

# La nueva regulación del crédito comercial: Una lectura crítica de la Directiva y de la Ley contra la morosidad

Jesús Alfaro Águila-Real

Universidad Autónoma de Madrid

296

### ***Abstract***

*The Directive 2000/35 on late payments and the recent Spanish Act of the same name that implements it poses some interest questions about the role of the EC in regulating the market but also others on the way that is made and the quality of the regulation. We conclude that this regulation was not necessary and it is not justified on the basis of subsidiarity and internal markets grounds. The new regulation severely reduces the freedom of the parties to write their contracts in relation with payment conditions. A specific question is analysed in greater detail: Why interest related to payments made using bills of exchange and other securities are exempted from the Directive*

### ***Sumario\****

- 1. Introducción: el crédito comercial**
- 2. Crédito comercial vs. crédito financiero**
- 3. La necesidad de una regulación imperativa del crédito comercial**
- 4. El contenido de la Directiva y de la Ley española de transposición**
- 5. La exclusión de los intereses “relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio”**
- 6. El sistema de la Ley y la Directiva: la fijación imperativa de la cuantía de los intereses moratorios y de los aplazamientos máximos permitidos**
- 7. Los incumplimientos de la Directiva por parte de la Ley española**
- 8. Una observación sobre la regulación de las reservas de dominio**
- 9. Observaciones finales**
- 10. Bibliografía**

\* Este trabajo ha recibido financiación de la Fundación BBVA a través de un proyecto de investigación dirigido por el profesor PAZ-ARES. El autor agradece las observaciones de los participantes en el Seminario de Derecho Privado de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona.

## 1. Introducción: el crédito comercial

1. Es conocido que la primera forma de crédito extendida en una sociedad que avanza en el desarrollo es el *crédito comercial*, esto es, el que se proporcionan comerciantes entre sí. Por ejemplo, el fabricante que provee a un distribuidor de determinadas mercancías le permite aplazar su pago hasta que el distribuidor las ha revendido y ha cobrado el precio de los consumidores finales<sup>1</sup>. Crédito comercial suele oponerse a crédito financiero entendiendo por tal el que proporcionan los *intermediarios financieros* como los bancos y establecimientos financieros de crédito. El aplazamiento que se proporciona a través del crédito comercial presenta las características *y los costes de transacción* de cualquier operación de crédito. Antes de otorgar el crédito, el acreedor ha de temer que el deudor esté ocultando su verdadero nivel de riesgo y, después de otorgarlo, que el deudor se comporte de forma que haga más improbable o directamente imposible el cumplimiento del contrato y, por tanto, el pago aplazado (elevación del riesgo de insolvencia).

2. El aplazamiento en los pagos requiere de un *acuerdo expreso entre las partes* porque, con buen criterio, la regla supletoria es, precisamente, que el pago ha de ser inmediato y contemporáneo a la entrega de su contraprestación por el acreedor. Así se deduce, al menos, de las normas sobre la compraventa mercantil (art. 337 C de c: el vendedor ha de tener los efectos vendidos a disposición del comprador dentro de las 24 horas siguientes a la celebración del contrato y art. 339, desde que el vendedor ponga las mercancías a disposición del comprador, “*empezará para el comprador la obligación de pagar el precio al contado*”) y de la mora (art. 63 C de c y art. 1100 último párrafo y 341 C de c, para la compraventa que impone la obligación de pagar *el interés legal* al comprador que se demora en el pago del precio a partir de su entrega). Estos preceptos indican claramente que en las obligaciones derivadas de un contrato sinalagmático (compraventa, por ejemplo), el vendedor está obligado a entregar la cosa en el momento en el que el comprador haya entregado el precio y el comprador está obligado a entregar el precio en el momento en el que el vendedor ha entregado la cosa<sup>2</sup>. Esta regla supletoria es eficiente porque asegura el cumplimiento: cada parte puede retener su prestación en tanto la otra no esté dispuesta a prestar.

3. Salvo que existan costes de transacción o efectos externos importantes es razonable pensar que si acreedor y deudor acuerdan aplazar el pago del precio de una mercancía es porque el aplazamiento es eficiente, es decir, porque el coste de “esperar” para el acreedor del precio es inferior al coste de pagar inmediatamente para el deudor. Puede ocurrir que ambos soporten diferentes *costes de capital*. Si el proveedor puede obtener crédito a menor coste que el comprador, lo eficiente es que sea el proveedor el que lo obtenga (de un banco o de otro tercero) y se “lo proporcione” en forma de aplazamiento al comprador<sup>3</sup>. Si el comprador está en mejores

---

<sup>1</sup> Y la “tecnología jurídica” que se desarrolla más intensamente es, precisamente, la que sirve al desarrollo y *enforcement* de dicho crédito comercial como es todo el Derecho cambiario.

<sup>2</sup> El artículo 62 C de c dice que las obligaciones para cuyo cumplimiento no se haya previsto plazo por las partes, serán exigibles a los diez días *de haber sido contraídas* (no a los diez días de haber vencido) o *de inmediato* (esto es, desde luego de haberse contraído) si llevan aparejada ejecución.

<sup>3</sup> “If the buyer faces greater adverse selection risk, it is more efficient for the seller to obtain external financing and advance trade credit. By contrast, if the buyer faces smaller adverse selection risk, it is more efficient for the buyer to obtain external financing, and the purchase is a cash transaction... a firm may extend trade credit to some

condiciones que el proveedor para invertir el dinero cuyo pago se ha aplazado existe espacio para un acuerdo eficiente en el que el comprador paga un precio algo más elevado por las mercancías a cambio del aplazamiento pero inferior al que pagaría si fuera el proveedor el que invirtiera dicho precio<sup>4</sup>. Puede ocurrir, también que el aplazamiento sea la forma que tiene la empresa de reducir sus costes de pagar a sus proveedores acumulando facturas en determinadas fechas del año o que la empresa sufra estacionalidad o incertidumbre en la demanda de sus propios productos de forma que pagar aplazadamente es una forma de manejar eficientemente la tesorería.

4. El aplazamiento puede servir, además, como mecanismo que garantiza el cumplimiento de sus obligaciones *por parte del proveedor* tanto respecto de la calidad como de la ausencia de vicios ocultos en los bienes suministrados cuando éstos no aparecen inmediatamente. El comprador puede asegurarse de que el proveedor saneará los vicios o aceptará la devolución de la mercancía si tiene a su disposición un mecanismo de respuesta tan potente como la negativa a pagar la cantidad aplazada en caso contrario. En este sentido, el aplazamiento en el pago del precio constituye una “adaptación” contractual de la regla legal de la simultaneidad en el intercambio de las prestaciones como garantía del cumplimiento de los contratos. Si, como hemos visto, una de las partes no está obligada a prestar en tanto la otra no lo haga, cuando, por la naturaleza de las prestaciones, las partes no pueden comprobar *en el momento en el que se produce la entrega de la prestación característica* del contrato que la otra parte ha cumplido, una solución eficiente pasa por retrasar el pago del precio hasta el momento en que el comprador ha podido comprobar que las mercancías se ajustan a lo pactado en el contrato.

No deja de ser llamativo que a este pago levemente aplazado se le denomine en la práctica *pago al contado*<sup>5</sup> y que este aplazamiento se justifique para permitir al proveedor asegurar que ha entregado la mercancía y emitir la factura y para que el comprador compruebe que la entrega se ha producido en las condiciones pactadas. Esto explica los cortísimos plazos para la reclamación por vicios que recoge el Código de Comercio en su artículo 336 (obligación de reclamar inmediatamente a la entrega si el

---

customers, while at the same time it also obtains trade credit from some of its suppliers” A. DEMIRGÜÇ/V. MAKSIMOVIC, “Firms as Financial Intermediaries: Evidence from Trade Credit Data”, octubre de 2001, disponible en diciembre 2004 a través de [www.repec.org](http://www.repec.org) p 4; R. CUNNINGHAM “Trade Credit and Credit Rationing in Canadian Firms”, *working paper 2004-49 Banco de Canadá*, pp 3-4, disponible a través de [www.repec.org](http://www.repec.org) ; v., también., B. ARRUÑADA, “La Ley contra la morosidad comercial”, *InDret*, 2004, working paper nº 237. disponible en enero de 2005 en [www.indret.com](http://www.indret.com) quien cita estudios que parecen indicar que, analizando muestras de balances contables de empresas se encuentra que “a igualdad de otros posibles factores causales, son las empresas con menor coste de financiación externa las que tienden a conceder un mayor crédito comercial”, nota 6 p 5: “por ejemplo, si un fabricante proporciona crédito a sus clientes, ambos han de manejar presupuestos de tesorería para “administrar” los déficit y los superávit de recursos que se les presentan en el desarrollo de su actividad. Es razonable que, si hay una “diferencia sustancial en sus capacidades organizativas a este respecto... puede ser provechoso para ambos... concentrar la disponibilidad de tesorería en aquel de ellos que, por disponer de economías de escala, puede organizar su gestión a menor coste... un plazo flexible de pago puede ser muy valioso para el cliente y, a la vez, ser poco costoso para el proveedor...”

<sup>4</sup> ...“se puede predecir la presencia de una relación positiva entre el tamaño del distribuidor y el plazo de pago. Los mayores distribuidores pueden ser más eficientes a la hora de gestionar los ingresos financieros derivados de los plazos de pago. Si esto es cierto, en caso de grandes distribuidores sería más eficiente para el conjunto del canal que el plazo de pago sea mayor, de forma que se aproveche esa mayor capacidad de gestión”. V. IGLESIAS/R. VAZQUEZ/I. RODRÍGUEZ DEL BOSQUE, “Antecedentes de los plazos de pago: argumentos de eficiencia frente a argumentos de poder”, *working paper*, Oviedo 2003.

<sup>5</sup> V. ARRUÑADA, *La Ley contra la morosidad*, pp 6-7.

comprador ha examinado la mercancía “a su contento” y plazo de 4 días si las mercancías están envasadas para los vicios que serían aparentes de no ser porque están envasadas las mercancías) y en su artículo 342 (treinta días siguientes a la entrega para los “vicios internos” de la cosa vendida). Lógicamente, la regla dispositiva en estos casos es que el comprador puede negarse a pagar (art. 336 III C de c “podrá el comprador optar por la rescisión del contrato”). También tiene sentido el aplazamiento del pago cuando se trate de compras con *derecho a devolución* (art. 328 II C de c) como una forma que tiene el comprador de asegurarse el ejercicio de dicho derecho y, de hecho, esta es la regla supletoria cuando resulta del acuerdo entre las partes que el riesgo de estocaje permanece en cabeza del proveedor. En tal caso, estamos ante un *contrato estimatorio* en el que el pago se produce sólo en vía de liquidación de las relaciones contractuales devolviendo el comerciante las mercancías al proveedor o el precio de las mismas. En este sentido, el hecho de que el fabricante esté dispuesto a esperar para cobrar puede servir como señal de garantía del producto vendido.

Cabe suponer que si el comprador tiene reputación (como parte cumplidora) y el vendedor es “nuevo” en el mercado y carece de aquella, será frecuente la utilización del aplazamiento en los pagos. Por el contrario, si el proveedor es un comerciante reputado, el valor del aplazamiento para asegurar el cumplimiento se reduce y se utilizará menos.

## 2. Crédito comercial vs. crédito financiero

5. Lo que más ha llamado la atención de los economistas<sup>6</sup> es explicar por qué sobrevive el crédito comercial en las economías desarrolladas cuando en el mercado existen empresas especialistas en proporcionar crédito como son los bancos o los mercados de capitales siendo así que el crédito comercial es más caro que el bancario<sup>7</sup>. En otros términos, si el crédito comercial y el crédito bancario se sustituyen o se complementan.

<sup>6</sup> V., para lo que sigue J. McMILLAN/C. WOODRUFF, “Interfirm Relationships and Informal Credit in Vietnam”, manuscrito, 23 de febrero de 1998; V. CUÑAT, “Trade Credit: Suppliers as Debt Collectors and Insurance Providers”, *working paper*, U. Pompeu Fabra, 2002, disponible en [www.econ.upf.es/eng/research/onepaper.php?id=625](http://www.econ.upf.es/eng/research/onepaper.php?id=625); en junio de 2004; M. BURKART/T. ELLINGSEN, “In-Kind Finance: A Theory of Trade Credit”, *Am. Econ. Rev.* 94(2004) p 569.

<sup>7</sup> Si un cliente recibe un descuento del 2 % por pronto pago (pagar en 10 días) y, si no, habrá de pagar sin descuento en treinta días, el tipo de interés, en caso de que decida pagar en treinta días es de un 44 % anual, CUÑAT, *Trade Credit*, p 3; un descuento del 3 % por un pago en quince días en vez de en noventa días, supone un tipo de interés del 15,7 % CANNARI et al, *Condizioni di credito*, p 12, quienes deducen de tales diferencias con los intereses de mercado que la concesión de crédito en forma de descuentos (*two-part price*) se utiliza primordialmente por las empresas que lo conceden como un instrumento de “gestión de la clientela” reduciendo el oportunismo por parte de los clientes o extrayendo información sobre su solvencia y merecimiento de crédito (Poiché l’offerta di two-part terms ha un costo in termini di rischio commerciale che il fornitore si assume (perché lo sconto non verrà accettato dai clienti più rischiosi, razionati dal sistema bancario), Según otros estudios, el crédito comercial, en general, no sería más caro que el bancario, precisamente, porque los descuentos por pronto pago son escasos – de forma que estos tipos de interés tan elevados no se cobran nunca ya que tampoco parecen frecuentes las cláusulas penales por retraso en los pagos v., G. MAROTTA, Is trade credit more expensive than bank loans? Evidence from Italian firm-level data, febrero 2001, p 3-4, disponible a través de [www.repec.com](http://www.repec.com), en enero de 2005: “... the rationale suggested is that foregoing a discount opportunity is a cheap option when the customary net period is sufficiently long and there is no effective penalties for stretching payments before the agreed terms, as it is the case of the Italian institutional and legal framework but much less abroad” G. MAROTTA, “When do Trade Credit Discounts Matter? Evidence from Italian firm-level data”, *working paper*, p 1 y 2. disponible *ibidem*.

6. Habría sustitución si pudiera comprobarse que las empresas recurren al crédito de otras empresas cuando el sistema bancario está poco desarrollado y recurrir a un banco implica pagar rentas monopolísticas al banco (“las empresas reciben más crédito comercial cuando reciben menos crédito bancario”) o, en general, cuando se les raciona el crédito bancario<sup>8</sup>. De hecho, en los países desarrollados, las empresas parecen recurrir más al crédito comercial cuando se produce un endurecimiento de la política monetaria en el país o hay recesión y los bancos reducen su volumen de créditos de forma que el recurso al crédito comercial permite a las empresas reducir sus problemas de liquidez<sup>9</sup>.

Parece haber, igualmente, una relación negativa entre el volumen de crédito comercial y la eficiencia del sistema jurídico para el cobro de las deudas (cuanto mejor funciona el sistema jurídico, menor aplazamiento en los pagos y mayor recurso a intermediarios financieros) lo que explica que Italia y España sean los países europeos grandes donde más se utiliza el crédito comercial mientras que éste se usa muy poco en Alemania. La razón se encuentra en que, aunque tanto los acreedores comerciales como los financieros se benefician de una mayor eficiencia del sistema jurídico de cobro de las deudas, los acreedores financieros se benefician *relativamente* más, porque los acreedores comerciales pueden utilizar mecanismos extrajurídicos para asegurarse el pago de sus créditos, mecanismos que examinaremos más adelante (posibilidad de no suministrar más productos al moroso, mayor facilidad para hacer valer *aliunde* la cosa vendida y no cobrada...).

7. Habría complementariedad si pueden describirse supuestos en los que resulta eficiente que empresas no financieras desempeñen el papel de intermediarios financieros *en las transacciones comerciales en las que toman parte*<sup>10</sup>. El crédito comercial puede ser complementario del crédito financiero si se tiene en cuenta lo que se expuso más arriba respecto de que el suministrador en una operación comercial puede estar en mejores condiciones para financiarla que el adquirente del producto. Si tal ventaja es, en términos absolutos, superior a la del banco que podría financiar al adquirente, asistiremos a un aplazamiento en el pago “financiado” por el suministrador que podrá acudir – él mismo – al sistema bancario para refinanciarse a un coste inferior al del comprador<sup>11</sup>. Es decir, el acreedor comercial actúa aquí como un “agente” del intermediario financiero.

<sup>8</sup> V., con un repaso de la literatura, R. FISMAN/I. LOVE, “Trade Credit, Financial Intermediary Development and Industry Growth”, *working paper*, 2001, disponible en [www.repec.org](http://www.repec.org) en diciembre de 2004.

<sup>9</sup> A. GUARIGLIA/S. MATEUT, “Credit channel, trade credit channel, and inventory investment: evidence from a panel of UK firms”, p 5; S. MATEUT/P. MIZEN, “Trade Credit and Bank Lending: An Investigation into the determinants of UK Manufacturing Firms’ Access to Trade Credit”, *EUI working paper* ECO 2003/3, disponible en diciembre de 2004 en [www.iue.it](http://www.iue.it) quienes destacan que las características individuales de la empresa que recibe el crédito comercial son relevantes y que las empresas que otorgan crédito se comportan, en su valoración de las operaciones, de forma semejante a los bancos; Para la explicación de cómo se reduce el crédito bancario como consecuencia del endurecimiento de la política monetaria o de una reducción de la demanda, M. KOHLER/E. BRITTON/T. YATES, “Trade Credit and the Monetary Transmission Mechanism”, *working paper* Bank of England, 2000, disponible en diciembre de 2004 en <http://www.bankofengland.co.uk/wplist.htm>, p 8. Estos autores realizan un estudio empírico utilizando datos de empresas cotizadas (y, por tanto, que tienen acceso al mercado de capitales sin tener que “pasar” por los bancos y concluyen que “firms with direct access to capital markets ‘help out’ firms who are reliant on credit from banks by extending more trade credit when times are hard”.

<sup>10</sup> DEMIRGÜÇ/MAKSIMOVIC, “Firms as Financial Intermediaries”.

<sup>11</sup> Sobre estas dos hipótesis (el efecto sustitutivo y complementario del crédito comercial) v., DEMIRGÜÇ/MAKSIMOVIC, *Firms as Financial*, p 4 y 5.

8. En este marco, la persistencia del crédito comercial se basa en la idea de que las empresas (i) tienen ventajas sobre los bancos en la determinación de la solvencia del prestatario y en la garantía de la devolución del crédito porque disponen de un importante volumen de información sobre la empresa cliente como consecuencia de las relaciones que se desarrollan entre las partes, lo que (ii) asegura el cumplimiento ya que el cliente que no paga perdería los beneficios de todos los futuros negocios que las partes piensan realizar, lo que hace estas relaciones especialmente valiosas si el coste de encontrar un proveedor alternativo es muy elevado, como suele suceder en mercados poco desarrollados<sup>12</sup>. De ahí que las empresas no recurran al crédito comercial nada más nacer (porque todavía no han formado relaciones con otras empresas que permitan a éstas fiarse) pero sí que lo hagan al poco de haberse establecido en el mercado. Además, se ha argumentado que (iii) el acreedor comercial puede hacer efectivas sus garantías (recuperando el bien vendido con precio aplazado) en caso de impago del crédito con más facilidad que el acreedor financiero y que, como garantía, la mercancía vale más para la proveedor que para el banco porque el proveedor podrá entregarla a otro comprador con más facilidad que un banco<sup>13</sup>. Estas ventajas permitirían concluir que el crédito comercial es, *ceteris paribus*, menos costoso en términos de costes de transacción que el crédito financiero o bancario, esto es, el proporcionado por un tercero que no tiene una relación comercial previa o contemporánea con el deudor que obtiene el crédito por lo que el desarrollo de los mercados financieros no tendría por qué provocar la desaparición del crédito comercial.

9. Se ha señalado, no obstante, que estas supuestas ventajas del crédito comercial no deberían durar ya que los bancos reducirían su desventaja competitiva gracias a la información que extraen de la prestación a los deudores del servicio de caja típico de la relación entre un banco y su cliente por lo que no se explica adecuadamente por qué los bancos, que son especialistas en evaluar la solvencia de potenciales prestatarios, habrían de tener menos información que el proveedor de mercancía ni tampoco por qué la financiación proporcionada por el proveedor está tan vinculada al valor de los bienes o servicios suministrados o, en otros términos, porque los suministradores nunca prestan dinero en efectivo a sus clientes y se limitan a aplazar el pago de mercancías<sup>14</sup>. Además, el crédito financiero parece tener ventajas en lo que a los *costes administrativos* o de gestión del crédito se refiere porque parece razonable pensar que los bancos tienen una capacidad organizativa al respecto muy superior a la de las empresas. Esto explica por qué, a menudo, se “separan” las funciones del acreedor. Así, en el “descuento comercial,... una entidad financiera asume el aplazamiento, adelantando el pago de la deuda (porque el banco es el que tiene menor coste de capital)... mientras que el proveedor retiene el riesgo de insolvencia del deudor (porque es el que dispone de más información sobre dicho riesgo, como hemos visto,

---

<sup>12</sup> “A supplier and a customer are more productive the longer they stay together. In other words, there are sunk costs, learning-by-doing processes, tailor-made products and so on that link suppliers and customers in a way that makes it costly for them to switch to another partner” CUNAT, *Trade Credit*, p 5, incluyendo, por ejemplo, que los bienes suministrados sean específicos para el cliente de que se trate o que el proveedor disponga de mucha información privada sobre el cliente.

<sup>13</sup> V., indicaciones en DEMIRGÜÇ/MAKSIMOVIC, *Firms as Financial*, p 3; BURKART/ELLINGSEN, *Am. Econ. Rev.* 94 (2004) p 571.

<sup>14</sup> BURKART/ELLINGSEN, *Am. Econ. Rev.* 94(2004) p 569 ss., p 570.

y porque es el que puede “manejar” dicho riesgo a menor coste, ya que es el que concedió el crédito en primer lugar)<sup>15</sup>.

10. Estas observaciones se contestan señalando que el proveedor tiene ventajas únicas frente al intermediario financiero para controlar la conducta del cliente precisamente porque le suministra bienes en especie y no dinero<sup>16</sup>. En dos sentidos. En primer lugar, el proveedor sabe *automáticamente* que una transacción comercial ha tenido lugar (porque él mismo es parte de la transacción). Los bancos han de *averiguarlo* confiando en la veracidad de las afirmaciones del que solicita el préstamo. No en vano, uno de los principales problemas contractuales para los bancos en el ámbito del descuento comercial es, precisamente, que los comerciantes que llevan sus letras y facturas a descontar al banco pueden fingir la realización de operaciones comerciales realmente inexistentes en la conciencia de que el riesgo del préstamo es menor si el banco puede contar con la existencia de un crédito derivado de la relación comercial entre el prestatario y el tercero - deudor<sup>17</sup>. En segundo lugar, el intermediario financiero proporciona *efectivo* a su prestatario mientras que en el crédito comercial, el proveedor proporciona mercancías (bienes). Y el efectivo puede “malversarse”, esto es, destinarse a fines distintos a los previstos por el acreedor (o los que maximizan el valor de su crédito) con mayor facilidad que las mercancías. De forma que es la *propia iliquidez* del objeto que se acredita lo que facilita su entrega a crédito<sup>18</sup>. Por tanto, cabe esperar que si mejora la protección jurídica de los acreedores de dinero de manera que se equiparen los costes para los deudores de malversar efectivo o bienes en especie, el crédito comercial pierde su ventaja competitiva y domina el crédito bancario lo cual explicaría que cuando la protección de los acreedores es reducida, prevalezca el crédito comercial sobre el bancario porque los acreedores de dinero no disponen de un mecanismo extrajurídico de protección de su crédito semejante<sup>19</sup> o que el crédito comercial sea siempre a corto plazo porque, a largo plazo, los bienes *ilíquidos* cuyo pago se aplaza se convierte en líquidos una vez que transcurre el tiempo y el deudor lo ha revendido o lo ha incluido en un bien que ha revendido.

Además, se ha señalado que el crédito comercial puede usarse para discriminar entre los clientes. Si las condiciones de crédito se determinan a escala del sector y, consecuentemente, no se tiene en cuenta el nivel de riesgo de cada empresa individualmente considerada, el crédito comercial reduce el precio efectivo de los productos y servicios para los clientes de mayor riesgo<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> ARRUÑADA, *Ley contra la morosidad*, p 5.

<sup>16</sup> “Suppliers lend goods and banks lend cash” BURKART/ELLINGSEN, *Am. Econ. Rev.* 94(2004) p 582

<sup>17</sup> V., *ampliamente*, C. PAZ-ARES, *La letra de favor*, Madrid 1987, pp 175 ss.

<sup>18</sup> BURKART/ELLINGSEN, *Am. Econ. Rev.* 94(2004) p 570: por lo que un aumento del crédito otorgado por la empresa suministradora aumenta la cantidad que están dispuestos a prestar los bancos: “for a given bank loan, additional trade credit permits the borrower higher levels of diversion as well as investment. However, due to the relative illiquidity of trade credit the borrower’s return from investing increases by more than the return from diversion. Anticipating that available trade credit boosts investment rather than diversion, banks are willing to increase their lending. Hence, bank credit and trade credit are complements for firms whose aggregate debt capacity constrains investment. By contrast, for firms with sufficient aggregate debt capacity, trade credit is a substitute for bank credit”. Un estudio empírico sobre información de empresas canadienses que apoya la tesis DE BURKART/ELLINGSEN en CUNNINGHAM, *Trade Credit*.

<sup>19</sup> V., *supra* y BURKART/ELLINGSEN, *Am. Econ. Rev.* 94(2004) p 570.

<sup>20</sup> The supplier’s advantage lies in the expression of a higher total demand. Subsequently, the magnitude of the profit margin recorded by the supplier is a principal determinant of the influence of the price-discrimination motive. The higher the supplier’s profit margin, the more likely the firm is to finance sales. Supported by the inelastic demand of risky borrowers, price-discrimination is carried out to the detriment of high-quality



11. Por último, las empresas pueden actuar igualmente como aseguradoras del riesgo de que el cliente sufra problemas de liquidez. Cuando una empresa tiene dificultades financieras superables, lo que hace frecuentemente es retrasar los pagos a los proveedores y éstos aceptan alargar los plazos de pago si están razonablemente seguros de que las dificultades del cliente son superables. Esta “paciencia” permite al proveedor salvar las inversiones específicas realizadas en la relación con el cliente y las ganancias futuras de la misma. Pues bien, previendo tal posibilidad en el momento de contratar, el proveedor se protege elevando el interés – precio que cobra al cliente de forma equivalente a cobrarle una prima por proporcionarle un seguro frente a eventuales *shocks* de iliquidez<sup>21</sup>. En este sentido, los efectos de una negativa de un banco a conceder crédito a una empresa son, a menudo, más devastadores para la reputación de la empresa que la negativa de un proveedor a seguir suministrando.

### 3. La necesidad de una regulación imperativa del crédito comercial

12. A la vista de cuanto se ha expuesto, resulta difícil justificar la intervención del legislador en el crédito comercial para imponer términos contractuales de forma imperativa. No parece que exista ningún *fallo del mercado* tan relevante que, además, pueda ser resuelto eficientemente a través de una normativa imperativa y las pérdidas de eficiencia que resultan siempre que se limita la libertad contractual pueden resultar elevadas. Por eso resulta paradójico que a las autoridades comunitarias hayan promulgado la *Directiva 2000/35 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*<sup>22</sup> y que ha sucedido a una ineficaz recomendación emitida por la Comisión en 1995<sup>23</sup>. Se diría que les preocupa que haya un *exceso* de crédito comercial y un exceso de *morosidad* en los pagos entre comerciantes en Europa<sup>24</sup>. Ambas conclusiones las han deducido de las diferencias existentes entre los países del norte y del sur de Europa, tanto en lo que a *plazos* de pago como a *retrasos* en el pago se refiere.

13. La intervención se pretende justificar sobre la base de que los proveedores *son explotados* por los clientes que les imponen largos plazos para el pago y demoras en el mismo sin compensación.

---

customers. However, the use of trade credit discounts, source of high financial cost in case of renunciation, is a means of limiting opportunist behaviours on behalf of risky customers. It also allows other buyers to benefit from favourable financing conditions within the framework of long-term relationships for example. This motive can be explained by the fact that the supplier’s income does not depend on the financial component of sales”, ZIANE, *An Investigation*, p 8.

<sup>21</sup> BURKART/ELLINGSEN, *Am. Econ. Rev.* 94(2004) p 570 “Many firms offer trade credit despite having to take (bank and) trade credit to finance their operations... firms simultaneously give and take trade credit because receivables can be collateralised. Once an invoice is pledged as a collateral, it becomes completely illiquid from the firm’s perspective, and the firm can obtain additional bank credit against the receivable. Thus, offering an additional dollar of trade credit does not force a firm to reduce its real investment by one dollar”.

<sup>22</sup> Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29-VI-2000, DOCE 8-VIII.

<sup>23</sup> Recomendación de la Comisión de 12-V-1995, DOCE L 127 de 10-VI-1995 p 19.

<sup>24</sup> “According to Berger and Udell (1998), in 1993, 15.78% of the total assets of small US businesses were funded by trade credit. Similarly, Rajan and Zingales (1995) document that in 1991, funds loaned to customers represented 17.8% of total assets for US firms, 22% for UK firms, and more than 25% for countries such as Italy, France, and Germany. Finally, according to Kohler et al. (2000), 55% of the total short-term credit received by UK firms during the period 1983-95 took the form of trade credit”, GUARIGLIA/MATEUT, “*Credit channel*”, p 3.

Esta afirmación tiene a su favor la apariencia de que son los grandes distribuidores los que obtienen aplazamientos en sus pagos y que las pequeñas empresas parecen obligadas a concederlas<sup>25</sup> por lo que los aplazamientos en los pagos no serían producto de la eficiencia sino del abuso de su posición de dominio por parte de los grandes distribuidores comerciales (poder de demanda, monopsonio)<sup>26</sup>. Pero esta interpretación de los hechos es dudosamente razonable. En efecto, como ha señalado ARRUÑADA<sup>27</sup>, si los aplazamientos son producto del monopolio no se explica por qué el distribuidor necesita recurrir a plazos muy largos de pago para explotar al proveedor. En la mayor parte de los casos, lo que haría un monopsonista racional es, simplemente, bajar los precios que paga a sus proveedores. Tampoco es racional que retrase los pagos más allá de lo pactado (que incumpla sus contratos) si puede manejar los términos del pacto y fijar el plazo que le plazca. Más bien, - continúa ARRUÑADA - lo que dicen los datos es que los distribuidores "obtienen plazos más largos a costa de precios más elevados... (de modo que)... donde los plazos de pago son más cortos, los márgenes de los distribuidores son mayores, lo que pudiera indicar que los precios al por mayor son más bajos. Además, las diferencias en la media de plazo de pago se corresponden con *sectores distintos*, no con empresas distintas y las diferencias entre sectores parecen responder más que al poder negociador a la naturaleza del producto y existen largos plazos de pago en relaciones en las que el proveedor es una gran empresa y el comprador es una pequeña. Por otra parte, existe correlación entre plazos de pago y de cobro, es decir, entre el crédito que se concede a clientes y el crédito que conceden los proveedores<sup>28</sup> y no parece que haya influido en absoluto - que debería si la hipótesis del abuso de posición de dominio fuera correcta - la evolución de los tipos de interés en Europa: "si el aplazamiento tuviera su razón de ser en la extracción de rentas, debería haberse observado un aumento de los plazos en respuesta a la reducción de los tipos"<sup>29</sup>. Todo ello al margen de si los beneficios de los distribuidores al respecto se trasladan o no a los consumidores en forma de precios más bajos.

---

<sup>25</sup> Los grandes distribuidores, que tienen reputación de pagar, obtienen plazos muy largos de pago y los pequeños proveedores, que carecen de reputación, sufren especialmente dichos plazos. Según un estudio italiano, las empresas grandes reciben mejor tratamiento, bien sea en precios, bien sea en plazos de pago que las pequeñas "In media, per ogni trattamento di favore concesso alle piccole imprese, ve ne sono 6 per le imprese grandi, 15 se si fa riferimento ai casi estremi in cui le imprese sono definite "molto favorite". L. CANNARI/S. CHIRI/M. OMICCIOLI, "Condizioni di credito commerciale e differenziazione della clientela", documento de trabajo, Banca de Italia, n° 495 - Junio 2004, p 24., disponible en diciembre de 2004 a través de [www.repec.org](http://www.repec.org).

<sup>26</sup> V., la "Guía para las empresas" de la Comisión Europea sobre la Directiva 2000/35/CE del parlamento europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, donde puede leerse que "los resultados de investigaciones llevadas a cabo demuestran que las grandes empresas pagan con morosidad con una frecuencia que ese el doble de la registrada en las PYME; más aún, los retrasos en los pagos hechos por grandes empresas a PYME tienen una duración que es el doble de la que se registra en los retrasos en los pagos por PYME a grandes empresas".

<sup>27</sup> ARRUÑADA, *La ley contra la morosidad*, p 9-10; v., más detalles en IGLESIAS/VAZQUEZ/RODRÍGUEZ DEL BOSQUE, *Antecedentes de los plazos de pago*, p 6: el aplazamiento como instrumento para garantizar el cumplimiento cuando el distribuidor cede al proveedor la toma de decisiones sobre determinados aspectos de su actividad (colocación en los lineales de los productos, promociones en el establecimiento ...). V., sin embargo, MAROTTA, *When do Trade Credit...* p 16: "Larger debtors turn to be able to exploit their market power through longer payment delays".

<sup>28</sup> Según un estudio, los fabricantes de productos de alimentación pagan, en un 82,5 % a sus proveedores a un plazo más largo que el que cobraban de sus clientes. ARRUÑADA, *La Ley contra la morosidad*, p 9 nota 16 refiriéndose a un estudio de CECO de 1993. Según un estudio italiano, "Poco significative sono le differenze di trattamento fra imprese commerciali e industriali (indice pari a -0,6 per le commerciali). L'evidenza empirica indica che in due terzi dei casi le imprese non fanno alcuna differenza; nei casi restanti tendono ad accordare un lieve favore ai partner industriali", CANNARI et al., *Condizioni di credito*, p 24.

<sup>29</sup> ARRUÑADA, *La Ley contra la morosidad*, p 10.

14. La justificación concreta para la promulgación de la Directiva está contenida en el Considerando (7) de la misma según el cual “onerosas cargas administrativas y financieras pesan sobre las empresas, y especialmente sobre las pequeñas y medianas, debido a los plazos de pago excesivos y a la morosidad. Estos problemas son además una de las principales causas de la insolvencia que amenaza la propia supervivencia de las empresas y se traduce en la pérdida de numerosos puestos de trabajo”<sup>30</sup>. Este argumento es difícil de aceptar. En primer lugar, mezcla el problema de que se pacten *plazos contractuales de pago de larga duración* y el de *atrasos* en el pago en relación con el plazo legalmente previsto o el pactado. Sólo el segundo tiene que ver con la tasa de insolvencia ya que el primero está “internalizado” por la empresa que concede crédito de forma que, si no calcula adecuadamente, es incluso bueno que quiebre. Por tanto, las normas de la Directiva *dirigidas a reducir los plazos pactados* no se justifican por razones de eficiencia. El hecho de que se impongan por ley plazos máximos para el pago no aumenta la solvencia de los acreedores. Simplemente, los deudores *solventes* pagarán *antes* perdiéndose transacciones beneficiosas en el camino ya que si el proveedor aceptaba el aplazamiento sería, normalmente, porque era un “concedente de crédito” más eficiente que el tercero al que la Comisión quiere que recurra el deudor (“es más conveniente para los deudores – en los países mediterráneos – deber dinero a sus acreedores o proveedores que pedir un crédito para pagar sus deudas a tiempo”).

15. En otros términos, la norma de la Directiva no reducirá la insolvencia sino que distorsionará la relación “natural” entre crédito comercial y crédito financiero a favor de éste último<sup>31</sup>. Decimos “natural”, porque si, como hemos visto, no está escrito que la obtención de la financiación sea menos costosa siempre para el comprador que para el vendedor, lo que justificaría que la decisión al respecto la tomen las partes y no el legislador con carácter general. Los estudios empíricos parecen demostrar que son los países con un sistema bancario más eficiente y de mayor tamaño los que presentan mayor proporción de crédito comercial<sup>32</sup> y que las empresas más pequeñas son, también, las que más recurren al crédito de sus proveedores para financiarse<sup>33</sup>.

16. En este sentido, ARRUÑADA ha señalado que lo que explicaría las diferencias intraeuropeas al respecto no es, como pretende la Comisión Europea, el poder de mercado de los distribuidores en algunos países o “una mayor inclinación al incumplimiento por parte de los deudores mediterráneos” sino que el crédito comercial desarrolla un papel más o menos importante en los distintos países europeos. Así, si los deudores cumplen peor “parece lógico pensar que también sus proveedores cumplan peor. En otras palabras, es posible que, por un lado, en la Europa del

---

<sup>30</sup> En un trabajo de una economista se lee, en sentido parecido, que “the lengthening of payment terms and the proportion of late payments result in increasing the firm’s cash requirements... Because of the vulnerability of their financial situation and because they depend on a limited number of customers, smaller firms are in their turn constrained to extend payments of their suppliers. These circumstances result in a degradation of the business climate and in the multiplication of risks of chains bankruptcy”, Y. ZIANE, “An Investigation into the Determinants of Trade Credit Use by French Small and Medium Enterprise”, p 5.

<sup>31</sup> La Directiva elevará el coste relativo del crédito comercial comparado con el crédito bancario a corto plazo especialmente para las empresas más grandes, MAROTTA, *Is trade credit*, p 2.

<sup>32</sup> DEMIRGÜÇ/MAKSIMOVIC, *Firms as Financial*, p 30.

<sup>33</sup> O. M. RODRÍGUEZ, “El crédito comercial en la empresa canaria: Una aplicación del system estimator con datos de panel” Universidad de La Laguna, *documento de trabajo*, 2003-10.

Sur sea preciso un mayor aplazamiento medio tan solo con el fin de obligar a los proveedores a cumplir mejor<sup>34</sup>. Generalizando este argumento, es muy discutible que una intervención específica (imponiendo los pagos en períodos más cortos a los comerciantes de los países mediterráneos) se traduzca en una mejora del bienestar ya que no se tiene en cuenta que el *entorno institucional* puede ser diferente en los distintos países, de modo que *otras instituciones* distintas al (menor) aplazamiento en los pagos reduzcan los riesgos de impago a los proveedores<sup>35</sup>. Puede barruntarse, por ejemplo, que la *eficiencia del sistema judicial* para lograr el cobro de los créditos tiene mucho más que ver con el retraso en los pagos que los pactos de aplazamiento. Es de suponer que los sistemas judiciales funcionan mucho más rápidamente en los países escandinavos y del norte de Europa que en los países mediterráneos y el art. 5 de la Directiva lo reconoce al imponer a los Estados miembros la obligación de garantizar que el acreedor pueda obtener un “título ejecutivo... en un plazo de 90 días naturales a partir de la presentación de la demanda... siempre que no haya habido impugnación de la deuda”<sup>36</sup>, lo que puede considerarse cumplido en nuestro país tras la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que consagra el juicio monitorio para estas finalidades. Por último, como veremos al examinar el ámbito de aplicación de la nueva legislación, no se ha hecho diferencia alguna y la Ley se aplica a cualquier “operación comercial”. Es dudoso que el problema de los largos plazos de pago esté extendido fuera de las compras de mercancías para su reventa. Quizá hubiera sido deseable, en este punto, limitar la aplicación de la Ley a lo que el Código de Comercio define como compraventa mercantil en sentido estricto, esto es, a la compra de mercancías para su reventa (compraventas entre fabricantes y distribuidores) y no a las compras para uso o consumo empresarial (compra de maquinaria y bienes de equipo).

17. Por lo demás, se nos escapa de qué forma las diferencias en los plazos de pago pactados pueden limitar “considerablemente las operaciones comerciales entre Estados miembros” tal como pretende la Directiva. Si los empresarios tienen derecho - como reza el Considerando (10) de la Directiva - “a poder comerciar en todo el mercado interior en condiciones tales que garanticen que las operaciones transfronterizas no supongan mayores riesgos que las ventas en el mercado nacional” y hay que evitar las “distorsiones a la competencia” que resultarían de que “se aplicaran normas sustancialmente diferentes a las operaciones en el mercado nacional y a las transfronterizas”, lo que habría que unificar es el sistema judicial asegurando que se tarda lo mismo en cobrar forzosamente una deuda en cualquier punto de Europa. Pero no está justificado, sobre tales argumentos, armonizar el Derecho privado contractual supletorio, que es precisamente lo que hace la Directiva convirtiéndolo en imperativo. Porque los particulares (sean

---

<sup>34</sup> ARRUÑADA, *La ley contra la morosidad*, pp 7-8 y nota 12 donde critica la metodología de la Comisión para calcular la demora. Los datos sobre aplazamiento en los pagos se encuentran disponibles en [http://europa.eu.int/comm/enterprise/regulation/late\\_payments/index.htm](http://europa.eu.int/comm/enterprise/regulation/late_payments/index.htm)

<sup>35</sup> Es el conocido argumento, según el cual, los particulares tienen incentivos para minimizar los costes de realizar transacciones.

<sup>36</sup> En el mismo sentido, ARRUÑADA, *La Ley contra la morosidad*, p 10; v., también, ARRUÑADA, “¿Tiene la empresa española el peor entorno institucional de la OCDE?”, *Universia Business Rev.* 2004, tercer trimestre. Según el informe *Doing Business* del Banco Mundial que comenta este autor, la nueva LEC parece haber logrado reducir la duración de los procedimientos judiciales para el cobro de deudas en España por debajo de la media comunitaria aunque el sistema es más complejo que el de otros países. V., también DEMIRGÜÇ/MAKSIMOVIC, *Firms as Financial*, p 30, quienes señalan que el uso del crédito comercial se reduce cuando aumenta la eficiencia del sistema jurídico probablemente porque una rápida realización de los créditos beneficia especialmente a los acreedores financieros.

nacionales o extranjeros-comunitarios) tienen incentivos para derogar el Derecho contractual nacional que sea ineficiente de manera que no se le apliquen, si no quieren, normas nacionales de otro Estado miembro (o del propio) porque sean distintas a las que él desearía ver incluidas en sus contratos. No en vano es precisamente en el comercio internacional donde asistimos a la armonización negativa más intensa<sup>37</sup>.

18. Pero el propio legislador comunitario olvida que la Directiva es de mínimos (art. 6.2) de modo que, si los Estados pueden establecer regulaciones “más favorables para el acreedor”, la uniformidad en las condiciones no se garantiza, es más, se está “garantizando” que habrá “normas sustancialmente diferentes” en los distintos Estados miembro.

19. En cuanto a lo que a la subsidiariedad se refiere, los Estados nacionales tienen incentivos para luchar contra la morosidad en sus territorios y disponen de los mecanismos más eficaces para hacerlo por lo que la intervención comunitaria tampoco parece justificada desde este punto de vista (v., Considerando (12))<sup>38</sup>.

20. Otros argumentos a favor de la armonización imperativa tampoco resultan muy convincentes. Así, se han señalado las dificultades para el desarrollo de técnicas financieras como la titulización o para la estandarización de los criterios para determinar la solvencia de las empresas porque en sus balances incide de forma diferente el crédito comercial, además de la mayor dificultad para comparar precios a lo largo de Europa si no se tienen en cuenta los “descuentos por pronto pago”<sup>39</sup>. Pero suponemos que, en cualquier otro ámbito, están extendidas prácticas diferentes y que la financiación de las empresas presenta rasgos diferentes (mayor o menor peso de la deuda bancaria en relación con el recurso al mercado de capitales) también entre los distintos países de Europa, lo que impide obtener las ventajas que derivarían de su homogeneización y a nadie se le ha ocurrido armonizar todas las prácticas comerciales. Y con buenos motivos: la armonización imperativa elimina las ventajas de la experimentación y la adaptación de los mecanismos contractuales a las necesidades de cada grupo local.

21. El contenido de la Directiva se entiende mejor en un marco en el que se ha asistido en los últimos veinte años a un reforzamiento del poder contractual de los distribuidores en relación con los fabricantes<sup>40</sup>. Abundarían en Europa expresiones de este cambio de poder y del reforzamiento del poder de compra de los distribuidores tales como el éxito de las *marcas blancas*

---

<sup>37</sup> V., en general, sobre los aspectos en los que está justificada la armonización “positiva” J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “La unificación del Derecho privado en la Unión Europea: Planteamiento”, Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja, nº 5 (1999) pp 6-16; publicado también en S. CÁMARA (coord.), Derecho Privado Europeo, Valladolid, 2003, pp 107-127.

<sup>38</sup> En este sentido, no debería aceptarse el argumento, explícito en el Considerando (11) de la Directiva, según el cual, la intervención europea está justificada porque “en muchos Estados miembros no ha habido mejoras en materia de morosidad desde la adopción de la Recomendación de 12 de mayo de 1995”. Y no debería aceptarse porque tal argumento supone dar por demostrado que el hecho de que los plazos medios de pago sean diferentes en unos y otros países es un “mal” que ha de ser corregido.

<sup>39</sup> MAROTTA, *Is trade credit*, p 2.

<sup>40</sup> Para lo que sigue v., D. HILDEBRAND, “Thirty Years Prohibition of Resale Price Maintenance – Germany on the Verge of Change”, *ECLR* 2005, p 232 ss., p 233 que resume el contenido de los informes de las autoridades de la competencia sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores.

o marcas del distribuidor (que son producidas por los mismos fabricantes de marca) o de las tiendas de descuento que compiten sobre todo en el precio y no tanto en el servicio o en la variedad; la concentración producida en el lado de los distribuidores etc.

#### 4. El contenido de la Directiva y de la Ley española de transposición

21. Por tanto, y en el mejor de los casos, sólo se justificarían normas para reducir los *atrasos* en los pagos. Veremos que la Directiva incluye dos: elevar el interés de demora y obligar a los Estados a poner a disposición de los acreedores un recurso judicial para el cobro de sus créditos que garantice éste en un plazo breve de tiempo. La primera, está mal diseñada, porque se prohíben los pactos al respecto lo que, necesariamente, habrá de reducir su eficiencia. La segunda es deseable. Por otra parte, la Directiva interviene en materia de *plazos de pago* (limitando el aplazamiento que las partes pueden pactar) pero tal intervención sólo se explica, a nuestro juicio, porque aunque el legislador comunitario hubiera deseado intervenir sólo para reducir los atrasos en los pagos, se habría enfrentado a la *imposibilidad de la intervención selectiva*. De haber impuesto exclusivamente intereses moratorios elevados no habría conseguido prácticamente nada porque los particulares habrían reaccionado *alargando los plazos de pago*, es decir, reduciendo las posibilidades de incurrir en mora. Por tanto, para asegurar cierta eficacia en el aspecto de los atrasos se ha visto obligado a intervenir también en la fijación contractual de los plazos de pago. La Directiva se completa con una norma que viene a obligar a los Estados miembro a reconocer la eficacia *erga omnes* de la reserva de dominio cuando el Derecho aplicable a la transacción sea el de un país que reconoce dichos efectos a la reserva de dominio.

22. La incorporación al Derecho español de la Directiva que comentamos se ha producido a través de la Ley 3/2004 de 29-XII (BOE 30-XII) que se llama igual que la Directiva ("*Ley... por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*, en adelante, la Ley).

23. Tiene interés comparar el ámbito de aplicación de esta Ley con el de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. La Ley contra la morosidad se aplica "a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas..."<sup>41</sup>, y se entiende por "operación comercial" (v., art. 2.1 de la Directiva) un intercambio de un bien o servicio por un precio. Se incluye así, cualquier forma contractual que permita articular el intercambio (compraventa, suministro, contrato estimatorio, arrendamiento de cosas, contrato de obra, contrato de arrendamiento de servicios, mandato...). La definición del ámbito de aplicación parece excesiva, a la vista de los objetivos de política legislativa según hemos expuesto más arriba. Así, por ejemplo, si se pretende proteger a los proveedores frente a las prácticas abusivas de los distribuidores, no deberían incluirse en el ámbito de aplicación las operaciones comerciales que no constituyan crédito comercial en sentido estricto.

---

<sup>41</sup> También a los pagos realizados por la Administración pública a las empresas como contraprestación de bienes o servicios, es decir, a los pagos derivados de contratos regidos por la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, pero de estos pagos no nos ocuparemos aquí.

La Ley de Ordenación del Comercio Minorista, por su parte, regula los “pagos” de comerciantes a sus proveedores en los artículos 16 y 17. Dichos preceptos son aplicables a “las adquisiciones de toda clase de productos efectuadas por comerciantes”, entendiéndose por comerciante, de acuerdo con el ámbito de aplicación general de la LOCM los *comerciantes minoristas*. Por tanto, los artículos 16 y 17 se ocupan de los *pagos realizados a sus proveedores por comerciantes que (re)venden a los consumidores finales*, si interpretamos los artículos 16 y 17 en relación con el artículo 1.2 LOCM. Así las cosas, el ámbito de aplicación de la Ley contra la morosidad es más amplio que el de la LOCM e incluye todos los supuestos previstos en ésta. De modo que cualquier pago realizado por un distribuidor minorista a un proveedor mayorista o a un fabricante entra tanto en el ámbito de aplicación de la LOCM y en el de la Ley contra la morosidad y, por tanto, en el de la Directiva. Esta delimitación tiene consecuencias prácticas que veremos inmediatamente

### ***5. La exclusión de los intereses “relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio”***

24. No se aplica la Ley a los pagos derivados de relaciones entre empresarios y consumidores finales<sup>42</sup>. La cuestión no ofrece mayor interés teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la Directiva y la Ley. El crédito al consumo es objeto de regulación por una Directiva y una ley especial. Tampoco se aplica la ley a los “intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio y los pagos de indemnizaciones por daños, incluidos los pagos por entidades aseguradoras” ni a las deudas que hayan de pagarse en el seno de un procedimiento concursal (art. 3.2 *Ley contra la morosidad*). En relación con las indemnizaciones por daños y los pagos realizados por entidades aseguradoras, la exclusión es meramente declarativa porque dichos “pagos” no constituyen “contraprestación” de una operación comercial, es decir, no son el pago del *precio* de un bien o servicio suministrado por el acreedor que concede un aplazamiento en el pago (v., art. 1 de la Directiva y art. 3.1 *Ley contra la morosidad*). Por su parte, la aplicación exclusiva del Derecho concursal a las deudas cuyo pago se realice en el seno de un procedimiento concursal está específicamente previsto en la Directiva (art. 6.3 de la Directiva). Pero no está justificada la exclusión de “los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio”<sup>43</sup>.

El legislador español parece referirse, por un lado, al *pacto de intereses remuneratorios* en un cheque o letra. Este está prohibido por el art. 6 I LCCh que ordena que la cláusula correspondiente se tenga por no puesta salvo que se trate de una *letra a la vista o a un plazo desde la vista*, (y en cualquier caso para el cheque, art. 113 LCCh) porque en estos casos no es posible incluir los intereses en la suma cambiaria ya que la fecha de vencimiento no está predeterminada y depende de la fecha en la que la letra se presente a la aceptación o al pago. En relación con los *intereses moratorios*, el art. 58.2º LCCh atribuye al acreedor cambiario el derecho a exigir el interés legal del dinero más dos puntos, y el art. 108 y 149, para el caso

<sup>42</sup> Para éstas, rigen las normas sobre protección de los consumidores frente a cláusulas abusivas v., infra.

<sup>43</sup> Esta norma parece redactada por alguien sin conocimientos jurídicos. V., por ejemplo, art. 5 que ordena el pago del interés de demora “*automáticamente por el mero incumplimiento del pago en el plazo pactado o legalmente establecido, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna...*” Dado que pago y cumplimiento son sinónimos en nuestro Derecho civil, el “incumplimiento del cumplimiento” resulta una expresión, cuando menos, graciosa.

del cheque, reconoce al tenedor el derecho a reclamar el 10 % del importe no cubierto del cheque, es decir, en ambos casos, una cuantía distinta a la prevista en la Directiva<sup>44</sup>.

Resulta, pues, un acertijo explicar esta exclusión del ámbito de aplicación de la Ley. Como decimos, la Directiva no recoge esta exclusión en su texto articulado. Según el artículo 6 de la Directiva, los Estados miembro pueden excluir del ámbito de aplicación de la norma que trasponga la Directiva las deudas que se liquiden en un procedimiento concursal y las reclamaciones de intereses inferiores a 5 euros, pero *no hay excepción alguna para los pagos efectuados a través de letras, cheques o pagarés*. Y es lógico que sea así porque no se ve por qué *el medio de pago* habría de ser relevante dada la finalidad de la regulación. Sucede, sin embargo, que el Considerando (13) de la Directiva dice que “conviene... no regular... los intereses relacionados con otros pagos como, por ejemplo, los efectuados en virtud de la legislación en materia de cheques y letras de cambio”, pero, como decimos, esta exclusión no se encuentra luego recogida en el texto articulado de la Directiva ni se deduce de los artículos 1 y 2 cuando definen el ámbito de aplicación y no cabe duda de que el pago de una operación comercial puede hacerse a través de una letra de cambio o un cheque. Veámoslo más detalladamente.

25. En principio, el sentido de la exclusión del art. 3.2 b) de la Ley contra la morosidad y la referencia del Considerando (13) de la Directiva podría ser el de *no beneficiar injustificadamente* con la aplicación de la Directiva a los tenedores de la letra que no sean acreedores en la relación causal que dio lugar a la emisión de la letra. Así, en el ejemplo típico de emisión de una letra de cambio para articular el pago (con aplazamiento) del precio de una compraventa, el acreedor – el librador de la letra – puede incluir los intereses por el aplazamiento en la suma cambiaria o a través de la cláusula de intereses correspondiente según hemos visto y, llegado el vencimiento sin que se produzca el pago de la letra, exigir los intereses moratorios que indica el art. 58.2º LCCh. Tales intereses los puede exigir el tenedor de la letra. En consecuencia, si el proveedor y librador de la letra *transmite la letra*, no tiene sentido que el adquirente de la letra (el banco descontante o cualquier tomador o endosatario) pueda reclamar del deudor cambiario el interés de demora previsto en la Directiva y en el artículo 8 de la Ley contra la morosidad porque no está ejercitando la acción causal que corresponden al acreedor salvo que haya habido no sólo un endoso de la letra sino una cesión del crédito causal al acreedor. Recuérdese que la transmisión de la letra no provoca una cesión de la provisión. En estos términos, la exclusión de los intereses derivados de la emisión de letras de cambio, pagarés o cheques del ámbito de aplicación de la Directiva podría justificarse incluso a falta de una exclusión expresa en el texto articulado de la misma considerando que cuando es un tercero adquirente del título cambiario el que ejercita por cuenta propia los derechos derivados de la letra, no estamos ya ante el pago de una operación comercial sino ante crédito financiero proporcionado (al proveedor) por parte de un intermediario financiero<sup>45</sup>.

Pero el cheque es y las letras y pagarés pueden ser simples medios de pago y, a menudo, su única función es la de documentar el crédito del proveedor. Así, supongamos que (el comerciante ha

---

<sup>44</sup> El interés legal del dinero para 2005, según la Ley de Presupuestos, disposición adicional 5ª es del 4 %.

<sup>45</sup> El argumento no está exento de críticas porque cabe suponer que el tipo de interés del descuento incluya la probabilidad que tiene el descontatario de cobrar el mayor tipo de interés moratorio previsto en la Directiva.



pagado con un cheque o que) la letra no ha circulado y, por tanto, sigue en manos del acreedor causal (del proveedor que suministró los bienes) en el momento de su vencimiento (o en el momento en que se hace efectivo el pago por el deudor). No se entiende que *el mero hecho de haber documentado el crédito en un título-valor impida al acreedor acogerse a las ventajas que proporciona la Directiva*. Ante la falta de pago de la letra a su vencimiento, el acreedor debería poder reclamar, no sólo la suma cambiaria (o la suma del cheque) y los intereses moratorios a los que se refiere el art. 58.2º LCCh sino también los intereses a los que se refiere la Ley contra la morosidad. Piénsese que tampoco hay diferencias desde el punto de vista de la refinanciación para el proveedor que da crédito comercial: los bancos descuentan (o adelantan el importe) no sólo letras o pagarés sino también facturas, recibos etc, es decir, cualquier documento que acredite la realización de una operación comercial. Por último, aunque es cierto que la existencia de un título-valor aumenta la protección del acreedor, tales ventajas no deberían resultar en un perjuicio para el que se procura la misma impidiéndole obtener las que la Ley otorga a cualquier acreedor en su situación.

26. Por tanto, dado que los Considerandos de una Directiva sirven para interpretar ésta pero no tienen valor normativo, no puede utilizarse uno de ellos para vaciar de contenido el texto articulado. La Directiva regula específicamente las excepciones a su ámbito de aplicación y en ese precepto no se excluyen los pagos de operaciones comerciales realizados con letras, pagarés o cheques. El Considerando (13) es, pues, incompatible con el artículo 1 de la Directiva. Hay dos posibilidades de eliminar esta incompatibilidad.

a) La primera pasa por entender que *cuando el título valor haya circulado y los derechos incorporados en el mismo "pertenezcan" a un intermediario financiero* que es el que pretende el ejercicio de tales derechos frente al deudor no estaremos ya ante una operación comercial y nos hallaremos en el ámbito financiero que la Directiva no pretende regular<sup>46</sup>. Consecuentemente, en la medida en que el título no haya circulado y el derecho al pago se ejercite por su acreedor originario (el proveedor de las mercancías), la aplicación de la Directiva parece indefectible.

b) La segunda pasa por afirmar que el legislador comunitario no ha querido excluir del ámbito de aplicación de la Directiva las *operaciones comerciales cuyo pago se realice a través de títulos valor*, sino sólo respetar las normas que *sobre intereses moratorios* establezca el Derecho cambiario de cada país. Esta interpretación del *Considerando 13* de la Directiva llevaría a concluir que los particulares no pueden *pactar plazos de pago superiores a los previstos en la Directiva* (30 días) a través del expediente de documentar el crédito al precio de la operación en una letra, cheque o pagaré de manera que los jueces habrían de controlar, igual que han de hacerlo con las cláusulas contractuales, *la fecha de vencimiento que figure en el título-valor*. Si, atendiendo a las relaciones causales, dicha fecha implica un aplazamiento en el pago superior a los treinta días y se dan los demás requisitos para la aplicación del artículo 9 de la Ley (que obliga al juez a declarar nulas las cláusulas sobre

---

<sup>46</sup> Si, como es habitual, ante la falta de pago en plazo por parte del deudor cambiario, el banco devuelve el título al acreedor – endosante, éste, cuando reclame su pago, debería poder exigir el pago de los intereses moratorios de la Directiva.

aplazamientos de pago abusivas), habrá que considerarla nula y obligar al deudor a pagar los intereses moratorios previstos en la Directiva y en la Ley.

27. Veremos, a continuación, que el legislador español ha incumplido la misma al trasponerla a través de la Ley contra la morosidad ya que permite aplazamientos en los pagos de operaciones comerciales muy superiores a los fijados en la Directiva. Para llegar a esta conclusión es conveniente exponer, en primer lugar, el contenido de la nueva Ley.

### ***6. El sistema de la Ley y la Directiva: la fijación imperativa de la cuantía de los intereses moratorios y de los aplazamientos máximos permitidos***

28. La Ley – siguiendo la Directiva – establece *plazos para el cumplimiento* de la obligación de pagar el precio de los bienes o servicios prestados entre comerciantes. Según el art. 4.2 de la Ley, la obligación de pago del precio vence – a falta de pacto – *treinta días después* de la última de estas dos fechas: la de entrega de las mercancías o la de la emisión de la factura<sup>47</sup>. Al establecer tales plazos, se ha *derogado lo dispuesto en los artículos 339 y 341 del Código de comercio*. Estos preceptos establecen que, a falta de pacto, el comprador de unas mercancías tiene obligación de pagar el precio en el momento en el que el vendedor ponga a su disposición las mercancías objeto del contrato y el art. 341 le impone la obligación de pagar el interés legal si se demora en el pago<sup>48</sup>. Pues bien, el artículo 4 de la Ley coloca al acreedor de la prestación de dinero en una posición *peor* que la que le atribuía el Código de Comercio ya que el vencimiento de la obligación de pagar el precio, a falta de pacto, no se producirá el día de la entrega de las mercancías, sino un mes después de forma que el acreedor no podrá reclamar ningún tipo de intereses de demora (ni el legal) si el deudor paga hasta un mes después de la entrega de las mercancías (v., art. 5 de la Ley)<sup>49</sup>. Es cierto que, a cambio, la Ley – recogiendo lo dispuesto en la Directiva – establece un interés moratorio muy superior al establecido en el art. 341 C de c. Este interés es el “aplicado por el Banco Central Europeo a sus operaciones principales de financiación” aumentado en 7 puntos (de forma que si el primero es un 2,5 %, el segundo será de un 9,5 %, art. 7.2 de la Ley). Pero que sea un tipo más alto *a partir de los treinta días* no justifica que el legislador haya impuesto a los acreedores un deber de esperar durante treinta días sin cobro de intereses. Ahora, los acreedores que quieran cobrar inmediatamente o recibir intereses por el aplazamiento inferior a 30 días deberán pactarlo expresamente. También puede decirse, en defensa de la ley, que ésta permite al acreedor exigir al deudor moroso “una indemnización por todos los costes de cobro”<sup>50</sup>, pero que el acreedor tenía derecho a exigir dicha indemnización del deudor moroso no era especialmente

<sup>47</sup> Salvo en los casos que hemos examinado más arriba en los que el comprador deba realizar la comprobación de las mercancías en cuyo caso, los treinta días se cuentan a partir de la realización de la comprobación art. 4.2 d) Ley contra la morosidad.

<sup>48</sup> Los preceptos del Código de comercio se refieren a la compraventa mercantil pero su extensión a los contratos de suministro, estimatorio, de arrendamiento de servicios o de obra parece evidente.

<sup>49</sup> El legislador español ha cambiado la correspondiente norma de la LOCM dando una nueva redacción al artículo 17.1 que preveía que “a falta de pacto expreso, se entenderá que los comerciantes deben efectuar el pago del precio de las mercancías... el mismo día de su recepción” y que ahora prevé que la fecha de pago es la de “treinta días a partir de su fecha de entrega”.

<sup>50</sup> Art. 8.1 Ley contra la morosidad. Esta “indemnización” tiene su límite en el 15 % de la cuantía de la deuda o la totalidad de la cuantía de la deuda en el caso de que ésta no supere los 30.000 euros.

discutido en el marco del art. 1108 CC, de forma que no puede decirse que se incremente la protección de los acreedores<sup>51</sup>.

29. Podría objetarse, por último, que la protección que brinda al acreedor la Directiva – y la Ley contra la morosidad – es mucho más intensa que la proporcionada por el Código de comercio porque mientras el Código es *dispositivo* y, por tanto, las partes pueden eliminar la protección estableciendo plazos muy amplios para el pago del precio o estableciendo limitaciones a la responsabilidad del deudor (intereses de demora por debajo del interés legal, por ejemplo), *no pueden hacer lo propio* cuando la operación comercial de que se trate entre en el ámbito de aplicación de la Directiva. Y esta objeción es cierta porque, aunque, aparentemente, las normas sobre plazos de pago son dispositivas y, consiguientemente, también lo son las reglas sobre intereses de demora (sólo hay que pagar tales intereses cuando el deudor no ha pagado en el plazo pactado de manera que, “manipulando” el plazo de pago, el deudor podría evitar tener que pagar intereses de demora tan elevados como los previstos en la Directiva), en realidad, *las normas sobre plazos de pago e intereses de demora contenidos en la Directiva y en la Ley contra la morosidad son imperativos*. Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Directiva y del artículo 9 de la Ley. En efecto, a pesar que el art. 3.1 de la Directiva dice que el plazo para el pago será el que “se fije en el contrato” y que el interés de demora será el establecido en la Directiva “salvo que se especifique otra cosa en el contrato”, la Directiva obliga a los Estados miembro a garantizar que sean nulas (“no sean aplicables”) las *cláusulas abusivas* referidas a “la fecha de pago o... las consecuencias de la demora”. Y califica como abusivas las cláusulas cuyo contenido “no sea conforme” con lo dispuesto por la Directiva al respecto.

En definitiva, la Directiva ha establecido *un control del contenido* de las cláusulas relativas a la fecha de pago y a los intereses de demora *en las relaciones entre empresarios*. Las cláusulas contenidas en operaciones comerciales y referidas a la fecha de pago a los intereses de demora quedan sometidas al control judicial de su contenido aunque sean cláusulas pactadas individualmente y el criterio que se proporciona a los jueces para declarar abusiva y, por tanto, nula una cláusula es que se aparte de la regulación legal sin justificación<sup>52</sup>. En cuanto a la Ley española, el art. 9 de la Ley contra la morosidad ha reproducido milimétricamente el contenido

---

<sup>51</sup> V., por todos, R. DE ÁNGEL, *Comentario del art. 1108 CC*, en AA.VV. *Comentario del Código civil*, II, Madrid 1991, p 63-64. Es más, la mayor indemnización se autoriza por la doctrina cuando la mora sea imputable al deudor y el artículo 3.1 e) de la Directiva prevé el derecho del acreedor a reclamar una compensación razonable por todos los costes del cobro cuando el deudor *sea responsable del retraso*. La única diferencia se encontraría – con dudas – en la carga de la prueba sobre la imputabilidad del retraso. En la Directiva, parece corresponder al deudor probar que no es responsable del retraso. En el art. 1108 CC parece evidente que la prueba del “mayor daño” sobre los intereses legales corresponde al acreedor.

<sup>52</sup> Lo que constituye una ampliación importante del ámbito de aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas 13/93 que sólo se aplicaba a las relaciones entre empresarios y consumidores y que limitaba su acción a las *cláusulas predispuestas* que no hubieran sido objeto de negociación individual. En definitiva, pues, se ha ampliado el control del contenido de las cláusulas contractuales y se ha hecho una interpretación auténtica del concepto de cláusula abusiva (la que se separa injustificadamente de la regulación legal que sería aplicable si la cláusula no existiera). V., art. 9.3 Ley contra la morosidad que, tras declarar abusivas y nulas las cláusulas relativas al plazo de pago o a los intereses de demora que se aparten de lo dispuesto en la Ley, añade, incomprensiblemente que “*serán igualmente nulas las cláusulas abusivas contenidas en las condiciones generales de la contratación según lo dispuesto en el apartado 1*”. Decimos incomprensiblemente porque *todas las condiciones generales* son cláusulas contractuales y, por tanto, están incluidas en el apartado 1 del artículo 9º sin necesidad de una norma que así lo establezca.

de la Directiva con algún añadido extraído de los Considerandos de la Directiva impropio de una norma legal<sup>53</sup>. Y hay que suponer que, a falta de pacto, se aplicará el art. 4.2 de la Ley contra la morosidad y no los artículos 339 y 341 del Código de comercio.

## ***7. Los incumplimientos de la Directiva por parte de la Ley española***

30. La nueva Ley (en la nueva redacción del art. 17 LOCM) *incumple la Directiva* al permitir *aplazamientos en los pagos* muy superiores a los que permiten los artículos 3.1 b) de la Directiva en relación con el art. 3.3 de la misma, excediéndose, así, con mucho, en el uso de la autorización que proporciona el artículo 3.2 de la Directiva. El problema no es difícil aunque sí complicado de exponer. La Directiva “quiere” que no haya aplazamientos en los pagos de más de 30 días desde la última de las dos siguientes fechas: la entrega de las mercancías o la emisión de la factura. Y que, a partir de dicho plazo, el comerciante pague intereses superiores a los legales a su proveedor aunque, técnicamente, no haya incurrido en mora porque el contrato le hubiera otorgado un plazo de pago más largo. La forma de lograr este objetivo consiste en declarar imperativo el plazo de 30 días (y nulas las cláusulas que establezcan un aplazamiento mayor) de forma que cualquier pago realizado después de tal plazo es un pago moroso con lo que se justifica la imposición de los intereses moratorios. De ahí la referencia del artículo 3.1 c) de la Directiva a la obligación de pagar intereses moratorios cuando el deudor haya incumplido sus obligaciones contractuales *y legales* o que el artículo 3.3 de la Directiva obligue a los Estados a declarar abusivas y nulas las cláusulas contractuales y que se refieran no sólo a “las consecuencias de la demora” sino también las que incluyan “*cualquier acuerdo sobre la fecha de pago*” que se aparten de lo dispuesto en el art. 3 según hemos visto.

31. Pues bien, el legislador español no ha querido limitar la libertad de los distribuidores minoristas para pactar plazos más largos de pago a sus proveedores y, para lograr tal objetivo, ha utilizado el artículo 17 LOCM en relación con la excepción para los intereses relacionados con la legislación cambiaria que hemos expuesto más arriba y con la excepción contenida en el art. 3.2 de la Directiva.

32. El art. 3.2 de la Directiva permite a los Estados miembro establecer “en el caso de algunos tipos de contrato que deberá definir la legislación nacional... el plazo de exigibilidad del pago de

---

<sup>53</sup> El art. 9 indica al juez que, para determinar si una cláusula es abusiva se tendrá en cuenta si “*dicha cláusula sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor o si el contratista principal impone a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas*” V., el texto, prácticamente idéntico, del Considerando (19) de la Directiva. El objetivo del legislador comunitario es claro. Se trata de impedir que los – grandes – distribuidores se conviertan en empresas financieras que obtengan beneficios, no por la diferencia de precio entre lo que pagan al fabricante y lo que cobran al consumidor, sino por el rendimiento financiero que obtienen con los fondos “de sus proveedores” que retienen durante largos períodos de tiempo gracias a los aplazamientos en los pagos. Tal ocurre, por ejemplo, si una gran superficie comercial cobra al contado o a 30 días a los consumidores (a los que pagan con tarjeta de crédito) y paga a sus proveedores a 90 o 120 días. Por esta diferencia estaría obteniendo una “liquidez adicional”. La escasa racionalidad de la norma ha sido puesta de manifiesto más arriba. Lo propio cabe decir del otro criterio recogido en la norma. En pocas palabras, la cláusula será abusiva cuando el comerciante imponga a sus proveedores o clientes aplazamientos en el pago más onerosos que los que él mismo soporta.

los intereses en un máximo de 60 días cuando obliguen a las partes contratantes a no rebasar dicha demora o cuando fijen un tipo de interés obligatorio sustancialmente superior al tipo legal". La verdad es que la norma no es de fácil interpretación. El Considerando (18) aclara algo cuando afirma que, con dicha norma se pretende tener en cuenta que hay "determinados tipos de contratos en los que puede estar justificado un período de pago más largo" por lo que deberían permitirse pero sólo si el legislador nacional combina la mayor libertad en los plazos con "una restricción de la libertad de contratar o tipos de intereses más altos".

La restricción de la libertad de contratar consiste en que si el Estado quiere acogerse a esta posibilidad, podrá seleccionar determinados tipos de contratos y declarar válidas las cláusulas contractuales que prevean un plazo para el pago de hasta *60 días* desde la entrega o la emisión de la factura, *pero* habrá de calificar como directamente nulas (sin discreción judicial en el análisis de su carácter abusivo) las cláusulas contractuales que prevean un aplazamiento mayor ("*cuando obliguen a las partes contratantes a no rebasar dicha demora*") o - el Estado - habrá de imponer un tipo de interés imperativo sustancialmente superior al legal (es decir, el previsto en la letra d) del apartado 1 del art. 3 de la Directiva) *para el plazo* que supere a los 60 días ("*cuando fijen un tipo de interés obligatorio sustancialmente superior al tipo legal*") permaneciendo en vigor la posibilidad de que un juez declare nula la cláusula de aplazamiento si es muy superior a la prevista por el legislador nacional.

32. Para empezar, el nuevo artículo 17.1 LOCM ha sido modificado - según señalamos anteriormente - para establecer ahora un plazo general de 30 días a partir de la fecha de entrega *para que venza la obligación de pagar el precio*. Tal modificación era innecesaria. No sólo empeora, según hemos visto, la posición de los proveedores en relación con el Código de comercio sino que no "armoniza" la LOCM con la Ley contra la morosidad. Sencillamente porque no había necesidad de armonizar ya que la Ley contra la morosidad establece el plazo de treinta días, no para que surja la obligación de pago, ni siquiera para que puedan desplegarse las consecuencias de la mora, sino *para que surja para el deudor la obligación de pagar unos intereses de demora claramente superiores a los legales*, por lo que el legislador español podría haber dejado el art. 17.1 LOCM como estaba<sup>54</sup> de modo que, a falta de pacto, la falta de pago en el día de la recepción de las mercancías habría generado las consecuencias generales de la mora y sólo a partir de los 30 días el comerciante moroso vendría obligado a pagar los intereses moratorios del art. 7 de la Ley contra la morosidad. Pero, en este punto, no hay incumplimiento de la Directiva.

33. Donde sí hay incumplimiento de la Directiva es en el nuevo art. 17.3 LOCM. En dicho precepto, la Ley establece límites a los pactos de aplazamientos en los pagos *distintos* en función del tipo de producto. En relación con los productos de *alimentación frescos y de los perecederos*, el plazo que se puede pactar no puede exceder de treinta días. En otros términos, el plazo supletorio de treinta días es imperativo directamente para los productos frescos y perecederos. En relación con los *demás productos de alimentación* y con los productos *de gran consumo*, el

---

<sup>54</sup> "A falta de pacto expreso se entenderá que los comerciantes deben efectuar el pago del precio de las mercancías que compren el mismo día de su recepción".

aplazamiento máximo que se puede pactar es de 60 días<sup>55</sup>. Ahora bien, dicho plazo podrá ser superior – hasta 90 días– si se prevén en el contrato “compensaciones económicas equivalentes al mayor aplazamiento”. Se comprende inmediatamente que, en este punto, el art. 17.3 I *in fine* incumple la Directiva: la Directiva no autoriza a los Estados a permitir *aplazamientos superiores a 60 días* si no se obliga a incluir un tipo de interés moratorio superior al recogido en la Directiva y el art. 17.3 I *in fine* (i) permite aplazamientos de hasta 90 días bastando que se compense con intereses “equivalentes al mayor aplazamiento”.

34. El siguiente incumplimiento de la Directiva se refiere a los demás productos que compran para su distribución a los consumidores finales los comerciantes minoristas, esto es, fundamentalmente bienes duraderos. Respecto de éstos, la libertad para fijar el plazo de pago es total. En efecto, el artículo 17.4 LOCM se refiere al supuesto de que “los comerciantes acuerden con sus proveedores aplazamientos de pago que excedan de los sesenta días desde la fecha de la entrega...” lo que es un reconocimiento expreso de la licitud de tales aplazamientos. No es necesario seguir leyendo el precepto para confirmar el incumplimiento de la Directiva. Pero merece la pena hacerlo. Dice el art. 17.4 LOCM que, en tal caso, “el pago deberá quedar instrumentado en documento que lleve aparejada acción cambiaria...” y, si el aplazamiento es superior a 90 días “este documento será endosable a la orden”. Y, si el aplazamiento es superior a los 120 días “el vendedor podrá exigir que queden garantizados mediante aval bancario o seguro de crédito o caución”.

Parece que el legislador se ha dado cuenta del incumplimiento de la Directiva y trata de eliminarlo con la siguiente disposición contenida, asimismo, en el art. 17.4 LOCM: “en todo caso, el documento (cambiario que incorpore el derecho de crédito) se deberá emitir o aceptar por los comerciantes dentro del plazo de treinta días, a contar desde la fecha de recepción de la mercancía”. Obsérvese la rara astucia del legislador: el plazo de treinta días del artículo 3 de la Directiva se habría cumplido porque el comerciante habría firmado y entregado al acreedor la letra que incorpora el crédito correspondiente al precio de las mercancías dentro de dicho plazo de treinta días. Y los intereses de demora previstos en la Directiva no se aplican porque la Ley de morosidad excluye de su ámbito de aplicación “los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio”. El ingenio del legislador español no salva, sin embargo, al art. 17 LOCM de la tacha de contrariedad a la Directiva. Como dice con gran exactitud el artículo 1170 II CC, la entrega de pagarés, cheques o letras *no equivale al pago sino cuando “hubiesen sido realizados”*. Por tanto, la entrega de un pagaré o de una letra de cambio<sup>56</sup> implica fijar una fecha o “plazo para el pago” en el sentido del artículo 3.1 b) de la Directiva correspondiente a la que figure en el documento cambiario como fecha de vencimiento. De modo que si, entre la fecha de entrega de las mercancías o de la factura y la fecha de vencimiento del título cambiario *hay un plazo de más de 60 días*, el comerciante deberá abonar a su acreedor intereses moratorios porque habrá que entender que se ha pactado un aplazamiento en el pago superior a 60 días y dicho aplazamiento es abusivo a tenor de lo dispuesto en el art. 3.3 de la Directiva salvo que se den circunstancias particulares que justifiquen otra calificación. Y el legislador español, permite a los comerciantes *no pagar* los intereses moratorios previstos en la Directiva y sólo “compensaciones económicas equivalentes al mayor aplazamiento” y, éstas sólo para el supuesto de que se pacte un aplazamiento superior los 60 días.

<sup>55</sup> Son dos conceptos distintos. v., art. 17.3 II LOCM que da una definición de productos de alimentación frescos y perecederos y de productos de gran consumo (alta rotación).

<sup>56</sup> El cheque no puede utilizarse como instrumento de crédito. Vencen a la vista y la fecha que en ellos consta es sólo fecha de emisión, nunca de vencimiento.

Como hemos expuesto más arriba, el Considerando (13) de la Directiva no proporciona legitimidad suficiente a la regulación española, en particular, a la nueva redacción del art. 17 LOCM. La incorporación del crédito a un documento cambiario no muda la naturaleza de la operación que sigue siendo una operación comercial en el sentido del art. 1 de la Directiva.

35. El último incumplimiento de la Directiva que hemos detectado se refiere al párrafo 5 del artículo 17 LOCM. Dicho precepto establece el devengo automático de los intereses moratorios a partir del día siguiente al señalado para el pago remitiéndose para su determinación a lo dispuesto en el art. 7 de la Ley contra la morosidad. Pero añade que las partes pueden establecer uno distinto “que en ningún caso será inferior al señalado para el interés legal incrementado en un 50 %”. Una simple comparación entre ambos tipos de interés refleja la enorme diferencia entre ambos. Recuérdese que el tipo del artículo 7 es el de operaciones de refinanciación del Banco Central Europeo *¡aumentado en 7 puntos porcentuales!* mientras que el interés legal del dinero, si refleja de cerca los tipos reales como lo hace el tipo de operaciones de refinanciación del Banco Central Europeo, sólo se aumenta en un 50 % (v.gr., si es el 4 %, el tipo pactado de interés moratorio puede ser del 6 %). Y, nos parece obvio, que el legislador europeo no ha autorizado a los Estados miembro a modificar sustancialmente la cuantía de los intereses moratorios.

36. ¿Cabe una interpretación de la Ley española que la haga conforme con la Directiva? Podría ensayarse una y es la que pasa por afirmar que, en la valoración que obliga a realizar a los jueces el artículo 9 de la Ley contra la morosidad – correspondiente al artículo 3.3 de la Directiva, pudiera argumentarse que no es abusiva la cláusula que prevé un aplazamiento en los pagos por 90 o 120 días si – como obliga el art. 17.4 LOCM – el crédito se incorpora a un documento cambiario que aumenta las garantías de pago o, en el caso de más de 120 días, si el crédito recibe el aval de un banco. Pero este argumento no es suficiente para salvar la Ley española. En primer lugar, porque la incorporación del crédito a un documento cambiario mejora la posición del acreedor sólo en lo que a la ejecución forzosa de la obligación se refiere, mejora que logra la Directiva a través de lo dispuesto en el artículo 5 sobre la puesta a disposición de un procedimiento rápido de ejecución de estas deudas. Pero no reduce el riesgo de insolvencia *del deudor* y sólo incrementa los intereses moratorios relativamente (a costa de retrasar la fecha del comienzo de su devengo) . En segundo lugar porque la *finalidad* de la Directiva es reducir los aplazamientos en los pagos y tales aplazamientos no se reducen porque los créditos se incorporen a letras de cambio.

### ***8. Una observación sobre la regulación de las reservas de dominio***

37. En relación con la reserva de dominio, el artículo 10 de la Ley contra la morosidad prevé que “en las relaciones internas entre vendedor y comprador, aquél conservará la propiedad de los bienes vendidos hasta el pago total del precio, siempre que se haya convenido expresamente. El precepto de la Directiva (art. 4.1) es idéntico en su tenor literal al del art. 10 de la Ley española salvo por el inciso inicial. Al margen de lo extraño que resulta hablar de “relaciones internas para

referirse a las relaciones entre vendedor y comprador<sup>57</sup>, el inciso no puede más que significar que la reserva de dominio es eficaz inter partes pero que, a contrario, no es oponible a terceros adquirentes de la mercancía que cumplan los requisitos, por ejemplo, del art. 85 del Código de comercio. Y parece que la Directiva “ha querido” algo más. El Considerando (21) de la Directiva afirma, para justificar esta norma, que “es deseable garantizar que los acreedores puedan hacer uso de la cláusula de reserva de dominio con carácter no discriminatorio en toda la Comunidad, si la cláusula de reserva de dominio es válida con arreglo a las disposiciones nacionales aplicables de conformidad con el Derecho internacional privado”. Consecuentemente, cabría entender que si de acuerdo con las normas de Derecho internacional privado español resulta aplicable a una relación contractual la legislación de un Estado miembro que otorga efectos erga omnes a la reserva de dominio pactada, el juez español que aplique dicho Derecho deberá aplicar la reserva de dominio. Ahora bien, si el derecho aplicable es el español y éste no reconoce eficacia *erga omnes* al pacto de reserva de dominio, de acuerdo con el Considerando (21) que hemos transcrito, el juez español no estaría obligado a hacer prevalecer el derecho del vendedor sobre el de cualquier tercero que hubiera adquirido los bienes de buena fe. Y, en tal caso, tendría sentido el inciso inicial que comentamos. Lo que sucede es que aunque sea aplicable al contrato un Derecho nacional que reconozca eficacia *erga omnes* a la reserva de dominio pactada, el juez español, al resolver el conflicto entre el vendedor con reserva de dominio pactada y el comprador de buena fe protegido por el art. 85 del Código de comercio deberá aplicar el art. 85 porque sería muy extraño que un contrato pudiera tener efectos negativos para quien no es parte de él (art. 1257 CC) en contra de una norma legal expresa que le atribuye la adquisición de la propiedad (art. 85 C de c).

## 9. Observaciones finales

38. La “armonización” de los plazos de pago y de los intereses de demora a través de una Directiva no parece justificada en las razones que habitualmente se aceptan para dictar normas de Derecho europeo. No hay buenas razones para pensar que exista un fallo de mercado que exija la intervención del legislador europeo limitando la libertad contractual. La Ley española de transposición de la Directiva incumple ésta al establecer una excepción no prevista en la Directiva (pagos realizados a través de documentos cambiarios) y al permitir pactos de aplazamiento de pagos por períodos muy superiores a los 30 días en el ámbito de las relaciones entre comerciantes minoristas y sus proveedores.

39. Los efectos prácticos de la Directiva – aún cuando se hubiera incorporado correctamente al Derecho español – serán, previsiblemente, limitados. No parece que puedan cambiar las prácticas comerciales aunque tampoco dudamos de que reduzca la extensión de algunas de ellas en la medida en que refuerza la posición negociadora de los proveedores ante las exigencias de aplazamiento por parte de los distribuidores. Aquellos podrán alegar ahora, frente a la petición de éstos, su carácter contrario a normas imperativas lo que no debería dejar de tener efecto sobre tales peticiones.

---

<sup>57</sup> De relaciones internas se habla en relación con *organizaciones* como sociedades, asociaciones o corporaciones.



## 10. Bibliografía

- J. ALFARO ÁGUILA-REAL (1999), "La unificación del Derecho privado en la Unión Europea: Planteamiento", Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja, nº 5
- B. ARRUÑADA (2004), "La Ley contra la morosidad comercial", *InDret* 3/2004, working paper nº 237., [www.indret.com](http://www.indret.com)
- M. BURKART y T. ELLINGSEN (2004), "In-Kind Finance: A Theory of Trade Credit", *Am. Econ. Rev.* nº 94
- L. CANNARI, S. CHIRI y M. OMICCIOLI (2004), "Condizioni di credito commerciale e differenziazione della clientela", *documento de trabajo, Banca de Italia*, nº 495., en [www.repec.org](http://www.repec.org) .
- R. CUNNINGHAM (2004), "Trade Credit and Credit Rationing in Canadian Firms", *working paper 2004-49 Banco de Canadá*, en [www.repec.org](http://www.repec.org)
- V. CUÑAT (2002), "Trade Credit: Suppliers as Debt Collectors and Insurance Providers", *working paper*, Universitat Pompeu Fabra, en [www.econ.upf.es/eng/research/onepaper.php?id=625](http://www.econ.upf.es/eng/research/onepaper.php?id=625)
- R. DE ÁNGEL (1991), *Comentario del art. 1108 CC*, en AA.VV. *Comentario del Código civil*, Vol. II, Madrid
- A. DEMIRGÜÇ y V. MAKSIMOVIC (2004), "Firms as Financial Intermediaries: Evidence from Trade Credit Data", octubre de 2001, en [www.repec.org](http://www.repec.org)
- R. FISMAN/I. LOVE (2001), "Trade Credit, Financial Intermediary Development and Industry Growth", *working paper*, en [www.repec.org](http://www.repec.org)
- A. GUARIGLIA/S. MATEUT (2004), "Credit channel, trade credit channel, and inventory investment: evidence from a panel of UK firms", Money Macro and Finance (MMF) Research Group Conference
- D. HILDEBRAND (2005), "Thirty Years Prohibition of Resale Price Maintenance - Germany on the Verge of Change", en *ECLR*
- V. IGLESIAS, R. VAZQUEZ, I. RODRÍGUEZ DEL BOSQUE (2003), "Antecedentes de los plazos de pago: argumentos de eficiencia frente a argumentos de poder", *working paper*, Oviedo
- M. KOHLER, E. BRITTON y T. YATES (2000), "Trade Credit and the Monetary Transmission Mechanism", *working paper* Bank of England, en <http://www.bankofengland.co.uk/wplist.htm>
- G. MAROTTA (2001), "Is trade credit more expensive than bank loans? Evidence from Italian firm-level data", en [www.repec.com](http://www.repec.com)

S. MATEUT/P. MIZEN (2003), "Trade Credit and Bank Lending: An Investigation into the determinants of UK' Manufacturing Firms' Access to Trade Credit", *EUI working paper* ECO 2003/3, en [www.iue.it](http://www.iue.it)

J. MCMILLAN y C. WOODRUFF (1998), "Interfirm Relationships and Informal Credit in Vietnam", manuscrito

C. PAZ-ARES (1987), *La letra de favor*, Civitas, Madrid

O. M. RODRÍGUEZ (2003), "El crédito comercial en la empresa canaria: Una aplicación del system estimator con datos de panel", *documento de trabajo* 10-2003, Universidad de La Laguna

Y. ZIANE (2004), "An Investigation into the Determinants of Trade Credit Use by French Small and Medium Enterprise", en [http://www.univ-orleans.fr/DEG/GDRecomofi/Activ/ziane\\_nice.pdf](http://www.univ-orleans.fr/DEG/GDRecomofi/Activ/ziane_nice.pdf)