



Universidad
Carlos III de Madrid

 - **Archivo**

Repositorio Institucional



Miranda Serrano, Luis María. La regulación de la morosidad en el anteproyecto de código mercantil. En: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1511-1536. ISBN 978-84-89315-79-2.

<http://hdl.handle.net/10016/20936>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LA REGULACIÓN DE LA MOROSIDAD EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL *

LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO **

Resumen

El Libro Cuarto del Anteproyecto de Código Mercantil se ocupa de las obligaciones y los contratos mercantiles en general. Entre las materias que en él se abordan, el codificador mercantil del siglo XXI presta atención a la morosidad en el cumplimiento del contrato mercantil. Esta regulación diferencia dos regímenes jurídicos distintos: el aplicable a las relaciones jurídicas que no entran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de lucha contra la morosidad y los largos aplazamientos de pago del precio (arts. 418-1 a 418-3) y el aplicable a las relaciones jurídicas que sí entran dentro de dicho ámbito de aplicación (arts. 418-4 a 418-6). El presente trabajo se propone analizar y valorar críticamente ambos regímenes jurídicos con vistas a detectar sus principales fortalezas y debilidades. El análisis realizado lleva al autor a formular con ánimo constructivo varias propuestas de reforma de las normas sobre morosidad contenidas en el Anteproyecto.

Contenido

1. Propósito y plan. – 2. La regulación de la morosidad en la codificación mercantil decimonónica y en la legislación especial. – 2.1. En la codificación mercantil decimonónica. – 2.2. En la legislación especial. – 3. La regulación de la morosidad en el Anteproyecto de Código Mercantil. – 3.1. Preliminar. – 3.2. Normas aplicables a las relaciones jurídicas que no entran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de lucha contra la morosidad. – 3.2.1. Comienzo de la morosidad. – 3.2.2. Consecuencias del retraso en el cumplimiento. – 3.2.3. Efecto de la mora en las deudas dinerarias. – 3.3. Normas aplicables a las relaciones jurídicas que caen dentro del ámbito de aplicación de la normativa de lucha contra la morosidad. – 3.3.1. Un apunte previo sobre el ámbito de aplicación de la normativa antimorosidad en vigor. – 3.3.2. La opción seguida por el Anteproyecto al regular la morosidad en estas relaciones jurídicas. – 4. Valoración de la regulación de la morosidad en el Anteproyecto de Código Mercantil y reflexión final. – 4.1. Sobre la opción codificadora de fijar sólo reglas generales y remitir a la legislación especial en materia de lucha contra la morosidad. – 4.2. Sobre la opción codificadora de conferir un distinto tratamiento a las obligaciones pecuniarias en cuanto a si producen o no

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación de Excelencia del MICINN “*Contratación mercantil y competencia empresarial: nuevas tendencias reguladoras y propuestas de conexiones normativas*” (Referencia DER2013-43674-P), así como dentro del Proyecto de Investigación de Excelencia de la Junta de Andalucía “*La protección de los consumidores como ariete de la reforma de la empresa, las reglas de competencia y la cultura empresarial*” (Referencia: SEJ-P10-6073).

** Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Córdoba.

intereses por el mero retraso objetivo. – 4.3. Sobre la opción codificadora de diferenciar dos regímenes jurídicos distintos en materia de morosidad. – 4.4. Reflexión final.

1. PROPÓSITO Y PLAN

La mejor doctrina jurídica apela recurrentemente al legislador y al juez –y, en general, al intérprete de la norma– para que acometan un *aggiornamento* permanente de la *lege data* a fin de acomodarla a las cambiantes realidades reguladas. Entre los maestros del Derecho privado, cabría citar en este sentido al profesor Díez-Picazo, quien pone de manifiesto que todo ordenamiento está claramente condicionado por los cambios, frente a los que caben dos respuestas posibles: "acelerar la promulgación de un nuevo bloque legislativo o efectuar una interpretación de reajuste que partiendo de los criterios que operan en el ordenamiento jurídico, permita colmar las lagunas del Derecho que los cambios arrastran consigo"¹. En la misma dirección se pronunciaba algunos años antes el profesor Garrigues cuando en su ya antológica monografía *Nuevos hechos, nuevo Derecho de Sociedades Anónimas*, se valía de la expresiva fórmula "nuevos hechos, nuevo Derecho" para advertir de la imperiosa necesidad de que ante las transformaciones socioeconómicas (los *nuevos hechos*) se responda jurídicamente con normas provistas de la necesaria aptitud funcional (el *nuevo Derecho*)².

Naturalmente, desde 1885 –fecha de promulgación del vigente Código de Comercio– hasta nuestros días han sido muchas y de muy diverso calado las transformaciones sociales, políticas y económicas acaecidas. De ellas se hacen eco en el plano jurídico las numerosísimas leyes especiales promulgadas desde entonces en nuestro país, muchas de ellas en las últimas décadas y como consecuencia de la integración de España en la Unión Europea. Por eso no sorprende que ante un panorama legislativo como éste, muy disperso y desordenado y, por ende, escasamente compatible con unas elementales exigencias de seguridad jurídica, la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación haya reaccionado mediante la elaboración de una Propuesta de Código Mercantil que, tras algunas reformas, se ha convertido en la actualidad en el *Anteproyecto de Ley del Código Mercantil*³. Se trata de una propuesta recodificadora ambiciosa, elaborada en un momento histórico en el que el movimiento codificador ya parecía superado y dotada de una doble cara como el Dios Jano. Por un lado, una cara novedosa, al regular materias hasta este momento carentes de regulación en nuestro Derecho. Por otro lado, una faz menos innovadora, ya que una buena parte de su contenido lo conforman normas ya vigentes en España e integradas en su mayor parte en leyes mercantiles especiales⁴.

¹ Vid. DÍEZ-PICAZO, *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado (dos esbozos)*, Ed. Cuadernos Civitas, Madrid 1979; en concreto, *vid.* el texto que figura en la contracubierta de la obra.

² Vid. GARRIGUES, *Nuevos hechos, nuevo Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1933; reeditada por la Ed. Civitas en 1998.

³ El texto del Anteproyecto de Ley está disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es /1215198252237/vALegi slativaP /1288774452773 /Detalle.html>

⁴ *Vid.* en esta dirección la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Mercantil: "El contenido del Código no es totalmente nuevo. Se incluyen en efecto normas legales que ya estaban en vigor

Una de las materias en relación con la cual el Anteproyecto de Código Mercantil contiene relevantes novedades es la relativa al Derecho de obligaciones y contratos. En concreto, a este importante sector del Derecho mercantil dedica el codificador del siglo XXI dos Libros completos. El primero (que es el Cuarto del Anteproyecto) regula *las obligaciones y los contratos mercantiles en general*, siguiendo para ello muy de cerca los trabajos ya realizados por UNIDROIT y UNCITRAL en este ámbito. En rigor, la regulación de este Libro se ciñe únicamente a las cuestiones fundamentales y, según confiesa el codificador en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, persigue asegurar “la homogeneidad de regulación en todo el mercado de unos mismos principios básicos contractuales, evitando que puedan plantearse regulaciones distintas en estas materias por razones de la normativa que rige subsidiariamente a las normas mercantiles”⁵. Por su parte, el Libro Quinto, relativo a *los contratos en particular*, presta atención a los que podríamos denominar tipos contractuales básicos, con inclusión entre ellos de muchos contratos carentes de regulación legal en nuestro Derecho, entre los que cabe mencionar aquí, *ad ex.*, los financieros o bancarios y los de prestación de servicios informáticos⁶.

La regulación de las obligaciones y los contratos en general (Libro Cuarto) presta atención a las distintas fases o etapas de la vida del contrato, desde la precontractual hasta la relativa a su extinción, pasando por la perfección, la modificación, la interpretación y el cumplimiento e incumplimiento contractuales. Junto a lo anterior, este Libro también se ocupa de *la morosidad en el cumplimiento del contrato mercantil*. La Exposición de Motivos del Anteproyecto ofrece alguna información sobre la orientación de política jurídica seguida por el codificador a la hora de regular este asunto, cuando afirma que en cuanto a la morosidad “se ha integrado dentro del Código Mercantil la normativa europea sobre la materia, ya incorporada a nuestro ordenamiento, bien es cierto que sin pretender sustituir a la ley que regula esta materia, ley a la que se remiten las disposiciones del Código”; añadiendo a lo anterior que “esa integración se ha efectuado sistemáticamente con los supuestos no cubiertos por la legislación europea, supuestos en los que también hay que regular las consecuencias de la morosidad”.

Como se infiere del título con que he bautizado estas páginas, el propósito principal que en ellas persigo consiste en ofrecer un primer análisis y valoración de la normativa sobre morosidad contenida en el Anteproyecto de Código Mercantil (*infra*, 3 y ss.). Con ello respondo muy gustosamente a la amable invitación que se me ha cursado desde la

anteriormente y que por lo tanto representan una innovación muy limitada, consistente en su introducción en el Código, lo que exige modificaciones limitadas a efectos de coordinar la integración de esas materias con el conjunto de las normas codificadas”. A lo anterior se añade, no obstante, que “la mayor parte del Código incluye la regulación de materias que carecían de normativa aplicable y que, por lo tanto, constituyen una innovación en el ordenamiento jurídico”.

⁵ *Vid.* una panorámica general del contenido del Libro Cuarto de la Propuesta de Código Mercantil (obligaciones y contratos en general: arts. 411 a 450-9) en VÉRGEZ SÁNCHEZ, “La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la Propuesta de Código Mercantil”, en RDM, núm. 292, 2014, pp. 11 y ss.

⁶ Una visión muy crítica de todas las normas que la Propuesta de Código Mercantil dedica a las obligaciones y contratos (Libros Cuarto y Quinto) *vid.* en GARCÍA RUBIO, “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil”, en *Revista de Derecho Civil*, vol.I, núm. 1, enero-marzo de 2014, pp. 7 y ss. (<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>).

Universidad Carlos III de Madrid para participar en el merecido homenaje que la Universidad española rinde a la vida y obra del profesor Illescas Ortiz a través de este libro colectivo con ocasión de su jubilación. No obstante, antes de entrar de lleno en este cometido, creo que puede ser interesante ofrecer una panorámica general del modo en que el legislador mercantil regula la *mora debitoris* en nuestros días, lo que exige aproximarnos, por un lado, a las normas que el viejo –aunque aún vigente– Código de Comercio dedica a este asunto (*infra*, 2.1) y, por otro, a la legislación especial antimorosidad promulgada en España en las últimas décadas en gran medida por exigencias de la Unión Europea (*infra*, 2.2).

2. LA REGULACIÓN DE LA MOROSIDAD EN LA CODIFICACIÓN MERCANTIL DECIMONÓNICA Y EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL

2.1. En la codificación mercantil decimonónica

La mora del deudor fue ya objeto de regulación en el primer Código de Comercio español de 1829. Según su art. 261, "[l]os efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles no comienzan sino desde que el acreedor interpelare judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un juez, escribano u otro oficial público autorizado para recibirla". Para Sainz de Andino, por tanto, sólo cabía hablar de *mora debitoris* –y consecuentemente sólo podían desplegarse los efectos propios de esta institución– si el acreedor interpelaba al deudor por vía judicial, administrativa o notarial. A la vista de esta regulación, no sorprenden las críticas que parte de la doctrina de la época dirigió al art. 261, denunciando que esta norma "venía a echar por tierra la fatalidad de los plazos"⁷.

Pero esta regulación cambió sustancialmente con la aprobación del Código de Comercio de 1885. La distancia entre ambos Códigos se infiere de comparar el art. 63 del nuevo Código de 1885 con el art. 261 del Código de 1829. El mencionado art. 63 –único precepto que el Código dedica a la mora dentro de las disposiciones generales relativas al contrato y a la obligación– reza así: "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 la voluntad de las partes o por la Ley, al día siguiente de su vencimiento. 2º. En los que no lo tengan, 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".

De la lectura del precepto se infieren dos ideas relevantes sobre la regulación de la institución realizada por el codificador de 1885. La primera estriba en su carácter parcial o sectorial, al ocuparse sólo de uno de los extremos de la mora cual es el momento en que empiezan a desplegarse sus efectos. La segunda consiste en que al

⁷ Vid. ÁLVAREZ DEL MANZANO/BONILLA/MIÑANA, *Códigos de Comercio españoles y extranjeros*, Madrid, 1914, t. V, p. 120.

regular este asunto se diferencian dos supuestos de hecho distintos: obligaciones con plazo de cumplimiento legal o convencional, por un lado, y obligaciones sin plazo de cumplimiento, por otro. Aquí interesa detenernos especialmente en esta segunda idea.

a) *La mora de las obligaciones mercantiles con plazo de cumplimiento*: Las divergencias más relevantes entre las regulaciones civil y mercantil de la mora afloran en el art. 63.1º, relativo a las obligaciones mercantiles con plazo de cumplimiento legal o convencional. Y es que frente al criterio del Código Civil según el cual la mora se inicia como regla general a partir del momento en que el acreedor interpela judicial o extrajudicialmente al deudor (*interpellatio morae*), la solución del Código de Comercio para estas obligaciones consiste en la supresión de la interpelación. En el ámbito mercantil rige, por tanto, como regla general el principio *dies interpellat pro homine* que, según la Exposición de Motivos del Código de 1885, obedece a que "en la realidad de la vida mercantil, los comerciantes nunca tienen improductivo su capital, reputándoseles siempre con la firme voluntad de cobrar lo que se les debe cuando se ha señalado día fijo para el cumplimiento de la obligación". En el fondo, detrás de este principio cabe vislumbrar la misma razón que la comunidad jurídica suele invocar como explicación de las normas que fijan las especialidades de las obligaciones mercantiles: las necesidades propias del tráfico mercantil masificado, que exige falta de formalidades, rigor y rapidez en la ejecución⁸.

A la vista del art. 63.1º, es posible concluir que la principal especialidad de la mora mercantil reside en que para las obligaciones que legal o convencionalmente tengan día señalado para su cumplimiento (tanto si el señalamiento es expreso como tácito) se adopta una solución favorable al acreedor, según la cual se considera que el deudor incurre en mora de modo automático a partir del día siguiente al vencimiento. La STS de 19 de diciembre de 1944 resaltó ya esta especialidad en los siguientes términos: "Una comparación entre el art. 63 del Código de Comercio y este art. [el 1100 del Código Civil] pone de relieve que, a efectos de constitución en mora, aquél deroga en una norma específica el principio de la interpelación judicial y lo sustituye por el del vencimiento de la obligación, cuando la Ley o el contrato lo determinaron, y a esa nota diferencial quedan reducidas (...) las características propias del primero de los cuerpos legales mencionados"⁹.

La anterior es, por cierto, una especialidad no sólo prevista en el art. 63.1º del Código de Comercio, sino plasmada también en otras disposiciones mercantiles. Así lo corroboran las normas siguientes: 1) El art. 341 del Código de Comercio sobre compraventa: "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

⁸ Aunque ciertamente ésta es la razón alegada por la comunidad jurídica para explicar las especialidades de las obligaciones mercantiles, la verdad es que en España faltó una delimitación sistemática de lo que es norma común o general y especial, así como una explicación o reflexión del fundamento de la norma especial. Así me pronuncié hace algunos años –siguiendo al profesor VICENT CHULIÁ– en MIRANDA SERRANO, "Las disposiciones del Código de Comercio sobre el contrato y la obligación mercantil en general", en MIRANDA SERRANO, VELA TORRES y PRÍES PICARDO, *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, t. 30 de la obra colectiva *Tratado de Derecho Mercantil* (dirs. OLIVENCIA, FERNÁNDEZ-NOVOA y JIMÉNEZ DE PARGA), Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, p. 159.

⁹ STS de 19 de diciembre de 1944 (R. 1436).

vendedor"¹⁰. 2ª) El art. 316 del Código de Comercio sobre préstamo: "Los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso o, en su defecto, el legal"¹¹. 3ª) Y, por último, el art. 20.3 de la Ley del Contrato de Seguro: "Se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro"¹².

b) *La mora de las obligaciones mercantiles sin plazo de cumplimiento*: Las diferencias entre las regulaciones civil y mercantil de la mora en lo que concierne a las obligaciones contempladas por el art. 63.2º del Código de Comercio, esto es, las carentes de plazo de cumplimiento legal o convencional, consisten en que mientras en el ámbito civil se admite que la *interpellatio morae* puede ser judicial o extrajudicial, considerándose válida la hecha en documento privado e incluso la realizada verbalmente¹³, en el ámbito mercantil, sin embargo, por influencia del Código de Comercio de 1829, se exige que la interpelación sea judicial, administrativa o notarial; de donde se sigue que, aunque al igual que en el Código Civil se admite tanto la judicial como la extrajudicial, empero, no se reconoce al acreedor libertad de forma o conducto para realizarla, resultando obligado a plantearla ante un notario u otro oficial público autorizado para ello. Ciertamente es, no obstante, que alguna jurisprudencia ha mitigado esta exigencia al considerar válida (*ex art. 63.2º*) la reclamación extrajudicial hecha en documento privado¹⁴.

En mi opinión, en esto divergen las regulaciones civil y mercantil de la mora obra del codificador decimonónico. No llega a convencerme la opinión de cierta doctrina minoritaria para la que el art. 62 del Código de Comercio relativo a las obligaciones puras deja sin sentido al art. 63.2º de ese mismo cuerpo legal, sobre la base de entender que nunca es posible que se dé el supuesto de hecho contemplado en este último precepto, toda vez que si no hay término de cumplimiento convencionalmente fijado, entra en acción lo dispuesto en el art. 62 del Código de Comercio y, por tanto, no

¹⁰ Que el art. 341 Código de Comercio establece una regla especial (frente a la general del art. 63 Código de Comercio) merced a la cual el vendedor incurre en mora automáticamente es asunto en el que insiste la jurisprudencia menor: *vid., ad ex.*, la SAP de Navarra de 16 de febrero de 2000 (R. 3478); la SAP de Soria de 20 de enero de 2000 (R. 3019); y SAP de Valencia de 31 de marzo de 2004 (R. 171088). También de interés la STS de 20 de febrero de 1986 (R. 691) y la SAP de Pontevedra de 26 de febrero de 1999, entre otras.

¹¹ *Ad ex.*, VICENTE Y GELLA reparaba ya en 1945 en esta especialidad del préstamo mercantil: *vid su Curso de Derecho mercantil comparado*, Zaragoza, 1945, t. II, p. 90.

¹² Este precepto se interpreta doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de que la mora del asegurador se origina sin necesidad de intimación por parte del acreedor de la indemnización: *vid., ad ex.*, LA CASA GARCÍA, *La mora del asegurador en la Ley de Contrato de Seguro*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pp. 74 y 75 (n. 21).

¹³ *Vid., ad ex.*, HERNÁNDEZ GIL, "La intimación del acreedor en la mora *ex persona*", en ADC, 1962, p. 348; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La mora*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 63; Díez-Picazo Giménez, *La mora y la responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 31 y 538; MANRIQUE DE LARA MORALES, *La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer*, Centro de Estudios Registrales, 2001, pp. 240 y ss.

¹⁴ *Vid.* en este sentido la SAP de Barcelona, de 23 de diciembre de 2003 (R. 2004/30509).

procede aplicar el art. 63.2^o¹⁵. Como se sabe, según el art. 62 del Código de Comercio, las obligaciones mercantiles puras son exigibles a los diez días de contraídas si llevan aparejada acción ordinaria o al día inmediato en caso de que lleven aparejada ejecución. Del tenor del precepto se infiere sin excesiva dificultad cómo la norma se refiere a la *exigibilidad* de estas obligaciones y no a su *vencimiento*. Pues bien, desde mi punto de vista este dato es relevante y debe ser tenido en cuenta a la hora de ensayar una interpretación armónica de ambos artículos. A mi entender, dicha interpretación podría ser la siguiente: si la obligación es pura, los efectos de la morosidad se producen a partir del momento en que se interpele al deudor según lo previsto en el art. 63.2^o del Código de Comercio, aunque esta interpelación no podrá hacerse antes de que transcurran los días señalados por el art. art. 62 de ese mismo Código para la exigibilidad: diez si produce acción ordinaria y al día inmediato si lleva aparejada ejecución¹⁶.

2.2. En la legislación especial

A la legislación decimonónica reguladora de la *mora debitoris* se ha de añadir la legislación especial antimorosidad promulgada en España a impulso, en gran medida, de la Unión Europea. Se trata de normas con las que se persigue hacer frente a un doble problema. Por un lado, al problema de los largos aplazamientos de pago, porque está constatado desde hace ya algún tiempo que en nuestro tejido empresarial muchos pequeños proveedores se convierten demasiado a menudo en fuente de financiación de otras empresas de mayores dimensiones y de las Administraciones Públicas, al verse obligados a pactar largos aplazamientos de pago del precio que exceden con creces de lo que se conoce comúnmente como “crédito comercial”. Por otro lado, al problema de la morosidad, pues cuando llega el momento de pagar, los deudores de la obligación de pago del precio suelen retrasarse en el cumplimiento de ésta, demorando el pago de las facturas pendientes¹⁷.

De esta doble problemática se ocupan actualmente en nuestro Derecho dos leyes cuyo contenido plural –en parte mercantil y en parte administrativo principalmente– las hace merecedoras de un encuadramiento también plural en el conjunto del ordenamiento.

¹⁵ Ésta es la solución que propone ALONSO UREBA, "Voz Contrato mercantil", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Ed. Civitas, vol. I, p. 1650. A ella alude más tarde Díez-PICAZO GIMÉNEZ en *La mora...*, cit., pp. 550 y 551, y en "La Directiva 2000/35/CE sobre la *mora debendi* en las operaciones comerciales", en AA.VV, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, t. II, p. 1742.

¹⁶ Así me pronuncié ya en MIRANDA SERRANO, "Las disposiciones...", cit., pp. 165 y 166, y más tarde en *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 247. Conforme: PERALES VISCASILLAS, *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas*, Ed. Thomson/Civitas, Navarra, 2006, p. 131.

¹⁷ Sobre la necesidad de remediar ambos problemas como fundamentación político-jurídica de la normativa de lucha contra la morosidad *vid.* MIRANDA SERRANO, *Aplazamientos de pago...*, cit., págs. 74 y ss.; también, al respecto, en la misma dirección: MIRANDA SERRANO/PAGADOR LÓPEZ, "La reforma del régimen legal contra la morosidad: ¿un avance en la represión de las malas prácticas de pago?", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010, págs. 215 y ss. Asimismo, aunque desde otros planteamientos sobre todo en cuanto a los plazos de pago: ALFARO ÁGUILA-REAL, "La nueva regulación del crédito comercial: una lectura crítica de la Directiva y de la Ley contra la morosidad", en *Indret*, núm. 296, Barcelona, 18 julio 2005, págs. 1 y ss., disponible en: http://www.indret.com/pdf/296_es.pdf, y PERALES VISCASILLAS, *La morosidad...*, cit., págs. 31 y 32, 297 y ss., y 313 y ss.

La primera en el tiempo –no en importancia– es la Ley 7/1996, de 15 enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en lo sucesivo, LOCM) que, dado su contenido misceláneo, aunque se destina en su mayor parte a regular ventas al por menor concluidas entre los protagonistas del comercio minorista, aborda también otras cuestiones y, dentro de ellas, el asunto de los largos aplazamientos de pago y la morosidad, al que dedica el último capítulo de su Título primero, denominado "adquisiciones de los comerciantes" e integrado por sus arts. 16 y 17. La segunda ley, de mayor relevancia que la anterior dada su vocación de norma general en la ordenación de la materia que regula, es 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, LLCM), ampliamente modificada en 2010 (mediante la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la LLCM)¹⁸ y en 2013 (a través de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de Medidas de Apoyo al Emprendedor y de Estímulo del Crecimiento y la Creación de Empleo)¹⁹.

A la vista de lo anterior, cabe concluir que actualmente conviven en nuestro Derecho dos regímenes distintos en materia de aplazamientos de pago y morosidad entre empresas. El contenido en la LLCM tiene carácter *general* frente al de los arts. 16 y 17 LOCM que se presenta como un régimen *especial*. Lógicamente, la existencia de estos dos regímenes jurídicos plantea los problemas propios de los concursos de normas generales y especiales, que son resueltos por la disposición adicional 1ª de la LLCM de conformidad con el principio de especialidad (*lex specialis derogat generali*), de modo que las relaciones jurídicas que caen dentro de los arts. 16 y 17 LOCM se rigen preferentemente por este régimen especial y sólo de manera supletoria por el general²⁰. Más adelante habrá ocasión de abordar –al menos en sus extremos esenciales– el modo en que el legislador delimita los ámbitos de aplicación de ambos regímenes jurídicos (*infra*. 3.3.1). Además, se hará también alusión al contenido principal de estas normas al analizar

¹⁸ Analizan la reforma acometida por la Ley 15/2010: MIRANDA SERRANO, "La Ley 15/2010, de modificación de la normativa de lucha contra la morosidad, y su incidencia sobre el régimen de pago a proveedores de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 8, 2011, págs. 15 y ss.; GÓMEZ LIGÜERRE, "El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales", en *Indret.*, 4/2011, Barcelona, 25 de octubre de 2011, págs. 1 y ss., disponible en: http://www.indret.com/pdf/864_es.pdf; GARCÍA MANDALONIZ, "La honda de la legislación antimorosidad para evitar la declaración de concurso", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 17, 2012, págs. 67 y ss.; CASTILLO PLAZA, "Los plazos de pago de la Ley 15/2010: incidencia de la Directiva 2011/7/UE y efectos en el comercio minorista", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 10, 2012, págs. 109 y ss.; CARRIÓN REAL, "¿Se pueden pactar en las operaciones comerciales plazos de pago superiores a 60 días?", en *Diario La Ley*, núm. 7932, 2012, págs. 1 y ss.; DE LA VEGA JUSTRIBÓ, "El *dies a quo* en la ley de morosidad", en AA.VV. (dir. CANDELARIO MACÍAS), *Estudios e interpretación práctica de la legislación sobre morosidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 89 y ss.; LLAMAS POMBO/MARTÍNEZ RODRÍGUEZ/TORAL LARA, "Aspectos civiles de la Ley de lucha contra la morosidad", en AA.VV. (dir. BLANCO-MORALES LIMONES), *Medidas de lucha contra la morosidad*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, págs. 124 y ss.

¹⁹ De la modificación de la LLCM en 2013 nos hemos ocupado en MIRANDA SERRANO/GARCÍA MANDALONIZ, "Morosidad y Ley 11/2013 de Medidas de Apoyo al Emprendedor", en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 20, 2014, pp. 93 y ss.

²⁰ Vid. más información en MIRANDA SERRANO, *Aplazamientos de pago...*, cit., pp. 60 y ss.; PERALES VISCASILLAS, *La morosidad...*, cit., pp. 103 y ss. Más recientemente se muestran conformes con esta interpretación, *ad ex.*, LLAMAS POMBO, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ y TORAL LARA, "Aspectos civiles...", cit., pp. 132 y 133.

las múltiples remisiones que a ellas realiza el codificador del siglo XXI en el Anteproyecto de Código Mercantil (*infra*, 3.3.2).

3. LA REGULACIÓN DE LA MOROSIDAD EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

3.1. Preliminar

Como indiqué al principio de estas páginas, el Anteproyecto de Código Mercantil regula la morosidad en su Libro Cuarto destinado a los contratos y las obligaciones mercantiles en general. En concreto, de esta institución se ocupa el Capítulo VIII del Título I de dicho Libro, bajo la rúbrica “De la morosidad en el cumplimiento de los contratos mercantiles”. Como también anticipé más arriba, la Exposición de Motivos del Anteproyecto avanza –al menos en parte– la orientación de política legislativa seguida por el codificador mercantil en esta materia, al señalar, por un lado, que se ha optado por integrar en esta normativa la regulación antimorosidad proveniente de la Unión Europea, aunque sin reemplazar a la legislación especial reguladora de este asunto –a la que los preceptos del Anteproyecto se remiten en varias ocasiones–, y, por otro, que esa integración se ha realizado de forma sistemática con la regulación de los supuestos no cubiertos por dicha normativa antimorosidad pero en relación con los cuales es necesario también regular las consecuencias derivadas de la mora del deudor.

En coherencia con lo señalado por la Exposición de Motivos, los preceptos que el Anteproyecto de Código Mercantil dedica al asunto de la morosidad contienen dos regímenes jurídicos diferentes. De un lado, el aplicable a las relaciones jurídicas que no entran dentro del ámbito de aplicación de la normativa antimorosidad contenida en la LLCM y en los arts. 16 y 17 LOCM, toda vez que el codificador ha considerado –a mi juicio, con buen criterio– que el ordenamiento mercantil español ha de contar con una normativa general sobre morosidad aplicable a las relaciones jurídicas que no cumplen los requisitos necesarios para la activación del régimen antimorosidad introducido en nuestro Derecho por exigencias de la Unión Europea (*infra*, 3.2). De otro lado, el aplicable a las relaciones jurídicas que entran dentro del ámbito de aplicación de las normas antimorosidad: la LLCM y los arts. 16 y 17 LOCM (*infra*, 3.3).

3.2. Normas aplicables a las relaciones jurídicas que no entran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de lucha contra la morosidad

Integran este primer grupo de normas tres preceptos del Anteproyecto de Código Mercantil: los arts. 418-1, 418-2 y 418-3, destinados respectivamente a regular el comienzo de la morosidad (*infra*, 3.2.1), las consecuencias del retraso en el cumplimiento (*infra*, 3.2.2.) y el efecto de la mora en las deudas dinerarias (*infra*, 3.2.3). Todos ellos se insertan en la Sección 1ª del Capítulo VIII del Título I del Libro Cuarto, intitulada “Disposiciones generales”.

3.2.1. Comienzo de la morosidad

En lo que respecta al comienzo de la morosidad, el Anteproyecto de Código Mercantil reproduce prácticamente las mismas soluciones que el Código de Comercio de 1885, si bien con algunas modificaciones en determinados extremos en los que la literalidad de la norma decimonónica ha sido objeto de una interpretación correctora por parte de un sector de la doctrina y de la jurisprudencia. Basta comparar el art. 63, apdos. 1º y 2º, del Código de 1885 con el proyectado art. 418-1 del Anteproyecto para corroborar la certeza de la anterior afirmación.

Tanto el art. 63 apdo. 1º del Código vigente como el art. 418-1 letra a) del Anteproyecto de Código Mercantil sientan la regla de que en las obligaciones mercantiles que tuviesen día señalado para su cumplimiento por la voluntad de las partes o por la ley, los efectos de la morosidad empiezan a desplegarse a partir del día posterior a su vencimiento. Las diferencias entre las regulaciones civil y mercantil se hacen aquí evidentes: frente al criterio del Código Civil (art. 1100) según el cual la mora se inicia como regla general a partir del momento en que el acreedor interpela judicial o extrajudicialmente al deudor (*interpellatio morae*), la solución mercantil para estas obligaciones consiste en suprimir la interpelación, rigiendo para ellas como regla general el principio *dies interpellat pro homine* que, como señalé más arriba, se explica por las exigencias de celeridad propias del tráfico mercantil, frente al ritmo mucho más lento del tráfico civil.

Por su parte, el art. 63 apdo. 2º del Código vigente se corresponde sustancialmente con el art. 418-1 letra b) del Anteproyecto de Código Mercantil, al disponer ambas normas que en las obligaciones mercantiles que no tengan fijado día de vencimiento los efectos de la morosidad comienzan desde el día en que el acreedor interpelare al deudor o le intimare la protesta de daños y perjuicios. Existe, no obstante, una diferencia entre ambos preceptos. Como se expuso *supra*, por influencia del Código de Comercio de 1829, el art. 63 apdo. 2º del Código de 1885 exige que en estos casos la interpelación sea judicial, administrativa o notarial, lo que se ha venido interpretando en el sentido de que, pese a admitirse tanto la judicial como la extrajudicial, sin embargo, no se reconoce al acreedor libertad de forma o conducto para realizarla. En cambio, la Propuesta de nuevo Código Mercantil suprime la exigencia de que la interpelación tenga que ser canalizada necesariamente por vía judicial, notarial o administrativa. A mi juicio, esta supresión ha de valorarse positivamente, pues no tiene sentido que en las relaciones civiles, de ritmo lento, el acreedor pueda interpelar al deudor para que cumpla por el conducto que estime conveniente y, en cambio, en las mercantiles, de ritmo mucho más rápido, sólo pueda hacerlo por la triple vía a la que se refiere el art. 63 apdo. 2 del Código de Comercio vigente.

3.2.2. Consecuencias del retraso en el cumplimiento

En cuanto a las consecuencias de la morosidad, el art. 418-2 apdo. 1 del Anteproyecto de Código Mercantil comienza disponiendo que "[e]l retraso del deudor en el cumplimiento de una deuda pecuniaria sea o no imputable a él le obliga a satisfacer el

interés legal del dinero a no ser que en el contrato se haya dispuesto otra cosa". Con esta norma –que tiene la misma redacción que el art. 71 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad, también elaborada por la Comisión General de Codificación²¹– el codificador mercantil del siglo XXI da la razón, al menos en el ámbito de las deudas pecuniarias, a quienes vienen sosteniendo que la productividad de intereses por el mero retraso objetivo constituye una característica de la obligación mercantil²². Y es que en ella se opta por una concepción puramente objetiva de la mora, al vincularse la producción de sus efectos al mero hecho objetivo del retraso²³. A los efectos de esta norma, el interés legal a satisfacer ha de entenderse que es el interés legal del dinero fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En realidad, esta solución ha sido ya avanzada en el ámbito de la contratación internacional por los Principios UNIDROIT (art. 7.4.9 apdo. 1) y por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías –CNUCCIM– (art. 78), textos ambos de gran importancia por residenciarse en ellos buena parte de las nuevas tendencias del Derecho de obligaciones y contratos²⁴. Igualmente acogen esta solución los Principios de Derecho Europeo de Contratos (art. 9:508) que, como se sabe, tienen reconocida por nuestra mejor doctrina una gran relevancia en el entendimiento y la interpretación del Derecho de contratos vigente (art. 9:508)²⁵. También nuestro Tribunal Supremo viene manifestándose en esta misma

²¹ Esta Propuesta puede consultarse en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2006, págs. 203 y ss.

²² En esta dirección cabe citar, *ad ex.*, a GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, t. III, vol. 1, *Obligaciones y contratos mercantiles*, Ed. Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1963, pp. 12 y 13, a quien siguen posteriormente otros autores como, entre otros, ALONSO UREBA, "Voz Contrato...", cit., p. 1650.

²³ Sobre las concepciones objetiva y subjetiva de la mora *vid.* MIRANDA SERRANO, *Aplazamientos de pago...*, cit., pp. 261 y ss., y PERALES VISCASILLAS, *La morosidad...*, cit., pp. 209 y ss. Más recientemente: VICIANO PASTOR, "La morosidad en las obligaciones pecuniarias en las operaciones comerciales entre empresas", en AA.VV. (dirs. PALAU RAMÍREZ/VICIANO PASTOR), *Tratado sobre la Morosidad*, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 401 y ss.

²⁴ El apdo. (1) del art. 7.4.9 de los Principios de UNIDROIT prevé el derecho del acreedor de dinero al cobro de intereses "sea o no excusable la falta de pago". En la misma dirección se inserta el art. 78 CNUCCIM ("si una parte no paga el precio o cualquier otra suma adeudada, la otra parte tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes, sin perjuicio de toda acción de indemnización de los daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74"), que se interpreta por la mejor doctrina en el sentido de que, de conformidad con él, el deudor no podrá exonerarse de la obligación de pagar los intereses con fundamento en el art. 79 CNUCCIM, que exonera de responsabilidad al incumplidor si demuestra que la falta de cumplimiento de debió a un "impedimento ajeno a su voluntad": *vid.* PANTALEÓN PRIETO, "Comentario al art. 78 CNUCCIM", en AA.VV. (dir. y coord. DÍEZ-PICAZO), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pp. 630 y 631. En general, sobre la regulación de la morosidad en estos textos del Derecho Uniforme del Comercio Internacional *vid.* PALAU RAMÍREZ/CORBERÁ MARTÍNEZ, "La morosidad en los instrumentos internacionales", en AA.VV. (dirs. PALAU RAMÍREZ y VICIANO PASTOR), *Tratado...*, cit., pp. 25 y ss.

²⁵ El art. 9:508 de los Principios dispone que "cuando se produzca un retraso en el pago de una cantidad de dinero, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses devengados por esa suma desde el momento en que vencía la obligación hasta el momento efectivo del pago". Para evitar posibles dudas en su interpretación, los *Comentarios* a este precepto aclaran que el deudor ha de asumir la obligación de pagar los correspondientes intereses "tanto si el impago se encuentra justificado o no conforme al art. 8:108", con remisión al precepto

dirección en una línea jurisprudencial, al sostener que en las obligaciones pecuniarias el deudor no queda eximido del pago de los intereses moratorios por falta de conducta imputable, al ser el simple retraso determinante de su responsabilidad²⁶. Además, en el plano interno contamos con algunas normas mercantiles que acogen un sistema de productividad de intereses *ipso iure*, con independencia de que el retraso en el cumplimiento de la obligación sea debido o no a la culpabilidad del deudor. Este es el caso, por ejemplo, del art. 171 del Código de Comercio, que obliga al socio que por cualquier causa no cumpla con su obligación de entrega en el tiempo establecido a abonar a la masa común el interés legal del dinero y a indemnizar los daños y perjuicios causados²⁷; o de los arts. 58.2 y 59.2 de la Ley Cambiaria y del Cheque, que obligan al deudor cambiario a pagar intereses en determinados supuestos en los que no se exige la concurrencia de culpabilidad²⁸.

La regla del art. 418-2 apdo. 1 del Anteproyecto de Código Mercantil se completa con otra relativa a las obligaciones pecuniarias cuya finalidad sea indemnizar el incumplimiento de una obligación no pecuniaria. En relación con estas otras obligaciones (p. ej., la que nace de una cláusula penal impuesta a una obligación de hacer) se decreta igualmente el devengo automático de intereses desde el momento del incumplimiento, con independencia de que éste sea o no imputable al deudor incumplidor (concepción puramente objetiva de la mora). Y a lo anterior se añade que los intereses serán calculados sobre el valor de mercado de la obligación no pecuniaria incumplida. De modo que la productividad de intereses por el mero retraso objetivo alcanza también plenamente a estas otras obligaciones.

3.2.3. Efecto de la mora en las deudas dinerarias

Por último, el art. 418-3 del Anteproyecto de Código Mercantil se ocupa de otro efecto derivado de la morosidad en las deudas dinerarias: el derecho del acreedor a reclamar al deudor una compensación razonable por todos los costes de cobro que haya sufrido a

de los Principios en el que se establece que una parte queda liberada del cumplimiento de su obligación si prueba que el incumplimiento se debió a un suceso fortuito que no le es imputable: *vid.* AA.VV., *Principios de Derecho Contractual Europeo*, edición española a cargo de BARRES BENLLOCH, EMBID IRUJO y MARTÍNEZ SANZ, Colegios Notariales de España, Madrid, 2013, pp. 665 y 666.

²⁶ Así lo subraya la generalidad de la doctrina civilista que analiza las obligaciones pecuniarias. A modo de ejemplo, baste citar aquí a RIVERA FERNÁNDEZ, "Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales", en RdP, núm. 6, 2001, págs. 519 y ss., quien pone de manifiesto que "en pocas ocasiones, por no decir ninguna, nuestro Tribunal Supremo ha negado los intereses moratorios por falta de conducta imputable al deudor en el supuesto de mora de deudas pecuniarias" (p. 522).

²⁷ El tenor del art. 171 Código de Comercio es muy claro: "El socio *que por cualquier causa* retarde la entrega total de su capital, transcurrido el término prefijado en el contrato de sociedad o, en el caso de no haberse prefijado, desde que se establezca la caja, abonará a la masa común el interés legal del dinero que no hubiese entregado a su debido tiempo y el importe de los daños y perjuicios que hubiere ocasionado con la morosidad".

²⁸ Según el art. 58.2 LCCH, "el tenedor podrá reclamar a la persona contra quien ejercite su acción: (...) 2.º Los réditos de la cantidad anterior devengados desde la fecha de vencimiento de la letra calculados al tipo de interés legal del dinero incrementado en dos puntos". Por su parte, el art. 59.2 LCCH dispone que "el que hubiere reembolsado la letra de cambio podrá reclamar de las personas que sean responsables frente a él: (...) 2. Los intereses de dicha cantidad, calculados al interés legal del dinero, aumentado en dos puntos, a partir de la fecha de pago".

causa de la morosidad. Ahora bien, para que este derecho pueda hacerse efectivo dicho precepto exige la concurrencia acumulativa de varios requisitos: 1º) El primero consiste en que el deudor no esté en condiciones de probar que no es responsable del retraso, pues si demuestra tal circunstancia queda exonerado del pago de la compensación. A nuestro juicio, lo que tiene que probar el deudor para quedar exonerado de esta obligación de compensación no es el empleo por su parte de la diligencia debida, sino la existencia de un caso fortuito en sentido objetivo. 2º) El segundo estriba en el respeto de los principios de transparencia y proporcionalidad²⁹. Estamos aquí ante dos criterios-guía dirigidos principalmente a los jueces y árbitros que son quienes normalmente valoran o enjuician la determinación de los costes de cobro. La necesidad de transparencia hay que enlazarla con la exigencia de que los costes de cobro estén debidamente acreditados. Por su parte, el principio de proporcionalidad requerirá una adecuación entre la compensación fijada y la deuda incumplida³⁰.

3.3. Normas aplicables a las relaciones jurídicas que caen dentro del ámbito de aplicación de la normativa de lucha contra la morosidad

3.3.1. Un apunte previo sobre el ámbito de aplicación de la normativa antimorosidad en vigor

Como señalé con anterioridad, el redactor del Anteproyecto de Código Mercantil prevé en su articulado un conjunto de disposiciones aplicables a las relaciones jurídicas que caen dentro del ámbito de aplicación de la legislación especial sobre morosidad (la LLCM y los arts. 16 y 17 LOCM). En consecuencia, estas relaciones jurídicas se regirán primeramente por dichas disposiciones del Anteproyecto y sólo con carácter supletorio –esto es, en aquello carente de regulación en esta normativa– por las disposiciones generales ya analizadas (arts. 418-1, 418-2 y 418-3 del Anteproyecto), siempre naturalmente que se trate de obligaciones de naturaleza mercantil. Estas otras disposiciones integran la Sección 2ª del Capítulo VIII del Título I del Libro Cuarto del Anteproyecto, intitulada “De la morosidad en operaciones entre empresarios y operadores del mercado”. Su análisis debe comenzar por la delimitación del ámbito de aplicación de las normas antimorosidad, pues sólo así conoceremos en qué casos hay que acudir a estas disposiciones del Anteproyecto (Sección 2ª) y prescindir de las disposiciones generales ya analizadas (Sección 1ª).

El ámbito de aplicación de la LLCM (*régimen general* frente al *especial* de los arts. 16 y 17 LOCM, como se expuso más arriba) puede concretarse –muy sintéticamente– del modo siguiente: 1ª) Personal o subjetivamente se aplica a relaciones jurídicas trabadas entre empresas o entre éstas y la Administración, debiéndose entender el término “empresa” en sentido amplio como comprensivo tanto de los empresarios mercantiles y civiles como de los profesionales liberales. 2ª) Material u objetivamente se aplica a deudas

²⁹ “Dichos costes de cobro respetarán los principios de transparencia y proporcionalidad respecto de la deuda de que se trate”, dice textualmente el art. 418-3, párr. 1º, *in fine*.

³⁰ En el art. 418-3 de la Propuesta de Código Mercantil se aprecia una notable influencia del art. 8 LLCM en su redacción inicial, que también exigía la aplicación de los principios de transparencia y proporcionalidad en la determinación de los costes de cobro.

dinerarias surgidas a título de contraprestación de contratos relativos a la entrega de bienes o a la prestación de servicios. Pese a la muy desafortunada regulación de esta materia, las exigencias de orden material u objetivo que han de concurrir en un contrato para que pueda ser considerado fuente de las obligaciones de pago del precio disciplinadas por estas normas pueden concretarse en las tres siguientes: a) El contrato ha de ser sinalagmático y, por tanto, ha de generar obligaciones recíprocas para los contratantes. b) En concreto, de él han de nacer dos obligaciones principales: para una de las partes, la de entrega de un bien o prestación de un servicio, y para la otra, la de pago de un precio (bien entendido que es esta obligación de pago del precio –y no el contrato en su conjunto– lo que resulta disciplinado por esta normativa). c) La tercera y última exigencia alude al significado de los términos "bien" y "prestación de servicios", que han de interpretarse más en clave económica que jurídica: así, el término "bien" abarca no sólo las mercaderías, sino cualesquiera cosas muebles aun cuando no puedan ser considerados propiamente mercaderías (caso, p. ej., del dinero); y algo similar ocurre con la expresión "prestación de servicios", con la que no sólo se alude a los contratos de prestación de servicios en sentido estricto, sino a obligaciones de hacer y no hacer y a combinaciones de estas modalidades de obligaciones³¹.

A la vista de lo anterior, es necesario concluir que el círculo de contratos sometidos a la LLCM es muy amplio, abarcando incluso los negocios de financiación (como el préstamo bancario) y de colaboración empresarial (franquicia, concesión, agencia, etc.)³². En realidad, sólo se excluyen del campo de aplicación de la LLCM contratos muy singulares y específicos como el de sociedad (que difiere por su singular naturaleza de los contratos sinalagmáticos de cambio) o los que entran dentro de las categorías de los contratos reales, gratuitos y unilaterales, cuya celebración será muy excepcional en la práctica, ya que desde hace algún tiempo la doctrina dominante no ve ningún inconveniente en que los contratos otrora reales, unilaterales y normalmente gratuitos (como, p. ej., el préstamo y el depósito) puedan configurarse *de facto* como consensuales, bilaterales y sinalagmáticos.

El ámbito de aplicación de los arts. 16 y 17 LOCM (*régimen especial*) es considerablemente más limitado que el de la LLCM (*régimen general*). Personal o subjetivamente estas normas se aplican a las relaciones jurídicas celebradas entre los comerciantes y sus proveedores, debiéndose entender el término comerciante desde 1999 como comprensivo tanto del minorista como del mayorista. Material u objetivamente dichos preceptos se aplican exclusivamente a los contratos de compraventa y afines tales como el de suministro y el estimatorio³³.

³¹ *Ad ex.*, defienden este significado de los términos "bien" y "prestación de servicios" a efectos de la LLCM, PERALES VISCASILLAS y MIRANDA SERRANO en sus monografías ya citadas. Sin embargo, VICIANO PASTOR, "La morosidad...", cit., p. 277, sostiene que no existe impedimento alguno para extender el ámbito de aplicación de la LLCM a los contratos onerosos que den lugar a la entrega de bienes inmuebles.

³² En particular, sobre la aplicación de la LLCM a los contratos de financiación, *vid.* MIRANDA SERRANO/PAGADOR LÓPEZ, "Contratos de financiación y morosidad", en *RDBB*, núm. 119, 2010, pp. 167 y ss.; más recientemente, también: PALAU RAMÍREZ, PASTOR I VICENT y CORDERO BARZALLO, "La mora en los contratos bancarios", en AA.VV. (dirs. PALAU RAMÍREZ y VICIANO PASTOR), *Tratado...*, cit., pp. 525 y ss.

³³ Ampliamente, sobre el ámbito de aplicación de esta legislación antimorosidad (LLCM y arts. 16 y 17 LOCM) *vid.* PERALES VISCASILLAS, *La morosidad...*, cit., p. 19 y ss.; MIRANDA SERRANO,

3.3.2. La opción seguida por el Anteproyecto al regular la morosidad en estas relaciones jurídicas

Aclarado lo anterior, interesa poner de manifiesto que al regular esta materia el redactor del Anteproyecto de Código Mercantil se contenta con fijar una serie de reglas generales, remitiéndose en aquello que no está expresamente regulado (como ocurre, por ejemplo, en un asunto tan relevante como la duración máxima de los plazos de pago) a lo que al respecto disponga la ley vigente. Así se infiere tanto de las remisiones a la legislación antimorosidad que realizan estas normas en varios de los extremos por ella regulados, como de lo dispuesto en el apdo. 1º del art. 418-4 del Anteproyecto, que reza así: “*Sin perjuicio de la aplicación de las normas previstas en la ley por la que se establecen medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales, se someten a las disposiciones de esta Sección los pagos de las deudas dinerarias nacidas de operaciones comerciales, realizadas entre operadores del mercado*”. La ley a la que reenvía el Anteproyecto de Código Mercantil en estos preceptos abarca tanto la LLCM (régimen general) como los arts. 16 y 17 LOCM (régimen especial), pues el Anteproyecto no menciona ninguna de estas normas en su disposición derogatoria única³⁴.

Las reglas principales que sientan en esta materia los arts. 418-4 a 418-6 del Anteproyecto de Código Mercantil pueden concretarse en las siguientes:

Primera: En las obligaciones a las que aquí nos referimos (obligaciones de pago del precio nacidas de operaciones mercantiles realizadas por operadores del mercado y que dan lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios) la mora se configura de forma automática, de modo que se incurre en morosidad por el mero incumplimiento de los plazos de pago, sin necesidad de aviso de vencimiento (art. 418-4, primer párrafo). El origen de esta primera regla se encuentra en la normativa antimorosidad proveniente de la Unión Europea, tras cuya entrada en vigor ya no es posible concebir la *mora debitoris* en sentido clásico, esto es, como la muestra Ihering en “*El cielo de los conceptos jurídicos*”, donde la representa como una figura que normalmente está tumbada en un rincón, de modo que “si no se le sacudiera mediante la interpelación, no se movería siquiera”³⁵. En nuestros días, la “sacudida” que supone la *interpellatio morae* ha dejado de ser un requisito de la *mora debitoris* en la mayoría de los casos. Así ha ocurrido por cuanto que el legislador contemporáneo ha terminado por entender que dicha exigencia tenía sentido en una economía agrícola o preindustrial ya superada en la que el recurso al crédito se hacía ordinariamente para satisfacer necesidades vitales (*favor debitoris*), pero no en una economía como la actual de intercambio masivo de bienes y servicios en la que el

Aplazamientos de pago..., cit., pp. 117 y ss.; VICIANO PASTOR, “La morosidad en las obligaciones...”, cit., pp. 255 y ss.

³⁴ Sin embargo, sí se mencionaba expresamente la LLCM pero no los arts. 16 y 17 LOCM en la disposición derogatoria única de la Propuesta de Código Mercantil. A menos que se tratara de un descuido del codificador (lo que no parecía demasiado probable, pues dicha disposición derogatoria mencionaba expresamente la LOCM con el propósito de derogar sus arts. 50, 51, 52 y 57 a 62, pero omitiendo toda referencia a los arts. 16 y 17), esto significaba que su propósito consistía en mantener un régimen especial sobre morosidad y aplazamientos de pago en el sector de la distribución comercial. En el Anteproyecto, sin embargo, ya no se alude ni a la LLCM ni a los arts. 16 y 17 LOCM en la disposición derogatoria única.

³⁵ Vid. IHERING, “En el cielo de los conceptos jurídicos. Fantasía”, en IHERING, *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. de ROMÁN RIAZA, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 279.

factor tiempo adquiere una relevancia fundamental (*favor creditoris*). Con ello viene a darse la razón a autores como, por ejemplo, Benatti³⁶ en Italia y Díez-Picazo³⁷ y Díez-Picazo Giménez³⁸ entre nosotros, que desde hace ya algunos años vienen postulando la necesidad de conferir relevancia jurídica al mero retraso³⁹.

Segunda: Los plazos de pago no podrán superar en ningún caso los límites previstos en la ley, y se computarán desde la fecha de entrega de los bienes o de prestación efectiva de los servicios, o bien desde su aceptación en aquellos casos en que por la ley o por el contrato estuviesen sometidos a un procedimiento de comprobación (art. 418-4, segundo párrafo). Fácilmente se aprecia que en un asunto tan relevante como éste –plazos de pago– el Anteproyecto de Código Mercantil remite a la legislación especial, actualmente contenida en la LLCM (régimen general) y en el art. 17 LOCM (régimen especial). En concreto, la LLCM establece un plazo de pago supletorio de 30 días naturales (contados desde la fecha de recepción de los bienes o de prestación de los servicios), aplicable cuando las partes no hayan dispuesto nada en el contrato en cuanto a la fecha de pago, y al mismo tiempo faculta a las partes para fijar plazos de pago superiores al plazo supletorio de 30 días referido (contados también desde la fecha de recepción de los bienes o de prestación de los servicios), pero "sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales". No obstante, la declaración legal de que "en ningún caso" pueden pactarse aplazamientos superiores a 60 días queda desmentida por la propia LLCM, que en ciertos supuestos permite aplazamientos de 68 y 90 días, e incluso genera dudas razonables en torno a si es o no posible pactar aplazamientos superiores a los anteriores (p. ej., de 120, 160 o más días) mediante la elaboración por las partes de calendarios de pago a plazos, en los términos a los que se aludirá más adelante. Por su parte, el art. 17 LOCM dicta las siguientes reglas en materia de plazos de pago para las relaciones jurídicas que entran dentro de su ámbito de aplicación: 1ª) A falta de pacto expreso sobre la duración de los plazos de pago, los comerciantes han efectuar el pago del precio antes de que transcurran 30 días contados a partir de la fecha de la entrega de las mercancías. 2ª) No excederán en ningún caso de 30 días los aplazamientos de pago relativos a productos de alimentación frescos y perecederos. 3ª) No excederán en ningún caso de 60 días a partir de la fecha de la entrega de las mercancías los aplazamientos de pago relativos a los productos de alimentación que no sean frescos y perecederos. 4ª) No excederán de 60 días –salvo que en los contratos se estipulen cláusulas que prevean compensaciones económicas equivalentes al mayor aplazamiento y de las que sea beneficiario el proveedor, en cuyo caso nunca podrán ser superiores a 90 días–, los aplazamientos de pago relativos a los

³⁶ Vid. *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, *passim*.

³⁷ Vid. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, t. II, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 621.

³⁸ Vid. *La mora y la responsabilidad...*, cit., *passim*.

³⁹ Sobre los nuevos caracteres que conforman la renovada faz de la *mora debitoris* en el Derecho antimorosidad (entre ellos, la equiparación entre mora y retraso del que se hace eco el art. 418-4 del Anteproyecto de Código Mercantil) vid. las consideraciones que realizamos en MIRANDA SERRANO, *Aplazamientos de pago...*, cit., pp. 248 y ss. También al respecto: PERALES VISCASILLAS, *La morosidad...*, cit., pp. 120 y ss.

productos de gran consumo. 5ª) Si los aplazamientos de pago se refieren a productos que no entran en las categorías anteriores, esto es, que no son de alimentación ni de gran consumo, han de cumplirse las siguientes exigencias: a) cuando su duración sea superior a 60 días contados 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) cuando exceda de 90 días, el documento cambiario que instrumente el pago habrá de ser endosable a la orden, debiéndose emitir o aceptar por los comerciantes en todo caso dentro del plazo de 30 días a contar desde la fecha de recepción de la mercancía, siempre que la factura haya sido enviada; c) y finalmente, cuando sea superior a 120 días, el vendedor está facultado para exigir que queden garantizados los pagos mediante aval bancario o seguro de crédito o caución⁴⁰.

Tercera: El interés moratorio a pagar por el deudor en los casos en que el retraso le sea imputable será el fijado en el contrato y en su defecto el tipo aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de refinanciación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate (tipo de referencia) más los puntos porcentuales que establezca la ley (margen) (art. 418-5 apdo. 1). Acoge aquí el Anteproyecto de Código Mercantil la regla que, originaria de la primera Directiva de lucha contra la morosidad promulgada en la Unión Europea, fue introducida en nuestro ordenamiento por la LLCM. Tras la reforma de esta Ley realizada en 2013 por la Ley de Medidas de Apoyo al Emprendedor, esta materia ha permanecido inalterada en la LLCM salvo en lo que respecta al tipo de interés moratorio, consistente ahora en el aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación pero incrementado en 8 puntos porcentuales (art. 7.2 LLCM). De modo que éste es el interés legal aplicable a todas las relaciones obligatorias que entren dentro del ámbito de aplicación de la LLCM, siempre que en ellas los sujetos que ocupen las posiciones deudora y acreedora no hayan fijado convencionalmente un interés que resulte admisible por superar el control de abusividad del art. 9 LLCM. Por tanto, es posible afirmar que respecto de todas estas relaciones obligatorias sometidas a la LLCM el interés del art. 7 LLCM viene a reemplazar al interés legal, que a partir de la Ley 24/1984, de 29 de junio, aparece fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Ahora bien, para las relaciones jurídicas que entren dentro del ámbito de aplicación del régimen especial contenido en los arts. 16 y 17 LOCM habrá de tenerse en cuenta que, según la ley, el tipo de interés aplicable en estos casos será el establecido en el art. 7 LLCM o, en su caso, el que fijen las partes contratantes. Bien entendido que la libertad de éstas para fijar tipos diversos del concretado en la LLCM tiene límites importantes, toda vez que el tipo acordado "en ningún caso" podrá ser "inferior al señalado para el interés legal incrementado en un 50 por 100" (ex art. 17.5 LOCM)⁴¹.

Cuarta: Además del interés moratorio, el acreedor tendrá derecho a cobrar una cantidad fija señalada en la ley, que se añadirá a la deuda principal sin necesidad de

⁴⁰ Más información sobre la regulación de este extremo en la legislación especial vigente *vid.* en MIRANDA SERRANO/GARCÍA MANDALONIZ, "Morosidad y Ley 11/2013 de Medidas de Apoyo al Emprendedor", cit., pp. 104 y ss. (sobre la LLCM) y pp. 114 y ss. (sobre los arts. 16 y 17 LOCM).

⁴¹ *Ibidem*, pp. 100 y 101 (acerca de la LLCM) y p. 116 (acerca de los arts. 16 y 17 LOCM).

petición expresa. Lo anterior, sin embargo, no le impedirá reclamar al deudor una indemnización por todos los costes de cobro debidamente acreditados que haya sufrido como consecuencia de la mora deudor y que superen la cantidad antes referida (art. 418-5 apdo. 2). Esta regla también tiene su origen en las Directivas antimorosidad promulgadas en la Unión Europea, para las que el devengo de los intereses de demora no es el único efecto dimanante de la morosidad. A él añaden la atribución al acreedor de la facultad de exigir al deudor moroso una indemnización por los costes de cobro que le haya ocasionado la morosidad. En la actualidad, la normativa antimorosidad vigente en España (LLCM) establece que el acreedor tiene derecho a una cantidad fija de 40 euros en concepto de indemnización por los costes de cobro, lo que no le impedirá, además, reclamar aquellos otros costes que superen dicha cantidad (p. ej., gastos para sufragar la contratación de un abogado o de una agencia de gestión de cobro) (art. 8.1 LLCM). Naturalmente, para que el acreedor pueda reclamar con éxito los costes de cobro que excedan de la cuantía fija de 40 euros, tendrá que probar, por un lado, que son reales y, por otro, que se corresponden con la deuda cuyo cumplimiento se reclama. Además, se requiere que el deudor no esté en condiciones de probar que no es responsable del retraso, pues si demuestra dicha circunstancia queda exonerado del pago de la indemnización (art. 8.2 LLCM). En cuanto a qué costes pueden reclamarse, en principio, es posible pensar en todo tipo de costes dimanantes del retraso en la obligación de pago del precio: gastos telefónicos, cartas certificadas, abogados y procuradores, costes financieros y un largo etcétera⁴².

Quinta.- Cabe la posibilidad de que las partes acuerden distintos plazos para los pagos, de manera que en tales casos cuando alguno de dichos plazos no se satisfaga en la fecha acordada, los intereses y las compensaciones por costes de cobro se calcularán únicamente sobre la base de las cantidades vencidas (art. 418-5 apdo. 3). En rigor, esta regla fue incorporada a nuestro ordenamiento por el Real Decreto-ley 4/2013 que añadió al art. 6 LLCM un nuevo párrafo cuyo origen está en el art. 5 de la Directiva 2011/7/UE. Dicho párrafo –que no se vio afectado por la Ley de Medidas de Apoyo al Emprendedor– dispuso lo siguiente: "En caso de que las partes hubieran pactado calendarios de pago para abonos a plazos, cuando alguno de los plazos no se abone en la fecha acordada, los intereses y la compensación previstas en esta ley se calcularán únicamente sobre la base de las cantidades vencidas" (art. 6 *in fine* LLCM). Aun cuando literalmente esta previsión sólo se refiere a intereses moratorios y compensaciones por costes de cobro, sin embargo, se asienta en el presupuesto implícito de la licitud y admisibilidad de que las partes interesadas acuerden lo que la ley llama "calendarios de pago para abonos a plazos", y esto es algo que concierne a la duración de los plazos de pago. Desde luego, la admisibilidad de estos calendarios de pago a plazos *ex art. 6 LLCM* resulta *prima facie* incoherente con la decisión legal terminante de no admitir "en ningún caso" plazos de pago superiores a 60 días, pues un período máximo de 60 días parece demasiado poco para permitir a las partes pactar calendarios de pago a plazos que les resulten útiles en sus relaciones comerciales. De modo que utilizando este

⁴² *Ibidem*, pp. 101 y ss.

art. 6 LLCM y con el propósito de eludir el límite máximo de los aplazamientos de pago, sería posible convertir en "papel mojado" la categórica previsión legal del art. 4 LLCM. Así ocurriría, p. ej., si fijasen un pago aplazado en tres plazos de 50 días de duración cada uno, lo que daría lugar a un aplazamiento global de 150 días. En realidad, sucede que la previsión de acuerdos entre las partes consistentes en "calendarios de pago" se explica y tiene encaje en el sistema diseñado por la Directiva comunitaria, ya que ésta sí admite –a diferencia de nuestro legislador– aplazamientos superiores a 60 días siempre que no sean manifiestamente abusivos para el acreedor. No lo tiene y es incoherente, sin embargo, en nuestra LLCM, donde tras la reforma de 2013 se establece incondicionalmente la prohibición de aplazamientos superiores a 60 días (art. 4), con independencia de que sean o no manifiestamente abusivos para el acreedor. El problema es que, por errada que parezca, se trata de una norma en vigor en relación con la cual entiendo que cabría realizar dos interpretaciones distintas. 1ª) La primera consistiría en conferir al art. 4 LLCM primacía sobre el art. 6 LLCM, de modo que sobre la base de este último las partes tan sólo podrían acordar lo que expresivamente cabría designar como "calendaritos de pago a plazos" o con una duración total igual o inferior al plazo máximo de 60 días, esto es, caracterizados por que el pago se efectúe en distintos plazos pero en un período total nunca superior a 60 días. Es ésta una interpretación respetuosa de la letra de la Ley, pero que conduce a un resultado que no parece lógico ni razonable. Para ese "viaje" no hacen falta estas "alforjas". 2ª) La segunda consistiría en defender que la LLCM establece como plazo general de pago el de 60 días (art. 4), pero admitiendo al mismo tiempo de forma excepcional plazos de pago superiores acordados por las partes a través de calendarios de pago a plazos (art. 6), siempre que dichos calendarios cuenten con las correspondientes justificaciones desactivadoras del juicio de abusividad del art. 9 LLCM y, en consecuencia, no puedan reputarse abusivos. Naturalmente, si se acepta esta segunda solución, el nuevo párrafo del art. 6 LLCM resultante de la reforma de 2013 no dejaría un margen tan reducido a la autonomía de la voluntad de las partes para la fijación de calendarios de pago a plazos como el que deriva de la pura letra del art. 4 LLCM. Aunque el asunto es opinable y ofrece bastantes dudas, no parece razonable defender que el art. 4 LLCM tiene primacía sobre el art. 6 LLCM y, en consecuencia, que los calendarios de pago a plazos no pueden ser superiores a 60 días. Quizá sea más sensato considerar que, pese a su enérgica dicción ("en ningún caso"), la LLCM establece el de 60 días sólo como plazo general de pago (art. 4), permitiendo a la vez de modo excepcional plazos de pago superiores acordados por las partes a través de calendarios de pago a plazos (art. 6), siempre que dichos calendarios cuenten con la necesaria justificación desactivadora del juicio de abusividad y, en particular, no resulten manifiestamente abusivos para el acreedor. Ahora bien, para no convertir el art. 4 LLCM en "papel mojado" habrá que estar muy atentos a que dichos calendarios de pago a plazos no sean abusivos para el acreedor ni se conviertan en un instrumento para la perpetración de un fraude de ley (art. 6 Cc), para lo cual habrán de tenerse en cuenta al analizarlos todas las

circunstancias a las que alude el art. 9 LLCM y al art. 418-6 del Anteproyecto de Código Mercantil al que seguidamente me refiero⁴³.

Sexta.- Finalmente, se incluye una última regla bajo la rúbrica "nulidad de cláusulas pactadas modificando lo anterior" (art. 418-6) de conformidad con la cual se declara la nulidad de las cláusulas pactadas entre los contratantes sobre la fecha de pago o las consecuencias de la demora que difieran en cuanto a los plazos de pago y al tipo legal de intereses moratorios de los establecidos en los preceptos anteriores, siempre que tengan un contenido manifiestamente abusivo en perjuicio del acreedor. Para determinar si la cláusula es o no abusiva se han de tener en cuenta todas las circunstancias del caso y, entre ellas especialmente, los usos de comercio, la naturaleza del producto y la prestación por parte del deudor de garantías adicionales. Por último, se presume que es abusiva la cláusula que excluye la indemnización por costes de cobro. Esta última regla tiene origen en el art. 9 LLCM, evocador en gran medida de la tesis de la parcial inderogabilidad de las normas de Derecho contractual dispositivo, incorporada a nuestra cultura jurídica por Federico De Castro, de conformidad con la cual se entiende que las normas dispositivas sobre contratos "no son dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados"; antes bien, al ser expresivas de la regulación normal aplicable a los contratos, tienen un cierto carácter imperativo, por lo que "no pueden ser reemplazadas sin una razón suficiente"⁴⁴. Y es que aunque la LLCM parte de conferir autonomía a los operadores económicos para decidir de mutuo acuerdo las reglas sobre plazos de pago, intereses de demora y compensaciones por costes de cobro a aplicar en sus relaciones negociales, no obstante, aporta un modelo de regulación de tales materias del que dichos sujetos no pueden separarse a menos que exista una causa justificada. En rigor, lo que dispone el art. 9 LLCM no es que son nulas e ineficaces por ilegales las cláusulas contractuales que se desvíen del modelo de regulación legal (esto sería un control de legalidad de relativamente sencilla aplicación), sino que lo son –por abusivas– las que se separen de la regulación legal sin una justificación suficiente y en perjuicio del acreedor⁴⁵. La Ley de Medidas de Apoyo al Emprendedor ha modificado el tenor de dicho precepto tal como resultó de la redacción que le había dado en primera instancia la Ley 15/2010 y más tarde el Real Decreto-ley 4/2013. El resultado es que el art. 9 LLCM ya no considera nulas las cláusulas pactadas entre las partes sobre la fecha de pago que

⁴³ *Ibidem*, pp. 109 y 110; no obstante, se exponen aquí algunos argumentos normativos de cierto peso e interés favorables a la otra solución a la que se hace referencia en el texto.

⁴⁴ *Vid.* DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Ed. Civitas, Madrid, 1975; ÍDEM, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor", en ADC, octubre-diciembre de 1982, pp. 987 y ss.

⁴⁵ *Vid.* ampliamente MIRANDA SERRANO, *Aplazamientos de pago...*, cit., pp. 221 y ss.; ÍDEM, "La Ley 15/2010...", cit., pp. 37 y ss.; PERALES VISCASILLAS, *La morosidad...*, cit., 261 y ss.; ALBIEZ DOHRMANN, "El control de contenido de las cláusulas de morosidad en las operaciones comerciales. (A propósito del artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre)", en RDBB, núm.103, julio-septiembre de 2006, pp. 228 y ss.; PAGADOR LÓPEZ, "El control de contenido en materia de aplazamientos de pago y morosidad: el art. 9 de la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales", en AA.VV. (dirs. FONT GALÁN/MIRANDA SERRANO), *Morosidad, aplazamientos de pago y empresa familiar*, Academia Sevillana del Notariado, Sevilla, 2010; RUIZ MUÑOZ, "Cláusulas abusivas y morosidad en las operaciones comerciales", en AA.VV., *Estudios e interpretación práctica de la legislación sobre morosidad* (dir. CANDELARIO MACÍAS), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 273 y ss.; VICIANO PASTOR, "La morosidad en las obligaciones...", cit., pp. 438 y ss.; entre otros.

difieran en cuanto al plazo de pago de los plazos "establecidos con carácter subsidiario" por la LLCM, al haberse suprimido la referencia al "*carácter subsidiario*" de los plazos legales. En principio, esta modificación se presenta como inevitable, ya que venía exigida por la naturaleza cogente de la norma que impone que los aplazamientos de pago no superen "en ningún caso" 60 días (art. 4.3 LLCM). Cosa distinta es la ya advertida existencia de fisuras entre la admisión de calendarios de pago a plazos (último párrafo del art. 6 LLCM) y la limitación imperativa de los aplazamientos de pago a un máximo de 60 días (art. 4.1 LLCM), por un lado, y el control de abusividad en materia de plazos de pago (art. 9.1), por otro. Porque sucede que a pesar de la supresión de la referencia a los plazos de pago fijados "con carácter subsidiario" por la LLCM en los términos que acabamos de apuntar, y a pesar también de la nueva redacción dada al art. 9.1 letra c) (que ahora sólo se refiere –como circunstancia a tener en cuenta para valorar la abusividad– al hecho de que el deudor tenga una "razón objetiva" para apartarse del tipo de interés legal de demora y de la cantidad fija en que consiste la indemnización por costes de cobro, pero no del plazo de pago en los términos fijados por la LLCM), no podemos olvidar que el art. 9 LLCM comienza fijando un control de abusividad que alcanza también a los plazos de pago. En efecto, según este precepto será nula una cláusula o práctica "relacionada con *la fecha o el plazo de pago*, el tipo de interés de demora o la compensación por costes de cobro" en los casos en que "resulte manifiestamente abusiva en perjuicio del acreedor". La interpretación coherente de este enjambre de preceptos escasamente cohesionados entre sí termina siendo cosa de locos. Ha habido quien ha sostenido que en el actual estado de cosas el art. 9.1 LLCM sólo resulta aplicable a los plazos de pago no superiores a 60 días, pues los que superen este límite son nulos de pleno derecho sin más por ilegales, sin tener que entrar a juzgar acerca de su carácter justificado o abusivo. El problema, en todo caso, puede alcanzar cierta relevancia dependiendo del modo en que se interprete la referencia del art. 6 LLCM a los calendarios de pago a plazos (*ex art. 6 LLCM*)⁴⁶.

4. VALORACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA MOROSIDAD EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL Y REFLEXIÓN FINAL

Expuestas las soluciones sobre morosidad por las que se decanta el codificador mercantil del siglo XXI en el Anteproyecto de Código Mercantil, es el momento de valorarlas. Un primer análisis de estas normas me lleva a realizar las siguientes consideraciones:

⁴⁶ *Vid.* más información en MIRANDA SERRANO/GARCÍA MANDALONIZ, "Morosidad y Ley 11/2013 de Medidas de Apoyo al Emprendedor", cit., pp. 110 y ss. También al respecto: CARRIÓN REAL, "La Ley de Lucha contra la Morosidad tras su reforma en 2013: persisten dudas interpretativas sobre los plazos de pago", en *Diario La Ley*, núm. 8167, 2013, pp. 1 y ss.

4.1. Sobre la opción codificadora de fijar sólo reglas generales y remitir a la legislación especial en materia de lucha contra la morosidad

En mi opinión, no merece una valoración positiva la opción del Anteproyecto de fijar sólo reglas generales en cuanto a plazos de pago y morosidad, remitiéndose a la legislación especial para la concreción de los aspectos no expresamente regulados. Como se sabe, las razones que justifican la necesidad de un Código Mercantil son expuestas con meridiana claridad por el legislador en la Exposición de Motivos del Anteproyecto. Entre otras cosas, puede allí leerse cómo el Código de Comercio de 1885 no ha perdido vigencia pero sí vigor. Su inadecuación a la nueva realidad política y económica ha tratado de salvarse mediante la promulgación de leyes que en algún caso han modificado su articulado y en otras –las más numerosas– han regulado materias no contempladas por él, o han derogado parte de su articulado. Ello ha dado como resultado la convivencia en nuestro Derecho de un Código inadecuado a la realidad junto a numerosísimas leyes especiales desgajadas de él, con efectos muy negativos para la seguridad jurídica. Con el nuevo Código Mercantil se trata, por tanto, de poner remedio a esta situación, integrando en un único cuerpo legal dicha normativa mercantil actualmente tan dispersa. Y todo ello, además, teniendo muy en cuenta las exigencias derivadas del principio de unidad de mercado (“un mismo Código para un mercado único en todo el territorio nacional”, como dice la Exposición de Motivos del Anteproyecto).

A la vista de lo anterior y pese a tratarse de un asunto opinable, no parece la mejor de las soluciones posibles la opción codificadora consistente en fijar en materia de lucha contra la morosidad sólo las reglas generales, realizando continuos reenvíos a la legislación especial para su concreción y desarrollo. Sobre todo por tratarse de una solución inadecuada para poner fin a los problemas de la dispersión normativa –tan negativos para la seguridad jurídica– de los que habla el codificador en la Exposición de Motivos del Anteproyecto como razón justificadora de la promulgación de un nuevo Código.

Una solución más atinada habría sido que el propio articulado del Código regulara expresa y directamente cuestiones tan importantes en esta materia como los límites máximos de los plazos de pago, el tipo de interés moratorio a aplicar en defecto de pacto entre las partes o el ámbito de aplicación de la normativa de lucha contra la morosidad. Es verdad que estos extremos habrían de modificarse tan pronto en la Unión Europea se reformase la Directiva sobre la materia, pero no menos cierto es igualmente que si así ocurriese bastaría con promulgar una ley que modificase el contenido de los singulares preceptos del Código Mercantil alcanzados por la reforma de la norma comunitaria. Si de lo que se trata con el nuevo Código es de lograr un mayor grado de seguridad jurídica –actualmente bastante menoscabada–, la solución del Anteproyecto consistente en remitir reiteradamente a una ley especial no parece la más recomendable.

Da la impresión de que al regular el asunto de la lucha contra la morosidad y los aplazamientos de pago abusivos el legislador del Anteproyecto se encontraba excesivamente fatigado. De ahí que haya renunciado a ofrecer una regulación completa y se haya contentado con dictar sólo reglas generales que exigen la inexcusable colaboración de la legislación especial. Habría sido mejor que se hubiera esforzado en fijar dicha regulación en su totalidad, poniendo especial atención en aclarar asuntos relevantes que,

pese a su importancia, están regulados de forma muy confusa por la legislación especial desde 2004, año en el que fue promulgada la LLCM. Así ocurre, por ejemplo, con la declaración de no aplicación de la LLCM a los intereses relacionados con la legislación en materia de títulos valores, asunto reiteradamente denunciado por la doctrina y en relación con el cual se han venido defendiendo interpretaciones no siempre coincidentes⁴⁷. Y algo similar acontece con los plazos de pago. Desde la entrada en vigor de la Ley 15/2010, de modificación de la LLCM, un sector doctrinal ha puesto de manifiesto –no sin razón– la falta de claridad legal en torno a si son o no admisibles plazos de pago superiores a 60 días, sobre todo a la vista del tenor escasamente clarificador del art. 9 LLCM. Y aunque es cierto que la Ley de Medidas de Apoyo al Emprendedor ha modificado la redacción de este precepto, no menos cierto es que al mismo tiempo ha introducido en el art. 6 LLCM una norma sobre calendarios de pago a plazos que, como he apuntado más arriba, origina dudas razonables en torno a la duración posible de los plazos de pago pactados por las partes⁴⁸.

4.2. Sobre la opción codificadora de conferir un distinto tratamiento a las obligaciones pecuniarias en cuanto a si producen o no intereses por el mero retraso objetivo

Tampoco merece una valoración positiva un extremo que surge de comparar los dos regímenes jurídicos sobre morosidad contenidos en el Anteproyecto: el aplicable a las relaciones jurídicas que no entran dentro del ámbito de aplicación de la normativa antimorosidad (Sección 1ª) y el aplicable a las relaciones jurídicas que sí entran dentro de dicho ámbito de aplicación (Sección 2ª). Como se expuso más arriba, entre los preceptos que el Anteproyecto incluye dentro del primero de los regímenes jurídicos mencionados, el art. 418-2 sienta la regla de la productividad de intereses por el mero retraso objetivo en las deudas pecuniarias, incluso cuando se trate de deudas de esta naturaleza cuya finalidad consista en indemnizar el cumplimiento de una obligación no pecuniaria.

Una primera lectura del art. 418-2 podría llevar a pensar que, en realidad, esta regla no encierra una verdadera novedad en nuestro Derecho, al estar ya formulada en la normativa de lucha contra la morosidad en las operaciones mercantiles (LLCM y arts. 16 y 17 LOCM). Sin embargo, dicha conclusión no sería correcta. Es cierto que la normativa antimorosidad no se inclina por una concepción subjetiva de la mora, según la cual se entiende que ésta tiene lugar cuando el retraso ha sido voluntario o doloso o ha obedecido a culpa o negligencia del deudor, sino por una concepción objetiva. Ahora bien, la concepción acogida no se corresponde con un sistema puramente objetivo, sino con lo que cabría denominar sistema objetivo no absoluto, al admitirse causas de exoneración de responsabilidad como el caso fortuito, cuya operatividad práctica exige la oportuna prueba o demostración de su acaecimiento por parte del deudor.

⁴⁷ En MIRANDA SERRANO, *Aplazamientos de pago...*, cit., pp. 178 y ss., hubo oportunidad de detallar las distintas opciones e interpretaciones doctrinales en torno a esta exclusión legal. *Vid.* igualmente del mismo autor: "La morosidad de los pagos instrumentados en títulos-valores: situaciones concursales y extraconcursoales", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 10, 2009, pp. 117 y ss.

⁴⁸ *Vid. supra*, epígrafe 3.3.2.

Para que el sistema de la mora en las normas antimorosidad pudiera considerarse puramente objetivo, la situación de morosidad y sus efectos tendrían que haberse vinculado al mero hecho objetivo del retraso, de manera que la simple producción de éste colocara al deudor en situación de morosidad y le hiciera responsable del abono de los correspondientes intereses moratorios. Y esto es precisamente lo que establece el art. 418-2 del Anteproyecto: el retraso del deudor en el cumplimiento de una deuda dineraria, "sea o no imputable a él", le obliga a pagar los correspondientes intereses moratorios, a no ser que en el contrato se haya dispuesto otra cosa. Ahora bien, este precepto no es aplicable a las obligaciones dinerarias nacidas de operaciones mercantiles entre operadores del mercado, esto es, a las obligaciones de pago del precio que caen dentro del ámbito de aplicación de las normas de lucha contra la morosidad, pues para ellas el art 418-5 del Anteproyecto dispone que el acreedor tiene derecho a los correspondientes intereses moratorios "cuando el retraso sea imputable al deudor", lo que supone optar por una solución idéntica a la que actualmente se contiene en la normativa antimorosidad (LLCM y arts. 16 y 17 LOCM), es decir, por un sistema objetivo no absoluto en los términos anteriormente expuestos.

A mi juicio, el distinto tratamiento jurídico de unas y otras obligaciones pecuniarias por el que se inclina el Anteproyecto de Código Mercantil carece de fundamento. Si la responsabilidad objetiva de las obligaciones pecuniarias –fundada sobre una larga tradición– obedece al hecho de tratarse de obligaciones genéricas en las que nunca puede darse la imposibilidad absoluta y objetiva, pues el objeto de la prestación consiste en una suma de dinero⁴⁹, no hay razón para decantarse por la productividad de intereses por el mero retraso objetivo en algunas de ellas (las de la Sección 1ª) pero no en otras (las de la Sección 2ª). Por otra parte, el fundamento de esta solución no puede encontrarse en la Directiva 2011/7/UE de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, pues aunque dicha norma se inclina también por un sistema objetivo no absoluto, permite, no obstante, a los Estados miembros "mantener o establecer disposiciones que sean más favorables para el acreedor que las necesarias para cumplir la presente Directiva" (art. 12.3); y naturalmente la opción por un sistema objetivo pleno no hay duda de que constituye una medida inspirada en el principio del *favor creditoris* y, por ende, más favorable para quienes ocupan la posición acreedora dentro de las relaciones obligatorias.

Sobre la base de lo anterior no puedo sino manifestarme a favor de la conveniencia de que el nuevo Código Mercantil confiera a la totalidad de las obligaciones pecuniarias (y no sólo a las reguladas en la Sección 1ª) la característica de la productividad de intereses por el mero retraso objetivo. De lo contrario, el deudor va a poder exonerarse del pago de los intereses moratorios en algunas obligaciones pecuniarias si prueba que el retraso se debió a un impedimento objetivo ajeno a su esfera de control, mientras que en otras tendrá siempre que cargar inexorablemente con el pago de dichos intereses. Esta diferencia de trato sería admisible si existieran razones que la justificasen. Pero en este caso creo no equivocarme al afirmar que dichas razones son inexistentes.

⁴⁹ Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, t. II, cit., pág. 585.

Si el codificador del siglo XXI optara finalmente por modificar el articulado del Código en la dirección que aquí se propone, cabría concluir que el nuevo Código termina aceptando las dos características más importantes que desde hace ya algún tiempo un sector de la doctrina mercantilista viene reclamando como propias de las obligaciones mercantiles: la solidaridad y la productividad de interés por el mero retraso objetivo⁵⁰.

4.3. Sobre la opción codificadora de diferenciar dos regímenes jurídicos distintos en materia de morosidad

Por último, he de valorar positivamente la solución del Anteproyecto de diferenciar dos regímenes jurídicos distintos en materia de morosidad, uno para las relaciones jurídicas no incluidas en el ámbito de aplicación de las normas antimorosidad (Sección 1ª) y otro para las que sí caen dentro de dicho ámbito de aplicación. Aunque es cierto que el ámbito de aplicación de la normativa antimorosidad es muy amplio, hay relaciones jurídicas que quedan fuera de él y en relación con las cuales es necesario establecer unas reglas especiales sobre morosidad, siempre naturalmente que se trate de relaciones de naturaleza mercantil, pues en caso contrario se han de someter a las normas sobre morosidad del Código Civil. Desde esta perspectiva, parece justificada la solución codificadora de dictar unas disposiciones específicas en la Sección 1ª para las obligaciones a las que no se aplica la normativa antimorosidad.

No obstante, hay ciertas cuestiones relativas al primer grupo de estas normas que no llegan a entenderse del todo bien. Así ocurre, por ejemplo, con la rúbrica de algunos de estos preceptos. Y es que no se justifica que el art. 418-2 se intitule “Consecuencias del retraso en el cumplimiento” y el art. 418-3 se denomine “Efecto de la mora en las deudas dinerarias”, cuando ambos preceptos regulan las consecuencias de la mora – equiparada al retraso– en las deudas de carácter dinerario: el pago de los correspondientes intereses moratorios, por un lado (art. 418-2) y el pago de la compensación por los costes de cobro que sea exigida por el acreedor, por otro (art. 418-3).

Otras soluciones de este primer grupo de normas (Sección 1ª) merecen, sin embargo, una valoración positiva. Así ocurre, como ya anticipé, con la supresión de la exigencia de que la interpelación tenga que realizarse por vía judicial, notarial o administrativa en el caso de obligaciones mercantiles sin fecha de vencimiento, toda vez que dicha exigencia no se concilia nada bien con el ritmo rápido del tráfico mercantil.

4.4. Reflexión final

A la vista de lo expuesto, cabe proponer algunas reformas de las normas sobre morosidad contenidas en la Anteproyecto de nuevo Código Mercantil. La primera consistiría en incluir en el articulado del Código la totalidad de la regulación, sin remisiones a la

⁵⁰ A propósito de la solidaridad: MIRANDA SERRANO/PAGADOR LÓPEZ, “La Propuesta de Código Mercantil consagra la solidaridad como característica de las obligaciones mercantiles”, disponible en <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=63>.

legislación especial en asuntos de tanta trascendencia como los plazos máximos de pago admitidos, el margen aplicable al tipo de referencia para calcular el tipo de interés de demora, la cuantía fija a cobrar por el acreedor como compensación por los costes de cobro o el ámbito de aplicación de esta normativa especial de lucha contra la morosidad. La segunda estribaría en conferir a la totalidad de las obligaciones pecuniarias (y no sólo a las que no entran dentro del ámbito de aplicación de las normas antimorosidad provenientes de la Unión Europea) la característica de la productividad de intereses por el mero retraso objetivo, toda vez que, según he tratado de explicar más arriba, no existen razones para imputarla a un sector de las obligaciones pecuniarias pero no a al otro. Al mismo tiempo, es muy recomendable que el codificador se esfuerce en ofrecer una regulación más clara de algunas materias extraordinariamente confusas, como son la exclusión de los pagos instrumentados en títulos valores o la determinación de si en el régimen general caben o no aplazamientos de pago superiores a sesenta días.

Junto a lo anterior, sería también deseable que el legislador se decidiese por derogar los arts. 16 y 17 LOCM. La existencia en la legislación especial de dos regímenes distintos en materia antimorosidad –uno general (LLCM) y otro especial (arts. 16 y 17 LOCM)– permite afirmar que el panorama normativo frente al que se encuentra el jurista en esta materia es bastante complejo y no excesivamente respetuoso con unas elementales exigencias de seguridad jurídica. Los arts. 16 y 17 LOCM fueron pioneros en la lucha contra la morosidad en nuestro país. Tuvieron su momento y cumplieron su papel. Pero desde el año 2004 son una “china” en el “zapato” del Derecho antimorosidad. De ahí que haya que lamentar que durante la tramitación parlamentaria de la Ley de Medidas de Apoyo al Emprendedor no hayan prosperado las enmiendas que solicitaban la supresión de este régimen especial. Si quieren establecerse algunas peculiaridades aplicables a las relaciones de los comerciantes con sus proveedores (por ejemplo, en lo relativo a la duración máxima de los aplazamientos cuando los contratos versan sobre productos de alimentación frescos y perecederos), éstas deberían residenciarse en el texto de la LLCM y, de conformidad con las propuestas aquí realizadas, tendrían que incluirse en el articulado del nuevo Código Mercantil. La seguridad jurídica lo agradecerá.