

LA LEY 3/2004 Y LA DIRECTIVA 2000/35: PASADO, PRESENTE Y FUTURO E IMPACTO EN EL DERECHO MERCANTIL

M^a del Pilar PERALES VISCASILLAS*

CATEDRÁTICA DE DERECHO MERCANTIL
UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

s u m a r i o

I. Introducción. II. Ámbito de aplicación de la Ley 3/2004. III. La Directiva y la Ley 3/2004: las nuevas bases dogmáticas de la mora. IV. Directiva 2000/35 y Ley 3/2004: algunos problemas. V. El procedimiento monitorio. VI. Conclusiones.

I. Introducción

El régimen jurídico de la mora o morosidad en el pago de las operaciones comerciales entre empresas en nuestro país ha sido modificado gracias al impulso del derecho comunitario, siendo esta la primera vez que el legislador comunitario legisla en un tema central del derecho de obligaciones y contratos sin escudarse en el argumento de la protección del consumidor, y lo hace bajo la cobertura del buen funcionamiento del mercado interior.

Este nuevo marco jurídico de la morosidad mercantil viene dado por la incorporación en España de la Directiva 2000/35 de 29 de junio por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales¹, que ha impulsado, a

* Conferencia pronunciada el 21 marzo 2007 dentro del VI Seminario Permanente de Derecho celebrado en la Universidad de La Rioja y actualizada a fecha 26 noviembre 2007. Mi agradecimiento al Excmo. Sr. Rector, José María Martínez de Pisón, a la Directora de Departamento, Prof. Dra. Ana Vega, y a la Profesora Dra. Susana Pérez Escalona por su amable invitación.

¹ DO L 200, 8-8-2000.

su vez, la aprobación de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre del mismo nombre². La Ley y la Directiva afectan transversalmente al Derecho público –especialmente al derecho administrativo³ y procesal– y al Derecho Privado –civil y sobre todo, mercantil–.

La nueva regulación pretende acabar a lo ancho y largo de toda Europa con la patología del retraso en los pagos –la cultura de la morosidad– en aras, como se indicó, de un mejor funcionamiento del mercado interior. Así el legislador inició sus trabajos en año 1992 con un importante documento de trabajo⁴ en el que se ponían de manifiesto los dilatados plazos de pago en algunos países, fundamentalmente los mediterráneos, frente a los plazos más cortos de los países nórdicos. A este documento del año 1992, siguió una Recomendación⁵ en el año 1995 dirigida a los legisladores para que voluntariamente modificaran sus legislaciones con el objetivo de reducir la morosidad en los pagos. El escaso eco de la Recomendación, hizo que se iniciarán los trabajos con vistas a la aprobación de una Directiva que vio finalmente la luz en el año 2000, y que hoy ha sido ya transpuesta por todos los países miembros de la UE. En concreto en España mediante la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Esta Ley ha provocado, además, la modificación expresa del art.17 Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM, Ley 7/1996, 15 enero), que regula también algunos aspectos de la mora en el contrato de compraventa mercantil.

La Comisión, por medio de la DG de Empresas, en el Seguimiento que hace de la Directiva ha publicado muy recientemente, en diciembre de 2006, un largísimo documento de casi 300 páginas –*Review of the effectiveness of European Community Legislation on combating late payments*⁶– en el que resalta que si bien los plazos de pago en general han disminuido en Europa todavía siguen representando un problema. Se evidencia también las divergencias a la hora de transponer la directiva en los derechos nacionales⁷, e igualmente se observan ya las diferentes interpretaciones que jurisprudencialmente está recibiendo la Directiva. La DG de Empresas sobre la base de este estudio ha encargado otro para evaluar las modificaciones que podrían operarse en la Directiva, de tal forma que conjugando ésta con el acervo comunitario existente se puedan proponer una serie de modificaciones para finales de 2007 con el objetivo de hacer más eficaz la Directiva.

² BOE, 30 diciembre 2004, núm.314.

³ *Vid.* La reciente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE, 31 octubre 2007, núm.2619, espec.arts. 200,205 y 211, donde se evidencia el incumplimiento del legislador respecto a los plazos de pago (art.3.2 Directiva 2000/35).

⁴ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre los plazos de pago en las transacciones comerciales. Comisión de las Comunidades Europeas, 18 noviembre 1992, SEC(92) 2214.

⁵ Recomendación de la Comisión de 12 mayo 1995 relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales. DO C 211, 22-7-96.

⁶ Disponible en: http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/late_payments/doc/finalreport_en.pdf

⁷ *Vid.* Para los derechos alemán, italiano, holandés y francés: SCHULTE-NÖLKE, H., «The transposition of Directive 2000/35/EC on Late Payment into German National Law»; ZACCARIA, A., «La Direttiva 2000/35/CE sui ritardi di pagamento: I discostaamenti, rispetto ad essa, del decreto italiana di attuazione». FREUDENTHAL, M., «Implementation of the Directive on Late Payments in the Netherlands»; y MONTFORT, C., «Transposition Française de la Directive sur les retards de paiements: rendez-vous manqué avec l'actualisation du droit des obligations», en BADOSA, F. y ARROYO, E. (coords.), *La Armonización del Derecho de Obligaciones Europeo*, Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

II. Ámbito de aplicación de la Ley 3/2004

Desde un punto de vista aplicativo–objetivo, se incluyen en la Ley 3/2004 los pagos que dan lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios, siendo que se parte de un ámbito de aplicación generoso por lo que entendemos se quiere comprender a un número amplio de contratos.

- El término «bienes» viene a establecerse como sinónimo de «cosa», que es el que emplea el legislador en el art. 1254 CC para delimitar el objeto del contrato, por lo que cabe incluir una amplia realidad multiforme que englobaría a las mercaderías, al dinero, y a los créditos.

- En lo que afecta a la expresión «prestación de servicios», entendemos que se emplea no en una acepción jurídica equiparable a la categoría del contrato de servicio, sino en un sentido sintetizador de la realidad amplia que se quiere englobar. La alusión, por otra parte, a la prestación de servicios resulta útil para entender que las obligaciones de hacer y no hacer quedan incluidas. A ellas se han de añadir, la inclusión de las obligaciones de medios y de resultado, y también los contratos complejos o contratos en los que existen prestaciones combinadas de bienes y servicios. Ello implica nuevamente considerar la aplicación de la Ley a la categoría amplia de los contratos de colaboración empresarial (agencia, distribución, franquicia y factoring).

En lo que atañe al ámbito subjetivo de aplicación, éste se articula en torno a las operaciones realizadas entre empresas o entre éstas y la Administración, quedando excluidas las transacciones en que participen consumidores. Norma que ha de entenderse en el sentido de excluir las operaciones en que una de las partes es una empresa y la otra un consumidor, así como aquellas en las que participan dos consumidores. Se parte, pues, de una opción no consumerista tanto en la Ley como en la Directiva que contrasta con la inclinación consumerista que en materia de contratos ha mantenido *entretenido* al prolífico legislador comunitario de forma seria desde 1992.

Ni la Ley ni la Directiva definen al sujeto consumidor, excluido por la normativa comunitaria y nacional, lo que plantea dudas acerca del ámbito aplicativo de las normas.

Hallar el concepto en el acervo comunitario o en la legislación española no resulta sencillo, puesto que ni conjunta ni aisladamente se evidencia la existencia de un concepto unitario. Así, en las directivas comunitarias y en alguna española (Ley de Crédito al Consumo) no se incluye en el concepto de consumidor a la persona jurídica, lo que sí hace en el texto básico de consumo –Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU)– el legislador español. Con todo y pese a las diferencias –sutiles, pero importantes en algunos casos que se derivan de los textos comunitarios y españoles–, puede encontrarse un denominador común en todas las definiciones contenidas en los textos comunitarios y españoles, con excepción quizá de la LGDCU. Se trata de la ajenidad a la actividad profesional, empresarial o comercial con la que actúa el consumidor.

Igualmente el concepto de la ajenidad es típico de las definiciones contenidas en las leyes españolas sobre consumo, por lo que puede proponerse una definición de consumidor en términos positivos que trasluce perfectamente el concepto de la ajenidad y que se basaría en la idea de que el consumidor, en rigor, sólo es el que actúa en una economía doméstica, es decir, con un propósito «personal, familiar o doméstico»; definición que deriva expresamente de numerosos textos que conforman el Derecho Uniforme del Comercio Internacional (DUCI), muy significativamente del art.2.a) CNUCCIM, y que ha sido propugnado por nuestra mejor doctrina (ILLESCAS ORTIZ).

Ciertos reparos deben, no obstante, presentarse ante la utilización del término «destinatario final» que se emplea para definir al consumidor la LGDCU. Y ello no tanto porque no utilice el concepto de la ajenidad en su art.1.º dedicado a las definiciones, sino porque usa el término destinatario final que es el que entendemos puede presentar problemas. Y es que si bien el consumo doméstico entra perfectamente en todas las leyes de consumo, ello no siempre sucede con el llamado consumo empresarial.

En nuestra opinión, la definición de consumidor que servirá para interpretar la Ley 3/2004 se halla en el acervo comunitario, en el DUCI y en alguna ley española de consumo, más que en la propia definición que proporciona la LGDCU, lo que implica que sólo las personas físicas serán consumidoras y que el consumo empresarial queda incluido dentro del ámbito de la Ley 3/2004. A esta conclusión se podría también llegar si se interpreta el art.1.3 de la LGDCU en el sentido de entender que el consumidor es únicamente quien adquiere bienes o servicios con un propósito personal, familiar o doméstico. Interpretación correctora que defiende sobre todo la doctrina mercantilista más autorizada.

Para finalizar, si bien el sujeto incluido en la Ley es la empresa, lo cierto es que la definición es de tipo subjetivo, y ampara al comerciante, al empresario y al profesional, o en un sentido amplio al *operador económico* o *agente económico*. En este sentido, la Ley 3/2004 se inserta en ese entramado de disposiciones que, como han notado ilustres mercantilistas junto a la evolución doctrinal, lleva a la «progresiva comercialización o mercantilización de los profesionales» y a la ampliación del ámbito del derecho mercantil.

III. La Directiva y la Ley 3/2004: Las nuevas bases dogmáticas de la mora

La Directiva y por ende la Ley 3/2004 en ese afán de luchar contra la morosidad no regulan únicamente la mora, sus efectos y consecuencias, centrados fundamentalmente en el pago de intereses de demora, sino que se regulan, además, temas centrales del derecho de obligaciones y contratos relativos a las relaciones entre acreedores y deudores, plazos de pago, indemnización por costes de cobro, cláusulas abusivas y cláusulas de reserva de dominio⁸. Estos son resumidamente los temas que se recogen en los 10 artículos de que consta la Ley de morosidad.

La brevedad de la Ley 3/2004 crea una ficción de sencillez y simpleza. Una especie de espejismo legal que desaparece en un análisis más profundo y detallado de su régimen jurídico que a la postre revela su extrema complejidad. No por ello ha de dejar de reconocerse que la Ley presenta aspectos beneficiosos.

⁸ Vid. STJCE, 26 octubre 2006 (RA 311), donde la Comisión interpone un recurso contra Italia por incumplimiento de la Directiva sobre morosidad en relación a la reserva de dominio. Conforme a la transposición italiana para ser oponibles a los acreedores del comprador, la cláusula de reserva de dominio debe ser confirmada en cada una de las facturas de entrega sucesivas que tengan fecha cierta anterior al procedimiento de embargo y figuren regularmente registradas en los libros de contabilidad. Pues bien, el TJCE tras entender que la Directiva no se refiere a los efectos que la cláusula pueda tener frente a terceros, concluye que esta cuestión puede estar regulada por los Estados miembros por lo que Italia no ha incumplido con la transposición de la Directiva. Señala, además, el TJCE en relación a la referencia de la Directiva a las normas de derecho internacional privado que: «el legislador comunitario consideró deseable garantizar que los acreedores puedan hacer uso de la cláusula de reserva de dominio con carácter no discriminatorio en toda la Comunidad, si la citada cláusula es válida con arreglo a las disposiciones nacionales aplicables de conformidad con el Derecho Internacional Privado».

La Ley no resulta problemática, y de ahí que entendamos que representa un avance significativo, en punto a la renovada configuración de la institución de la mora en nuestro ordenamiento jurídico civil y mercantil. Una nueva visión de la mora en línea con el moderno derecho europeo de obligaciones y contratos, y al compás también del derecho mercantil internacional⁹. La Ley 3/2004 entendemos revoluciona la institución tradicional de la mora tal y como es concebida por nuestros Códigos y especialmente por nuestra doctrina, particularmente civilista que es la que con mayor intensidad se ha ocupado de la figura. Las bases que conforman la nueva disciplina de la mora son, en nuestra opinión, las siguientes:

PRIMERA BASE, o de la equiparación de la mora al retraso

La Ley 3/2004 decide que la mora se equipare al simple retraso. Efectivamente, la regulación de la mora en la Ley 3/2004 nos ofrece frente a la mora civil que suele distinguir entre el simple retraso, irrelevante jurídicamente y el retraso culpable que es la mora, una versión más sencilla de la institución por la cual la mora puede decirse que se equipara al «simple retraso» del deudor. Y ello por dos razones: la mora es automática (*mora ex re*, esto es, no se requiere la intimación del deudor), y el «simple retraso» genera un incumplimiento y sitúa al deudor ante la obligación del pago de intereses.

SEGUNDA BASE, o del devengo automático de intereses y de la mora sin interpelación

La Ley en consonancia con la mora del art. 63.1 Código de Comercio (CCo) y del conocido brocardo *dies interpellat pro homine* suprime la exigencia de la intimación o interpelación para la constitución en mora. De tal forma, que los intereses de demora surgirán automáticamente por el mero hecho del retraso en el pago del precio sin necesidad de llamamiento al deudor. Esta supresión del requisito de la *interpellatio* –regla general para las obligaciones civiles, art. 1100 Código Civil (CC)– está en consonancia con la realidad del tráfico mercantil: la productividad del dinero, que demanda la plena producción de intereses desde el instante mismo en que se genera el incumplimiento, por lo que el llamamiento o intimación al deudor deviene innecesario e inconveniente¹⁰.

⁹ Mayores detalles: PERALES VISCASILLAS, P., *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas. Ley 3/2004 y Directiva 2000/35*, Madrid: Thomson/Civitas, 2006, y la bibliografía ahí citada. *Vid.* También: MIRANDA SERRANO, L.M., *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, 2007 (inédito); BADOSA, F. y ARROYO, E. (coords.), *La Armonización del Derecho de Obligaciones Europeo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, véanse los trabajos de BADOSA COLL, F., «La relación obligatoria, el plazo de pago y la mora en la transposición de la Directiva 2000/35/CE al Derecho español», pp. 303-331; y ZAHINO RUIZ, M.L., «La transposición de la Directiva 2000/35/CE por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en el Derecho Privado Español», pp. 333-379; CUARTERO RUBIO, M.V., «La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. La Ley, 2006, n°6581», pp. 1-5; y MARTÍ SÁNCHEZ, J.N., «La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre», *Actualidad Civil* 8, 2007, pp. 853-890.

¹⁰ El artículo 1100 CC, dedicado a la mora debendi, mora debitoris o mora solvendi, señala que «incurren en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación». Por su parte el art.63 CCo especifica el momento en que se entiende comienzan los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles: «Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán: 1º 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. 2º En los que no lo tengan,

Una de las consecuencias que provoca la eliminación de la *interpellatio* reside en una nueva lectura del cómputo del devengo de los intereses y en especial del *dies a quo*. Los intereses se computan desde el día siguiente al incumplimiento de la obligación de pago como corresponde a la mora automática que se recoge en la Ley 3/2004. Se eliminan así gran parte de las incertidumbres generadas entre nuestra doctrina y jurisprudencia acerca del devengo de los intereses de demora, y que daban como resultado que el *dies a quo* se computase desde el requerimiento extrajudicial, la fecha de interposición de la demanda, o del emplazamiento al deudor. No obstante la claridad de la Ley en este punto, pueden subsistir algunos problemas derivados del encaje de la Ley 3/2004 con los procedimientos judiciales, con algunas doctrinas como la del «in illiquidis non fit mora» (principio de iliquidez de la deuda)¹¹ y, en particular, con el monitorio que juega un papel relevante en la mecánica de la Ley.

TERCERA BASE, o del encuadramiento sistemático de la mora en el régimen del incumplimiento contractual

La Ley 3/2004 presenta a la mora como un incumplimiento contractual frente al régimen civil, en que la mora se concibe como una especialidad en el tratamiento del retraso en el cumplimiento de las obligaciones, que no recibe encaje en la categoría del incumplimiento contractual. De ahí que el retraso culpable, que es la mora civil, se conciba como un mecanismo que coadyuva a la pervivencia del contrato, por lo que los retrasos definitivos no dan lugar a la mora sino al incumplimiento total y a la resolución contractual. Se entiende, pues, que la mora sea incompatible con la resolución.

Esta configuración cambia de forma importante con la Ley 3/2004 al considerar al simple retraso como un incumplimiento que genera automáticamente el derecho al cobro de intereses. Y, en este sentido, entendemos que la mora posee entidad jurídica suficiente como para dar nacimiento a las diversas medidas o acciones de protección del derecho de crédito, y en particular consideramos que la mora es compatible con la resolución.

CUARTA BASE, o de la objetivización de la mora

La mora de la Ley se configura como una mora objetiva frente a la mora civil que se concibe como una mora culpable. Viene así a consolidarse la moderna tendencia que rechaza que el retraso en el cumplimiento requiera de la culpa del deudor por aplicación de las reglas generales del derecho civil, y se decanta por la aplicación de tesis objetivas por las que el deudor siempre responde a menos que pruebe que no es responsable por el retraso. La inexigencia de culpa es coherente con nuestra mejor doctrina (GARRIGUES) que ya lo había defendido para la mora mercantil, estableciéndose así una especialidad en relación con la mora civil.

desde el día en que el acreedor interpelare judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un Juez, Notario u otro oficial público autorizado para admitirla».

¹¹ Conforme a dicho principio hasta que la deuda no está determinada en su cuantía no surge el derecho a los intereses de demora. Principio que perturba la clara regla de la automaticidad de los intereses bajo la Ley 3/2004, y que en nuestra opinión debe rechazarse. No obstante ello, véase SAP Guipúzcoa, 30 abril 2007 (RA 296557) que estima que el *dies a quo* se inicia con la fecha de la sentencia de primera instancia puesto que presumiblemente es cuando se determina con claridad la suma debida.

QUINTA –y última– BASE, o de la especificación legal de los efectos de la mora

Las consecuencias de la mora se concretan, por último, según la Ley 3/2004 en el pago de intereses y en el reconocimiento explícito de una indemnización por costes de cobro. En nuestra opinión, esta disciplina presenta aspectos no sólo novedosos, sino sobre todo de gran repercusión en relación con la configuración tradicional de los efectos de la mora en el derecho español.

Comenzando con los **intereses**. Este derecho al cobro de los intereses se independiza dogmáticamente de la indemnización de daños y perjuicios frente a la consideración civil del art. 1108 en el que los intereses por mora forman parte de dichos daños.

Esta diversa configuración de los intereses en la Ley 3/2004 y en el CC español incide, en primer lugar, en uno de los rasgos básicos de la mora bajo la Ley 3/2004 ya resaltada: la configuración de la mora como una mora objetiva. Y, en segundo lugar, incide en la posibilidad que existe bajo la Ley 3/2004 de cobrar el daño mayor, esto es, de solicitar además de los intereses y de los costes de cobro otros daños provocados por la mora, frente a la posición más extrema de nuestra doctrina civil que no lo permitiría al amparo del art. 1108 CC. Las interesantes discusiones en esta materia no pueden extrapolarse al nuevo régimen de la mora mercantil. En nuestra opinión, una interpretación de la Ley a la luz de su sistemática y de la Directiva 2000/35 llevan a entender que se posibilita el cobro del daño mayor.

Además de lo anterior, entendemos que el tipo de interés del art. 7 Ley 3/2004 se convierte en el tipo de interés que será de general aplicación a los supuestos de mora mercantil, desplazando al que se designa anualmente en la Ley de Presupuestos. Las consecuencias no son sólo de orden dogmático sino también práctico.

Dogmáticamente implica que el art. 7 Ley 3/2004 sobre intereses moratorios se erija como norma de general aplicación a los supuestos de mora mercantil y civil. Y ello por dos razones: el art. 7 Ley 3/2004 se configura como un interés legal y además como un interés especial para los casos de mora. En consecuencia, si en una concreta transacción se aplican las normas generales sobre mora civil y mercantil, esto es, los artículos 1108 CC y 63 CCo, el tipo de demora vendrá establecido por la Ley 3/2004.

Desde un punto de vista práctico, el diferente resultado es evidente como deriva de la simple comparación de los tipos de interés. Para el segundo semestre del año 2007, el tipo de interés de demora del art. 7 Ley 3/2004 se cifra en un 11,07% semestral, mientras que el que designa la Ley de Presupuestos supone un interés de un 5% anual. El alto tipo de interés de la Ley 3/2004 se configura claramente como una técnica disuasoria de los retrasos en el pago¹².

Además, en nuestra opinión, el interés moratorio de la Ley 3/2004 se presenta de forma autónoma a otros tipos de intereses, por lo que no se ha de entender embebido o integrado en el interés retributivo que en su caso se haya pactado en el contrato, con la única excepción de los casos en que el interés pactado resulte superior al legal de demora.

Para finalizar, el artículo 7 de la Ley 3/2004 relativo al tipo de interés ha de considerarse como una disposición especial en relación con el interés de demora procesal del art. 576.1 LEC¹³. En consecuencia, solicitado el interés de demora del art. 7 Ley 3/2004 en el

¹² Además, el devengo de intereses se realiza no sobre el principal de la factura, sino sobre el total incorporando el IVA (SAP Segovia, 14 septiembre 2006. RA 287160). Se basa, pues, en el carácter punitivo o sancionador de los intereses.

¹³ Por otra parte, se aplica también el principio rogatorio y, en consecuencia, los intereses moratorios no se aplican de oficio: SAP Valencia, 29 diciembre 2006 (2007/235011), puntualizando

juicio que corresponda, dicho tipo se aplicará sin solución de continuidad desde el momento del incumplimiento y hasta el momento del pago.

1) El interés legal de demora que se ha de aplicar está fijado por la Ley 3/2004 de morosidad. El día de inicio del cómputo de los intereses está establecido por la Ley en el art. 5, y básicamente se empiezan a contar pasados 30 días desde la fecha de la factura, o si ésta se recibe antes que los bienes o la prestación de servicios, pasados 30 días desde la recepción de los bienes o la prestación de los servicios. Por eso, se habrá de modificar el formulario del monitorio para ajustarlo a lo preceptuado en la Ley de Morosidad, puesto que ahí se indica que el interés empieza a correr desde el momento del requerimiento, cuando la Ley 3/2004 es clarísima al señalar que la morosidad se inicia desde el momento del incumplimiento «sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna por parte del acreedor» (cfr. art. 5).

2) El tipo de interés a aplicar lo fija el art. 7 de la Ley de Morosidad en relación con el que establezca el Banco Central Europeo cada seis meses (en enero y en junio) más 7 puntos porcentuales. Ese tipo aparece también publicado en el BOE. Para el segundo semestre del año 2007 está fijado en 11,07 semestral. Esto es, un 22.14% anual del tipo de interés de demora, frente al del primer semestre que era de un 10,50.

Además de los intereses, la Ley establece el derecho del acreedor a recuperar **los costes de cobro de la deuda** en el art. 8. Este precepto revela su importancia si se compara nuevamente con el régimen de la mora del art. 1108 CC, con la discusión ya avanzada en torno al daño mayor y con la posición más rígida de la doctrina en este punto, esto es, aquel sector que considera que no cabe recuperar el daño mayor porque el CC establece ya un sistema tasado de la indemnización de daños y perjuicios que se concreta en el interés de demora. En nuestra opinión, sin embargo, al separarse en la Ley 3/2004 el derecho al cobro de los intereses de los daños y perjuicios, posibilitando el propio art. 8 de la Ley la indemnización por los costes de cobro, se evidencia el cambio de perspectiva frente a la mora civil.

Ahora bien, pese a que teóricamente entendemos que no cabe descartar la posibilidad de que se soliciten otros daños, lo cierto es que la combinación de los arts. 7 y 8 de la Ley sobre morosidad revelan que se ha establecido un método de *forfaitización* o medida *forfaitaria* que posibilita la fijación apriorística de los intereses y la indemnización por costes de cobro. Método que conforma las coordenadas bajo las que el legislador comunitario desea construir el sistema de la morosidad: un sistema ágil de reclamación de deudas pecuniarias, pero a la vez flexible, que evite dilaciones al fijar la cuantía de los intereses y los costes de cobro.

Además de lo anterior, sucintamente otras tres conclusiones pueden avanzarse en materia de costes de cobro.

1) La Ley 3/2004 ha omitido en la transposición del art. 8 relativo a los costes de cobro los términos «razonable» que cualifica a la indemnización, y «relevante» en relación con los costes. Se impone una interpretación correctora del art. 8 Ley 3/2004 por la que se tenga en cuenta tanto la relevancia del gasto como la razonabilidad de la indemnización.

que ello es así a diferencia del art. 576 LEC y 20 LCS. Solicitados los intereses de demora en juicio, a partir de la sentencia, los intereses que se aplicarán serán los procesales del art. 576 LEC, siendo que éste se refiere al interés que corresponda por disposición especial de la Ley, esto es, la Ley 3/2004, como ha confirmado la SAP Huesca, 28 junio 2007 (RA 309826). *Vid.* Sobre estas cuestiones: PERALES VISCASILLAS, pp. 225 y ss.

2) La inclusión en el art. 8 de los costes judiciales como un coste de cobro implica una concepción mixta de los mismos, por lo que son una medida de tipo sustantivo, entrando dentro de la indemnización de daños y perjuicios, al tiempo que son también una medida de tipo procesal.

3) Los costes de abogado y procurador cuando no son preceptivos conforme al derecho nacional, como sucede en la petición inicial del procedimiento monitorio, no pueden ser recuperados acudiendo al artículo 8 Ley 3/2004¹⁴, aunque sí podría repercutirse el gasto de procurador cuando se presenta la demanda en plaza distinta, lo que justifica la necesidad en este caso de acudir a un procurador.

En suma, atendiendo a las nuevas bases dogmáticas de la mora, podemos concluir señalando que la Ley 3/2004 establece una mora sin interpelación, automática, objetiva, independiente de los daños y perjuicios y unificada en las acciones de incumplimiento.

IV. Directiva 2000/35 y Ley 3/2004: algunos problemas

Frente a los aspectos positivos recién señalados, son varios los interrogantes y problemas que se derivan del nuevo régimen legal de la morosidad comercial en nuestro país. En particular destacan:

1) Problemas derivados de la incorrecta transposición de la Directiva¹⁵, y a la vez de la defectuosa técnica legislativa al incorporar el texto comunitario en el ordenamiento jurídico español, que complican la exégesis de las normas.

2) Problemas de encaje y de ordenación sistemática del nuevo régimen de la morosidad comercial en relación con el ordenamiento jurídico mercantil de obligaciones y contratos.

3) Por último problemas que derivan de los objetivos de política jurídica que subyacen en la normativa sobre la mora mercantil.

¹⁴ Vid. PERALES VISCASILLAS, La morosidad, pp. 220 y ss, aunque recientemente la SAP Valencia, 6 junio 2007 (RA 259434) ha entendido que sí pueden solicitarse al amparo del art. 8 Ley 3/2004 los gastos de abogado y procurador en la petición inicial del monitorio, así como en el procedimiento de ejecución: «En el presente caso, no concurre la circunstancia de que los costes de cobro estén cubiertos por la condena en costas, no solo porque en el procedimiento de solicitud de juicio monitorio no es preceptiva la intervención de letrado y de procurador sino también porque en el proceso de ejecución instado concluyó por auto que no condenó al ejecutado al pago de las costas...». La sentencia aplicando el principio de proporcionalidad, no obstante, reduce la cuantía de la deuda aplicando los límites del art. 8. Además, en cuanto a los intereses de demora, señala que al concluir los procesos monitorios cuando el deudor paga el importe por el que es requerido, en el que no se incluyen los intereses de demora vencidos, puede el acreedor reclamarlos.

¹⁵ Son varios los incumplimientos del legislador español, lo que ha provocado que se hayan iniciado varios procedimientos de infracción todavía no concluidos. En concreto por los plazos de pago contenidos en la LOCM y por no haber eliminado el umbral máximo para iniciar el monitorio. Vid. Procedimiento de infracción 2005/4124 (Dictamen motivado remitido el 19 de diciembre de 2005 con respuesta de 20 de febrero de 2006. Caso ante el Tribunal de Justicia con la referencia C-380/06) acumulado junto con el procedimiento de infracción 2006/4593. Procedimiento de infracción 2006/2330 (Carta de emplazamiento remitida el 18 de octubre de 2006, Dictamen motivado remitido el 23 de marzo de 2007, Caso remitido al Tribunal de Justicia). Mi agradecimiento al Sr. Juan Antonio Salazar Romero de la Comisión Europea, DG Empresa e Industria por la información facilitada.

Desde un punto de vista estricto de dogmática jurídica las cuestiones más interesantes que presenta el nuevo régimen de la mora mercantil se evidencian, en mi opinión, en punto a su ordenación sistemática e impacto en el conjunto del derecho de obligaciones y contratos, y, de otro lado, en cuestiones de política legislativa, en tanto que las decisiones que se adoptan para luchar contra la morosidad suponen la quiebra de principios clásicos de nuestro derecho de obligaciones y contratos –civil y mercantil–, específicamente el principio sinalagmático en su vertiente funcional y el principio de libertad de pacto.

Se trata de intentar cohonestar el nuevo régimen de la morosidad –escaso, por lo demás en fuentes doctrinales y jurisprudenciales– con el derecho de obligaciones y contratos mercantil. Al mismo tiempo, se han de dejar patentes las modificaciones operadas por la Ley 3/2004 en nuestro ordenamiento mercantil de contratos.

A) Impacto en el derecho general de obligaciones y contratos

Comenzando con el **impacto que la Ley 3/2004** provoca en el conjunto del ordenamiento jurídico privado, se impone la ordenación de las bases o coordinadas sobre las que entendemos se desenvolverán las relaciones entre la Ley sobre morosidad y el derecho mercantil.

- En primer lugar, la Ley 3/2004 supone la **unificación del régimen civil y mercantil** de la mora *debitoris* al hilo de las últimas tendencias tanto en nuestro país como comparadas. No obstante este aspecto positivo, el legislador, pudo haber procedido a una modificación de los Códigos Civil y de Comercio, como han hecho por ejemplo otros legisladores o, incluso en una posición más ambiciosa sistematizando el derecho de obligaciones con el acervo comunitario en materia contractual como ha hecho el legislador alemán. Muy al contrario, ha preferido en una materia de tanta trascendencia desplazar el centro de gravedad desde el CC y el CCo a una Ley especial, siendo que ahora la Ley 3/2004 se constituye en la pieza central de la regulación de la mora en las obligaciones pecuniarias entre empresas que se comprendan en su ámbito de aplicación.

- En segundo lugar, y específicamente en relación con el impacto que la Ley 3/2004 provoca en el derecho mercantil, lo primero que ha de señalarse es el necesario esfuerzo interpretativo que se ha de realizar en esta materia por la superposición de legislaciones, y diversidad de regímenes sobre la mora.

Esta concurrencia de regímenes provoca distorsiones interpretativas y diferencias de difícil encaje y explicación. Distorsiones que en gran parte derivan de la poca previsión legislativa al haberse superpuesto, de una parte, la legislación especial de la Ley 3/2004 con el régimen del CCo y del CC, y de otra por la yuxtaposición del régimen de la mora aplicable a las obligaciones pecuniarias de la Ley 3/2004 con el establecido en el art. 17 de la LOCM. Pero además de las relaciones entre la Ley 3/2004, el CC, el CCo y la LOCM, se han de articular también las conexiones con el régimen de la compraventa internacional de mercaderías de la Convención de Viena de 1980, así como ubicar a la Directiva 2000/35 en el fenómeno más amplio y complejo de unificación del derecho europeo de contratos.

Intentando dar algo de sentido al complejo y no muy armónico *mosaico normativo* descrito, podemos entender:

- **En primer lugar**, que Ley 3/2004 se configura como una Ley especial frente al régimen general de la mora mercantil contemplado en el art. 63 CCo y por ello se aplicará la norma especial con preferencia al régimen general cuando se trate de deudas pecuniarias

incluidas en su ámbito de aplicación. Se produce así una parcial derogación del art. 63 CCo (también en su caso del art. 1100 CC), permaneciendo por lo demás el art. 63 CCo aplicable para otro tipo de deudas y obligaciones. Nuestro Código se continúa aplicando, por ejemplo, a la mora *credendi*, y a la mora *debitoris* no pecuniaria –obligación de hacer– y a la pecuniaria excluida del ámbito de aplicación de la Ley 3/2004, en particular a las obligaciones pecuniarias bilaterales *ex post facto*.

- **En segundo término**, entendemos que la Ley 3/2004 no sólo se erige en norma especial frente al artículo 63 CCo, sino que ha de considerarse en relación a ella también como una norma de general aplicación. Se evidencia así la doble naturaleza de la Ley 3/2004 que es al mismo tiempo norma general y norma especial. Es Ley especial, como se indicó, y por ello implica la parcial derogación del régimen general de mora del art. 63 CCo. Pero, al mismo tiempo, ha de considerarse que la Ley 3/2004 es una norma que establece un régimen general para la mora de las obligaciones mercantiles pecuniarias.

Régimen general que se revela especialmente útil si se piensa que el art. 63 CCo únicamente especifica el momento en que se entiende comienzan los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, silenciando numerosos aspectos en torno a la mora y sus efectos que aparecen hoy contemplados en la Ley 3/2004. En consecuencia, consideramos que la Ley 3/2004 se aplicará en relación con el art. 63 CCo con preferencia respecto del régimen de la mora civil, y muy particularmente con prioridad respecto al artículo 1108 CC. Este razonamiento nos lleva a entender que las bases configuradoras de la nueva institución de la morosidad explicadas anteriormente resultan también de aplicación a la mora del CCo, especialmente en lo relativo a la mora y sus efectos.

- **En tercer lugar**, consideramos posible la aplicación extensiva de la Ley 3/2004 en relación con los contratos que no entran en su ámbito de aplicación y para los que su normativa específica se remita al interés legal en los casos de morosidad. Especialmente entendemos aplicable el artículo 7 Ley 3/2004 que establece el interés de demora en relación con los arts. 1108 CC –que regula los efectos de la mora en las obligaciones civiles– y 341 CCo –regulador de los intereses de demora en el caso del impago del precio en el contrato de compraventa mercantil–. La razón estriba en la naturaleza del interés del art. 7 Ley 3/2004 que, como se indicó, es un interés legal de demora.

- **En cuarto lugar**, se ha de resaltar que la modificación parcial del art. 63 CCo contrasta con la plena vigencia del art. 62 CCo (que establece el momento de exigibilidad de las obligaciones mercantiles sin plazo pactado de cumplimiento), el cual, en nuestra opinión, no resulta modificado por la Ley 3/2004. Y no resulta modificado porque la Ley 3/2004 parte del previo cumplimiento del acreedor; cuestión que se regirá por las reglas generales de nuestros Códigos.

- **En quinto lugar**, además de las enunciadas relaciones entre la Ley y los preceptos de nuestros Códigos, se articula una relación de especialidad entre la Ley 3/2004 y el art. 17 LOCM, siendo la última ley especial frente a la primera y, por lo tanto, de aplicación prioritaria, excepto en relación con el tipo de interés en que se invierte ese postulado. En este sentido, el legislador pudo haber derogado el art. 17 LOCM, precepto por otra parte extraño al texto de la LOCM, y haber integrado el régimen jurídico en la Ley 3/2004, o mejor, como se comentó, haber integrado toda la normativa en el CCo.

Si se me permite un inciso, ahora que abordamos la relación entre la LOCM y la Ley 3/2004, creo oportuno resaltar tres cuestiones importantes que se refieren tanto al ámbito subjetivo y objetivo de la Ley, como al incumplimiento de los plazos de pago de la Directiva 2000/35.

En nuestra opinión, se ha de revisar el **ámbito subjetivo** del art. 17 LOCM que en su tenor literal se refiere a los pagos de los proveedores a los comerciantes. Término este último que se entendió mayoritariamente por la doctrina restringido a los comerciantes minoristas. Pues bien, entre las diversas modificaciones que ha sufrido este precepto resalta la operada en el año 1999 por virtud de una nueva Disposición Adicional 6^a que supone una ampliación de su ámbito subjetivo de aplicación. Ampliación que ha pasado totalmente inadvertida entre nuestra doctrina. Por virtud de la reforma operada, el comerciante a que se refiere el art. 17 LOCM no puede entenderse que sea sólo el minorista, sino que también se han de integrar los mayoristas y las centrales de compra.

Pero esta conclusión es sólo parcial: tras una labor de interpretación podemos concluir indicando que el art. 17 LOCM se aplica a los fabricantes, a los mayoristas, a las centrales de compras y a los minoristas, que pueden actuar bien como adquirentes bien como vendedores (proveedores) de productos. Con dos excepciones: los minoristas sólo se presentan como adquirentes, y no se aplica la Ley al fabricante cuando actúa como adquirente. Este régimen recibe por lo demás confirmación reciente en el desarrollo reglamentario aprobado en el año 2005 del apartado 3^o del art. 17 LOCM.

La ampliación subjetiva mencionada corre pareja a una **restricción objetiva**. Pese a la apariencia de generalidad que se deriva del art. 17.1 LOCM cuando se refiere *in genere* a las «mercaderías», entendemos que una interpretación del artículo 17 a la luz de su primigenia finalidad, pero sobre todo a la luz de las sucesivas reformas operadas, particularmente la que culmina con la Ley 3/2004, se puede entender que se aplica únicamente a los contratos de compraventa que tengan como objeto productos que se destinan a consumidores o, para ser más precisos, productos que se comercializan en fase minorista como productos de uso personal, familiar o doméstico.

El tercer y último aspecto que queremos resaltar del art. 17 LOCM es el relativo al **régimen de los plazos de pago**, donde se exterioriza el incumplimiento más grave, patente y burdo de la Directiva 2000/35 por el legislador español.

En la Directiva se establece como regla general que el pago de intereses por la demora se inicie al término de los treinta días tras la entrega de la factura, los bienes o la prestación de los servicios. La posibilidad que los legisladores tienen de alargar el plazo de 30 días aparece contemplada en el art.3.2 de la Directiva 2000/35, que estipula que para determinadas categorías de contratos que se precisarán por los legisladores nacionales, el plazo no podrá ser superior a sesenta días siempre que se impongan determinadas condiciones, a saber que se obligue a las partes a no rebasar dicha demora o cuando se fije un tipo de interés obligatorio sustancialmente superior al legal. El legislador de la LOCM ha previsto en el pfo. 3^o del art. 17 que para los productos de alimentación que no sean frescos y perecederos, así como para los de gran consumo el plazo pueda alargarse hasta sesenta días, e incluso prevé un alargamiento hasta 90 días cuando se prevean compensaciones económicas equivalentes al mayor aplazamiento. El incumplimiento es claro puesto que la Directiva lo máximo que autoriza son plazos de sesenta días.

Pero es que además, frontalmente se incumple el mandato de la Directiva en relación con los plazos de pago de sesenta días o menos, puesto que se produce un vacío en la regulación del art. 17.3 LOCM, siendo que el mayor plazo de pago no aparece compensado como sí se prevé para el plazo de 90 días. Se podría pues considerar la aplicación por analogía del apartado 3^o del art. 17 LOCM, donde se prevén compensaciones económicas que equivalgan al mayor aplazamiento.

A poco que se siga leyendo el art. 17 LOCM nos volvemos a encontrar con otro patente incumplimiento de la Directiva 2000/35. En el apartado 4^o del art. 17 LOCM se

establecen los plazos de pago con relación a los productos que no sean frescos o perecederos ni de alimentación y gran consumo; plazos que oscilan entre los 60, 90 y 120 días, siendo que la Directiva autoriza como máximo aplazamientos de 60 días. Incumplimiento que se realiza burdamente al someter los pagos superiores a sesenta días a la instrumentación cambiaria, siendo que estos pagos se sustraen expresamente del ámbito de aplicación de la Ley 3/2004. Se transgrede de este modo frontalmente en la LOCM el propósito de la Directiva 2000/35 de acortar los plazos de pago, y se hace mediante el artificio de su instrumentación cambiaria.

- Hasta aquí el incidente del artículo 17 LOCM. Retornando al panorama normativo en materia de morosidad, **en sexto y último lugar**, resta por referirse a la articulación de las relaciones entre la Ley 3/2004 y la Directiva 2000/35 con la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías y con el movimiento unificador en materia de contratos en el seno de la Unión Europea.

En nuestra opinión, la Ley 3/2004 no incide en el régimen de la Convención de Viena de 1980 (CNUCCIM), en particular no afecta a las reglas del sinalagma (art. 58), a la indemnización de daños y perjuicios (arts. 74 a 77), a las reglas de exoneración (art. 79), ni al control de contenido de condiciones generales. Por el contrario, existe una materia en la que la Ley sobre morosidad funcionará integrando las lagunas del régimen vienés. Nos referimos a la determinación del tipo de interés bajo el art. 78 CNUCCIM. Precepto que acoge el principio o regla general del derecho al cobro de intereses, pero no determina el tipo o tasa de interés. Si se acepta la posición mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia vienesa que coinciden en entender que la determinación del tipo de interés es una laguna de la Convención que se ha de resolver vía art. 7 CNUCCIM, esto es, acudiendo al derecho nacional no uniforme, podremos entender que el art. 7 Ley 3/2004 servirá para integrar esta laguna de la Convención¹⁶.

Pero además de lo anterior, lo cierto es que el régimen de la Convención de Viena transpira en la Directiva y en la Ley 3/2004 por dos razones:

1) porque la Directiva 2000/35 establece las bases de la institución de la mora basándose en el régimen vienés. De ahí que la mora sin interpelación, automática, objetiva, independiente de los daños y perjuicios y unificada en las acciones de incumplimiento sea de pura inspiración vienesa; y

2) porque la Convención de Viena entendemos se aplicará en algunas cuestiones de forma prioritaria frente al régimen del CC. Por ejemplo, así lo entendemos en relación con la posibilidad de solicitar el mayor daño: se ha de acudir a la normativa de la Convención de Viena sobre daños y perjuicios (arts. 74 a 77) que se presentan como reglas de general aplicación antes que a la normativa del CC por aplicación de lo dispuesto en el art. 50 CCo.

Se evidencia así una recíproca influencia entre la Ley 3/2004 y la Convención de Viena.

Conexión recíproca que también se exterioriza en las relaciones entre la Directiva 2000/35 y las iniciativas tendentes a la unificación del derecho privado europeo, en el sentido que en esa conformación gradual del derecho contractual europeo en el que ahora nos encontramos el régimen de la Directiva 2000/35 podrá jugar un papel importante. Y entendemos que lo hará como objeto de la proyección futura del derecho contractual europeo, a la vez que como instrumento o herramienta en la que erigir esa construcción unificada en

¹⁶ *Vid.* Laudo del Internationales Schiedsgericht der Wirtschaftskammer Österreich, 11 mayo 2006 (SCH-4921), aplicando a un contrato de compraventa internacional sujeto a la Convención de Viena el tipo de interés previsto en Austria, sección 1333(2), tras su modificación por la Directiva 2000/35.

materia de contratos.

Además, el impacto de la Ley 3/2004 llega más allá: su aplicación específica a determinados contratos mercantiles va a suponer la modificación o derogación del régimen jurídico de la mora o de algunos aspectos de la obligación de pago del precio. Para poder evaluar el impacto de la Ley sobre morosidad en otros tipos contractuales se ha de partir de la delimitación del ámbito de aplicación de la Ley 3/2004. Ley que expresamente deja fuera de su esfera aplicativa a los intereses relacionados con la legislación cambiaria, a la mora disciplinada por el contrato de seguro y a las deudas sometidas a procedimientos concursales.

La Ley se aplica a los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

Razonando en términos de obligaciones la Ley 3/2004 se aplica a las obligaciones pecuniarias sinalagmáticas, bilaterales o recíprocas perfectas. Quedan excluidas las obligaciones unilaterales o simples –ya que sólo generan obligaciones para una de las partes. Y también se excluyen las obligaciones bilaterales imperfectas, secundarias o *ex post facto*, porque no existe una interdependencia o nexo causal entre los dos deberes de prestación, que no actúan como objeto de la prestación principal. De ahí que la Ley se aplica a la mora de las deudas dinerarias que surgen del pago del precio como contravalor o contraprestación de la obligación principal de entrega del bien o prestación del servicio, pero no si se trata del pago de una deuda dineraria que nace de una obligación secundaria en el contrato, como podría ser la devolución de los gastos al vendedor derivados de la conservación de la cosa.

En nuestra opinión, lo anterior implica excluir del campo de aplicación de la nueva Ley al contrato de cuenta corriente mercantil, puesto que la recíproca concesión de crédito típica del contrato mencionado no entra en el esquema prestacional de la Ley 3/2004 con la excepción relativa a la demora en el pago del saldo final que resulte tras el cierre de la cuenta. Entendemos queda también excluida la mora societaria.

Lo anteriormente indicado implica, además, incluir a los contratos de financiación, y especialmente al contrato de préstamo y afines; contratos que podrían considerarse, si existe acuerdo de las partes, como contratos sinalagmáticos, siendo que igualmente entendemos, pese a la grave discrepancia de la doctrina civil en este punto, que la sinalagmaticidad es sinónima del carácter oneroso del contrato. De ahí que puede decirse que el contrato de préstamo –contrato real en su vestimenta civil–, pero bilateral/sinalagmático en el ámbito bancario, puede considerarse incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 3/2004. Tres son las consecuencias de aplicar la Ley 3/2004 al contrato de préstamo de nuestro CCo:

- En primer lugar, la derogación parcial del artículo 313 CCo que requiere la intimación en los préstamos pactados por tiempo indeterminado o sin plazo marcado de vencimiento, en el bien entendido que la intimación ya no es necesaria, por lo que el plazo de los treinta días –punto en el que existe coincidencia entre el art.313 CCo y el art.4 Ley 3/2004– se cuenta desde la entrega del importe del préstamo.

- En segundo término, entendemos que si se pactan plazos de devolución del préstamo superiores a los 30 días que marca el art.4 Ley 3/2004, dicho acuerdo podrá entenderse fuera del control de abusividad del art.9 Ley 3/2004 –que se verá más adelante– al no poder detectarse un contenido abusivo en perjuicio del acreedor (la entidad bancaria) que consiente en el mayor aplazamiento mediante la percepción de un interés retributivo.

- En último lugar, opinamos que la referencia al interés legal del art.316 CCo (que se refiere a los intereses de demora) debe entenderse realizada al de la Ley sobre morosidad y no al que se designe anualmente en los presupuestos generales del Estado por las razones ya

expresadas con anterioridad.

La postura mantenida en torno a la equivalencia entre la onerosidad y la sinalagmaticidad hace que incluyamos también en el ámbito de la Ley 3/2004 tanto al contrato de fianza como a la comisión de garantía que se pacte en el contrato de comisión y agencia, por lo que si el comitente se demora en el pago del precio del sobrepemio se aplicarán los intereses de demora previstos en la Ley. Por otra parte, al aplicarse la Ley sobre morosidad y, en especial, la consideración de la mora como una mora objetiva o sin culpa al contrato de compraventa perfeccionado gracias a la intervención del agente o comisionista con pacto de garantía, entendemos que se imputarán al agente o comisionista de garantía los intereses de demora, puesto que éstos son la consecuencia directa y automática de la especial responsabilidad que asume el agente o comisionista.

La Ley 3/2004 en nuestra opinión además de aplicarse a los contratos sinalagmáticos en los que al sinalagma genético sigue el funcional, aunque una de las prestaciones aparezca aplazada de forma unitaria o en un único pago, entendemos se aplica también a los contratos en los que el pago es al contado, si en realidad con posterioridad se produce el impago del precio. También se aplica a los contratos de duración o tracto sucesivo, esto es, contratos en los que a un único sinalagma genético se corresponden varios momentos ejecutivos desde el lado del sinalagma funcional, ya sea éste en relación a las dos prestaciones del contrato (como sucede en los contratos de suministro, agencia, distribución y franquicia), o ya se trate sólo del pago del precio que se realiza en varios plazos o de forma periódica (como sucede en los contratos de arrendamiento, compraventa a plazos y los de arrendamiento financiero o leasing).

Pero una vez que tanto el *mosaico normativo* descrito como el ámbito de aplicación de la Ley se clarifican, la aplicación de los artículos 4 y 9 de la Ley 3/2004, respectivamente sobre plazos de pago y cláusulas abusivas, va a provocar dos graves fracturas en el ordenamiento contractual mercantil: la quiebra o ruptura del principio sinalagmático de un lado, y de otro la introducción por vez primera en el ordenamiento jurídico español de un control de contenido de cláusulas abusivas insertas en condiciones generales de contratos entre empresarios.

B) Quiebra del principio sinalagmático

Comenzando con la **quiebra del principio sinalagmático**, la Ley 3/2004 regula indirectamente el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, bilaterales o sinalagmáticas a plazo a través de la determinación de los plazos de pago (art.4) cuando nada han previsto las partes en el contrato. La regulación viene básicamente a establecer que a falta de acuerdo entre las partes sobre el plazo de pago, el deudor dispone de treinta días para pagar desde la fecha de recibo de la factura o desde la fecha de recepción de las mercancías o la prestación de servicios, según los casos. Ello implica, en nuestra opinión, la quiebra del asentado principio del sinalagma en las obligaciones recíprocas o bilaterales, esto es, de la regla o principio de la simultaneidad en las contraprestaciones de las partes, siendo que ahora una de ellas, la obligación de pago, resulta aplazada.

El principio del sinalagma encuentra su clara concreción en el contrato de compraventa, máximo exponente de los contratos bilaterales, en las diversas leyes que sobre este contrato encontramos en nuestro país. Así, en los artículos 1466 CC; 1500.2 CC; en el art. 58.1 CNUCCIM, y por último, en la redacción original del art. 17.1 LOCM («*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*»), que ahora se modifica por la Ley 3/2004. Precisamente,

la nueva redacción que se opera en la LOCM es muy expresiva de la intención del legislador en esta materia.

El contraste entre la redacción original y la vigente no deja lugar a dudas acerca del profundo cambio que se opera. Si, como se ha indicado, la redacción original confirmaba la regla del sinalagma en las obligaciones recíprocas, de forma tal que en ausencia de pacto rige la regla general de pago contra entrega, la nueva redacción expresa indubitadamente el significado de la mutación que se lleva a cabo: romper con el principio del sinalagma. El vigente art. 17.1 LOCM señala lo que ha de considerarse ahora como la regla general en el contrato de compraventa sometido a la LOCM: «*A falta de pacto expreso, se entenderá que los comerciantes deben efectuar el pago del precio de las mercancías que compren antes de treinta días a partir de la fecha de su entrega*».

Esta ruptura del principio del sinalagma viene a suponer una transformación de la naturaleza jurídica de los contratos «de cambio» en contratos «de crédito» mediante la imposición legal del aplazamiento de la prestación de pago. Y ello es criticable si se piensa que el modelo ideal normativo debe partir de la idea de la rapidez y el rigor en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, esto es, de un sistema de inexorabilidad de los plazos, que es el que diseña nuestro Código de Comercio.

Pero, además, resulta criticable puesto que, junto a las consecuencias dogmáticas que la nueva regulación provoca en la institución de los contratos bilaterales, se produce una situación paradójicamente contraria al problema que se intenta combatir: la dilatación de los plazos de pago, o si se prefiere la dilación en la obligación de pago. Este retraso obviamente juega en perjuicio del acreedor al que se le impone legalmente que soporte un aplazamiento del pago tras la entrega. No deja de resultar curioso constatar, especialmente en el caso de la Ley 3/2004, como una ley que se dicta contra la morosidad, con el objetivo pues de acabar con la práctica consistente en la imposición de plazos de pago dilatados, adopte como norma de aplicación supletoria al acuerdo de las partes, una regla que rompe el sinalagma e impone el pago aplazado. No puede entenderse que la regla general sea la del pago aplazado si se piensa que las reglas supletorias deben acoger el modelo «ideal» que regule un específico tipo o tipos contractuales. Resulta simplemente contradictorio imponer como modelo legal supletorio el pago aplazado, y al mismo tiempo pretender luchar contra los aplazamientos en los pagos: si el legislador opina que los aplazamientos del pago del precio son intrínsecamente perversos, la restauración del equilibrio contractual, del sinalagma, pues, debería haberse presentado como la mejor opción.

Así enunciada de forma general esta ruptura o quiebra del principio sinalagmático, debe matizarse. En primer lugar, porque la ruptura afecta a la vertiente funcional –en el momento ejecutivo– y no a la genética –nacimiento– de la obligación, resultando que en nuestro ordenamiento determinadas obligaciones resultan aplazadas en el tiempo de forma típica o natural, por lo que el impacto de la Ley 3/2004 en los contratos que implican financiación, singularmente los contratos de préstamo, venta a plazos de bienes muebles sujetos a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (LVPBM) y los de leasing o arrendamiento financiero, es menor que en relación a los sinalagmáticos «puros», ya que en aquellos no opera el sinalagma funcional.

Y, en segundo lugar, la ruptura del sinalagma funcional que provoca la Ley 3/2004 no se aplica a todo contrato bilateral: por la Disposición derogatoria única de la Ley 3/2004 se declara la prevalencia sobre ella de aquellas normas de igual o inferior rango que «*en relación a la determinación del plazo de pago*» resulten más beneficiosas para el acreedor. La aplicación de esta disposición significa que la Ley 3/2004 no deroga las disposiciones de nuestros Códigos o leyes especiales en las que se prevé el principio del sinalagma (contrato de compraventa, obra y transporte, fundamentalmente). Sí, en cambio, implica una derogación

de dicho principio el art. 17.1 LOCM en relación con los contratos de compraventa sujetos a su ámbito de aplicación. Los demás contratos atípicos, o típicos que carezcan de un régimen expreso sobre el plazo de pago, se regulan por la Ley 3/2004, por lo que han pasado a ser contratos a plazo.

Todo esto no deja de ser confuso y rocambolesco, innecesario y desproporcionado. Casi gratuito. Máxime porque la ruptura del principio del sinalagma no es la única consecuencia que produce la Ley 3/2004 y en particular su art. 4. La inclusión del contrato de agencia en su ámbito de aplicación va a provocar –paradojas del derecho– que legalmente se adelante el cobro de la comisión. En cierto modo, el quebrado principio sinalagmático en el contrato de agencia se va a recomponer por la aplicación de la Ley 3/2004 y ello con independencia de la tesis que se siga en torno al momento de nacimiento y exigibilidad del derecho al cobro de la comisión. Se produce, como mínimo, una derogación parcial del art. 16 Ley del Contrato de Agencia (LCA) como norma supletoria de la voluntad de las partes, pero no como norma limitativa de la autonomía de la voluntad. De forma tal que, salvo pacto en contrario, el pago de la comisión debida al agente habrá de producirse treinta días después de su devengo, y no como establece el art. 16 LCA que *«la comisión se pagará no más tarde del último día del mes siguiente al trimestre natural en el que se hubiese devengado»*.

- C) La quiebra en el principio de libertad de pacto: el control de contenido de las CGG entre empresarios

La segunda gran **quiebra** de principios de nuestro ordenamientos se produce en relación con el **principio de libertad de pacto**. El artículo 9 Ley 3/2004¹⁷ consagra por vez primera en el ordenamiento jurídico español un control de contenido de condiciones generales entre empresarios, a la vez que extiende dicho control de abusividad a los pactos individualmente negociados entre las partes. En concreto serán consideradas nulas cuando tengan dicho contenido abusivo las cláusulas sobre plazos de pago, el tipo legal de interés de demora, y las consecuencias de la demora. No se mencionan, como tampoco hace el art. 3.3 Directiva 2000/35, a los acuerdos relativos a la indemnización por costes de cobro (art. 8), ni a las cláusulas de reserva de dominio (art. 10), por lo que éstas quedan fuera del control de abusividad.

En relación con los pactos contenidos en CGC, la LCGC, como se sabe, sustrae del control específico de contenido de las cláusulas abusivas a la contratación entre empresarios o profesionales, y lo hace por entender que las normas de nulidad contractual bastan para otorgar protección al adherente–empresario/profesional. Efectivamente, así lo venía en cierto modo señalando la Exposición de Motivos de la LCGC tratando de excusar la falta de una disciplina específica en materia de contratación entre empresarios, y lo confirma el art. 8.1 Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) al considerar nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (art. 6.3 CC).

La Ley 3/2004, sin embargo, ha decidido por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico que exista un control de contenido específico de contratos con condiciones generales entre empresarios; control que se concreta en las cláusulas que sean abusivas. Esta nueva orientación del derecho de contratos supone un respaldo importante para aquel sector de la doctrina española partidario de extender el régimen de las cláusulas abusivas con

¹⁷ ALBIEZ DORMÁN, K.J., «El control de contenido de las cláusulas de morosidad en las operaciones comerciales», *RDBB* 103, 2006, pp. 209-238.

consumidores a las relaciones interempresariales. Aquí ha de reconocerse que esta es una interpretación que de *lege ferenda* se ha mantenido por un nutrido e importante sector de la doctrina mercantilista española (ALFARO y PAGADOR).

En nuestra opinión, la aplicación de las reglas de interpretación de contratos –*odiosa sunt restringenda*– lleva a que la anomalía que representa el artículo 9 Ley 3/2004 en materia de cláusulas abusivas se restrinja al máximo su aplicación. Pero además de lo anterior, y ya resignados a no ir contra corriente, si las nuevas tendencias del derecho de contratos en nuestro país van en la línea de un control de contenido de las condiciones generales pactadas entre empresarios, hubiese sido más conveniente la instauración de una cláusula general, basada en la buena fe, dejando a los tribunales la concreción caso por caso. Y, no como hace el legislador de la morosidad, que trae a escena una mutación tan importante con una estipulación particular.

Pero además de lo anterior, la Ley 3/2004 parece instaurar un sistema de justicia contractual objetivo al someter al control de abusividad a los pactos individuales negociados entre empresarios o profesionales. El sistema de nulidad de las cláusulas contractuales abusivas tanto negociadas de forma individual como contenidas en condiciones generales del art. 9 Ley 3/2004 se erige sobre el concepto de cláusula abusiva que toma prestado de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre consumidores y de la LCGC. Estos textos restringen dicho nómene a la contratación con consumidores, por lo que tanto la Ley 3/2004 como la Directiva 2000/35 dan un giro en la forma de entender el paradigma contractual en un doble sentido: si bajo la Directiva 93/13 y la LCGC no interesan los pactos negociados individualmente –ni el sujeto empresario, especialmente en la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas–, bajo la Directiva 2000/35 el legislador comunitario de la morosidad cambia de rumbo fijando su atención en las cláusulas en las que ha existido negociación entre dos empresarios.

El legislador parece revelar así su posición en el art. 9.1 cuando señala que para determinar si una cláusula es abusiva se tendrá en cuenta si se imponen «*unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas*». Esta aparente búsqueda de la justicia objetiva que parece animar al legislador está teñida fuertemente de elementos subjetivos porque la abusividad se concreta en el dato de la *imposición*. El deudor «impone» al acreedor cláusulas que le perjudican.

Por eso, entendemos que la razón última que justifica al legislador en esa intervención drástica en pactos negociados individualmente es que instaura un mecanismo corrector de un desequilibrio de poder negociador. Así entendido el protagonismo que desarrolla el dato de la imposición, se ha de dar un giro en la interpretación que debe dársele a todo el art. 9 y consecuentemente al carácter abusivo de la cláusula, puesto que no se trata de un sistema radicalmente objetivo, de búsqueda de la justicia contractual objetiva basada en el justo equilibrio de las prestaciones, como de una primera lectura podría inferirse.

En consecuencia entendemos que el art. 9.1 Ley 3/2004 parte de una ilusión óptica «cláusulas pactadas»; insistimos nuevamente el dato de la imposición es la nota reveladora de la abusividad de la cláusula, que además ha de tener un contenido perjudicial para el acreedor, de ahí, como se comentó, la utilización del lenguaje propio de las condiciones generales y del término *abusivo* que adjetiva a la cláusula.

En conclusión, opinamos que los pactos individualmente negociados entre las partes que carezcan del elemento impositivo están sustraídos del control de la abusividad que se contempla en el art. 9 Ley 3/2004.

V. El procedimiento monitorio

El procedimiento monitorio tiene importancia en la mecánica tanto de la Directiva como de la Ley. Dos instrumentos comunitarios coadyuvan a hacer eficaz el mandato de la Directiva 2000/35 y de la Ley 3/2004. Se trata del Reglamento (CE) n° 1896 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo (DO L 399/1, 30.12.2006), que será aplicable a partir del 12 de diciembre de 2008 al cobro de créditos pecuniarios, de importe determinado, vencidos y exigibles (art. 4); el Reglamento no limita la cuantía del monitorio, como sí hace la LEC española, y además no se exige representación por un abogado u otro profesional del Derecho ya sea en relación con el demandante con su petición de requerimiento europeo de pago, o con el demandado en relación con la oposición a un requerimiento europeo de pago (art. 24). Y, por otra parte, del Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados¹⁸, que abarca precisamente una gran parte de las situaciones que nos ocupan, especialmente aquellas que se ventilen vía proceso monitorio, eliminando el trámite del exequátur, lo que resulta importantísimo en el ámbito de las deudas pecuniarias transfronterizas.

El legislador español, por su parte, no ha estimado necesario introducir regulación procesal específica alguna, por lo que ha debido entender que nuestra LEC y en concreto el procedimiento monitorio cumple con las exigencias del artículo 5 Directiva 2000/35. Este precepto comunitario establece que los Estados miembros velarán por qué se pueda obtener un título ejecutivo normalmente en un plazo de 90 días naturales –en el que no se incluyen: los plazos requeridos para la notificación ni los retrasos ocasionados por el acreedor, como los plazos para subsanar demandas o recursos no admisibles– a partir de la presentación de la demanda o de la solicitud por parte del acreedor ante el Tribunal u otra autoridad competente, siempre que no exista una disputa en torno a la deuda o en relación a cuestiones de procedimiento. Efectivamente, el proceso monitorio se prevé como un procedimiento ágil, sencillo y barato de cobro de créditos, no contradictorio, como lo demuestra el hecho de que la petición inicial se podrá realizar en impreso o formulario¹⁹, y sin necesidad de valerse de procurador y abogado (art. 814 LEC). No obstante, el monitorio está limitado a deudas inferiores a 30.000 euros (art. 812.1 LEC), por lo que bien pudo haberse suprimido este límite, ya que ni la Directiva ni la Ley 3/2004 contienen una limitación cuantitativa de la deuda y, en consecuencia, se aplican tanto a deudas de pequeño como gran importe. Especialmente debe abogarse por su desaparición. En primer lugar, porque el tiempo demuestra el éxito del proceso monitorio, no existiendo, en consecuencia, en la actualidad las razones que apoyaban la limitación cuantitativa: cautela ante la aparición de un procedimiento nuevo en nuestro ordenamiento procesal²⁰. En segundo término, por la aplicación de la Directiva 2000/35, hoy Ley 3/2004²¹. Y, por último, porque en el derecho comunitario, Reglamento n° 1896/2006 del

¹⁸ DO L 143, 30 abril 2004, p. 15, y que entró en su mayor parte en vigor el 1° de enero 2005 (véase art. 33).

¹⁹ Vid. formulario F.2. Proceso monitorio, disponible en la página web del Ministerio de Justicia (<http://www.mj.es>). No obstante, entendemos que este formulario debe modificarse para adecuarse a la Ley 3/2004. Vid. PERALES VISCASILLAS, *La morosidad*, p. 240, nota 137.

²⁰ Vid. expresando así el objetivo del legislador: GÓMEZ MARTÍNEZ, C. «Artículo 812 LEC», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., RIFÁ SOLER, J.M. y VALLS GAMBAU, J.F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Barcelona: Iurgium, Atelier, 2000, p. 3813.

²¹ Han sido numerosas las sentencias que así lo han entendido en relación con el proceso monitorio. A modo de *obiter dicta* se ha entendido que: «El límite de cuantía para el proceso monitorio del Art.812.1 LEC choca frontalmente con la directiva 2000/35 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8-9-2000, DOCE de 8-8-2000 que en el artículo 5 prevé que el proceso monitorio no tenga límite de cuantía, y sitúa al Gobierno en

Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo, no establece límite cuantitativo alguno.

VI. Conclusiones

Frente a los efectos queridos y deseados por el legislador de la morosidad –las renovadas bases dogmáticas en las que se asentará la institución y su configuración como ley de general aplicación con las consecuencias que ello conlleva–, se evidencian los efectos no deseados o simplemente imprevistos. La quiebra del sinalagma es uno de ellos. Ruptura que nos ha obligado a intentar encajar gradualmente las piezas que conforman el *puzzle jurídico* representado por la diversidad de regímenes en torno a la morosidad mercantil en nuestro país.

Las restricciones al principio de libertad de pacto, frente a las críticas que hemos realizado, se presentan, sin embargo, como un efecto previsto y deseado por el legislador comunitario que sacrifica así uno de los principios básicos del derecho de la contratación mercantil. El establecimiento de un control de contenido de contratos concluidos por medio de condiciones generales entre empresarios es una innovación de primer orden en el derecho mercantil de contratos. Es una opción discutible, pero respetable.

Pero lo que no podemos dogmáticamente aceptar es el texto del art. 4 de la Ley de morosidad que conlleva los efectos perversos «teóricos» y «prácticos», «directos» y «colaterales» ya denunciados. En este punto falla estrepitosamente la Ley 3/2004, ensombreciendo el resto de la regulación, que en su mayor parte se revela como una moderna normativa sobre la mora mercantil y sus efectos.

La Ley 3/2004 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales no va a dejar indiferente a nadie, y no va a dejar, sin duda, indiferente a los mercantilistas porque la Ley afecta profunda y transversalmente al derecho mercantil de contratos y a los empresarios que lo practican.

posición un tanto delicada; debía haber reformado la LEC antes del 8-8-2003, fecha en que vencía el plazo de transposición de la directiva». Así repiten este considerando la SAP Granada, 17 enero 2005 (sección 3ª); y numerosas SSAP Madrid, sección 14: 12 noviembre 2004, 10 junio 2004, 14 enero 2004, 23 diciembre 2004, 22 octubre 2003, 24 septiembre 2003, y 11 septiembre 2003. Así lo entiende también el régimen proyectado sobre la morosidad en los nuevos preceptos del CCo, véase art. 73 Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Mercantil, Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad. Boletín del Ministerio de Justicia, núm.2006, pp. 203 y ss.

Por su parte, utiliza la Directiva 2000/35 como elemento interpretativo de la LEC, y en concreto del art. 812, relativo a los documentos que pueden acompañar al monitorio la SAP Barcelona, 21 enero 2004 (sección 1ª). En el caso se acompañaba a la demanda de monitorio la sentencia dictada en un juicio verbal de circulación; documento que no es aceptado por el tribunal apoyándose en la Exposición de Motivos de la LEC y en el ámbito objetivo –operaciones comerciales– de la Directiva 2000/35.