

RECENSIONES

SOBRE EL LIBRO «APLAZAMIENTOS DE PAGO Y MOROSIDAD ENTRE EMPRESAS»

(Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, 475 pp.)

del profesor MIRANDA SERRANO

MARTA GARCÍA MANDALONIZ

Profesora Titular de Derecho Mercantil

Universidad Carlos III de Madrid

«La cuestión jurídica de los aplazamientos de pago y la morosidad es [...], en términos orteguianos, *un tema de nuestro tiempo*», afirma el profesor cordobés MIRANDA SERRANO en la página 26 de la reciente monografía que, bajo el título «Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas», es objeto de recensión a partir de estas iniciales líneas introductorias.

No cabe duda que uno de los más destacados efectos de la profunda crisis económico-financiera nacional e internacional que en el presente estamos (sobre) viviendo es el creciente aumento de la morosidad. Sin querer desdeñar el imparable incremento de los créditos morosos de los particulares y empresarios en sus relaciones con las entidades crediticias, ni la vertiginosa multiplicación de los retrasos en los pagos por parte de las Administraciones Públicas, sobre todo, autonómica y local, la perspectiva que aquí interesa es la de la morosidad interempresarial. Desde este punto de vista, son las pequeñas y medianas empresas (en adelante, PYMES) las que más sufren las consecuencias perversas tanto del excesivo alargamiento de los plazos de pago como del retardo en el cobro de sus créditos que las empresas de mayor dimensión sistemáticamente les imponen. Por ser las PYMES el «motor» de nuestro tejido económico-productivo, las que, por los motivos que se han anunciado, se ven irremediabilmente abocadas a la insolvencia y posterior mortalidad, hacen subir las temibles cifras de desempleo y, con ello, se agudiza la crisis económica general.

Conforme sumariamente hemos descrito y según señala también en la página 81 de su obra el profesor mercantilista MIRANDA SERRANO, en situaciones de crisis o recesión económica se produce una acentuación de los largos aplazamientos de pago, amén de la morosidad. El contenido del libro que se reseña es, por tanto, de

máxima actualidad. Publicado en un año (2008) en el que las tasas de morosidad «han ahogado» a las empresas de limitado tamaño, se gestó tiempo atrás durante la etapa de estudio que su autor tuvo que preparar con el propósito de poder presentarse a las pruebas de habilitación nacional para el acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad que —como recuerda en el apartado previo de agradecimientos— se celebraron durante los meses de enero a marzo de 2007 en la Universidad Carlos III de Madrid. A buen seguro, en la decisión final de la Comisión que enjuició dichas pruebas y otorgó al profesor MIRANDA el nombramiento como habilitado para catedrático no sólo tuvo peso la excelencia de su *curriculum vitae*, sino, asimismo, la oportunidad, utilidad y buen desarrollo de este tema que eligió como trabajo de investigación.

Un año antes también el análisis de la normativa española y europea de medidas de lucha contra la morosidad empresarial había sido elegido como campo de investigación jurídica para otras pruebas de habilitación al mismo Cuerpo de Catedráticos de Universidad, esta vez por parte de la profesora PERALES VISCASILLAS, quien obtuvo idéntico resultado positivo. Sería ella quien publicaría la primera monografía en la materia (*La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas. Ley 3/2004 y Directiva 2000/35*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, 362 pp.). El segundo estudio monográfico, autoría de MIRANDA SERRANO, se suma a aquel primero —así como al resto de bibliografía que en forma de artículos doctrinales más breves y específicos se han escrito (y se citan en las páginas 53 y 54)—, sin perder, por ello, ni un ápice de novedad, relevancia e interés.

En quien ahora redacta estas palabras, la lectura (y relectura) reposada de la obra objeto de comentario no sólo ha suscitado un gran interés, sino un verdadero apasionamiento. Es cierto que, *a priori*, pocos temas hay que me apasionen más que los referidos a las PYMES, desde que hace ya cerca de trece años comencé a investigar —con ocasión, primero, de la elaboración de la tesis doctoral y, después, de otros estudios y publicaciones— los problemas, sobre todo, de financiación por los que de modo recurrente atraviesan. No menos cierto es que escasas veces han caído en mis manos estudios jurídico-privados extensos y de rigor que como base central de referencia han tomado a esas empresas de menor envergadura. Ésta es una de esas ocasiones.

Sistemáticamente, la obra de referencia se divide en cuatro capítulos. El primero, introductorio, contiene el planteamiento, propósito y plan de estudio; el segundo se detiene en la fundamentación político-jurídica del Derecho represor de los abusivos aplazamientos de pago y la morosidad entre empresas; el tercero aborda el ámbito de aplicación de ese Derecho, y el cuarto y último gira en torno a las medidas concretas de Derecho sustantivo adoptadas para poder hacer frente a la morosidad y los aplazamientos injustificados.

En el primero de los capítulos, el autor perfila bien las dos dimensiones que esta materia posee. De un lado, la negocial o contractual, integrada tanto por la

Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (LLCM) como por la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (LOCM), en sus artículos 16 y 17; y, de otro lado, la concurrencial, relacionada con las leyes de defensa de la competencia y competencia desleal. Tras este perfil acota el estudio a la primera de ellas.

Es, a continuación, en el segundo capítulo en el que se buscan con ahínco y encuentran con fundamento las razones jurídicas y económicas que explican el porqué tanto de la Directiva comunitaria (2000/35/CE) contra la morosidad y los largos aplazamientos de pago como de las dos normas internas especiales (antes nombradas) adoptadas para su trasposición en España. Quisiéramos aquí detener nuestra mirada. En las setenta y ocho páginas que componen este capítulo, el autor se interroga previamente acerca de la necesidad o no de una disciplina legal intervencionista como la que se examina, se hace eco después de las dos posturas teórico-doctrinales surgidas en torno a esta cuestión, para terminar ofreciendo al lector de manera razonada, razonable y justificada, su valoración personal.

Por lo que hace a las dos posiciones existentes en la doctrina, minuciosamente se van contraponiendo. De un lado, estaría la tesis que el autor denomina «oficial», proclive a la adopción de textos legislativos específicos para «combatir» los «males» causados a las PYMES por la morosidad y los largos aplazamientos de los pagos, a falta de una regulación suficiente en este terreno en el Derecho preexistente. De otro, la «contraoficial», «divergente» o «neoliberal», opuesta a la intervención del legislador, sobre todo, en el extremo de los aplazamientos de pago, por estimar suficientes las reglas del mercado y considerar eficientes desde la óptica económica estos aplazamientos que dan lugar al crédito comercial o crédito de provisión, tradicional en el tráfico jurídico-mercantil. En lo que se refiere a este último punto, la primera de las teorías arguye, sin embargo, que el crédito comercial no puede utilizarse —como viene haciéndose— como un instrumento de explotación abusiva de la mediana y pequeña empresa que actúa como proveedor. Expresando su cercanía al diagnóstico oficial, el profesor MIRANDA SERRANO asevera «la legitimación suficiente en la Constitución» de la «intervención legislativa» (p. 106).

Para alcanzar tal conclusión, analiza antes con detalle la realidad económica. Una realidad que atribuye efectos muy perjudiciales a las empresas de menor dimensión, en su calidad de acreedoras, cuando la parte deudora es una gran compañía que impone su poder negociador para alargar al máximo los aplazamientos y beneficiarse del retardo en los pagos. Esta situación es generalizada en toda Europa, pero acentuada en los países del sur y, en lo que aquí más interesa, en el territorio español. Mayores aplazamientos de pago y menores tipos de interés de demora que la media europea han de soportar las PYMES en nuestro país. Las estadísticas así lo demuestran.

En la tensión entre la gran empresa, de una parte, y la pequeña o mediana, de otra, el legislador, comunitario y nacional, trata de proporcionar «armas» al «débil» para «luchar» contra el «fuerte». En ese «combate» se nos viene a la mente el relato bíblico de David contra Goliat. No obstante, a diferencia de la victoria conseguida, gracias a una honda y cinco piedras, por el pequeño rey contra el gigante guerrero miembro del ejército de los filisteos, el Derecho represor de la morosidad y de los dilatados aplazamientos que fue publicado en el DOUE y el BOE no está posibilitando en la praxis una solución para las PYMES ante los problemas planteados debido a los errores que proliferan.

Plena coincidencia doctrinal existe a la hora de denunciar las evidentes deficiencias técnicas de las reglas jurídicas españolas adoptadas, así como de la descoordinación entre la normativa interna y la comunitaria. Las continuas divergencias entre la Directiva 2000/35 y las Leyes 3/2004 y 7/1996 las va advirtiendo el autor a lo largo de los capítulos tercero y cuarto de su monografía. Las infracciones de la Ley 3/2004 respecto de aquella Directiva se observan en el campo de las exclusiones legales del ámbito objetivo de aplicación en aspectos concretos tales como los intereses derivados de los títulos-valores (art. 3.2.b LLCM), o los pagos indemnizatorios por daños, incluidos los pagos por entidades aseguradoras (art. 3.2.b *in fine* LLCM); así como en la regulación general de la reclamación por los costes de cobro (art. 8 LLCM). Por su parte, entre la Ley 7/1996 y la Directiva las discordancias se atisban en los mayores plazos de aplazamiento máximos permitidos en el marco del comercio minorista interno para los productos de alimentación que no sean frescos o perecederos y los demás de gran consumo (art. 17.3 LOCM), y para los productos que no sean frescos o perecederos ni de alimentación y gran consumo (art. 17.4 LOCM); o en el menor tipo de interés de demora posible del artículo 17.5 LOCM respecto del que fija la norma europea. Estas muestras son suficientes para que se concluya indicando que «la disciplina legal represora [de] la morosidad vigente en España en modo alguno constituye un ejemplo de buena técnica legislativa. Antes bien, se ve aquejada de numerosos defectos y errores técnicos» (p. 358).

Los múltiples «huecos» o «vacíos» que van dejando las leyes internas de trasposición de la normativa comunitaria los va «rellenando» con sus interpretaciones el profesor MIRANDA SERRANO. Los lectores podrán o no estar de acuerdo con ellas, pero sin duda todos concordarán en que el autor en ningún caso se limita a la mera descripción, sino que hace un valioso esfuerzo de creación, crítica y valoración.

En esta labor creadora destaca la nueva faz que en el capítulo cuarto atribuye a la mora *debitoris*. Frente al clásico *favor debitoris*, presente en el Código de Comercio y el Código Civil, la nueva normativa se decanta por el *favor creditoris*, con el ánimo de ofrecer la máxima protección al acreedor desfavorecido. A su juicio, son cinco los rasgos que conforman este profundo cambio de perspectiva (pp. 287-290): primero, la equiparación de la mora y el retraso; segundo, la supresión de la

interpellatio morae; también, la completa desaparición de la necesidad de culpabilidad en la mora; además, la irrelevancia del requisito de la liquidez de la deuda; finalmente, la separación y compatibilidad de los intereses moratorios con la indemnización por daños y perjuicios. En resumen, la mora es, por el simple retraso, automática, sin necesidad de interpelación por parte del acreedor ni de prueba de la culpabilidad del deudor.

Entendida la morosidad en los términos examinados, una de las medidas legislativas que para evitarla se han adoptado y que mayores discusiones entre los especialistas ha suscitado es la del llamado «control de abusividad». Las cláusulas pactadas entre las partes contratantes pueden ser declaradas nulas por las autoridades judiciales si son consideradas abusivas. Tradicionalmente implantado el concepto de «cláusula abusiva» en el Derecho de los consumidores, con el fin de defenderlos de la imposición y no negociación de las condiciones generales, se expande en este momento a los contratos celebrados entre empresarios a través de condiciones generales sin requerir ese carácter de la imposición. Los efectos de tal extensión son incuestionables. Lo cuestionable, en su caso, podría ser su fundamentación. Aparecen dos posibles interpretaciones a las que el autor califica como «liberal o de mercado» y «social o socializante». La primera cuestiona aquel control por entenderlo contrario a la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de nuestra Constitución. Para la segunda —a la que se suma el profesor MIRANDA SERRANO— no hay riesgo de inconstitucionalidad desde el instante en que se sospeche que sólo formal y no materialmente existe libertad negocial. Sospecha habrá cuando las partes se aparten de los plazos de pago, tipos de interés de demora, consecuencias de la demora y requisitos para exigir los intereses de demora establecidos en la ley sin que existan razones objetivas que lo justifiquen (art. 9 LLMCM). Al instaurar este control de abusividad, en la *mens legislatoris* seguía estando presente la menor fuerza negociadora de las PYMES acreedoras respecto de las grandes empresas deudoras. El propósito último era restaurar ese equilibrio de fuerzas.

A las numerosas PYMES que «pueblan» la economía productiva de nuestro país, a las asociaciones empresariales en las que se agrupan, a las instituciones constituidas para su defensa y, en general, a todos los agentes económicos y sus asesores jurídicos, les será de sumo provecho conocer el completo y riguroso análisis que en el texto principal y las notas a pie de las cuatrocientas setenta y cinco páginas de este libro se efectúa de la normativa de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Su conocimiento contribuirá a expandir la exigua utilización que se está haciendo en la actualidad de las medidas que en la legislación se contienen.

Quisiéramos poner fin ahora a nuestras palabras dando enhorabuenas y advertencias. La más sincera enhorabuena no sólo hay que dirigirla al autor. De enhorabuena estamos todos por tener acceso ya a este estudio desde librerías y bibliotecas. Una advertencia queda por hacer a los potenciales lectores: si abren este libro, no lo podrán cerrar hasta terminar.

