa Ley de Morosidad*, publicado en la edición del periódico Cinco Días del lunes 17 de enero de 2005.

artículo 63 del Código de Comercio) o, en su defecto, a partir de la interposición de la demanda.

El artículo 6 de la Ley señala los requisitos para que el acreedor pueda exigir los intereses de demora, los cuales ya se inferían de nuestro Código Civil, y que son:

a) Que el mismo haya cumplido sus obligaciones contractuales y legales (de lo contrario rige la regla *exceptio non rite adimpleti contractus*).

b) Y que no haya recibido a tiempo la cantidad debida a menos que el deudor pueda probar que no es responsable del retraso (redacción ésta que debiera haberse mejorado).

C) Por otro lado, entre las medidas sustantivas contra la morosidad reviste especial interés la relativa a la determinación del tipo de interés moratorio, regulado en el apartado d) del artículo 3.1 de la Directiva, por cuanto cumple una de las finalidades más importantes de la Directiva como es disuadir la mora evitando que ésta resulte económicamente ventajosa para el deudor.

A este respecto dice el artículo 7 que el interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, el 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.

Este mismo precepto aclara que «por tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a sus operaciones principales de financiación se entenderá el tipo de interés aplicado a tales operaciones en caso de subastas a tipo fijo. En el caso de que se efectuara una operación principal de financiación con arreglo a un procedimiento de subasta a tipo variable, este tipo de interés se referirá al tipo de interés marginal resultante de esa subasta». Y se precisa 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. Para mayor seguridad jurídica se ordena que el Ministerio de Economía y Hacienda publique semestralmente en el «Boletín Oficial del Estado» el tipo de interés resultante por la aplicación de esta norma. Lo que ya se ha hecho con la publicación en el «BOE» núm. 17, de 20 de enero de 2005, de la Resolución de 18 de enero de 2005, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se hace público el tipo legal de interés de demora para el primer semestre natural del año 2005. Resolución en la que se dice que «a efectos de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, el tipo legal de interés de demora a aplicar durante el primer semestre natural de 2005 es el 9,09 por 100», resultante de la suma del tipo de interés marginal resultante la última operación principal de financiación del Banco Central Europeo en el segundo semestre de 2004 ha sido el 2,09 por 100 más los siete punto porcentuales previstos en la Ley.

Es interesante recordar aquí la observación hecha por Francisco Redondo¹⁵, que, a la vista de esta libertad de las partes y en los contratos transnacionales que puedan celebrarse, advierte de la importancia de que éstos establezcan con claridad el tipo de interés de demora, especialmente cuando en aplicación del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980, esa ley aplicable a la operación comercial en cuestión sea no la de otro Estado

¹⁵ FRANCISCO REDONDO, *Aplicación de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad ... op.cit.*

miembro de la Unión Europea (que también habrá tenido que incorporar la Directiva 2000/35/CE), sino de la un Estado tercero.

D) La Directiva prevé una compensación específica dirigida a cubrir los costes de cobro en que incurra el acreedor para lograr el pago de su deuda. En la norma de incorporación se optó, cuando se retomaron los trabajos de incorporación a comienzos de esta legislatura, por sustituir dicho término de «compensación» por el de «indemnización», más ajustado a nuestra tradición jurídica, en la que la compensación aparece, principalmente, como una forma de extinción de las obligaciones cuando dos personas son recíprocamente acreedora y deudora entre sí. Mientras que el artículo 1101 del Código Civil dispone que han de indemnizarse los daños y perjuicios causados por los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurran en dolo, negligencia o morosidad.

La consecuencia de esta norma es que la indemnización de daños y perjuicios de la mora ya no se reduce al pago del interés de demora –que ya prevenían los artículos 341 del Código de Comercio y el 1108 del Código Civil-, sino que también comprenderá esta indemnización cuando así se justifique. Ahora la ley permite, además, pedir una indemnización por los gastos que haya tenido que desembolsar el acreedor para lograr el cobro de su crédito.

Al permitir la Directiva a los Estados miembros fijar una cantidad máxima a la indemnización por los costes de cobro que el acreedor tiene derecho a reclamar al deudor, el artículo 8 de la Ley limita aquélla en un quince por ciento de la cuantía de la deuda, introduciendo como excepción a este límite los casos en los que la cuantía de la deuda no supere los treinta mil euros, supuestos en los que el límite de la indemnización es el propio importe de la deuda. Esta distinción obedece al hecho de que en el supuesto de cuantías importantes el quince por ciento resulta una cantidad proporcional y suficiente, pero no ocurre lo mismo cuando las cuantías no son elevadas. En consecuencia, se ha optado por limitar a treinta mil euros esa cuantía al coincidir la misma con la cuantía del proceso monitorio, que si bien no es preceptiva la intervención de abogado ni procurador para la presentación de la petición inicial, según el artículo 814.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), si el deudor no atiende el requerimiento de pago o se opusiere y la cuantía es superior a novecientos euros será preceptiva la intervención de dichos profesionales para la ejecución (art. 539.1 en relación con los arts. 23 y 31 de la LEC).

Esta indemnización tampoco juega automáticamente, sino que, como dice este precepto, entra en juego en relación a «los costes de cobro debidamente acreditados que [el acreedor] haya sufrido a causa de la mora», para que impedir que por esta vía tenga lugar un enriquecimiento injusto de aquél. Como criterios para la determinación de estos costes de cobro se remite a la aplicación de los principios de transparencia y proporcionalidad respecto a la deuda principal, con lo que también se pretenden excluir costes extrajudiciales excesivos (incluso extravagantes podría decirse en algunos casos).

Esta indemnización por los costes de cobro debe entenderse, como señala el Considerando 17 de la Directiva 2000/35/CE, «sin perjuicio de otras disposiciones nacionales en virtud de las cuales un juez nacional pueda reconocer el derecho del acreedor a una indemnización por daños y perjuicios causados por la morosidad del deudor, teniendo en cuenta asimismo que estos costes en que se haya incurrido pueden estar ya amparados por los intereses de demora». Ello explica el segundo párrafo del apartado 1 de este artículo 8, en el que se trata de conciliar esta indemnización

con la condena en costas ¹⁶, para lo cual se dice que «no procederá esta indemnización cuando el coste de cobro de que se trate 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 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil». El vencimiento en costas supondrá, como regla general, una compensación por una cantidad total de hasta la tercera parte de la cuantía del proceso, siendo, en consecuencia, más beneficioso que la indemnización regulada en la LMLMOC.

El principio que inspira esta indemnización por costes de cobro es el mismo que inspira la condena en costas: la necesidad del proceso para el reconocimiento del derecho no puede convertirse en un perjuicio para quien insta ese reconocimiento. Evidentemente, no cabe pedir una indemnización por los gastos que hayan sido cubiertos por la condena en costas. Sería cobrar dos veces por lo mismo, infringiendo de nuevo la prohibición de enriquecimiento injusto.

Este precepto se cierra con la excepción a la obligación de pago de esta indemnización para el deudor que no sea responsable del retraso en el pago.

En relación con este precepto, es interesante reseñar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el mismo, en su sentencia de 10 de marzo de 2005, recaída en el asunto C-235/03 ¹⁷. Esta decisión tiene su origen en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Barcelona, en la cual se preguntaba si «en el ámbito de protección al acreedor derivado de la Directiva 2000/35/CE sería posible considerar coste de cobro de la deuda los gastos derivados del uso de abogado y procurador en el proceso monitorio instado para el cobro de dicha deuda».

El problema derivaba de que el juicio monitorio no se incluye dentro de los procedimientos declarativos de carácter contradictorio, en los que sí existe posibilidad de imponer costas en toda su extensión. Así, de conformidad con el artículo 32.5 de la LEC, en un proceso monitorio no hay costas, con las excepciones de apreciación de temeridad y cuando el domicilio de la parte esté en un lugar distinto a donde se tramita el litigio y precise de abogado y procurador. Cuando se planteó esta cuestión todavía no se había aprobado la LMLMOC.

En ese contexto, el Tribunal de Justicia decidió que «dado que, sobre la base del Derecho nacional, no es posible incluir en el cálculo de las costas a las que podría ser condenado un particular obligado al pago de una deuda profesional los gastos derivados de la intervención de un abogado o de un procurador en defensa o representación del acreedor en un proceso judicial de reclamación de dicha deuda,

¹⁶ Debe recordarse que, de conformidad con el artículo 241.1 de la LEC dentro de las costas se incluyen los siguientes conceptos:

- 1.º Honorarios de la defensa y de la representación técnica cuando sean preceptivas.
- 2.º Inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso.
- 3.º Depósitos necesarios para la presentación de recursos.
- 4.º Derechos de peritos y demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso.
- 5.º Copias, certificaciones, notas, testimonios y documentos análogos que hayan de solicitarse conforme a la Ley, salvo los que se reclamen por el tribunal a registros y protocolos públicos, que serán gratuitos.
- 6.º Derechos arancelarios que deban abonarse como consecuencia de actuaciones necesarias para el desarrollo del proceso.

¹⁷ Repertorio de jurisprudencia comunitaria, disponible en la página de internet <http://curia.eu.int>

la Directiva 2000/35/CE [...], no puede servir por sí sola de fundamento a tal posibilidad».

A la vista de esta sentencia cabe preguntarse si tras la aprobación de la Ley 3/2004 sería posible reconocer, en esos casos en los que no hay condena en costas, el derecho a la indemnización por coste de cobro de la deuda. Parece que la interpretación correcta nos llevaría a considerar que si el acreedor contrató los servicios profesionales de abogado y procurador para cobrar un crédito, cuando su intervención no es necesaria, pide una indemnización por un gasto que no le resulta imputable al deudor, sino a él mismo que ha querido servirse de abogado y procurador cuando no era necesario. Otra cosa es que se hubiera servido de ellos al amparo del artículo 32.5 LEC, porque residían en otra localidad. En consecuencia, si hay costas no hay indemnización, pero si no hay costas, habrá indemnización sólo en aquella cuantía y por aquellas actuaciones que hayan sido efectivamente necesarias¹⁸. Si no, pueden darse situaciones de abuso, de modo que se lleven actuaciones absolutamente innecesarias y que luego se reclamen del deudor¹⁹.

E) Las medidas sustantivas de la Ley se cierran con la regulación en el artículo 10 de la llamada cláusula de reserva de dominio. En este precepto se dispone que «en las relaciones internas entre vendedor y comprador, aquél conservará la propiedad de los bienes vendidos hasta el pago total del precio, siempre que se haya convenido expresamente una cláusula de reserva de dominio entre comprador y vendedor antes de la entrega de los bienes».

Esta prescripción se completa con la previsión de que el vendedor pueda subrogar en su derecho a la persona que, mediante la realización de anticipos, financiación o asunción de la obligación, realiza la contraprestación por cuenta del deudor o permite a este último adquirir derecho sobre el objeto de la reserva de dominio o utilizarlo cuando dicha contraprestación se destina a ese fin.

Entre las medidas de conservación de su derecho, el vendedor o el tercero que haya financiado la operación podrá retener la documentación acreditativa de la titularidad de los bienes sobre los que se haya pactado la reserva de dominio.

La cláusula de reserva de dominio ya se encontraba regulada con anterioridad en nuestro Ordenamiento, en concreto en la legislación de venta a plazos de bienes muebles, que prevé la existencia de un Registro de Ventas a Plazos en el que se inscribirían estas cláusulas pactadas para que tengan eficacia frente a terceros. La cláusula se configura como una garantía para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de compraventa.

Y esta es precisamente la crítica que se ha formulado a este precepto por Carrasco Perera²⁰, que ha dicho que la norma que figura en la ley carece de sentido. Según este autor, lo que pretendía el artículo 4 de la Directiva 2000/35/CE «es que se armonizara en el seno de la UE una regla en virtud de la cual los proveedores de bienes pudieran garantizarse mediante una retención del dominio oponible a terceros». Frente a esto, nuestra norma se queda en que lo que pactan vendedor y comprador

¹⁸ Por cuanto se trate de actuaciones impuestas por la ley, como ha precisado el profesor Lorenzo Prats, cuyos comentarios a esta y otras cuestiones tratadas en este artículo el autor agradece.

¹⁹ Sobre estas cuestiones puede consultarse el libro de Javier López Sánchez, *El proceso monitorio*, Editorial La Ley, en especial las páginas 211 y siguientes.

²⁰ En una nota que con el título *el Morosidad y reserva de dominio* se ha publicado en la revista *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 663/2005.

no es que el primero retenga el dominio frente a tercero hasta el completo pago del precio, «sino que entre vendedor y comprador la propiedad se mantenga en el patrimonio de aquél hasta que el comprador pague. Pero frente al comprador no necesita el vendedor reserva de dominio, y le basta la simple condición resolutoria por impago. Pues si no existen terceros en discordia, al vendedor le da exactamente lo mismo recuperar el bien mediante condición resolutoria que mediante una reserva de dominio». Y añade el profesor Carrasco, que «incluso en este último caso será preciso resolver el contrato de compraventa, pues, con reserva o sin reserva, el comprador posee con derecho hasta que no se resuelve el título».

En la práctica, la eficacia *ad extra* ha de salvarse recurriendo a las previsiones que a este respecto contiene del Código Civil, de tal forma que para la validez frente a terceros, se requerirá que la cláusula se establezca en un documento público (art. 1218) o que se inscriba en un registro público cuando se trate de un documento privado (art. 1227) ²¹.

Como ha señalado Marcos Gallardo Meseguer ²², cuando se aprobó la Directiva 2000/35/CE, esta cláusula carecía de eficacia en algunos de los Estados miembros de la Comunidad Europea. Teniendo en cuenta que «la ley aplicable será normalmente la del lugar donde se encuentren los productos [...] el vendedor deberá considerar cuidadosamente qué grado de protección y eficacia otorgará la ley del país donde envíe sus mercancías a la reserva de dominio» ²³. En el ámbito comunitario, el resultado de la transposición de la Directiva debería ser la existencia en los distintos Estado de procedimientos que permitan al acreedor la reclamación de la devolución de los bienes vendidos y no cobrados cuando hubiera pactado la cláusula de reserva de dominio a favor del vendedor hasta el pago final. Habrá que atender a la forma exigida en el país al que se dirigen las mercancías para dar eficacia a la reserva de dominio.

6. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SU IMPUGNACIÓN

En el artículo 9 de la LMLMOC se incorpora la previsión del artículo 3.3 de la Directiva acerca de las denominadas cláusulas abusivas, y que supone el reconocimiento de una realidad cada vez más frecuente del tráfico comercial en la que uno de los contratantes se encuentra en la negociación del contrato en una situación de inferioridad, que le obliga a aceptar la imposición de determinadas condiciones ²⁴.

²¹ En el proyecto de ley aprobado en la pasada legislatura, se incluía un último párrafo en este artículo 10, según el cual «si las partes o sus subrogados quisieran dotar a la reserva de dominio de efecto contra terceros deberán cumplimentar los requisitos de forma establecidos en los artículos 1280 y 1526 del Código Civil, en su caso, mediante el otorgamiento de documento público intervenido notarialmente del que se tomará razón en el registro competente según la naturaleza de los bienes transmitidos y si los mismos fueren susceptibles de inscripción».

²² En su artículo publicado en la revista *Carta Mercantil* núm. 27, de septiembre de 2001, con el título *Instrumentos contra la morosidad internacional*.

²³ Se trata aquí de tener en cuenta lo que los economistas denominan riesgo país.

²⁴ Ha de explicarse que ya en 1990, con motivo de la propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, el Comité Económico y Social de la CEE, en su dictamen (de 2 de octubre de 1990) sobre dicha propuesta de Directiva instaba a la Comisión a considerar en un futuro muy próximo la posibilidad de prohibir las cláusulas abusivas en todos los contratos, «independientemente de

Según el apartado 1 de este precepto, «serán nulas las cláusulas pactadas entre las partes sobre la fecha de pago o las consecuencias de la demora que difieran en cuanto al plazo de pago y al tipo legal de interés de demora establecidos con carácter subsidiario en el apartado 2 del artículo 4 y 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, 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».

Este precepto es, por tanto, la pieza de la ley que trata de otorgar eficacia a los plazos de pago y al tipo de interés de demora que se establecen, y que constituyen el nuevo marco en el que se ha de desenvolver la libertad de las partes para la fijación de aquéllos. Esto explica que, a modo de cautela, se establezca también que la práctica repetida de plazos abusivos no admite la consideración de uso habitual del comercio.

De acuerdo con el segundo párrafo de este artículo 9.1 de la Ley, «para determinar si una cláusula es abusiva para el acreedor, se tendrá en cuenta, entre otros factores, si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse del plazo de pago y del tipo legal del interés de demora dispuestos en el artículo 4.2 y en el artículo 7.2». Se exige, así, una razón objetiva para separarse de los plazos y del tipo de interés que se fijan en la Ley.

Lo cual se completa con la recepción en la Ley de los criterios que de acuerdo con el considerando 19 de la Directiva deben tenerse en cuenta para determinar si una cláusula es abusiva, considerando todas las circunstancias del caso. Estos criterios comprenden la valoración acerca de «si dicha cláusula sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, o 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». Previsión esta última de especial aplicación en el ámbito de la subcontratación.

El apartado 2 del artículo 9 se refiere a las facultades integradoras y moderadoras del contrato por el juez cuando se declare la invalidez de dichas cláusulas abusivas, que no deben afectar a la continuidad de dicho contrato o de la relación comercial.

Los apartados 3 y 4 de este artículo 9 regulan la impugnación mediante acciones colectivas de tales cláusulas abusivas. A pesar de que en algún momento así se solicitó, la impugnación no comprende los contratos individuales, sino, como prescribe el artículo 3.5 de la Directiva, se refiere a «cláusulas redactadas para uso general». Para incorporar esta previsión, el apartado 3 declara que «serán igualmente nulas las

que se celebren con consumidores o no, teniendo particularmente en cuenta los problemas experimentados por las PYME».

Durante la elaboración y tramitación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación un sector doctrinal planteaba la oportunidad de extender la regulación de las cláusulas abusivas a la posición de abuso de Derecho entre empresarios, tomando como referente la situación del profesional o pequeño empresario frente a la del gran empresario, en el momento de la negociación de un contrato. También el Consejo de Estado se manifestó favorable a esta tesis en su dictamen de 24 de julio de 1997.

Fue así como la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación no sólo se aplica a las relaciones de profesionales con los consumidores, sino también de profesionales entre sí.

cláusulas abusivas contenidas en las condiciones generales de la contratación». Y contra estas cláusulas podrán interponerse las acciones de cesación y de retractación de conformidad con lo dispuesto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

La Ley reconoce para ello la legitimidad de las siguientes entidades:

- a) Las asociaciones, federaciones de asociaciones y corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros.
- b) Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.
- c) Los colegios profesionales legalmente constituidos.

Admitiendo, finalmente que estas entidades puedan personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan.

Este reconocimiento de legitimación activa a las asociaciones llevó a que se plantearan algunas cuestiones relacionadas con su ejercicio. Y una de sus principales reclamaciones en este ámbito fue la lograr la confidencialidad de determinados datos en el seno de un posible proceso civil. Concretamente, se daba la posibilidad de que en los contratos que pudieran incluir cláusulas abusivas por contener plazos de pago excesivo y que fueran aportados, en su caso, por las asociaciones en esos procesos, no constara quienes son los empresarios parte en los mismos. Se alegaba que sin esa confidencialidad la ley no tendría aplicación práctica, pues nadie se atrevería a demandar al empresario del que es proveedor o suministrador.

En este sentido, el Senado aprobó una enmienda con esta redacción: «Los elementos de prueba que aporten los empresarios defendidos por estas entidades habrán de estar bajo la reserva de confidencialidad». Se trataba de una solución que, sin embargo, debía rechazarse, en tanto que resultaba contraria al principio de contradicción y al derecho de defensa del empresario contra el que se litigue, introduciendo elementos extraños en nuestro proceso civil y que, en último término, planteaba serias dudas de constitucionalidad.

A este respecto, esta confidencialidad no es admisible, pues con ella se impediría la impugnación del documento presentado como prueba. ¿Cómo se podría impugnar su autenticidad sin saber quién lo ha firmado? ¿Cómo se haría el cotejo de letras? Si es un documento que no va firmado, ¿cómo se puede discutir su autenticidad? Interrogantes unidos a la circunstancia de que la personalidad es determinante del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y que hacían inadmisibles aquel texto ²⁵.

De esta forma, aquella enmienda supondría volver a un proceso inquisitivo, sin la garantía de la contradicción. Y previsiblemente un texto así conllevaría una eventual declaración de inconstitucionalidad.

Este tema de la confidencialidad está surgiendo también en otros casos, como sucede en la actualidad con los trabajos de incorporación de la Directiva 2004/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de

²⁵ Puede recordarse aquí que ni siquiera en el proceso penal, el secreto es absoluto. El secreto sólo se da en el sumario, no en la fase de plenario. Además, nunca afecta el secreto a las partes, cuando se limita el acceso a las vistas. Cuando hay testigos protegidos, se impide la visión directa del testigo que declara, pero el abogado del acusado sí que puede identificar al testigo que declara.

los derechos de propiedad intelectual. Para solucionar esta cuestión se ha planteado la posibilidad de que, en unas diligencias preliminares, con carácter previo al proceso, se solicite la exhibición de todos los documentos de pago por los posibles demandados en un periodo de tiempo determinado. Se trata de introducir una suerte de instrucción en el proceso civil. Una vez exhibidos los documentos en las diligencias preliminares –documentos que afectarán a muchos empresarios– la asociación que actúe no debe temer por los empresarios que hayan dado la voz de alarma del abuso porque pueden llamarlos a ellos o a otros que también se vean afectados por la práctica del empresario demandado. Consideraciones que parece que también aquí serían aplicables

Otra medida posible sería introducir una cláusula que prohibiese al demandado hacer uso de la información obtenida en el proceso, de modo que tal actuación se consideraría como competencia desleal o conducta desleal. Si un empresario no renueva el contrato a un suministrador que hace una oferta adecuada, porque anteriormente testificó o facilitó documentos contra él, debería establecerse una sanción contra él, o la posibilidad de solicitar una indemnización de algún tipo ²⁶. De hecho, las normas de competencia desleal de defensa de la competencia ya protegen las situaciones que se denominan de dependencia económica y no amparan rupturas comerciales que obedezcan sin más a la voluntad unilateral de la parte más fuerte ²⁷.

En este sentido, cabe recordar aquí las previsiones de nuestra legislación de defensa de la competencia. Tanto el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, como el artículo 16 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal contienen previsiones que podrían resultar de aplicación a los fines señalados. Este último precepto ya reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. A lo que añade que tendrá la consideración de desleal la ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 6 meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor.

7. EL RÉGIMEN DE PAGOS EN EL COMERCIO MINORISTA

La LMLMOC también introduce modificaciones en el régimen de pagos del comercio minorista. La primera previsión en este sentido es la de la disposición adicional primera que señala como la regulación de esta materia se encuentra en el artículo 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LORCOMI), aplicándose de forma supletoria la Ley 3/2004.

²⁶ En relación con estas reflexiones acerca de la confidencialidad, el autor agradece las impresiones que sobre este tema le ha transmitido el profesor Javier López Sánchez.

²⁷ Vid. Pablo Trasoyeres Galvañ, *¿Será realmente útil la nueva norma?*, artículo publicado en la edición del periódico Cinco Días de 2 de febrero de 2005.

Después la disposición final segunda se da nueva redacción a los apartados 1, 3, 4 y 5 del artículo 17 de la LORCOMI. Se trata de la disposición que más cambios ha experimentado durante la tramitación parlamentaria. El Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 24 de junio de 2004, se limitaba a modificar tan solo el apartado 3 del artículo 17 citado, distinguiendo los aplazamientos de pago de productos de alimentación frescos y perecederos, que no excederían de 30 días desde la fecha de entrega y recepción de las mercancías, y de los demás productos, que no excederían de los 60 días contados de conformidad con las reglas del artículo 4 de la LMLMOC. El matiz venía dado por la disposición transitoria segunda, que retrasaba la eficacia de ese nuevo artículo 17.3 hasta el año 2007, momento hasta el cual se aplicaría el límite de 90 días para el aplazamiento de los pagos.

El resultado final, fruto de la negociación parlamentaria cambia considerablemente aquella redacción. Ahora dentro del ámbito del comercio minorista los plazos para el pago son los siguientes:

1) Los aplazamientos de pago de los productos de alimentación frescos y de los perecederos no excederá en ningún caso de 30 días.

2) El plazo para el pago de los demás productos de alimentación y los de gran consumo no excederá de 60 días (la aplicación de este precepto no tendrá lugar hasta el 1 de julio de 2006, de acuerdo con la disposición transitoria finalmente aprobada para los proveedores del comercio minorista), salvo que se prevean compensaciones económicas equivalentes al mayor aplazamiento y de las que el proveedor sea beneficiario.

3) En relación con el plazo para el pago de productos que no sean frescos o perecederos ni de alimentación y gran consumo, se distinguen varios supuestos:

a) Cuando los comerciantes acuerden con sus proveedores aplazamientos de pago de más de 60 días desde la fecha de entrega y recepción de las mercancías, el pago deberá quedar instrumentado en documento que lleve aparejada acción cambiaria, con mención expresa de la fecha de pago indicada en la factura.

b) En el caso de aplazamientos superiores a 90 días, este documento será endosable a la orden. En todo caso, el documento deberá emitirse o aceptarse por los comerciantes dentro del plazo de 30 días, a contar desde la fecha de recepción de la mercancía, siempre que la factura haya sido enviada.

c) Para la concesión de aplazamientos de pago superiores a 120 días, el vendedor podrá exigir que queden garantizados mediante aval bancario o seguro de crédito o caución.

Estas previsiones que permiten fijar plazos de pago más allá del artículo 4 de la LMLMOC, pueden suponer una infracción de la Directiva comunitaria, y en cualquier caso una quiebra al propósito de reducir los plazos de pago. Anteriormente se dijo que la exclusión en el artículo 3 de los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio, podría suponer que fuera posible servirse de estos medios de pago para burlar los plazos de pago fijados en la Ley. Previsiones como las que acabamos de ver no favorecerán esa interpretación. Si se excluyeran estos pagos instrumentados mediante letra, cheque y pagaré de la ley, en relación con la determinación de los plazos de pago, muchos empresarios se quedarían indefensos en tanto que se les paga de tal forma en más de un noventa por cien

de los casos. Es de esperar que el sentido de la ley se extienda a esos instrumentos de pago.

Por lo demás, ya se ha dado cumplimiento a la habilitación al Gobierno para que determine reglamentariamente la definición de los productos de alimentación frescos y perecederos y los productos de gran consumo, con la aprobación del Real Decreto 367/2005, de 8 de abril (Boletín Oficial del Estado núm. 100, de 27 de abril).

8. LA APLICACIÓN DE LA LEY A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La Directiva 2000/35/CE también se aplica a las Administraciones Públicas, lo que se ha reflejado en la sujeción de éstas a la LMLMOC y a la modificación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en la disposición final primera de la Ley.

La situación de la Administración General del Estado antes de la aprobación de la Ley no era especialmente preocupante en tanto que los pagos de los contratos públicos no solían demorarse más allá de los dos meses. Sin embargo, sí era menester mejorar la coordinación entre el órgano gestor del contrato y la Dirección General del Tesoro y Política Financiera ²⁸. Y ello porque el órgano gestor ni comunicaba al Tesoro el plazo que quedaba para pagar en plazo, ni tampoco sabía cuánto iba a tardar éste en realizar el pago. Al mismo tiempo, el Tesoro no conocía el plazo de que disponía para llevar a cabo el pago en los dos meses que establecía la LCAP con anterioridad a esta reforma. De tal modo que el Tesoro ignoraba si disponía, por ejemplo, para pagar de un mes, de dos semanas, de una semana o de tres días, para efectuar el pago material puntualmente. Esto es lo que se debe haber resuelto a raíz de la aprobación de la LMLMOC, posiblemente en la aplicación informática correspondiente.

En la modificación operada del TRLCAP ha sido especialmente relevante, además de la propuesta inicial por parte de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, las consideraciones que expuso el Consejo de Estado.

El resultado final ha sido la modificación de cinco preceptos del TRLCAP. La modificación de los artículos 99.4 y 110.4 de esta Ley obedecen a la necesidad, impuesta por la Directiva 2000/35/CE, de imponer a las Administraciones Públicas las mismas obligaciones de pago que a los sujetos privados. En relación al plazo de pago se hace uso de la habilitación que contempla el artículo 3.2 de la Directiva, para extenderlo hasta 60 días, bien medido desde la fecha de la expedición de las certificaciones de obras, o bien tomando en consideración la necesidad de recepción o conformidad del contrato (el llamado acta de recepción), para cuya adopción en este segundo caso la Administración dispone del plazo de un mes, de conformidad con el artículo 110.2, por lo que sólo se concede un mes más a partir de esta (al objeto de no superar en ningún caso los dos meses) ²⁹. Y en relación a los intereses de demora

²⁸ Siendo éste el ordenador general de pagos del Estado, y que realiza aproximadamente unos tres mil pagos diarios.

²⁹ Estos contratos de la Administración vendrían a encajar en el supuesto de la letra *d*) del artículo 4.2 de la LMLMOC, en los que el plazo de pago se mide a partir de la verificación de la conformidad de los bienes o servicios.

que deberá percibir el contratista en caso de retraso en el pago por parte de la Administración, se efectúa una remisión a los que se establecen en la LMLMOC.

Recientemente, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la aplicación a las Administraciones Públicas de la LMLMOC, en su informe 5/05, de 11 de marzo de 2005. Este Dictamen se ha emitido en respuesta a una consulta formulada por el Presidente de la Diputación Provincial de La Coruña, referida a la posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas un tipo de demora inferior al previsto en la nueva LMLMOC. La respuesta dada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha sido la de rechazar que la libertad de pactos para la fijación de plazos de pago y tipos de interés de demora, que rige en las relaciones comerciales entre particulares, sea aplicable a las Administraciones Públicas. De tal forma, que para la determinación de plazos de pago y tipos de interés de demora por los entes públicos la libertad de pactos se ve sustituida por una determinación legal, que no puede verse modulada o modificada por los pliegos.

La modificación del TRLCAP no olvida someter también las relaciones de los contratistas principales con sus proveedores, suministradores o subcontratistas a las previsiones de la LMLMOC. Lástima que aquí no se suprimiera, al igual que se ha dicho en relación con la modificación de la LORCOMI, la posibilidad de llevar a cabo pagos más allá de los sesenta días, contemplada en el apartado 5 del artículo 116 del TRLCAP, por cuanto de nuevo se podría abrir una grieta a la mejor aplicación de la Ley.

Las otras modificaciones del TRCAP (art. 169.3 y apartado 2.ª de la disposición final primera) representan también ajustes necesarios a la vista de los cambios operados en este ámbito.

9. LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA DE LA LEY

En relación con el Proyecto tramitado en Cortes la pasada Legislatura, distintas enmiendas parlamentarias hicieron hincapié en el incumplimiento por parte de España de la fecha de incorporación de la Directiva 2000/35/CE, que terminó el 8 de agosto de 2002. Ello ha justificado la inclusión en la Ley de una disposición transitoria que confirma su aplicación, desde su entrada en vigor, a los contratos incluidos en su ámbito de aplicación celebrados con posterioridad al 8 de agosto de 2002 «en cuanto a sus efectos futuros». La tramitación parlamentaria supondría que se exceptuara de esta previsión la nulidad de las cláusulas abusivas, que solamente se aplica a los contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley. Inciso que determina la inaplicación de la Ley a tales contratos.

10. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo que se ha expuesto quedaría por valorar qué cabe esperar de esta nueva Ley que nace, en cumplimiento de una obligación comunitaria, con el