

## 2. MERCANTIL DERECHO DE CONTRATOS

# La aplicación de la Ley 3/2004 de medidas de lucha contra la morosidad comercial a las obligaciones civiles. Un falso debate

*The application of Law 3/2004  
on measures to combat commercial late payment  
to civil obligations.  
A false debate*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Profesor de Derecho Civil y Abogado

**RESUMEN:** La aplicación de la Ley 3/2004 sólo puede venir dada desde la interpretación del concepto “operaciones comerciales” que nos ofrece el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y no desde la distinción entre obligaciones civiles y mercantiles.

**ABSTRACT:** *The application of Law 3/2004 can only be given from the interpretation of the concept “commercial operations” offered by the Court of Justice of the European Union and not from the distinction between civil and commercial obligations.*

**PALABRAS CLAVE:** Morosidad, operaciones comerciales, obligaciones civiles, obligaciones mercantiles

**KEYWORDS:** *late payment, commercial operations, civil obligations, commercial obligations*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN Y ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.—II. LA INTERPRETACIÓN DE OPERACIÓN COMERCIAL POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU

**OBLIGATORIEDAD.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS**

**I. INTRODUCCIÓN Y ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL**

La aplicación de la Ley 3/2004 de medidas de lucha contra la morosidad comercial a las obligaciones civiles, siempre nos ha parecido un falso debate, máxime desde la interpretación que del concepto de “*operaciones comerciales*” propio de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales que vino a introducir cambios sustantivos en la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, ha realizado la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020 en el asunto C-199/19, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi (Tribunal de Distrito de Lodz — Centro, Polonia), mediante resolución de 24 de enero de 2019, recibida en el Tribunal de Justicia el 27 de febrero de 2019.

Para entender el concepto del legislador comunitario de “*operaciones comerciales*” ha de partirse de los siguientes Considerandos de 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:

(13) *Conviene limitar el alcance de la presente Directiva a los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales y no regular las operaciones en las que intervienen consumidores, los intereses relacionados con otros pagos como, por ejemplo, los efectuados en virtud de la legislación en materia de cheques y letras de cambio, los pagos de indemnizaciones por daños, incluidos los pagos realizados por compañías de seguros.*

(22) *La presente Directiva debe regular todas las operaciones comerciales con independencia de si se llevan a cabo entre empresas públicas o privadas o entre éstas y los poderes públicos, teniendo en cuenta que estas últimas realizan pagos de un volumen considerable a las empresas. También debería regular todas las operaciones comerciales entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas.*

Resultando de esta forma que el artículo 2 de la Directiva 2000/35/CE vino a establecer la siguiente definición de operaciones comerciales:

**Artículo 2**

**Definiciones**

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) “*operaciones comerciales*”: las realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación;

Por su parte los Considerandos 8 y 9 de la de la Directiva 2011/7/UE, en análisis términos nos ofrece lo siguiente:

(8) *Conviene que el ámbito de la presente Directiva se limite a los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales. La presente Directiva no*

*debe regular las operaciones en las que intervienen consumidores, los intereses relacionados con otros pagos como, por ejemplo los efectuados en virtud de la legislación en materia de cheques y letras de cambio, los pagos de indemnizaciones por daños y perjuicios, incluidos los pagos realizados por compañías de seguros. Además, los Estados miembros deben tener la posibilidad de excluir las deudas sometidas a procedimientos concursales, incluidos los procedimientos que tienen por finalidad la reestructuración de la deuda.*

(9) La presente Directiva debe regular todas las operaciones comerciales con independencia de si se llevan a cabo entre empresas públicas o privadas o entre estas y los poderes públicos, teniendo en cuenta que los poderes públicos realizan pagos de un volumen considerable a las empresas. También debe regular todas las operaciones comerciales entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas.

Resultando de la misma forma que el artículo 2 de la Directiva 2011/7/UE, nos define el concepto de “operaciones comerciales”, del siguiente modo:

#### Artículo 2

##### Definiciones

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) «operaciones comerciales»: las realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación;

Con este marco normativo, el legislador español en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, nos ofrece el ámbito de aplicación de la misma, con el siguiente tenor literal:

#### Artículo 3. Ámbito de aplicación.

1. Esta Ley será de aplicación a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas.

2. Quedan fuera del ámbito de aplicación de esta Ley:

a) Los pagos efectuados en las operaciones comerciales en las que intervengan consumidores.

b) 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.

c) Las deudas sometidas a procedimientos concursales incoados contra el deudor, que se regirán por lo establecido en su legislación especial.

Desde el inicio de la aplicación de la Ley 3/2004, surgieron opiniones doctrinales que vieron con favor, lógicamente, que la misma no se limitara a las obligaciones mercantiles sino también a las obligaciones civiles.

En este sentido, destacamos a Viciano Pastor<sup>1</sup> que opinaba que el concepto de “operaciones comerciales” no debía equipararse a nuestro tradicional “acto de comercio” (art. 1 CCom) en función de la constante superación de la división entre obligaciones civiles y mercantiles, así como Vicent Chuliá, Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, y Rodríguez Ruiz de Villa.

Sin dejar de coincidir con estos autores, tal y como hemos expuesto al principio, es desde la óptica del Derecho Comunitario desde donde hemos de ofrecer respuesta al falso debate, ya que no se trata de distinguir entre obligaciones mercantiles y civiles, sino de entender el concepto “*operación comercial*” que nos ofrecen los textos europeos y la interpretación del mismo ofrecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según desarrollaremos con posterioridad.

No obstante lo anterior, podemos ver como en la jurisprudencia menor encontramos sentencias que no han interpretado correctamente, a nuestro juicio, el concepto de “*operación comercial*”, centrándose en la distinción entre obligación civil y obligación mercantil, estimándose que es a estas últimas a las que sólo cabe aplicarse la Ley 3/2004, encontrándonos con los siguientes casos que enunciamos a título meramente ejemplificativo.

En este sentido, tenemos la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª) núm. 146/2006 de 2 marzo (JUR 2006\227390), que razona lo siguiente:

*“Por lo demás, tampoco es aplicable en este caso la Directiva 2000/35/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, posteriormente incorporada al derecho interno por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, por estar limitado el alcance de la directiva a los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales entre empresas y entre éstas y el sector público, tratándose en este caso de una operación de naturaleza civil entre particulares.”*

Pese a ello, no es menos cierto que en el caso anterior se trataba de una compraventa de una vivienda entre particulares, por lo que quizás la causa de no aplicación fuera realmente —pese a la dicción literal de la sentencia— que la operación fuere realizada por particulares que no tuvieran el concepto de “*empresa*” a los efectos de la propia Ley 3/2004.

A estos efectos, ha de decirse que la Ley 3/2004, no excluye de su ámbito de aplicación a las personas físicas, bastando leer al efecto el artículo 2 de la misma, que expresamente prevé lo siguiente:

#### Artículo 2. Definiciones.

*A los efectos regulados en esta Ley, se considerará como:*

*a) Empresa, a cualquier persona física o jurídica que actúe en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional.*

De esta forma, la Sentencia del TJUE de 15 de diciembre de 2016 (asunto C-256/15) resuelve cuestiones prejudiciales, relacionadas con la interpretación del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2000/35 que protege a los empresarios y, en particular, a las pequeñas y medianas empresas contra la morosidad, donde se planteaba si un artesano persona física podía ser considerado “*empresa*” y realizar “*operaciones comerciales*” a los efectos de la Directiva de morosidad, respondiendo afirmativamente ya que señala el TJUE:

- La Directiva 2000/35 se aplica a todos los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales (realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios).
- Con arreglo al artículo 2, punto 1, párrafo tercero de la Directiva 2000/35, constituye una «*empresa*» cualquier organización que actúe en ejercicio

de su actividad independiente económica o profesional, incluso si dicha actividad la lleva a cabo una única persona.

Fallo: *El artículo 2, punto 1, de la Directiva 2000/35/CE debe interpretarse en el sentido de que una persona física titular de una autorización de ejercicio de actividad como artesano independiente debe ser considerado una «empresa» a los efectos de esta disposición, y la operación que realice como una «operación comercial» a los efectos de esta misma disposición, si esta operación, pese a no estar vinculada con la actividad a la que se refiere la autorización, se inscribe en el ejercicio de una actividad económica o profesional independiente estructurada y permanente, lo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente a la vista de todas las circunstancias del presente asunto.*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 562/2007 de 5 noviembre de 2007 (JUR 2008\31770), sí excluye de la aplicación de la Ley 3/2004 a las obligaciones derivadas de un contrato de prestación de servicios, de la siguiente forma:

*“Sin embargo, hay que tener en cuenta que la operación base de la demanda no es una contratación mercantil entre pequeñas o medianas empresas, ni responde a la actividad ordinaria de prestación de bienes o de servicios que prevé la Ley 3/2004, sino que se corresponde con una actividad de mediación extraordinaria para el fichaje de un jugador de fútbol amparada en el Código Civil (arrendamiento de servicios). En estas condiciones no parece aplicable la mencionada ley.”*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 539/2008 de 7 octubre (JUR 2009\38264), excluye también de aplicación la Ley 3/2004 la devolución de una fianza de un contrato de arrendamiento, en función de lo siguiente:

#### **“TERCERO”**

*De acuerdo con los artículos 1100, 1101, y 1108 del Código Civil, no siendo aplicable para la devolución de la fianza la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, por estar fuera de su ámbito de aplicación, referido a las operaciones comerciales de entrega de bienes o prestación de servicios, procede que la cantidad adeudada, devengue intereses desde su reclamación por medio de la comunicación de 5 de mayo de 2006 (doc 4 de la demanda), y hasta el completo pago.”*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 1 de junio de 2007 núm. 202/2007 de 1 junio (JUR 2007\294344), rechaza la aplicación de la Ley 3/2004 a las reclamaciones de honorarios de los abogados, sobre la base de lo siguiente:

#### **“SEGUNDO”**

*La pretensión aducida por la representación procesal de D. Donato como primer motivo de recurso no puede prosperar. La regulación contenida en la Directiva 2000/35/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, posteriormente incorporada al derecho interno por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre EDL 2004/184272, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, está limitada a los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales entre empresas y entre éstas y el sector público, por lo que tal y como recoge la sentencia de instancia no puede ser aplicada al presente procedimiento en el que se reclama el pago de unos honorarios debidos como consecuencia de su ejercicio profesional por parte del Letrado-demandante, por lo que se trata de una operación de naturaleza civil entre particulares, cual es el contrato de arrenda-*

*miento de servicios suscrito entre las partes contemplado en el art. 1.544 del C.Civil y al que se remite el actor en la fundamentación jurídica de su demanda.*

También la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4<sup>a</sup>) núm. 113/2011 de 22 febrero (JUR 2011\304296), excluyó la aplicación de la Ley 3/2004 en las reclamaciones de honorarios de los abogados por la naturaleza civil de las obligaciones, cuando dijo lo siguiente:

*“Pues bien, en el caso la relación en la que se prestaron los servicios cuyo importe se reclama no es de naturaleza mercantil sino civil, pues tal es la que corresponde a la prestación de servicios por parte de los Abogados, y, por otra parte, la prestación de servicios profesionales no estaba dirigida al desenvolvimiento de actuación empresarial por la sociedad que los encargó, sino a cuestiones internas sin proyección exterior (modificación de estatutos, ampliación de capital social, asesoramiento en materia fiscal) que se referían al grupo formado por la sociedad limitada Club de Golf Archanda y por “Club De Golf, Archanda de Galdakao, Sociedad Deportiva”, sin ánimo de lucro, cuya primordial actividad es la tenencia y aprovechamiento del conjunto de instalaciones deportivas constituidas fundamentalmente por dos campos de golf y edificio social de las que es titular la sociedad limitada y detenta la asociación por cesión de la primera y en la que los respectivos campos de actuación son de difícil distinción, razones por las que se considera que la Ley de medidas de lucha contra la morosidad y las disposiciones que en la misma se contienen no son de aplicación.”*

Sin embargo, la aplicación de la Ley 3/2004 de medidas de lucha contra la morosidad comercial para el cálculo de los intereses moratorios debidos ante un incumplimiento de los honorarios profesionales debidos a un abogado ya es un supuesto pacífico admitido por la Jurisprudencia.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>) núm. 562/2017 de 17 octubre de 2017 (RJ 2017\4295) razona lo siguiente:

*“La interpretación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, en los planos que aquí interesan, objeto de la norma (artículo 1) y ámbito de aplicación (artículo 3), conforme, a su vez, con las Directivas de las que trae causa (Directiva 2000/35/CE (LCEur 2000, 2084), de 29 de junio, y su posterior refundición en la Directiva 2011/7/UE (LCEur 2011, 220), de 16 de febrero), conduce a considerar que la prestación de servicios jurídicos que realiza un despacho profesional, bien bajo forma societaria, supuesto del presente caso, o bien como ejercicio profesional de un abogado, queda sujeta a la aplicación de la citada Ley 3/2004 y, por tanto, a los intereses de demora en ella previstos.*

*Desde la perspectiva del objeto de la norma (artículo 1), y conforme la finalidad de la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio, considerando 7.<sup>º</sup>, no cabe duda de que la promulgación de la Ley responde, entre otras razones, al problema que plantea la morosidad en el pago de las deudas dinerarias bien con relación a la entrega de bienes, o bien con relación a una «prestación de servicios». Concepto que comprende, en principio, la prestación de servicios jurídicos.*

*En esta línea, la Directiva, tanto la de 2000/35/ CE (RCL 1978, 2836), como la de 2011/7/UE, cuando aborda el concepto de «operaciones comerciales» (artículo 2, núm. 1 y artículo 2 núms. 1 y 3, respectivamente), lo refiere a las actividades «realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación». Dicha definición queda, a su vez, completada o integrada por la definición que ambas Direc-*

tivas realizan del concepto de empresa en los siguientes términos: «cualquier organización que actúe en ejercicio de su actividad independiente económica o profesional, incluso si dicha actividad la lleva a cabo una única persona». Todo ello conforme con las menciones específicas que se realizan en el preámbulo de la Directiva respecto del «hecho de que las profesiones liberales queden cubiertas por la presente Directiva» (considerando núm. 14 de la Directiva de 2000 y 10 de la Directiva de 2011). Por lo que la amplitud con la que se definen dichos conceptos permite entender que la prestación de servicios que realiza un despacho profesional queda bajo la cobertura de dicha Directiva y, por tanto, sujeta a la aplicación de la Ley 3/2004 y a los intereses de demora previstos en ella.

Por último, y conforme a lo anteriormente señalado, tanto la Directiva (considerando núm. 13 de la de 2000 y núm. 8 de la de 2011), como la norma nacional (artículo 3. 2), cuando delimitan subjetivamente el ámbito de aplicación de la norma, mediante una exclusión expresa, no contemplan las deudas e intereses derivadas de la prestación de servicios jurídicos realizados por un despacho profesional, y, por tanto, con independencia de su condición de persona física o jurídica. Por lo que a los intereses aquí reclamados le resulta aplicable la citada Ley 3/2004, de 29 de diciembre.”

La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4<sup>a</sup>) núm. 543/2008 de 26 diciembre de 2009 (JUR 2009\114167), en términos análogos:

*En cuanto al pago de un interés distinto al fijado en la Ley de Enjuic. Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), tenía que haber sido acordado por las partes, y las relaciones entre el Sr. Eduardo y la Sra. María Rosario fueron las normales derivadas de un contrato de ejecución de obra, de naturaleza civil, por lo que resulta improcedente la pretensión del Sr. Eduardo de que se aplique la Ley 3 / 2004 (RCL 2004, 2678) de Medidas de Lucha contra la Morosidad en las Operaciones Comerciales.*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5<sup>a</sup>) núm. 282/2009 de 24 julio (JUR 2009\407773), también descarta la aplicación de la Ley 3/2004 a las cantidades derivadas de un contrato de arrendamiento, sobre la siguiente afirmación:

*En cuanto a los intereses moratorios, decir que la actora impugna la sentencia por no haberse pronunciado al respecto y manifiesta que tuvo que deberse a un olvido ya que es evidente su procedencia. Sobre esta cuestión se ha de señalar que, como indica el título de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que por lo que a su derecho conviene aduce la parte impugnante, dicha norma viene referida a medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Entiende la Sala que no puede encuadrarse en este contexto lo que constituye el objeto de la presente litis de naturaleza civil y lejos de ser en esencia una operación comercial. El motivo de impugnación merece ser desestimado.*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia (Sección 1<sup>a</sup>) núm. 252/2009 de 30 julio de 2009 (JUR 2009\374430), no aplica la Ley 3/2004, ya que “estamos ante un contrato civil de arrendamiento de servicios de transporte y no ante un contrato mercantil”.

Por su lado, no encontramos en el Tribunal Supremo una postura claramente definitoria de la cuestión aunque podemos observar que a sensu contrario no ha desechado la aplicación de la Ley 3/2004 a operaciones de naturaleza civil, como es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>) núm.

562/2017 de 17 octubre de 2017 (RJ 2017\4295) en materia de reclamación de honorarios de abogados o la más reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>) núm. 103/2021 de 25 febrero de 2021 (RJ 2021\763) admitiendo la compatibilidad de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las relaciones comerciales, con los intereses anatocísticos del art. 1109 CC, razonando de la siguiente forma:

5.7. *Esta sala no comparte la tesis de la Audiencia por las siguientes razones:*

1.<sup>º</sup>) *En primer lugar, hay que constatar que no existe una exclusión expresa en la Ley 3/2004 a la aplicación de la regla legal del anatocismo civil respecto de las deudas por intereses moratorios que establece. Tampoco hay una incompatibilidad o contradicción entre aquella ley y el art. 1109 CC. Éste cuando habla de «intereses vencidos» no contiene ninguna regla de delimitación negativa y, en concreto, dentro del término «intereses» se incluyen, en principio, no sólo los ordinarios o remuneratorios, sino también los moratorios.*

2.<sup>º</sup>) *La especialidad de la norma (de la Ley 3/2004) en relación con la regulación de la mora en el Código civil es doble: por un lado, se genera automáticamente por el mero incumplimiento del pago en el plazo previsto (contractual o legal), “sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna”, frente a la regla de la necesidad de la reclamación judicial o extrajudicial del Código (art. 1.100 CC); por otro lado, en defecto de pacto, el interés moratorio consistirá en el resultado de sumar ocho puntos porcentuales al tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo en su última operación de financiación, frente al interés legal del art. 1108 CC.*

3.<sup>º</sup>) *El propio Código civil contempla su coexistencia con las leyes o normas especiales, de forma que solo queda desplazada la regulación general o común en lo que resulten incompatibles. Así, por ejemplo, el art. 1100 prevé que no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista “cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente”. Éste es el caso precisamente de la Ley 3/2004 (en línea con lo que establece también el Código civil en los arts. 1501, en materia de compraventa, o el 1838 en relación con la fianza, etc).*

4.<sup>º</sup>) *Teniendo en cuenta que la finalidad a la que responde la Ley 3/2004 y la Directiva 2000/35/CE, de 9 de junio de 2000, que traspone a nuestro Derecho, es la lucha contra la morosidad, y para ello introduce normas con objeto de “disuadir los retrasos de los pagos, erradicando las causas por las que en la actualidad la morosidad puede resultar ventajosa económicamente para los deudores”, y lleva incluso el principio de indemnidad del acreedor perjudicado al punto de incluir entre sus derechos una indemnización por costes del cobro de la deuda, resultaría contradictorio, por contrario a dicha finalidad, que, sin una expresa previsión legal, se interpretase la norma especial como abrogatoria de la regla legal general del anatocismo en perjuicio precisamente del beneficiario de la norma especial.*

5.<sup>º</sup>) *La regla de la prevalencia de la ley especial sobre la ley general (*lex specialis derogat generali*) —Digesto 50.17.80: *in toto iure generi per speciem derogatur*—, debe aplicarse en todo aquello en que ambas normas (la especial y la general) entran en concurso o colisión por afectar a un mismo objeto y tener mandatos contradictorios, lo que exige delimitar el ámbito de aplicación de la norma especial y confrontarlo con la general. La regulación del anatocismo no está comprendida en la Ley 3/2004, que ni lo regula ni proscribe su aplicación. Tampoco resulta contradictoria con su finalidad, antes al contrario, la refuerza.*

6.º) Finalmente, la solución acogida es la que mejor armoniza con el criterio que resulta de la jurisprudencia que, en el ámbito de la contratación administrativa, ha establecido la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo. Así, en la sentencia de esa sala (sección 7.º) de 17 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6822) (rec. núm. 4303/2008), que contiene un amplio análisis de la doctrina jurisprudencial en la materia concluye:

“1º) La fecha inicial del devengo de los intereses legales de los intereses de demora vencidos es la de interposición del recurso, que tiene la consideración de interpelación judicial a los efectos del artículo 1109 del Código Civil, y ello teniendo en cuenta que la finalidad perseguida por dicho precepto es el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor, al que se obliga a seguir un proceso judicial que, en el orden contencioso-administrativo, se inicia con el mismo escrito de interposición del recurso, así como la circunstancia de que el momento inicial del devengo del interés legal de los intereses vencidos quedaría a merced de la Administración deudora, ya que la formalización de la demanda se halla supeditada a la remisión por aquélla del expediente administrativo.

“2º) Si la cantidad reclamada excluye la efectiva controversia sobre su cuantificación, al haberse fijado con claridad los parámetros de cuantificación y ser susceptibles de concreción por una simple operación aritmética, siguiendo lo preceptuado en el mencionado artículo 1109 del Código Civil se fija la cuantía de la reclamación y el plazo de devengo computable.

“3º) Cuando la Administración no cumple a su debido tiempo con su obligación de abonar al contratista el saldo resultante de la liquidación provisional de las obras, viene por ello obligada también al pago de los intereses legales devengados por aquella demora”.

En el mismo sentido se pronuncia, entre otras, la sentencia de la misma sala y sección de 10 de noviembre de 2015 (recurso núm. 2973/2014) (RJ 2016, 92), destacando el objetivo del anatocismo consistente en el restablecimiento al perjudicado en la plenitud de su posición jurídica:

“La jurisprudencia de la Sala ha rechazado reconocer el derecho a percibir intereses sobre los intereses en aquellos casos en que no era líquido el importe de estos últimos. En cambio, cuando constaba su monto, ha acogido las pretensiones del recurrente que reclamaban el anatocismo y ha dicho que, aparte de la previsión del artículo 1109 del Código Civil, se debe tener en cuenta su artículo 1101 que reconoce el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos por dolo, negligencia o morosidad en el cumplimiento de las obligaciones o por cualquier contravención del tenor de ellas. Se trata, pues, de restablecer al perjudicado en la plenitud de su posición compensándole por todos los perjuicios que se le hayan causado de ese modo. La sentencia de 10 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6633) (casación 3823/2009) se manifiesta en el primer sentido y la de 1 de julio de 2015 (RJ 2015, 3897) (casación 1487/2014) en el segundo».

La invocación de esta jurisprudencia contencioso-administrativa no sólo no es impertinente en el marco de este recurso, sino particularmente relevante en la medida en que el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, comprende no sólo los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas “entre empresas” (se excluyen las operaciones en que intervienen consumidores), sino también las operaciones “entre empresas y la Administración,

*de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre (RCL 2007, 1964), de Contratos con el Sector Público» (art. 3).”*

## **II. LA INTERPRETACIÓN DE OPERACIÓN COMERCIAL POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU OBLIGATORIEDAD**

Como hemos visto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020 en el asunto C-199/19 apela a los Considerandos de la Directiva 2011/7/UE para comenzar con la interpretación del concepto “*operaciones comerciales*”, aunque obviamente no se queda en ello y ha de acudir al propio TFUE, tal y como veremos.

De hecho, los Considerandos de las Directivas carecen de efecto vinculante positivo tal y como más recientemente ha declarado la Sentencia del TJUE de 22 de enero de 2022 (asunto C-165/20), cuando razona que “*es cierto que, considerada aisladamente, esta frase, que figura en la exposición de motivos del acto [...] parece sugerir que la voluntad del legislador de la Unión fue que los tramos anuales de los derechos de emisión de la aviación asignados para un período de comercio se expidieran hasta la finalización de ese período, aunque se hubiera puesto fin a las actividades de aviación*», pero esta afirmación «*se contradice con el tenor mismo del artículo 3 sexies, apartados 4 y 5, de la Directiva 2003/87, que pone de relieve el vínculo indispensable entre, por un lado, la asignación y la expedición de los derechos de emisión de la aviación y, por otro, el ejercicio efectivo de las actividades de aviación enumeradas en el anexo I de esta última Directiva*», aunque no es menos cierto que el propio TJUE sí ha reconocido un alto valor interpretativo a los Considerandos tal y como se puede observar en su Sentencia de 22 de diciembre de 2022 (asunto C-61/21, JP c. Ministre de la Transition Ecologique, Premier Ministre), cuando afirma que: “*No obstante, como resulta de los artículos 1 de las Directivas mencionadas en el apartado anterior y, en particular, del considerando 2 de la Directiva 2008/50, estas obligaciones persiguen un objetivo general de protección de la salud humana y del medio ambiente en general*”.

Pues bien, la anunciada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020 en el asunto C-199/19 trata un litigio con causa en que el 15 de enero de 2011, RL y J. M. celebraron un contrato de arrendamiento por tiempo indefinido que tenía por objeto un local profesional sito en Lodz, Polonia. A tenor de dicho contrato, J. M., en calidad de arrendatario, está obligado a abonar a RL, el arrendador, un alquiler mensual, cuyo importe comprende también los gastos de explotación correspondientes a los costes de mantenimiento del inmueble, el décimo día de cada mes. Con arreglo al citado contrato, J. M. abonó a RL una fianza de arrendamiento de 984 PLN (aproximadamente 229 euros).

Entre el mes de septiembre de 2015 y el mes de diciembre de 2017, J. M. abonó con retraso dieciséis alquileres mensuales. A continuación, RL le envió una nota contable por un importe de 2751,30 PLN (aproximadamente 640 euros) que englobaba dieciséis veces el equivalente en eslotis polacos de la cantidad de 40 euros en concepto de indemnización por esos retrasos, así como una declaración de compensación parcial entre ese crédito y el crédito de J. M. frente a RL constituido

por la fianza de arrendamiento. Tras el pago de esa compensación, el importe del crédito reclamado por RL ascendía a 1767,30 PLN (aproximadamente 411 euros).

Mediante escrito presentado ante el órgano jurisdiccional remitente, el 10 de abril de 2018, RL solicitó la apertura de un proceso monitorio contra J. M. Esta solicitud fue estimada.

J. M. formuló oposición contra el proceso monitorio y presentó una demanda reconvencional sobre la fianza de arrendamiento y los intereses de demora, alegando que la Ley de 8 de marzo de 2013, que transpone la Directiva 2011/7, no se aplica al contrato de arrendamiento. Sostiene que este no constituye una operación comercial, en el sentido del artículo 2, punto 1, de esa Directiva, en cuanto no da lugar a una entrega de bienes o a la prestación de un servicio, sino a la cesión remunerada del uso temporal de un bien.

En ese contexto, el órgano jurisdiccional remitente pretende saber, en primer lugar, si un contrato de arrendamiento celebrado entre empresas puede calificarse de «operación comercial» que da lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación en el sentido del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2011/7. Señala, por un lado, que la Directiva no define esos conceptos y, por otro lado, que la doctrina polaca se halla dividida por lo que atañe a su interpretación.

En primer lugar, el TJUE nos recuerda que ya en su sentencia de 28 de noviembre de 2019, KROL, C-722/18, EU:C:2019:1028, apartado 32 *define el ámbito de aplicación de esa Directiva [Directiva 2011/7], de manera muy amplia*.

Tras ello nos ofrece la pauta interpretativa del concepto «operación comercial» en el siguiente párrafo:

*Por lo que respecta, en segundo lugar, al contexto normativo de la Directiva 2011/7, procede señalar que esta, al haber sido adoptada sobre la base del artículo 114 TFUE, se inscribe en el marco de la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros cuyo objeto es el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior en el sector de la lucha contra la morosidad en ese mercado. De ese modo, procede interpretar los conceptos de «entrega de bienes» y de «prestación de servicios», o incluso el de «operaciones comerciales», contemplados en el artículo 2, punto 1, de la Directiva 2011/7, a la luz de las disposiciones del Tratado FUE que consagran la libre circulación de mercancías y servicios, respectivamente sus artículos 34, 56 y 57, y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que interpreta esas libertades fundamentales.*

Concluyendo el TJUE en la cuestión prejudicial que se le sometió a consideración en esta sentencia que:

*“41 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 2, punto 1, de la Directiva 2011/7 debe interpretarse en el sentido de que un contrato cuya prestación característica consiste en la cesión remunerada del uso temporal de un bien inmueble, como el contrato de arrendamiento de un local profesional, constituye una operación comercial que da lugar a una prestación de servicios, en el sentido de esa disposición, siempre que se efectúe entre empresas o entre empresas y poderes públicos.”*

Pues bien, el Artículo 57 del TFUE, establece expresamente que con arreglo a los Tratados, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normal-

mente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

Los servicios comprenderán, en particular:

- a) actividades de carácter industrial;
- b) actividades de carácter mercantil;
- c) actividades artesanales;
- d) actividades propias de las profesiones liberales.

Por tanto, el TJUE entiende que el concepto de “*operación comercial*” ha de interpretarse conforme a la luz de las disposiciones del Tratado FUE que consagran la libre circulación de mercancías y servicios, respectivamente sus artículos 34, 56 y 57, y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que interpreta esas libertades fundamentales, comprendiéndose en el artículo 57 TFUE dentro del concepto servicios, tanto actividades civiles como actividades de carácter mercantil, no pudiéndose de esta forma comprender opiniones y sentidos de fallos jurisprudenciales que aboguen por excluir del ámbito de aplicación de la Ley 3/2004 a las obligaciones de naturaleza civil por el simple hecho de su contraposición a las obligaciones de carácter mercantil.

Como sabemos, el artículo 267 TFUE otorga al TJUE una labor claramente interpretativa y nomofiláctica en la resolución de las cuestiones prejudiciales que se le presentan por lo que una línea de interpretación contraria a la que se ha ofrecido por el TJUE del concepto “*operación comercial*” basada en la tradicional distinción entre obligación civil y obligación mercantil para excluir a las obligaciones civiles por su sola naturaleza del ámbito de aplicación de la Ley 3/2004 supondría un claro incumplimiento del Derecho de la Unión Europea al contravenir la Jurisprudencia interpretativa que del mismo ha efectuado el TJUE. Así recordamos lo siguiente: «En todo caso, una violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada cuando la resolución de que se trate se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia (véase, en este sentido, la sentencia *Brasserie du pêcheur y Factortame*, antes citada, apartado 57)». Sentencia del TJUE de 30 de septiembre de 2003, Asunto C-224/01, Köbler, ECLI:EU:C:2003:513, párrafo 56.

No ha de olvidarse en cuanto a la interpretación propuesta que el artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que 1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Si bien no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los jueces nacionales al Derecho de la Unión Europea [STC 75/2017, FJ 2], no es menos cierto que el Tribunal Constitucional ha afirmado que debe velar por el respeto del principio de primacía en los casos en los que el TJUE haya efectuado una interpretación auténtica de la norma concursada, como ocurre en el caso analizado (“*operación comercial*”): “a este Tribunal “corresponde [...] velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando [...] existe una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea” [FJ 5 c)], (ii) el desconocimiento y preterición de una norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, “puede suponer una ‘selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso’, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC

145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6)" [FJ 5 c)], y (iii) prescindir por "propia, autónoma y exclusiva decisión" del órgano judicial, de la interpretación de un precepto de una norma europea impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante, es decir el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vulnera el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea [FJ 6 b)]" [STC 31/2019, FJ 4, siguiendo la doctrina sentada en la STC 232/2015].

### III. BIBLIOGRAFÍA

VICIANO PASTOR. La morosidad en las obligaciones pecuniarias en las operaciones comerciales entre empresas. La Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (capítulo 5) en AA.VV., *Tratado sobre la morosidad*, (coords. Palau Ramírez y Viciano Pastor) Aranzadi, Navarra, 2012.

VICENT CHULIÀ. *Introducción al Derecho Mercantil*, 17.<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 pág. 771; Introducción al Derecho Mercantil, 18.<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, «La «lucha legal» contra la morosidad en los pagos», *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, González Porras, J.M. y Méndez González, R.P. (coordinado-res), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004.

RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA. Análisis crítico de la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004), *Revista CEF Legal*, nº 71, 2006.

### IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2003 (asunto C-224/01)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de diciembre de 2016 (asunto C-256/15)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de noviembre de 2019 (asunto C-722/18)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020 (asunto C-199/19)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de enero de 2022 (asunto C-165/20)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2022 (asunto C-61/21)
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 232/2015
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 75/2017
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 31/2019
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección<sup>1a</sup>) núm. 562/2017 de 17 octubre de 2017 (RJ 2017/4295)

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>) núm. 103/2021 de 25 febrero de 2021 (RJ 2021\763)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13<sup>a</sup>) núm. 146/2006 de 2 marzo (JUR 2006\227390)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 1 de junio de 2007 núm. 202/2007 de 1 junio (JUR 2007\294344)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 562/2007 de 5 noviembre de 2007 (JUR 2008\31770)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 539/2008 de 7 octubre (JUR 2009\38264)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5<sup>a</sup>) núm. 282/2009 de 24 julio (JUR 2009\407773)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia (Sección 1<sup>a</sup>) núm. 252/2009 de 30 julio de 2009 (JUR 2009\374430)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4<sup>a</sup>) núm. 543/2008 de 26 diciembre de 2009 (JUR 2009\114167)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4<sup>a</sup>) núm. 113/2011 de 22 febrero (JUR 2011\304296)

## NOTAS

<sup>1</sup> Viciano Pastor. <La morosidad en las obligaciones pecuniarias en las operaciones comerciales entre empresas. La Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales> (capítulo 5) en AA.VV., *Tratado sobre la morosidad*, (coords. Palau Ramírez y Viciano Pastor) Aranzadi, Navarra, 2012, p. 264.

Vicent Chulià. Introducción al Derecho Mercantil, 17.<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 pág. 771; Introducción al Derecho Mercantil, 18.<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; pág. 829.

Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, «La “lucha legal” contra la morosidad en los pagos», Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, González Porras, J.M. y Méndez González, R.P. (coordinadores), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pág. 4.375.

Rodríguez Ruiz de Villa. <Análisis crítico de la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004)>, Revista CEF Legal, nº 71, 2006, pág. 38.

