

Aplazamientos de pago a los proveedores y publicidad registral del comerciante en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: ARTÍCULO 16. RÉGIMEN GENERAL. ARTÍCULO 17. PAGOS A LOS PROVEEDORES. DISPOSICIONES ADICIONALES TERCERA Y CUARTA: *Tercera. Cuarta.*—**I. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA: LOS APLAZAMIENTOS DE LOS PAGOS A PROVEEDORES.**—**II. LAS SOLUCIONES NORMATIVAS.**—**III. ANTECEDENTES Y TRABAJOS LEGISLATIVOS.**—**IV. ENCUADRE SISTEMÁTICO EN NUESTRO DERECHO: 1. NORMA DE DERECHO PRIVADO SUSTANTIVO CON FINALIDAD TUTITIVA o DE RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL. 2. Su ENCAJE EN EL MARCO DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA.**—**V. ÁMBITO SUBJETIVO: 1. EL SUPUESTO DE HECHO PREFERENTEMENTE CONTEMPLADO POR LA NORMA: LA ADQUISICIÓN POR LOS COMERCIANTES MAYORISTAS (GRANDES SUPERFICIES) Y LAS REALIZADAS o INTERMEDIADAS POR LAS «CENTRALES DE COMPRA». 2. EL ADQUIRENTE. 3. EL PROVEEDOR.**—**VI. ÁMBITO OBJETIVO. OPERACIONES INCLUIDAS.**—**VII. CUESTIONES DE DOCUMENTACIÓN (ALBARAN Y FACTURA).**—**VIII. «GARANTÍAS LEGALES» DE COBRO DEL PRECIO APLAZADO.**—**IX. EXAMEN DE LAS DISPOSICIONES ADICIONALES TERCERA Y CUARTA DE LA LEY: 1. LA POSIBLE UTILIZACIÓN ABUSIVA DEL CRÉDITO A PROVEEDORES POR LAS ENTIDADES DISTRIBUIDORAS Y CENTRALES DE COMPRA. LA PRESUNTA «ACTIVIDAD CREDITICIA» DE ESTAS ENTIDADES. 2. LA MALA GESTIÓN FINANCIERA Y EL RIESGO DE INSOLVENCIA DE LAS ENTIDADES DISTRIBUIDORAS. 3. LA TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD DE ESTAS PRÁCTICAS. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA. 4. Los REGISTROS ADMINISTRATIVOS DE COMERCIANTES Y EL REGISTRO MERCANTIL. 5. AMPLIACIÓN DEL PERÍMETRO SUBJETIVO DEL REGISTRO MERCANTIL. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA.**—**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

INTRODUCCIÓN

La nueva Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista contiene la siguiente regulación sobre aplazamientos de pago y sobre la publicidad registral de comerciantes.

ARTÍCULO 16. RÉGIMEN GENERAL

El régimen jurídico de las adquisiciones de toda clase de productos efectuadas por comerciantes se sujetará a lo dispuesto en la legislación civil y mercantil con las especialidades contenidas en el artículo siguiente.

ARTÍCULO 17. PAGOS A LOS PROVEEDORES

1. 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.

2. Los comerciantes, a quienes se efectúen las correspondientes entregas, quedarán obligados a documentar, en el mismo acto, la operación de entrega y recepción con mención expresa de su fecha.

3. Cuando los comerciantes acuerden, con las personas a quienes compran las mercancías, aplazamientos de pago que excedan de los setenta días desde la fecha de entrega y recepción de las mismas, el pago deberá quedar instrumentado en documento que lleve aparejada acción cambiaria con mención expresa de la fecha de pago, indicada en la factura. Este documento deberá emitirse o aceptarse por los comerciantes dentro del plazo de 30 días desde la fecha de la recepción de la mercancía, siempre que la factura haya sido previamente enviada. Para la concesión de aplazamientos de pago superiores a ciento veinte días, el vendedor podrá exigir que queden garantizados mediante aval bancario o seguro de crédito o caución.

4. En cualquier caso, se producirá el devengo de intereses moratorios en forma automática a partir del día siguiente al señalado para el pago o, en defecto de pacto, a aquél en el cual debiera efectuarse de acuerdo con lo establecido en el apartado 1. En estos supuestos, el tipo aplicable para determinar la cuantía de los intereses será un 50 por 100 superior al señalado para el interés legal, salvo cuando el interés pactado fuere superior.

5. A los efectos prevenidos en el presente artículo y con referencia exclusiva a los bienes consumibles, se entenderá como fecha de entrega aquélla en la que efectivamente se haya producido, aunque, inicialmente el título de la entrega fuese distinto del de compraventa, siempre que las mercancías hayan sido, finalmente, adquiridas por el receptor.

DISPOSICIONES ADICIONALES TERCERA Y CUARTA

Tercera

Se añade el siguiente inciso final al apartado 1 del artículo 221 de la Ley de Sociedades Anónimas:

«Cuando la sociedad tenga un volumen de facturación anual superior a mil millones de pesetas, el límite de la multa para cada año de retraso se elevará a cincuenta millones de pesetas».

Cuarta

1. Las entidades de cualquier naturaleza jurídica que se dediquen al comercio mayorista o minorista o a la realización de adquisiciones o presten servicios de intermediación para negociar las mismas, por cuenta o encargo de los comerciantes al por menor, deberán formalizar su inscripción, así como el depósito anual de sus cuentas en el Registro Mercantil, en la forma en que se determine reglamentariamente, cuando en el ejercicio inmediato anterior las adquisiciones realizadas o intermediadas o sus ventas hayan superado la cifra de cien millones de pesetas. Estas obligaciones no serán aplicables a los comerciantes que sean personas físicas.

2. La falta de inscripción o de depósito de las cuentas será sancionada en la forma prevista en el artículo 221 de la Ley de Sociedades Anónimas.

3. Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 se aplicará sin perjuicio de la obligación de inscripción y depósito de cuentas establecida para otras entidades de acuerdo con sus normas específicas.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA: LOS APLAZAMIENTOS
DE LOS PAGOS A PROVEEDORES

A diferencia de lo que ocurre con las transacciones entre el consumidor final y las empresas productoras y distribuidoras de bienes y servicios en que el pago al contado es regla general, en las transacciones interempresariales el pago aplazado a los proveedores impera de modo universal. El aplazamiento de los pagos en este último caso tiene una indudable justificación económico-jurídica: constituye un mecanismo de defensa de la posición del comprador frente a posibles vicios internos —los que no son evidentes a la entrega— o para prevenir la inadecuación de las mercancías a las condiciones pactadas y al uso convenido y, sobre todo, permite obtener

una financiación alternativa a coste inferior al **bancario**. Precisamente, es notorio que el crédito bancario a corto plazo, cuando es disponible, sobre todo para las pequeñas empresas, tiene elevadísimo e insoportable coste.

La fijación de aplazamientos, así como la determinación misma del precio, son resultado de la dinámica del mercado y quedan abandonadas a la libertad contractual. No puede negarse que la determinación del plazo de pago es un elemento esencial en la fijación del precio. Es habitual que en situaciones de recesión económica se produzcan alargamientos de los plazos contractuales y aumentan los deudores en mora. Siempre inevitables también son las demoras derivadas de litigios relativos a la ejecución del contrato o consecuencia de una mala gestión de pagos por las empresas. Rigurosamente nuevo es un fenómeno que empeora en los últimos años: el sistemático alargamiento de los plazos de pago efectivos a proveedores.

Este fenómeno relativamente novedoso no sólo consiste en el alargamiento de los plazos contractuales de pago sino también en una cierta proliferación de las situaciones de mora (incumplimiento de la obligación de pago del precio en los plazos convenidos).

Este fenómeno tiene los siguientes rasgos: es *general* (afecta a todo tipo de transacciones y a todos los países de nuestro entorno) y *regresivo* (produce un efecto de emulación en cadena tanto en sentido vertical como horizontal: las empresas proveedoras repercuten los efectos derivados del alargamiento de plazos y de la demora en sus proveedores y éstos en los suyos, etc...; las empresas que concurren en el mismo mercado compiten para obtener mayores ventajas de plazos de sus respectivos proveedores).

Es de advertir que el atrasamiento de pagos presenta *eficacia diversa en intensidad* según: la posición de la empresa proveedora respecto a la cliente; el sector económico de que se trate (existe una situación más preocupante en el sector agro-alimentario en donde mayor es el abismo entre la rotación de los *stocks* y los plazos de pago definitivo a los proveedores) y los diversos países (nuestro país, junto con Francia, van a la cabeza en la longitud de los plazos, lo que entraña una pérdida sensible de competitividad de nuestras empresas en el mercado interior).

Los efectos perniciosos del retardo en los pagos se refuerzan e intensifican cuando existe un poder relativo de demanda (posición de dominio relativo en el mercado) algo habitual en la actual situación de los mercados caracterizada por la generalización del fenómeno de concentración empresarial: los aplazamientos son tanto más rigurosos cuanto más fuerte es la posición dominante. Así puede ocurrir en las relaciones entre la gran empresa distribuidora (gran superficie, central o supercentral de compra) y sus proveedores; entre contratistas y subcontratistas; entre empresas industriales y de distribución; entre los administradores y la Administración contratante en los contratos públicos, etc...

Desde una perspectiva jurídica, el sistemático empeoramiento de las condiciones de los aplazamientos de pagos a veces llega a traducirse en una mixtificación de la verdadera causa del contrato de crédito comercial. En estas situaciones patológicas, la finalidad no es aquí tanto obtener una financiación comercial (financiar a coste razonable la adquisición de mercancías y por el lapso de tiempo que media entre el suministro y la recuperación del gasto cuando se produce la venta al consumidor final) sino más bien financiera y de carácter extraordinario. Los plazos de pago exceden con mucho de los que podríamos considerar «normales»: se alarga el plazo de disfrute de las disponibilidades líquidas por el tiempo que media entre la venta al contado de las mercancías adquiridas a plazo a proveedores y el pago efectivo a éstos últimos. El crédito comercial no presenta vinculación alguna con la rotación de los *stocks*.

Algunas empresas están ahora dedicándose de una manera habitual y desproporcionadamente (en términos de equilibrio patrimonial) a una actividad «para-financiera»: captan recursos líquidos de sus proveedores que invierten a corto plazo para obtener una rentabilidad financiera extraordinaria. Esto, aparte de una posible invasión del marco de actuación típico reservado a las entidades de crédito (vid. luego a propósito del comentario de las disposiciones adicionales), repercute negativamente en todo el tejido empresarial.

La más perjudicada, desde luego, es la empresa proveedora: el alargamiento de plazos incrementa considerablemente sus gastos financieros aumentando desproporcionadamente las necesidades de tesorería; genera considerables gastos administrativos inherentes a la gestión de cobro (aumentan los recursos humanos y financieros destinados a obtener información financiera de clientes, a gestionar el cobro o el descuento de los efectos, a seguir procesos judiciales, etc...) y disminuye peligrosamente los márgenes comerciales (el mayor coste del aplazamiento no se repercute a los clientes y se trata de trasladar a los proveedores; raramente son abonados los intereses de demora...). Todo ello no es óbice a las eventuales ventajas para el proveedor que pueden derivarse de la centralización en las compras: ventajas de orden logístico, de gestión comercial y contable, etc... En muchos casos es preferible depender de un gran adquirente solvente y buen pagador que es respetuoso de las reglas de mercado (no toda posición dominante lleva al abuso o explotación) antes que de numerosos pequeños clientes de dudosa situación y fragmentada demanda.

El aplazamiento sistemático de los pagos puede poner en peligro la solvencia de la empresa proveedora que suele presentar fuertes desequilibrios de balance por la desproporción de las partidas de créditos a clientes y, en fin, contribuye a empeorar su situación de dependencia. Por el denominado «efecto dominó» cada vez es más frecuente que la crisis de la

empresa-cliente se traslade a sus proveedoras y que un simple alargamiento adicional del pago del precio, tan frecuente en situaciones de recesión, provoque reacciones en cadena.

Tampoco sale mejor parada de esta situación la empresa cliente. Se produce una severa desviación de la actividad empresarial respecto al fin social: una desproporción manifiesta de los ingresos financieros respecto a los ingresos ordinarios de explotación. Mediante la política sistemática de demora de pagos a proveedores se obtiene una capacidad financiera extraordinaria que se emplea en la realización de inversiones a corto más o menos especulativas e incluso en financiación del inmovilizado o de los programas de expansión con el subsiguiente riesgo derivado del desequilibrio y potencial insolvencia (vid. más tarde en el comentario de las Disposiciones Adicionales).

II. LAS SOLUCIONES NORMATIVAS

Hemos dicho que el fenómeno es general. Se plantea entonces el problema de las medidas legislativas a adoptar y en particular cómo compatibilizar estas medidas, tanto más efectivas cuanto más intervencionistas, con el reconocimiento de la libertad contractual en el marco de las economías de mercado, principio éste de rango constitucional (art. 38 de la Constitución) y rasgo «común a la cultura jurídica comunitaria» (cfr. Resolución del TDC de 15 de febrero de 1995).

Aún a riesgo de simplificar en exceso, puede decirse existe una alternativa de política-legislativa (no existe desde luego un «modelo comunitario» concreto):

- a) La que consiste en confiar en el mercado sin perjuicio de la adopción de las correspondientes reformas estructurales (en nuestro país es forzoso recordar los gravísimos costes inherentes al mal funcionamiento de la administración de justicia y el retraso comparativo en el funcionamiento de las instituciones arbitrales y **para-jurisdiccionales**, fuente todo ello de pérdida de competitividad de nuestras empresas) y las tendentes a potenciar la operatividad de la normativa de defensa de la competencia y sus instituciones (el Tribunal de Defensa de la Competencia, fundamentalmente). En este orden de cosas se afirma que no es incompatible el respeto a la libre empresa con la autorregulación: los posibles acuerdos interprofesionales, códigos de conducta curiosamente mentados en la Exposición de Motivos de nuestra Ley... Este es el modelo que podemos calificar de «**germánico**»: en Alemania, al parecer la normativa de defensa de

la competencia y la amenaza de actuación de las Administraciones públicas han bastado para poner algún freno a los desmanes.

- b) El «modelo francés». Defiende —además de las anteriores medidas— la intervención legislativa de Derecho sustantivo que, aunque productora de restricciones más o menos soportables de la libre contratación, persigue obtener como beneficio un cierto restablecimiento del equilibrio contractual. Se trataría de dictar una «Ley de plazos» con propósito tuitivo del contratante débil, en este caso el proveedor.

Es obvio que la Ley de Comercio ha obtado por esta última solución. También es evidente que subyacen a la misma motivaciones de naturaleza meta-jurídica y política: no puede ser precisamente calificada de «liberal» y sí en cambio de «intervencionista». Desde la perspectiva constitucional podría llegar incluso a plantearse la duda de su conformidad con el artículo 38 de la Constitución.

Sería inconstitucional si se acreditara que la intervención legislativa en sede de plazos de pago desvirtúa el contenido esencial de la libertad de empresa al desproteger los intereses jurídicos que le dan vida haciendo esa misma libertad irreconocible (STC 225/1993, fundamento jurídico 5.º *in fine*). Aunque en mi opinión esta tesis peca un tanto de excesiva, no creo que pueda negarse que la interferencia en el libre juego de las fuerzas del mercado es dudosamente «proporcionada» y hasta inoportuna. Los beneficios que reporta o puede reportar la Ley son cuanto menos dudosos e inciertos; puede incluso que hasta de escasa trascendencia (probablemente el que ostenta la posición dominante adecuará su conducta para obtener ventajas económicas de forma distinta a la sancionada legalmente; por ejemplo: imponiendo aún mayores rebajas de precios). Por lo demás, la intervención opera de una manera desigual al proteger declaradamente cierto agente económico en detrimento de otros.

III. ANTECEDENTES Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

En pocas leyes como en ésta es tan fácil seguir los hitos que pautan los antecedentes legislativos y trabajos preparatorios.

Los artículos 17 y 18 de la Ley de Comercio tienen una clara inspiración francesa en la Ley n. 92-1442, de 31 de diciembre de 1992, relativa a los plazos de pago entre las empresas (*délais de paiement entre les entreprises*) interpretada auténticamente por una Note de Service del Director General de la competencia del consumo y de la represión de fraudes de fecha 5 de agosto de 1993.

Numerosos estudios de mercado tanto públicos (el más conocido el elaborado por la Central de Balances de la Banque de France de noviembre de 1990) como privados en los primeros años noventa habían revelado los grandes peligros derivados del aplazamiento de pagos y la crítica situación en el vecino país.

El gobierno francés creó a principios de 1991 dos grupos de trabajo (uno integrado por representantes de la Administración y el otro por representantes de medios profesionales) encargados de elaborar propuestas destinadas a reducir los plazos de pago. Resultado de estos trabajos son una serie de medidas encaminadas al apoyo de las PYMES y a una mayor transparencia financiera en las transacciones comerciales. La solución francesa se basa, en un primer paso, en el estímulo de la celebración de acuerdos profesionales e interprofesionales encaminados a la reducción concertada de los plazos de pago, la elaboración de códigos de conducta y la creación de instancias competentes para resolver litigios.

En 1992 se adoptó una medida más rigurosa consistente en la denominada «Ley de plazos» de 32 de diciembre de 1992. Esta ley tiene antecedente en la Ley Royer de 1973 y en la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986, disposiciones con un ámbito limitado de aplicación al venir aquéllas referidas en exclusividad a las compras entre comerciantes de productos alimenticios perecederos y de bebidas alcohólicas.

La Ley francesa de 1992 distingue entre *transacciones sujetas al régimen legal de plazos máximos* del artículo 35 (de productos que se encuadran en tres categorías: produits alimentaires périssables, bétail sur pied et viandes fraîches dérivées et boissons alcooliques); y *operaciones de Derecho común* del artículo 33 en que el plazo de pago es libremente fijado por las partes con respeto a las «condiciones generales de venta». El incumplimiento en ambos casos acarrea sanción administrativa (de nada menos que 500.000 francos en el primer caso y de 100.000 en el segundo). La medida se completa con la imposición del deber de expedición de factura por operación con indicación de la fecha de pago y la penalidad por mora en caso de pago con posterioridad al plazo fijado por las condiciones generales de venta («lorsque le versement intervient au-delà du délai fixé par les conditions générales de vente»).

El conjunto normativo formado por los actuales artículos 16 y 17 y las Disposiciones Adicionales Tercera y Cuarta se incorpora tardíamente a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (antes, simplemente, de Ordenación del Comercio) como consecuencia de las enmiendas introducidas de común acuerdo por socialistas y Grupo catalán en el Congreso. Estas enmiendas a la original proposición de Ley del Grupo catalán cuentan con una historia *pre-legislativa* dilatada. En enero de 1994 la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos acordó la creación de una comisión in-

terministerial para analizar el problema. Más importante a nuestro propósito es el informe emitido por la Ponencia para analizar los plazos de pago entre las empresas en el sector de la distribución, ponencia presidida por F. Homs y Ferret y que se constituye en el seno de la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda por acuerdo unánime de la Cámara Baja y que presenta sus conclusiones el 31 de enero de 1995. Todas sus recomendaciones son atendidas en la Ley, constituyendo su texto elemento interpretativo fundamental de la misma. Por su parte, muy oportunamente, la Comisión de las Comunidades Europeas elabora una Recomendación sobre los plazos de pago adoptada el 12 de mayo de 1995, teniendo a la vista el documento de trabajo de los servicios de la Comisión de fecha 18 de noviembre de 1992 [SEC (92) 2214] sobre los plazos de pago en las transacciones comerciales que ofrecía un completo análisis económico de la repercusión de los plazos de pago, exponía el marco jurídico vigente en los Estados miembros y analizaba las posibles medidas que pudieran adoptarse a nivel comunitario.

IV. ENCUADRE SISTEMÁTICO EN NUESTRO DERECHO

1. NORMA DE DERECHO PRIVADO SUSTANTIVO CON FINALIDAD TUTITIVA O DE RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL

El examen de los antecedentes legislativos no permite dudas sobre el problema que la norma trata de enderezar: la utilización abusiva (no equitativa) por parte de las empresas distribuidoras de su poder relativo de demanda en el mercado y en sus relaciones verticales con los proveedores o suministradores. Un solo aspecto de explotación de la situación de dominio se contempla en esta regulación: la abusiva utilización del crédito comercial de proveedores. Como se confiesa en la motivación del actual artículo 17 en la enmienda que hace el Grupo socialista al Proyecto de Ley en su tramitación en el Congreso (la n. 165 y la correspondiente de igual contenido del Grupo catalán) la finalidad es la de «*combatir los graves perjuicios ocasionados a los proveedores por las dilaciones de pago de los grandes comerciantes*».

Los artículos 16 y 17 deben leerse en conexión con lo que establecen las Disposiciones Adicionales Tercera y Cuarta que se refieren a las entidades de cualquier naturaleza jurídica que se dediquen al comercio de distribución (mayoristas o minoristas) o a la realización de adquisiciones o servicios de intermediación para negociar dichas adquisiciones por cuenta o encargo de los comerciantes al por menor (las llamadas «centrales de compra»), pero especialmente a las grandes empresas de distribución y centrales de compra: aquéllas cuyo volumen de facturación anual supera los mil millones de pesetas (Disposición Adicional Tercera).

La norma traduce un *propósito nuevo de justicia social*: se trata de restablecer el equilibrio patrimonial roto cuando un gran comerciante contrata con un pequeño comerciante a quien puede imponer sus condiciones. Esa finalidad tuitiva resulta clara de la propia Exposición de Motivos cuando nos habla de que la Ley contribuye «a corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales y, sobre todo, al mantenimiento de la libre y leal competencia». La Ley se coloca junto a ese conjunto de normas tuitivas de la parte contratante débil por razones de orden social: encuentra paralelos en las normas que protegen a los consumidores y usuarios, arrendatarios, trabajadores, asegurados, etc...

Obsérvese que a los efectos de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio) el comerciante proveedor no es «consumidor» ni «usuario». Así resulta con toda claridad de su artículo 1.3: «No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros». Por ende: el suministrador o proveedor no puede aspirar a ser protegido por las normas que tutelan el equilibrio contractual. En particular: no resulta aplicable la nulidad de pleno derecho establecida en su artículo 10, de las cláusulas o estipulaciones abusivas que perjudican de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones (art. 10.1.c.3.º).

La nueva Ley supone —como todas estas normas que defienden al contratante «débil»— una restricción al principio de autonomía contractual. Y como todas estas normas la Ley de Comercio resulta en la concesión de derechos *irrenunciables ex ante* por los beneficiados por ella (sería nulo radicalmente el pacto previo de renuncia a los beneficios concedidos en el art. 17 de la Ley: *irrenunciabilidad* contraria al orden público *ex-art.* 6.4 del Código Civil; en igual sentido en el art. 48 de la Ley). De hecho: similares mecanismos de defensa del contratante débil del artículo 17 LC los encontramos en toda esa legislación «social»: contenido mínimo del contrato y derechos irrenunciables; formalización documental preceptiva por razones de seguridad jurídica; garantías de efectividad y ejecutoriedad de los derechos, etc... Todas esas normas valen como una confesión de la insuficiencia de las reglas básicas de contratación (las normas que velan por la buena fe contractual, por el equilibrio en las prestaciones, por la interpretación favorable de los contratos de adhesión, etc...) cuando se trata de corregir los efectos indeseables del radical desequilibrio contractual.

La norma tiene clara eficacia sustantiva (civil/mercantil). Así resulta con toda claridad del artículo 16 a contrario y de la propia Disposición final que considera a los artículos 16 y 17, «legislación civil y mercantil»

y ordena que estos preceptos «serán de aplicación general por ampararse en la competencia exclusiva del Estado para regular el contenido de derecho privado de los contratos, resultante de los números 6 y 8 del artículo 149.1 de la Constitución». Entraña de *facto* una modificación extravagante (fuera del Código de Comercio y del Código Civil) y asistemática del Derecho privado de los contratos (y en particular del contrato de compraventa).

Del incumplimiento de la Ley nacen las correspondientes acciones civiles. Del deber de formalización documental nace la correspondiente acción para llenar la forma legal preceptiva (ex art. 1.280 CC, los contratantes pueden compelerse recíprocamente y ante los Tribunales a otorgar el correspondiente albarán, documento cambiario, aval bancario o seguro de crédito o caución). Los pactos contrarios a la ley se tienen por no puestos ex artículo 6.3 del Código Civil (solución idéntica a la de la Ley de Consumidores y Usuarios respecto de las cláusulas abusivas). La renuncia previa a los derechos es nula radicalmente como igualmente nulo sería el interés estipulado de demora inferior al legal del artículo 17.4 de la Ley.

En todo caso téngase presente el artículo 65.2 de la Ley: la comisión del ilícito administrativo no prejuzga, «en modo alguno», la validez «civil» de los correspondientes contratos o de las obligaciones asumidas por las partes. Es decir, no constituyen infracciones de normas imperativas ex artículo 6.3 del Código Civil: (*«Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención»*).

2. Su ENCAJE EN EL MARCO DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA.

La apelación a la libre y leal competencia en la Exposición de Motivos es algo más que un recurso teórico (vid. a este propósito el art. 3 en sede de principios generales como concepto básico de la Ley). El reconocimiento expreso del principio de libre empresa y la voluntad de respeto a las reglas que disciplinan la competencia no es obstáculo a que el legislador desconfíe de la efectividad de toda la normativa de Defensa de la Competencia. Y es que la norma del artículo 17 se acumula a otras normas en aquella sede, lo que plantea problemas de encuadramiento sistemático por concurso de normas: la Ley de Comercio se suma a otros cuerpos legales que disciplinan o pueden disciplinar similares —si no idénticas— situaciones de dominio en el mercado. Me refiero, como es obvio, a la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y a la Ley 3/91, de 10 de enero, de Competencia desleal.

Es sabido que existe el tipo de ilícito concurrencial (o «antitrust») que consiste en el abuso de posición dominante. El artículo 6 de la LDC prohí-

be la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o parte del mercado nacional. El abuso puede consistir, entre otros mecanismos típicos y atípicos, en «*la imposición, de forma directa o indirecta, de precios y otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos*» [art. 6.2.a) LDC] o «*la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros*» [art. 6.2.d) LDC].

Por lo demás, la creación de centrales o supercentrales de compra, con el fin de obtener mejores condiciones de adquisición de mercaderías por los asociados o agrupados, puede ser enjuiciada a la luz de la prohibición del artículo 1 de la Ley: dentro de los acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas colectivas concertadas o conscientemente paralelas que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional. Ello no implica, obvio es decirlo, que la mera concentración del poder de compra implique automáticamente un ilícito antitrust. Es necesario que se den las condiciones para el abuso **anticoncurrencial**. Precisamente la Comisión de la CEE no ha enjuiciado, siempre desfavorablemente, las centrales de compra: vid. Decisiones de 17-7-68 en el asunto SOCEMAS (DOCE L 201 de 12-8-68); de 14-7-75 en el asunto INTERGROUP (DOCE L 212 de 9-8-75); de 18-9-80 en el asunto IMA/Rules (DOCE L 318 de 26-11-80); de 18-12-87 en el asunto Fisher-Price (DOCE L 49 de 23-2-88); de 1-9-90 en el asunto GEC-Siemens/Plessey (DOCE C 239 de 25-9-90) entre otros...

Igualmente bajo esta luz pueden ser enjuiciadas todas las prácticas de «defensa» de las asociaciones de proveedores, aunque sea a título de recomendación. A propósito de esto último, vid., oportunamente, la recentísima Resolución de 15 de febrero de 1995, del Tribunal de Defensa de la competencia en expediente A89/94 como consecuencia de la solicitud de ciertas asociaciones de fabricantes de productos de construcción y bienes de equipo, de autorización singular para reducir progresivamente los plazos de pago en las condiciones de venta de los productos industriales y de servicio. No es posible formular un principio de legítima defensa justificativo de estas prácticas.

Mucho más al caso viene la norma contenida en el artículo 16.2 LCD, donde «*se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores, que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad*».

La dependencia —**cuando exista**— es debida al poder relativo de la demanda. La empresa dominante puede explotar la situación para obtener una ventaja discriminatoria en sus relaciones con los proveedores sujetos a

dependencia. El alargamiento injustificado de los plazos puede traducirse en lo que se conoce como «*discriminación pasiva*»: dicho aplazamiento sistemático y excesivo (superior al normal de mercado) del pago a proveedores dependientes carece de justificación objetiva atendido el marco de prestaciones y contraprestaciones (el riesgo y costes asumidos por el suministrador no es suficientemente retribuido) y hasta podría sostenerse se traduce en una mistificación de la causa jurídica (el crédito de proveedores no sirve exclusivamente para financiar la adquisición, sino que permite obtener al distribuidor una financiación a corto y gratuita). Los proveedores en situación de dependencia no pueden conceder ventajas equivalentes a las empresas distribuidoras respecto de las cuales no están en situación de dependencia y se ven forzados a repercutir el exceso de costes soportados en los otros clientes, potenciales competidores de la empresa en situación de dominio. El diferente trato a los clientes no se justifica por la mayor eficiencia de las prestaciones sino tan sólo por la situación del mercado.

Así pues, la situación problemática de posible explotación desleal de la posición de poder relativo de demanda no se encontraba antes de la nueva Ley huérfana de regulación. Antes al contrario: *existe una posible aplicación concurrente de las prohibiciones del Derecho de defensa de la competencia y de la legislación de competencia desleal*. Aunque la situación contemplada no fuere encuadrable en el tipo del artículo 6 LDC («abuso de posición dominante»), el artículo 7 de LDC permitiría al Tribunal de Defensa de la Competencia enjuiciar todos los actos de competencia desleal (incluido el consistente en la explotación de una situación de dependencia económica *ex art.* 16.2 LDC) cuando «*por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público*».

El motivo que explica que el legislador haya optado por «completar» la situación legislativa previa contenida en esas normas básicas que son la LDC y la LCD es la **inoperancia** de estas dos normas básicas. El informe emitido por la Ponencia del Congreso es muy claro: la Ponencia —**en su recomendación séptima**— reconoce la inoperancia de la vigente normativa de Competencia desleal y recomienda al Gobierno la reforma legislativa de la Ley de Defensa de la Competencia (j).

Es un hecho notorio que la existencia de toda esa novísima legislación no ha servido para contener el fenómeno regresivo de alargamiento de plazos y empeoramiento de la situación de desequilibrio contractual entre distribuidores y proveedores. Ello por varias razones, fundamentalmente dos: una técnica y otra de carácter operativo.

El cuerpo legislativo formado por la LDC y la LCD no se funda en propósito alguno tuitivo de «Justicia social». El juicio de deslealtad **concurrential** a la luz de lo que ordenan los artículos 6 y 7 de la primera y el

16.2 de la segunda es totalmente ajeno a ese propósito reequilibrador. Aquella normativa es exquisitamente respetuosa del principio constitucional de libre empresa. No se quiere fortalecer sustantivamente el poder negociador de la parte débil porque ello exigiría un intervencionismo difícilmente explicable desde el respeto a la garantía institucional de la competencia. Es obvio que la contraria es la posición de partida del legislador de la Ley de Comercio que se muestra mucho más «justiciero» (valedor del infortunado pequeño comerciante). Esa mayor desconfianza hacia el «mercado» (son las fuerzas del mercado las que determinan las relaciones de posición dominante y dependiente) se traduce en un texto legal que puede plantear, entre otros, problemas de inconstitucionalidad por posible violación del artículo 38 de la Constitución.

Además de razones técnicas existen razones de orden práctico: por muy eficaces que puedan ser los remedios de la LDC y de la LCD, su adopción presupone la prueba rigurosa del supuesto de hecho de la norma. Y es prueba compleja y cara donde las haya (exige acreditar la estructura y dinámica del mercado relativo). Aunque tratándose de la LDC —no en la LCD— existe la posibilidad de legitimación activa pública, siendo la Administración *antitrust* (el Tribunal de Defensa de la Competencia) quien se halla en inigualables condiciones para comprobar todos los extremos pertinentes (arts. 32 a 34 LDC), la práctica comparada muestra la renuencia de los distribuidores a presentar denuncias e incluso a colaborar en los expedientes de defensa de la competencia instruidos de oficio, por miedo a la pérdida de los pedidos como represalia de quien puede ostentar una posición de dominio que quizá utilice abusivamente en su provecho. Con todo, es justo reconocer que existen ejemplos en Derecho comparado donde la legislación *antitrust* ha suministrado remedio suficiente para corregir los efectos indeseables de este tipo de prácticas (en Alemania, por ejemplo) y es igualmente cierto que alguien más optimista, o más respetuoso del libre juego de las fuerzas del mercado hubiera confiado en el efecto mágico de la «mano invisible». Un cínico liberal tiene a su disposición un reproche fácil: el *lobby* del pequeño comercio podría haber actuado constituyendo asociaciones legitimadas para defender sus intereses ante los tribunales sin necesidad de atacar el principio sacrosanto de libertad de empresa (vid. contra: la arriba citada resolución del TDC).

En definitiva: la norma trata de «desactivar» algunos de los peligros inherentes a la situación de dominio relativo en el mercado, al objeto de hacer innecesario el funcionamiento de las normas de defensa de la competencia. La empresa dominante no puede actuar libremente en cuestiones relativas al aplazamiento de pago a sus proveedores porque quedan sustraídas en parte a su libre determinación (e imposición a la dominada) y al principio de autonomía de la voluntad. En caso de actuación contraria, la

violación de la norma puede constituir un ilícito civil/mercantil, sin perjuicio de que pueda además constituir un ilícito administrativo sancionable [cfr. art. 65.1.f) y g) de la Ley]; un ilícito concurrencial o constitutivo de competencia desleal. En particular: la violación de la Ley de Comercio podría encontrar encaje en el tipo contenido en el artículo 15.2 de la LCD («violación de normas»): *«Tendrá también la consideración de competencia desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial»*.

El aplazamiento de pagos puede ser enjuiciado indistinta y cumulativamente por los órganos de la jurisdicción civil ordinaria (ejercicio de pretensiones que se fundan en la Ley de Competencia Desleal o en esta misma Ley de Comercio) y por el Tribunal de Defensa de la Competencia (el TDC ha afirmado resueltamente su competencia para conocer de las prácticas del art. 7 LDC sin necesidad de esperar un previo pronunciamiento de los Tribunales civiles) con facultad de dictar resolución con el contenido del artículo 46.2 LDC. También podrá actuar la Administración para imponer las correspondientes sanciones por violación de la Ley de Comercio, pero en este caso debe tenerse en cuenta el artículo 63.2 de la Ley, que ordena que la incoación de expediente por infracción de las normas de defensa de la competencia suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador que hubiera sido incoado por los mismos hechos y, en su caso, la eficacia de las resoluciones sancionadoras.

V. ÁMBITO SUBJETIVO

1. El supuesto de hecho preferentemente contemplado por la norma: la adquisición por los comerciantes mayoristas (grandes superficies) y las realizadas o intermediadas por las «centrales de compra»

El supuesto de hecho «problemático» es el de las adquisiciones realizadas por grandes superficies y centrales de compra, «cualquiera que sea su naturaleza jurídica» (Disp. Ad. Cuarta). Lo cierto, sin embargo, es que en su afán de respetar la generalidad del precepto, éste abarca toda suerte de adquisiciones por comerciantes (rúbrica, por cierto del capítulo).

Paradójicamente (se entiende: para una Ley cuyo objeto «principal» —*vid.* art. 1.1— es el de regular el comercio minorista y en cuyo primer artículo se define éste) las adquisiciones que merecen la preocupación del legislador son las realizadas por el gran distribuidor o central de compra. El legislador interviene en todo caso. Incluso allí donde no parece, *a priori*, necesario restablecer el equilibrio patrimonial; incluso en las relaciones entre empresas que no están en situación de dominio/dependencia. Peca,

pues, por exceso en su propósito tuitivo. La compraventa a crédito por cualquier comerciante minorista cae dentro del ámbito de la Ley aunque, como es lógico, en igualdad de condiciones entre comerciante adquirente y suministrador o proveedor la normativa carezca de todo interés práctico porque las partes se ajustarán «espontáneamente» a ella en sus relaciones comerciales (los plazos y condiciones del art. 17.2 y 3 de la Ley vienen a reproducir los que serían habituales de no existir la posición de dominio). Por contra, alguna de sus disposiciones puede resultar odiosa cuando no existe esa relación de dominio: el interés de demora, por ejemplo, del artículo 17.4 constituye una penalización exorbitante de la pequeña empresa (una consecuencia poco compatible con el deseo de proteger a ésta que nutre la ley).

2. EL ADQUIRENTE

Los compradores son definidos como «comerciantes». Se plantea entonces la duda de si por comerciante hay que entender todo empresario (conforme a la interpretación «moderna» del término «comerciante» del art. 1 del CCom.) o debería reservarse el concepto «comerciante» a los que se dedican al *comercio strictu sensu* (sector económico de la distribución tanto como minoristas o mayoristas) por exclusión de los empresarios de la industria o del sector servicios (hay que recordar que el precepto se incardina —mal— en una Ley de Comercio y no en una Ley de Industria, por ejemplo).

La experiencia de legislación francesa nos muestra el peligro de los textos restrictivos (la Ordenanza de 1986 por comparación con la Ley de 1992): si sólo se incluyen los que compran para revender en el mismo estado, se escapa toda la actividad industrial y transformadora. La cuestión no es desde luego baladí, toda vez que un fabricante, por ejemplo, puede necesitar para su proceso productivo de ciertas mercaderías que adquiera de alguien con quien se encuentra en posición de dominio relativo en el mercado (es el caso típico de los fabricantes de automóviles respecto de los suministradores de piezas o mecanismos; una gran industria conservera respecto de los productos agro-alimentarios, etc...). Piénsese que el problema de los aplazamientos de pago se presenta en un momento económico en que se trastornan las habituales relaciones entre la Industria y el Comercio (dependencia de la primera respecto al segundo).

Entiendo es forzoso acudir a la *ratio* del precepto —principal canon *hermeneútico ex art. 3* del Código Civil— y admitir que incluso las adquisiciones de mercaderías para su utilización en el proceso de producción están incluidas en el ámbito del precepto. En igual sentido en la Ley

francesa de 31 de diciembre de 1992, relativa a los pagos aplazados entre las empresas que indistintamente considera el pago debido por productor, revendedor o prestatario de servicios («*producteur, revendeur ou prestataire de services*»). Con todo, nos es forzoso denunciar otra vez la defectuosa técnica de la Ley —ahora se peca por defecto— que nos fuerza a defender una discutible interpretación «correctora» del precepto (la analogía no sería posible en una norma excepcional por contraria a la libertad contractual) para salvar su espíritu.

3. EL PROVEEDOR

El vendedor es calificado de «proveedor». Típicamente —dado el ámbito de aplicación de la Ley— se trataría del comerciante minorista. Sin embargo, no se exige que el vendedor tenga el estatuto de comerciante y parece (por razones análogas a las arriba expuestas) que deban incluirse las ventas realizadas por artesanos o productores en general (típicamente de productos agro-alimentarios aunque también de productos industriales).

VI. ÁMBITO OBJETIVO. OPERACIONES INCLUIDAS

Del tenor literal del precepto se sigue que las operaciones contempladas son las *compraventas*, típicamente las *compraventas mercantiles* (cfr. art. 325 del CCom.: «*Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa*»). No obstante, dado el ámbito de aplicación del precepto, según arriba se expone, es posible que marginalmente queden incluidas algunas compraventas que se rigen por la Ley civil (cfr. 326 del CCom.; por ejemplo, las realizadas por agricultores o ganaderos de sus productos a los distribuidores). Obviamente, el contrato se regirá por la Ley civil o mercantil aplicable (lo que dice innecesariamente el art. 16 de la Ley) y la legislación de Defensa de los Consumidores y Usuarios con las solas excepciones de lo que aquí se prevé. Así pues: todo lo relativo a la doctrina del riesgo (quién y desde cuándo soporta el perecimiento fortuito de la cosa vendida), saneamiento (responsabilidad por vicios o por evicción) eficacia y contenido del contrato de compraventa se regirá por lo allí establecido, además de lo previsto en esta Ley (vid. sobre el derecho de desistimiento el art. 10; sobre la garantía y servicio postventa el art. 12, etc...).

Quedan fuera del precepto las *ventas con pago al contado* (o anticipado) del precio. El objeto del precepto es la regulación de las compras de mer-

cadenas con precio aplazado con una finalidad tuitiva inversa a la de la legislación de ventas a plazos (allí la «parte débil» es el vendedor proveedor y aquí el comprador consumidor).

En cuanto a las primeras —ventas con precio al contado— el artículo 17.1 de la Ley contiene una perfectamente *superflua* presunción legal de simultaneidad en las prestaciones recíprocas (pago del precio por el comprador-entrega de la mercancía por el vendedor): «*A falta de pacto expreso, se entenderá que los comerciantes deben efectuar el pago del precio de las mercancías que compran el mismo día de su recepción*». Una regla tal es innecesaria porque no dice otra cosa que lo que ya se establece en la legislación común (cfr. art. 339 CCom. y art. 1.500 CC). Es por lo demás regla universal en sede de obligaciones sinalagmáticas (vid., por ejemplo, el art. 58.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías). Por supuesto: la obligación del comprador de pagar el precio no enerva su derecho de rehusar con justa causa el recibo de las mercaderías adquiridas (cfr. art. 332 CCom.) ni el de reclamar por vicios internos (art. 342 CCom.) o de desistir del contrato (cfr. art. 10 de la Ley).

La Ley cubre tanto las ventas «*simples*» como las otras modalidades de venta: la venta que incorpora la facultad de usar o probar el bien objeto de oferta antes de tomar una decisión sobre su adquisición definitiva (el mal llamado «derecho de desistimiento» del artículo 10 de la Ley y que aparece también en el artículo 44 de la Ley para las ventas a distancia) o las «ventas a ensayo o prueba» y las «ventas *ad gustum*» que se contemplan en el artículo 328 del Código de Comercio (reguladoras de auténticos derechos de rescisión). Entiendo que también se incluirán las modalidades contractuales atípicas de la misma familia que el contrato típico de compraventa: el contrato de suministro y el contrato estimatorio (mal conocida como «venta-depósito»). En cuanto a las modalidades de venta y ventas especiales incluidas en la presente Ley (ventas en rebajas, ventas de promoción, ventas de saldo, ventas en liquidación, con obsequios, etc...) se trata de operaciones realizadas por el comerciante minorista con el consumidor final y por tanto normalmente no son aplicables a las adquisiciones del comerciante contempladas en los artículos que comentamos.

Rige aquí el principio de irrelevancia de la denominación que las partes hayan querido dar al contrato siempre que se produzca el efecto de la adquisición definitiva de la mercancía (cfr. art. 17.5 Ley). Lo que ocurre es que, tratándose de las llamadas «entregas en depósito» (típicas del contrato estimatorio: sólo se adquieren las efectivamente vendidas con derecho a devolver las mercancías no vendidas o caducadas en cierto plazo y condiciones); las entregas para el examen del género con facultad de decidir sobre la ulterior adquisición (vid. art. 10 Ley) o en méritos de otro título

distinto del de compraventa, la adquisición definitiva de la propiedad es posterior a la entrega anticipada («aquella en que la entrega efectivamente se haya producido») y por lo tanto habría que contar los plazos desde el momento de perfección de la adquisición del dominio sobre la mercancía y no desde la primera entrega. Esto provoca un efecto indeseable, tratándose de bienes consumibles, precisamente en el sector más necesitado de protección (en la Ley de plazos francesa cuenta con plazos más breves de pago en atención a la caducidad del producto mismo y a la mayor rotación de los *stocks*) y para ello se dicta el artículo 17.5 de la Ley. En ese caso —bienes consumibles— los plazos de pago a los efectos de este artículo se cuentan desde la entrega efectiva, aunque no implicare en su momento adquisición definitiva.

Resta por saber qué se quiere decir por «bienes consumibles». En efecto de una normativa tan escrupulosamente precisa y minuciosa como es la contenida en la legislación francesa, forzoso es acudir a las reglas generales y al artículo 337 del Código Civil.

Quedan fuera las compraventas *que no son de mercaderías como son las de bienes inmuebles, bienes muebles registrables* (buques, aeronaves, maquinaria industrial) o *derechos incorporales* tales como valores (acciones u obligaciones...), derechos de participación social, derechos de propiedad industrial o intelectual, derechos de traspaso o *arrendaticios* en general, etc... Es por lo demás sabido que en estas operaciones el cobro del precio aplazado se suele garantizar de otro modo: hipoteca *mobiliaria* o inmobiliaria, prenda, condición resolutoria expresa, reserva de dominio, etc..., en operaciones normalmente instrumentadas en escritura pública o póliza intervenida por corredor. La Ley de Comercio no se aplica a *las ventas de bienes muebles a plazo* (realizadas por comerciante a consumidor final) y que se rigen por su Ley reguladora (vid. en igual sentido el art. 36.2 de la Ley).

¿*Quid* de los *contratos entre empresarios distintos del de compraventa*? De especial interés son los contratos de servicios y el contrato de obras. Y es que los problemas que trata de resolver la Ley se presentan con similar intensidad en este ámbito (piénsese en la relación entre contratistas y subcontratistas o en las obras encargadas y recibidas parcialmente por empresas en posición *dominante*...).

La extrapolación de nuestros preceptos a supuestos distintos de la venta de mercaderías es muy discutible por entrañar la aplicación analógica de una norma excepcional por contraria a la libertad contractual (cfr. art. 4.2 del CC).

Téngase además presente: 1. La severa restricción del ámbito de aplicación de la Ley si se compara el actual artículo 1 con lo que se disponía en la originaria proposición de Ley de Ordenación de Comercio presentada por CiU (la actividad comercial se definía como «la realizada con ánimo de

lucro consistente en la oferta o en cualquier forma de venta, permuta, arrendamiento o transmisión de derechos de cualquier tipo sobre mercancías o productos, naturales o elaborados, para su posterior consumo o incorporación a un proceso de producción, y asimismo la prestación en el mercado de servicios de carácter final y la intermediación en estas actividades», y 2. Que cuando la Ley quiere que ciertos artículos de ella se apliquen a los contratos de servicios, así se dice expresamente (vid. Disp. Ad. Primera que aplica a los contratos de servicios a distancia las normas contenidas en los arts. 38 a 48 de la Ley).

Con todo, esa inaplicabilidad de la normativa a la prestación de servicios y a otros contratos: a) Entraña una severa desigualdad de trato de todo punto injustificable (piénsese, por citar un solo ejemplo, en los servicios de restauración realizados por profesionales y cuyo coste se incorpora a las antigüedades vendidas por un gran distribuidor), y b) Sigue una línea restrictiva contraria a la del Derecho en que preferentemente se inspira (en la Ley de plazos francesa el ámbito se ha ampliado generosamente).

Tratándose de *contratos públicos* el problema de aplazamiento de pagos es tan frecuente y grave como en los contratos privados. La Comisión de la CEE incorporó a unos y a otros en la misma recomendación de mayo de 1995. En nuestro Derecho existe un régimen especial contenido en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Vid. el régimen específico de los contratos de obras (arts. 120 y ss.); gestión de servicios públicos (art. 155 y ss.); suministro (arts. 172 y ss.); **consultoría**, asistencia y otros (arts. 197 y ss). Tratándose de suministros a las Administraciones Públicas, vid. sobre el pago del precio, los artículos 187 y 188 LCAP.

Para todos los contratos públicos es fundamental el nuevo artículo 100 LCAP en sede de pago del precio. El artículo 100.4 reza: «*La Administración tendrá obligación de abonar el precio dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acreditan la realización total o parcial del contrato (...), y si se demorase deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de dos meses, el interés legal del dinero incrementado en un 1,5 puntos de las cantidades adeudadas*». Si la demora fuere superior a cuatro o a ocho meses, el contratista tendrá derecho a suspender o a resolver el contrato respectivamente (apartados 5 y 6 del art. 100 LCAP).

Quedan fuera de esta ley y sujetos, en su caso, a la nuestra, los contratos de entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de la Administración cuando no se den las circunstancias previstas en el artículo 1.3 de la Ley (v.gr., las entidades de derecho pú-

blico creadas para satisfacer fines de carácter exclusivamente industrial o mercantil) y desde luego todas las empresas públicas (entidades de Derecho privado bajo forma generalmente societaria, participadas **mayoritaria** o totalmente por el Estado o las Administraciones Públicas).

Es muy discutible la aplicación del artículo 17 de la Ley a las *operaciones de comercio exterior* (importaciones y exportaciones por comerciantes españoles). En la proposición de Ley originaria parecía quererse restringir el ámbito de aplicación a la actividad comercial interior (así se precisaba en la breve exposición de motivos y se deducía del contexto de la regulación). Nada se dice ahora en la regulación de plazos, aunque ciertos artículos de la Ley (*vid.*, por ejemplo, el **art. 12** a propósito de la garantía y servicio postventa) se refieren a este tipo de operaciones.

Es posible defender: *a)* Que la Ley de plazos es una norma de policía o sancionadora que se aplica a todo tipo de operaciones comerciales realizadas en España (aplicación territorial del Derecho «público» que ordena el Código Civil en su **art. 8.1** del CC) con independencia de la ley aplicable al fondo. En este caso resta el problema de determinar cuándo la operación se entiende realizada en España, o alternatively; *b)* Que se trata de una Ley de orden sustantivo y materia que atañe a la Ley aplicable al fondo (contrato de compraventa); Ley que se determina por la correspondiente regla **conflictual** de Derecho Internacional Privado (*vid.* **art. 10.5** del CC).

La primera es la tesis seguida por el ordenamiento francés en la Nota interpretativa de la Ley de 1992: («Le texte ne **permet** pas d'y soumettre les acheteurs situés a l'**étranger**»). Esa es solución conforme con la verdadera naturaleza de la Ley de plazos del país vecino que es norma sustancialmente sancionadora y de carácter preferentemente administrativo. No es la aquí propugnada.

Como hemos defendido anteriormente, nuestro artículo 17 es norma de Derecho material (no en vano modifica con eficacia derogatoria el CCom. y el Civil en lo que proceda) y por tanto forma parte de la Ley aplicable al fondo. Se dirá entonces que el comprador con posición dominante podrá huir de la reglamentación protectora de los proveedores imponiendo otra Ley del Contrato (dado el amplio juego que permite la regla conflictual aplicable a las obligaciones). Pero si esto es así (singularmente cuando un proveedor español exporta a un gran distribuidor extranjero que impone la sujeción a la Ley extranjera) podría resistirse la inaplicación de nuestra Ley de plazos por defensa del orden público del foro *ex* artículo 12.3 del Código Civil. Desde luego es difícil imaginar cómo las autoridades españolas podrán imponer sanciones a los distribuidores extranjeros porque ello entrañaría una aplicación extraterritorial del Derecho **sancionador**.

VIL CUESTIONES DE DOCUMENTACIÓN (ALBARÁN Y FACTURA)

Por supuesto que en materia de forma rige el principio de libertad de forma de Derecho común (civil y mercantil): artículo 1.278 y ss. del Código Civil, y 50 del Código de Comercio. De manera otra vez absolutamente innecesaria, así se recuerda en el artículo 11 de esta Ley.

La norma entra a regular las cuestiones de documentación de la entrega (contenido propio del documento que en el tráfico se denomina **albarán**, recibo de entrega o similar) y la factura emitida por el proveedor a los efectos de facilitar la prueba y permitir el juego de la protección diseñada en favor de este último por el legislador.

Efectivamente: dado que es fundamental determinar el *dies a quo* (momento inicial del cómputo de los plazos) y éste en línea de principio coincide con el de la entrega y recepción de la mercancía (incluso tratándose de bienes consumibles cuando la entrega fuese a título distinto del de compraventa *ex art.* 17.5 de la Ley) es garantía —como medio de prueba— del derecho del proveedor, el documento expedido por su adquirente (a través del correspondiente apoderado, factor, mancebo o quien tenga facultades bastantes) en el que consta la operación de entrega y recepción (cuando no existe el rehusé con justa causa) y la fecha. Téngase presente el artículo 295 del Código de Comercio sobre los mancebos encargados por el principal para la recepción de mercaderías: surtirá su recepción los mismos efectos que si la hubiere hecho el principal.

Por usos del tráfico, el albarán es sellado y firmado por la entidad receptora y se emite en duplicado (un ejemplar o copia conserva la emisora). El artículo 17.2.º1 es otra vez perfectamente **superfluo** por limitarse a recoger un uso habitual (fuente de Derecho Mercantil *ex art.* 2 CCom).

Evidentemente, es posible el rehusé *ex artículo* 332 del Código de Comercio (en cuyo caso no se firmará el albarán) y la manifestación de reparos sobre cantidad o calidad (cfr. art. 295 del CCom). La recepción documentada debidamente no es óbice al ejercicio de las acciones correspondientes por defectos en la calidad o cantidad de mercaderías enfardadas o embaladas *ex artículo* 336 del Código de Comercio o por vicios internos *ex artículo* 342 del Código de Comercio. Y desde luego no obsta el eventual derecho de desistimiento si existiere (art. 10 de la Ley) y a la garantía y servicio postventa (art. 12 de la Ley).

El comerciante que no deja constancia documental de la fecha de entrega de las mercancías o falsea ese dato comete un ilícito tipificado en el artículo 65.1.g) de la Ley.

El proveedor expedirá la correspondiente factura, que a ello le obliga la Ley fiscal (la norma reglamentaria sobre facturas se encuentra en el

«decreto de facturas»: Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre, por el que se regula el deber de expedir facturas que incumbe a los empresarios y profesionales, modificado por el Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre, en su art. 3 y por el Real Decreto 267/1995, de 24 de febrero, también en su art. 3). Como es sabido, la Ley fiscal consagra la regla de «factura por operación», lo que supone tantas facturas como entregas. La factura debe respetar el contenido mínimo legal, emitirse por duplicado, debidamente seriada y en el plazo hábil (en el mismo momento de entrega o cuando el destinatario sea empresario o profesional dentro del plazo de treinta días *ex art. 6 del Decreto de facturas y art. 17.3 de la Ley*).

Las cuestiones de facturación y su minucia no son objeto de examen aquí. Baste saber que la Ley ordena a efectos sustantivos que se incorpore a la factura la indicación completa de la parte aplazada del precio con indicación «del día del calendario en que debe producirse el pago» (art. 17.2 *in fine* de la Ley).

Si el proveedor no emite la correspondiente factura o la emite defectuosamente, estará sujeto a las sanciones tributarias sin perjuicio de la posible rectificación prevista en el Decreto de facturas. A nuestros efectos es oportuno señalar que si la factura no ha sido debidamente enviada con carácter previo, el comerciante adquirente no puede ser obligado a emitir o a aceptar con carácter previo el documento que lleva aparejada acción cambiaria a que se refiere el artículo 17.3 de la Ley. Obsérvese que el plazo máximo de treinta días para emitir o aceptar el documento cambiario coincide con el plazo máximo de emitir facturas según la ley fiscal.

VIII. «GARANTÍAS LEGALES» DE COBRO DEL PRECIO APLAZADO

Los párrafos 3.º y 4.º del artículo 17 contienen el núcleo fundamental de la regulación. El propósito de ambos preceptos es establecer mecanismos de «garantía» del cobro del precio por el proveedor en el plazo convenido. Entiéndese que no se trata de «garantías» *strictu sensu* sino de estímulos legales del pronto pago que tratan de arbitrar solución a dos problemas: a) La fijación de plazos convencionales de pago excesivamente dilatados, y b) La mora del adquirente deudor.

La Ley penaliza todo pago extemporáneo: tanto el pago en virtud de cláusula contractual de aplazamiento de pago superior al legal (de sesenta y ciento veinte días: art. 17.3) como la mora del deudor (impago en el plazo convenido). Si nada se pacta sobre el aplazamiento pero no se paga al contado contra entrega de mercancía se entiende que el pago del precio

deberá producirse dentro del plazo legal «normal» de sesenta días (cfr. art. 17.4 de la Ley *a contrario*).

A diferencia de lo que ocurre con la Legislación francesa, nuestra Ley establece un único plazo para todo tipo de productos, lo que es de aplaudir: el **escalonamiento** según categorías de productos con plazo más breve en los productos perecederos introduce en la norma no pocas complicaciones y resulta en exceso arbitrario. Su superación no convierte *per se* el pago en ilícito (**sancionable** administrativa o civilmente) toda vez que son lícitos (con condiciones) plazos convencionales superiores a sesenta días.

La Ley ha fijado un plazo que podemos considerar «normal», entiéndase: «tolerable» o conforme a los usos del tráfico y a la verdadera causa del crédito comercial. Dicho plazo fue sugerido por el Informe de la Ponencia. Los estudios de mercado —**recogidos** en el documento de trabajo de la Comisión antes **citado**— revelan para Francia, España y Grecia unos plazos de pagos indicativos considerados como «normales» entre treinta y noventa días (frente a los plazos inferiores a treinta días de Alemania, Holanda o Gran Bretaña, o los plazos «normales» inferiores a sesenta días de Bélgica y Portugal; Italia, Luxemburgo e Irlanda toleran plazos superiores). Los plazos de pago «efectivo» (incluida la demora respecto al pactado) son cosa muy diversa (vid. *infra*).

En el caso de que se pactare un aplazamiento que exceda los sesenta días (la Ley, relativamente respetuosa con el principio de autonomía de la voluntad, no lo prohíbe), se imponen al **adquirente** medidas que refuerzan la posición del proveedor y le garantizan el cobro. Se entiende que en caso de un plazo contractual superior al «razonable» el proveedor soporta un riesgo «injustificado» (por razones estrictamente extra-comerciales) y no suficientemente retribuido (el proveedor no suele trasladar los costes a su cliente). A tal fin se distinguen dos tramos: el que va de los sesenta a los ciento veinte días; y el tramo superior a ciento veinte días.

Si se acuerda un aplazamiento de pago que exceda de los sesenta días «normales» (a contar desde el *dies a quo*: la fecha de entrega y recepción que debe constar en el albarán) el pago deberá instrumentarse en documento mercantil que lleve aparejada acción **cambiaria**: una letra de cambio o un pagaré ex artículo 18.3 de la Ley en relación a los artículos 49 y ss. de la Ley 19/1985, de 16 de julio, **Cambiaria** y del Cheque. El cheque es siempre pagadero a la vista y se utiliza para pagos al contado. Entiendo que si excepcional y potestativamente para el adquirente la operación se instrumenta en escritura pública o en póliza con garantía real o similar —**como** cuando median aval **bancario** o **seguro**— quedan cumplidos los mínimos de la Ley.

La ventaja de la instrumentación cambial es que así se estimula la efectividad del cobro por mecanismo procesal —y también **penalmente**—

y se permite, de paso, al proveedor el descuento de los efectos entregados por el adquirente por las entidades de crédito. La Ley muestra otra vez más su desconfianza hacia el mercado, aunque es justo reconocer que las operaciones de «factoring» pueden resultarle al proveedor excesivamente gravosas: estas entidades financieras obtienen una retribución por sus servicios muy superior al tipo de descuento de efectos comerciales. La letra o el pagaré indicarán por vencimiento una fecha de pago —el día preciso del calendario— que coincidirá con la indicada en la factura (cfr. art. 17.2 de la Ley).

Cuando se dice que el efecto debe ser «emitido o aceptado por el adquirente» se está pensando en la aceptación de la letra y en la firma del pagaré respectivamente: *ex* artículo 97.1 de la Ley cambiaria, «*el firmante de un pagaré queda obligado de igual manera que el aceptante de una letra de cambio*». Entiendo que puede admitirse la emisión o aceptación (o aval) por tercero (v.gr., la sociedad dominante de la adquirente) cuando mejora la posición de cobro (mayor solvencia de la obligada cambiaria, por ejemplo) del proveedor.

En todo caso: el proveedor tiene derecho a exigir la entrega del efecto de comercio en el plazo de treinta días y siempre que él haya expedido debidamente la factura. Como es sabido, la entrega del efecto no produce los efectos del pago (se produce «salvo buen fin» *ex* art. 1.170 CC). Si el proveedor se negare a entregar la letra o el pagaré, además de incurrir en un ilícito civil resulta sancionable administrativamente por el tipo del artículo 65.1.f) de la Ley.

Permítasenos dudar de la efectividad de la medida: es de sospechar que en muchos casos el proveedor no se atreva a denunciar ni a exigir a su cliente el pago mediante efectos de comercio por miedo a represalias (sobre todo si otros proveedores se conforman). En todo caso, si el cliente es dudosamente solvente, mal descuento obtendrá de la entidad de crédito.

Por fin, todavía resta la posibilidad de aplazamientos «extraordinarios» (superiores a ciento veinte días). El riesgo asumido por el proveedor se reputa excesivo, de suerte que no bastan los mecanismos antes mencionados de protección. En ese caso será necesario —léase: «el vendedor podrá exigir»— que los aplazamientos queden garantizados mediante aval bancario (entiéndase: prestado por entidad de crédito autorizada, no sólo los bancos) o seguro de crédito o caución (cfr. art. 17.3 *in fine*). Es sabido que esos mecanismos son alternativos al pago al contado —generalmente de cantidades en concepto de fianza— en muchos ámbitos del Derecho como en el procedimiento económico; contratos públicos (vid. art. 36 LCAP)... y hasta en el Derecho de sociedades [arts. 166, 243 LSA; art. 29.2.d) LSRL].

Resta considerar la posible —y **frecuentísima**— mora de la entidad **adquirente**. Todos los estudios de mercado manejados señalan a España y Francia como los países de nuestro entorno con más demora en el pago «efectivo», produciéndose severas desviaciones respecto a los plazos convencionales, ya de por sí bastante dilatados. El incumplimiento en tiempo por los proveedores permite a éstos alargar la disponibilidad de las sumas anticipadas por sus proveedores y repercute en unos costes importantes para el cliente (de todo tipo: de gestión, salariales, financieros). El mal funcionamiento de la Justicia permite que las empresas distribuidoras paguen mal... y normalmente no abonen los intereses de demora. El legislador ha seguido aquí, otra vez, la inspiración francesa acudiendo al mecanismo de las cláusulas penales por mora.

Se define la mora como el impago del precio en el plazo pactado, cualquiera que sea el aplazamiento considerado: el «normal», el «medio» o el «extraordinario» del artículo 17.4. La mora se produce automáticamente —**conforme** al principio *dies interpellat pro homine*— sin necesidad de previo requerimiento o «intimación» (y contra la regla establecida en el art. 1.100 para las «obligaciones civiles»). Así resulta del artículo 17.4 de la Ley en su primer inciso: «*En cualquier caso se producirá el devengo de intereses moratorios en forma automática a partir del día siguiente al señalado para el pago o, en defecto de pacto, a aquél en el cual debiera efectuarse de acuerdo con lo establecido en el apartado 1*». Otra vez la previsión es **superflua** (salvo para las marginales compraventas civiles incluidas en el precepto) toda vez que esa misma regla se sigue con toda claridad del artículo 63.1 del Código de Comercio.

La consecuencia fundamental de la mora del deudor es la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 1.101 CC). Pero si la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, «*la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio en el interés legal*» (art. 1.108 CC). En igual sentido, el artículo 341 del Código de Comercio: «*La demora en el pago del precio de la cosa comprada constituirá al comprador en la obligación de pagar el interés legal de la cantidad que adeude al vendedor*».

A falta de un interés moratorio pactado, siempre que sea superior al legal —**algo harto improbable**—, la Ley de Comercio trata de estimular el pago del precio mediante la penalización del interés moratorio respecto al del Código Civil: «*el tipo aplicable para determinar la cuantía de los intereses será un cincuenta por ciento superior al señalado para el interés legal*». O lo que es lo mismo: el resultante de multiplicar al legal por el coeficiente 1,5 (art. 17.4 inciso final).

Con este interés legal penalizado se trata de disuadir al adquirente: difícilmente encontrará una colocación a corto de las disponibilidades líquidas retenidas y no pagadas por un tipo de interés que le compense el moratorio. Desgraciadamente no cabe que la letra o el pagaré contengan la estipulación del devengo de intereses porque la letra no es pagadera a la vista o a un plazo desde la vista (art. 6.1 de la Ley cambiaria y del cheque).

Permítasenos otra vez dudar de la efectividad de la medida. El problema del pago en tiempo seguirá presentándose mientras exista un retraso crónico en la Administración de Justicia. El cliente preferirá cobrar antes, aunque sin intereses *moratorios*, que enfrentarse en un largo pleito con su cliente, sobre todo si éste ostenta una posición dominante.

IX. EXAMEN DE LAS DISPOSICIONES ADICIONALES TERCERA Y CUARTA DE LA LEY

Las Disposiciones Adicionales de la Ley tercera y cuarta deben leerse en relación con los artículos 16 y 17 de la misma. Son resultado inmediato de varias de las Recomendaciones de la Ponencia del Congreso sobre aplazamientos de pagos a proveedores a la que entonces tuvimos ocasión de referirnos.

En esos dos artículos se suscitan diversos problemas relacionados con el tema que nos ocupa, que merecen estudiarse separadamente.

1. LA POSIBLE UTILIZACIÓN ABUSIVA DEL CRÉDITO A PROVEEDORES POR LAS ENTIDADES DISTRIBUIDORAS Y CENTRALES DE COMPRA. LA PRESUNTA «ACTIVIDAD CREDITICIA» DE ESTAS ENTIDADES

El crédito comercial permite al comerciante financiar la adquisición de su activo circulante de las mercancías que luego pondrá a disposición de sus clientes. Conviniendo con sus proveedores aplazamientos de pago, el empresario puede renovar su *stock* de mercancías sin necesidad de disponer para ello de liquidez y sin necesidad de acudir a la financiación empresarial a corto plazo (comparativamente muy onerosa cuando posible). Con arreglo a la lógica económico-jurídica de la operación, el crédito comercial será reintegrado por el adquirente cuando éste obtiene liquidez con la venta de las mercancías a sus clientes. En buena lógica, la demanda de crédito comercial depende de la rotación de los *stocks*.

Sin embargo, la realidad a veces nos muestra una profunda desviación respecto al modelo descrito. Las entidades en situación de poder relativo de demanda en el mercado pueden sentirse tentadas a prolongar el plazo de

pago más allá de lo exigido para la recuperación de la inversión. Una vez vendidas las mercancías cuya adquisición se financia (existe una gran rotación de los *stocks* y el precio se suele satisfacer al contado o a muy corto plazo) los comerciantes distribuidores pueden sentirse tentados a demorar el pago del precio a sus proveedores, incluso más allá del período de aplazamiento convenido, con el objeto de disponer de liquidez. Los estudios demuestran que las grandes superficies operan *de facto* en ocasiones como inversores a corto plazo en los mercados financieros y de capitales: en su cuenta de resultados aparece una partida de ingresos financieros proporcionalmente significativa. Captan liquidez («pasivo») de sus proveedores para invertirla en operaciones financieras. Realizan una actividad en algún modo análoga a la crediticia de intermediación financiera escapando a los controles de supervisión específica de las entidades de crédito (o del mercado de valores) —por el Banco de España (o la Comisión Nacional del Mercado de Valores)— sin necesidad de cumplir con la rigurosa disciplina que conforma su régimen particular (en materia contable, de recursos propios y demás coeficientes), etc... De esta suerte: incurren en riesgos de insolvencia en peligro de sus proveedores y de la economía en general: las inversiones se realizan por agentes no profesionales y sin necesidad de observar las normas de prudencia inherentes a la normativa de recursos propios, concentración de riesgos, etc... Podría argumentarse que las entidades de distribución practican una competencia desleal a las financieras, dado que por la presunta infracción de normas obtienen ventajas sustantivas competitivas sobre las entidades de crédito.

Algún autor ha pretendido que tal actividad financiera de los empresarios de distribución violaría la «reserva» material de objeto social que la legislación de entidades de crédito establece en favor de las entidades financieras sujetas a su régimen de supervisión especial (tanto para las de ámbito operativo pleno como las de limitado). La propia Ley de Comercio se muestra celosa de la competencia propia de los comerciantes: vid. el artículo 8.2 que prohíbe a las entidades de crédito la realización de actividades de exposición y venta de mercancías.

Para quienes esto sostienen, la actividad financiera desplegada por los comerciantes, tal y como se ha descrito antes, es la propia —y típica— de las entidades de crédito definidas en el artículo 1 del RDL 1298/1986, en la redacción dada por el artículo 39.3 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito (y en igual sentido la Directiva 77/780, de 12 de diciembre de la CEE). Por el artículo 28.2.b) LDIEC queda reservada a aquéllas toda actividad consistente «*en la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que no estén sujetas a las normas de ordenación y disciplina del*

mercado de valores». La actividad **bancaria** o crediticia «de hecho» se sanciona con multa (art. 29 LDIEC) y con la nulidad de pleno derecho de toda inscripción en el Registro Mercantil (art. 30 LDIEC); todo ello sin perjuicio de las correspondientes sanciones en el orden civil o penal (delito de estafa, por ejemplo).

En mi opinión esta tesis no es sostenible: aunque la actividad financiera pueda ser calificada de «habitual» difícilmente constituirá una captación pública de recursos financieros (no creo que exista una verdadera «oferta pública») en forma análoga a la del pasivo bancario, merced a los depósitos o préstamos que reciben las entidades de crédito de sus clientes. Lo que existe, en su caso, es una utilización abusiva del instrumento, que eventualmente puede traducirse en una desviación causal (entre el fin típico y aparentemente querido y el propósito económico perseguido, al menos por el comerciante y consentido por su proveedor). Puede incluso que exista un negocio simulado, al menos parcialmente: la causa aparente (la concesión de crédito comercial) encubre la disimulada (concesión de un crédito financiero además del comercial, siendo el primero **virtualmente** gratuito).

2. LA MALA GESTIÓN FINANCIERA Y EL RIESGO DE INSOLVENCIA DE LAS ENTIDADES DISTRIBUIDORAS

Precisamente por la mala utilización del crédito comercial incurren las entidades distribuidoras en considerables riesgos de insolvencia, no sólo por causa de una mala inversión de los recursos en activos a corto plazo (una mala inversión especulativa en los mercados de capitales o financieros o un cambio sustancial en las circunstancias del mercado... pueden causar estragos en un patrimonio dependiente de esas fuentes «atípicas» de financiación) sino también, y fundamentalmente, por el empleo de esos recursos financieros a corto plazo pero renovables periódicamente en inversiones estructurales y para el proceso de crecimiento empresarial. Los fondos propios apenas son suficientes para cubrir el inmovilizado material que es en buena parte financiado contra toda lógica contable y financiera con pasivo a corto plazo, lo que contrasta con los elevados índices que arroja el *ratio* de débitos a proveedores a corto plazo/inmovilizado material. Ese riesgo repercute en los proveedores, terceros (los bancos que descuentan los efectos, por ejemplo) y en la economía en general (por el efecto de onda expansiva que produciría «hacia atrás» la insolvencia del comerciante sobre sus proveedores).

Como la actividad no es la propia de las entidades de crédito, no puede pretenderse que la actuación se sujete a la disciplina de coeficientes, recursos propios, etc... Tampoco han prosperado en la nueva Ley las sugerencias

de algún sector favorable a la imposición a las grandes superficies de similares deberes de solvencia (suficiencia de recursos propios) que los que imperan en la legislación especial. Esto último con buen criterio: no parece existan suficientes razones de orden público económico que justifiquen tan severa intervención en la libertad de empresa (no está en juego la seguridad de los depositantes y del orden público monetario).

Quizá hubiera sido deseable el establecimiento de una normativa contable especial (elaboración de un plan contable para las empresas de distribución) como algunas veces se ha sugerido. Sin embargo, es de discutir hasta qué punto la tarea del ICAC (Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas) no ha propiciado una verdadera atomización contable, no del todo justificada, y desde luego muy distante del propósito original de normalización contable (establecimiento de estándares normalizados aplicables universalmente). En mi opinión, las especialidades derivadas de prácticas sectoriales y las exigencias legales específicas por sectores deberían tener reflejo en los correspondientes apartados de la memoria pero no en los otros estados contables (balance y cuenta de resultados).

3. LA TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD DE ESTAS PRÁCTICAS. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA

Desde siempre las medidas legislativas relativas a los aplazamientos de pagos han incorporado la preocupación por la transparencia. En Derecho francés el principio de «*transparence tarifaire*» es una constante desde la Ley Royer de 27 de diciembre de 1973, y todos los demás textos legales que la siguieron (*Circulaire Delors* de 22 mayo 1984, *Ley Bérégovoy* de 30 de diciembre de 1985 y, fundamentalmente, la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986: cfr. art. 33). Allí se establece la siguiente regla de Derecho positivo: todo empresario debe comunicar a sus clientes las condiciones generales de venta y suministro, incluidos descuentos y aplazamientos. De esta suerte se procura poner coto a ciertas prácticas de competencia desleal consistentes en la discriminación de empresas clientes: la empresa adquirente trata a sus empresas clientes de una manera injustificadamente discriminatoria en atención a su tamaño y a su posibilidad de dominio sobre las mismas.

En nuestro país no existe esa obligación impuesta a las empresas distribuidoras de hacer públicas sus condiciones generales de aplazamientos de pagos. Ello no obstante, las prácticas discriminatorias, en su caso, son enjuiciables como competencia desleal al amparo de lo que dispone el artículo 16 LCD.

Lo que sí preocupa al legislador es la grave situación de opacidad contable de estas empresas. Este hecho es de obligada constatación en los trabajos preparatorios.

La huida de la transparencia contable se nos presenta bajo dos formas: a) La organización de la empresa comercial bajo forma jurídica diversa de las que soportan el deber de publicidad contable (el depósito de cuentas en los Registros Mercantiles sólo pesa sobre ciertas entidades: anónimas, limitadas, comanditarias por acciones, sociedades de garantía recíproca). Asistimos a una creciente «popularidad» de formas tales como las sociedades personalistas, cooperativas, agrupaciones de interés económico, asociaciones, etc...; y b) El incumplimiento de la normativa legal: las empresas de distribución han incumplido en un nivel significativo las obligaciones legales derivadas del mal llamado «depósito de cuentas anuales» en los Registros Mercantiles.

El grave nivel de incumplimiento relativo de la normativa sobre el depósito de cuentas se explica por diversos motivos, fundamentalmente dos: las ventajas derivadas del incumplimiento de la normativa y la escasa eficacia disuasoria de la normativa sancionadora del incumplimiento hasta ahora.

La empresa distribuidora que incumple los deberes de publicidad contable obtiene con ello una ventaja relativa en el mercado. Está interesada en ocultar su situación económico-financiera a competidores, clientes y terceros en general. La opacidad le permite no revelar datos de considerable valor estratégico a los competidores, ayuda a mantener la situación de dependencia y el trato discriminatorio de los proveedores y pone trabas a la asociación o «sindicación» de estos últimos (en una reacción de «legítima defensa» frente al abuso del común opresor). La empresa que así obra podría incurrir en competencia desleal por infracción de normas, pero nadie acude a los tribunales para que se declare la deslealtad.

Como consecuencia: los interesados (bancos descontantes, entidades competidoras, proveedores) deben soportar grandes gastos para obtener información financiera de escasa calidad y veracidad.

Como demuestra la teoría económica a propósito de las «externalidades» y «efectos externos» esos fallos del mercado se corrigen cuando se estimula legalmente de un modo suficiente el cumplimiento mediante sanciones que obliguen a la empresa incumplidora a internalizar los costes. Ocurre que las sanciones por incumplimiento han existido desde siempre, pero el diseño de las normas sancionadoras ha sido muy deficiente y lo que es peor: nula su actuación (la Administración, que se sepa, no ha impuesto todavía sanción alguna al incumplidor).

Nefasto era el diseño legal del tipo sancionador en la Ley de anónimas de 1989 (antiguo art. 221 LSA antes de la Reforma de la Ley de limitadas).

Muchas eran las deficiencias: la fijación de multas insignificantes de cuantía fija que pronto queda obsoleta por su no actualización; multas que además no eran **graduables** en atención a la gravedad del **incumplimiento** y a la dimensión del incumplidor (susceptibles pues de aplicación «regresiva» mucho más gravosa cuanto menor era el tamaño del incumplidor). Añádase a esto el yerro en la elección del sujeto pasivo (se sanciona a la sociedad y no al verdadero responsable que son los administradores) y la indeterminación del órgano competente para la instrucción del expediente (luego, el ICAC). Para colmo de males la tipificación del ilícito era tan vaga (no se sabía, por ejemplo, si el mero retraso era **sancionable**) que hasta se extendieron dudas de su constitucionalidad (es nula la norma penal o sancionatoria cuyo tipo permite desconocer el ilícito sancionable).

Es cierto que muchos de esos males han sido subsanados en la Reforma de la Ley de Limitadas en la nueva redacción del artículo 221 LSA (sigue, sin embargo, manteniéndose la sanción a la sociedad y no a los administradores) que aprovecha para dar una nueva redacción al tipo legal. A estas alturas es sabido de todos que la solución debe discurrir por otros cauces distintos al estímulo administrativo sancionador. Aparece el «cierre registral» (art. 221.1 §1 LSA).

El cierre registral es la sanción más adecuada (el incumplimiento de un deber registral se sanciona **registralmente**; el incumplimiento de una carga legal acarrea la pérdida de un beneficio de la misma naturaleza), y desde luego empieza a demostrarse como la más efectiva. Medida lejanamente inspirada en otras similares en países de nuestro entorno, su factura es enteramente original.

En consecuencia: entiendo que la modificación del artículo 221 LSA por la Disposición Adicional Tercera —en vigor muy pocos meses después de promulgada la Ley de limitadas que incorpora la que se **rectifica**— y consistente en agravar la cuantía de la multa en razón al tamaño del incumplidor, carece de verdadero interés real y hubiera podido perfectamente ser omitida.

4. LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS DE COMERCIANTES Y EL REGISTRO MERCANTIL

El texto legal ha ganado en calidad en sus sucesivas redacciones. La proposición originaria del Grupo catalán introducía un «nuevo» Registro General de Comerciantes en el que se constatarían todos los que ejercieran «actividad mercantil en el territorio de aquellas Comunidades Autónomas que no hayan creado sus propios registros territoriales». Tal disposición hacía referencia a registros administrativos como el Registro de comercian-

tes creado en Cataluña por su Ley 23/1991, General de regulación del comercio interior, de 29 de noviembre (cfr. art. 4); el Registro General de Comerciantes y de Comercio de la Ley de Valencia 8/1986, de 29 de diciembre (art. 4), o el de mismo nombre de la Ley de Galicia 10/1988, de 20 de julio (art. 10), o el Registro General de Empresarios de Comercio y Establecimientos Mercantiles de la Ley de Aragón 9/1989, de 5 de diciembre (art. 4). La falta de inscripción no supondría la invalidez civil de los contratos, sin perjuicio de la eventual sanción administrativa [art. 3.c) de la **Proposición**].

La exigencia de necesaria inscripción previa en un registro público para el ejercicio de la actividad mercantil es solución a todas luces anacrónica, pues su introducción vale tanto como rehabilitar la vieja matrícula de comerciantes del Código de Comercio de 1829. Suponiendo la conveniencia de que la Administración Pública disponga de una correcta información para el ejercicio de sus funciones no se comprende —no está justificada desde el reconocimiento del principio de la libertad de empresa— la necesidad de multiplicar *ad infinitum* la carga registral. Como acertadamente puso de manifiesto la enmienda 151 del Grupo socialista, es totalmente innecesario multiplicar los registros de comerciantes, toda vez que ya existe el Registro Mercantil, pudiéndose «*si se considera oportuno, convertir en obligatoria la inscripción de los empresarios habituales*».

La Ley de Comercio adopta los siguientes criterios en materia de publicidad registral de la actividad comercial:

- a) Se omite todo lo relativo a un registro administrativo general de comerciantes y se desconoce la existencia, tan dudosamente legal y hasta inconstitucional como claramente inoperante, de esos registros administrativos generales de comercio todavía presentes en las correspondientes Comunidades Autónomas por virtud de sus respectivas leyes de Comercio. La razón: su inutilidad y su falta de justificación. La inscripción en el registro administrativo para el ejercicio del comercio es una limitación irracional, desproporcionada y arbitraria que puede llegar a menoscabar sustancialmente el ejercicio del derecho constitucional de libre empresa (cfr. **arg. ex** STC 225/1993).
- b) Sin embargo, se mantienen paradójicamente registros especiales que a estos efectos puedan establecer las Comunidades Autónomas en atención al control y supervisión de los comerciantes dedicados a las ventas especiales: cfr. artículo 37 en general y 38.2 sobre ventas a distancia; 50 para ventas automáticas; artículo 62.2 para las franquicias. Valga para ellos lo dicho antes.

- c) Se potencia el Registro Mercantil sin llegar a atreverse a romper con los perjuicios que todavía fundan la no obligatoriedad de la inscripción del empresario individual.

5. AMPLIACIÓN DEL PERÍMETRO SUBJETIVO DEL REGISTRO MERCANTIL. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA

El reto que la Ley no ha sabido afrontar es el de la simplificación registral y el de la universalización del sistema **mercantil-registral**. Existe una pléyade de registros administrativos absolutamente prescindibles. Supongamos, por ejemplo, que una empresa decide dedicarse a la venta ambulante. Pues bien, soportará la carga de los registros fiscales (deberá darse de alta en el censo de empresarios para obtener el NIF; darse de alta en el Impuesto de Actividades Económicas...), los registros municipales, los registros sustantivos (inscribirse en el Registro Mercantil y/o en el de Cooperativas, por ejemplo), y ahora, por fin (¡) en los registros administrativos (art. 37 de la Ley de Comercio). Gran parte de la información está duplicada (en varios registros): debería existir una única «ventanilla» (un único Registro) que sirviera de centro de información pleno para todos los interesados y para todas las Administraciones. El Registro Mercantil debiera servir a todos los propósitos: no se entiende muy bien para qué debe tener la Administración Autónoma Andaluza, por ejemplo, un registro especial de comerciantes ambulantes si se inscribieran todos ellos en el Registro Mercantil.

La universalización de la solución mercantil-registral ha sido parcial e insatisfactoria: no se rompe con el principio de la inscripción potestativa del empresario individual (salvo para el naviero y ahora también las sociedades anónimas y limitadas unipersonales cuya inscripción es además de obligatoria, constitutiva) aunque se amplía, parcialmente, el perímetro registral (de entidades inscribibles en el Registro Mercantil) con la sola aparente preocupación de extender las obligaciones de depósito de las cuentas.

No se comprende por qué dispensar a los empresarios individuales de la inscripción obligatoria en el Registro Mercantil sobre todo cuando su cifra de negocios alcanza cierto volumen (cfr. Disposición Adicional Cuarta 1 *in fine*, Ley de Comercio, que concuerda con lo dispuesto en el art. 16 y 19.1 del CCom. y 81, 87 y ss. del RRM). Lo contrario (la obligatoriedad) es conforme al sistema general (principio de obligatoriedad de la inscripción del comerciante) y a nuestro Derecho histórico y al comparado (en Derecho alemán, francés o italiano ésa es la regla: sólo se dispensa la inscripción del pequeño comerciante).

El legislador de la Ley de Comercio quiere que se inscriban en el Registro Mercantil y depositen sus cuentas anuales todos los empresarios con independencia de la forma jurídica de explotación de la empresa, siempre que reúnan dos requisitos simultáneamente. Las compras (de mercancías) deben alcanzar un cierto volumen de facturación (las adquisiciones realizadas o intermediadas deben superar la cifra de 100 millones de pesetas en el ejercicio inmediato anterior: párrafo 1.º de la Disposición Adicional Cuarta) y su actividad ha de ser la de distribución tipificada en la Ley de Comercio.

La actividad contemplada es la comercial (o de distribución) en todas sus modalidades (la desarrollada tanto por el comerciante mayorista como por el minorista), incluida la actividad comercial de las conocidas como «centrales de compra» (epígrafe 52.11 de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas). Estas «centrales de compra» son realidades asociativas de comerciantes mayoristas y minoristas (se habla de centrales y de supercentrales de compra) que adoptan muy diversas formas de organización. Todas ellas instrumentan fórmulas de coordinación frente a las fórmulas asociativas de integración: se respeta la independiente personalidad jurídica y relativa autonomía de gestión de las entidades agrupadas. Nacieron como mecanismos de defensa frente a los procesos de concentración por integración de las entidades de distribución: frente a las grandes superficies se alzaron las centrales de compra y frente a éstas las supercentrales de compra. Adoptan diversas formas jurídicas, especialmente la forma jurídica societaria (de capitales o no capitalistas) pero también la de cooperativa y más recientemente la especialmente idónea de las agrupaciones de interés económico (entidades que carecen de ánimo de lucro y cuya finalidad típica es la de «facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios»). Su finalidad es más amplia —suelen también tener encomendadas funciones informativas, logísticas...— pero la principal y la que da el nombre a estas entidades es la que consiste en intermediar en la adquisición de mercancías de los proveedores comunes, generalmente de productos de marca de consumo masivo, en provecho de sus asociados. Es obvio que a mayor volumen de demanda, mejores serán las condiciones de adquisición.

Existen dos grandes modalidades de intermediación y dos tipos de «centrales de compra»: la «central de compra» que adquiere en firme y transmite luego a sus socios las mercancías; y la que consiste en una simple mediación de comisión de compra por cuenta de los socios comitentes. Estas dos modalidades están contempladas en la Disposición Adicional Cuarta cuando se refiere a «la realización de adquisiciones» (las primeras) o las que prestan «servicios de intermediación para negociar las mismas» (las segundas).

Ocurre que:

- a) El sistema registral —según es habitualmente entendido por cierto sector, el dominante, de la *doctrina*— se caracteriza por un orden cerrado o de *numerus clausus* de entidades inscribibles: las enumeradas en el artículo 16.1 del Código de Comercio y en el artículo 81.1 RRM.
- b) Que sólo cierto tipo de entidades inscribibles están obligadas al depósito de cuentas: las sociedades anónimas, las sociedades limitadas, las comanditarias por acciones y las de garantía recíproca (art. 329.1 RRM).

Por ello y con el propósito fundamental de extender el ámbito subjetivo del deber del depósito de cuentas, la Ley amplía el perímetro subjetivo de la institución del Registro Mercantil. Hay que tener presente que por el llamado principio registral de «tracto sucesivo», para inscribir actos o contratos relativos a sujeto inscribible será precisa la previa inscripción del sujeto: artículo 11.1 del RRM. En consecuencia: no es posible —*técnicamente*— el depósito de cuentas si no existe una inmatriculación previa del comerciante. Por este motivo la Ley opera dos reformas: amplía el elenco de entidades inscribibles y al mismo tiempo el de entidades obligadas al depósito de cuentas. Todo ello bajo el principio de la *irrelevancia* de la forma jurídica de explotación de la empresa (criterio, por ejemplo, seguido en el art. 16.1.3.º del CC: todas las entidades de crédito o de seguros son inscribibles).

En consecuencia: entidades hasta ahora no inscribibles en el Registro Mercantil (como eran las cooperativas, las sociedades agrarias de transformación y, si esto es posible, las fundaciones y asociaciones) devienen inscribibles en éste y además, en todo caso, entidades no obligadas a depositar cuentas resultan forzadas a ello (las anteriores no inscribibles y las inscribibles que no se incluyan en el art. 329.1 RRM: las sociedades personalistas, las agrupaciones de interés económico y las agrupaciones europeas de interés económico...).

La ampliación del perímetro de lo inscribible supone *agración* del problema de la duplicidad registral. Como la Ley de Comercio no afronta la reforma verdaderamente necesaria —que el Registro Mercantil sea el Registro de todos los empresarios y que éste sustituya a registros paralelos como el de cooperativas, tal y como recomienda la mejor *doctrina*— resultará que las entidades que adopten, por ejemplo, forma cooperativa, seguirán sujetas a inscripción en ese registro, en el Registro Mercantil y en los administrativos que proceda. Puede incluso ocurrir que hasta se duplique la obligación de depósito de cuentas (en el Registro Mercantil y en otro registro): así

podrá ocurrir con las fundaciones de Derecho común que dediquen parte de sus recursos y actividad al comercio (cfr. Disposición Adicional 7.^a y arts. 18, 19.4 y, especialmente, el art. 23.4 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre) o con ciertas cooperativas, por ejemplo, las valencianas (la Ley 11/1985, de 25 de octubre, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, estableció el depósito de cuentas en su art. 58.5). Estas disposiciones siguen en vigor y se aplicarán acumulativamente: vid. párrafo tercero de la Disposición Adicional Cuarta.

La Ley pretende estimular la inscripción y el depósito de cuentas en el Registro Mercantil de las entidades a que se refiere la Disposición Adicional Cuarta con la amenaza de las sanciones previstas en el artículo 221 LSA que la propia Ley de comercio reforma (párrafo segundo de la Disposición Adicional Cuarta). Obsérvese que por primera vez en nuestro Derecho se sanciona administrativamente de manera directa la no inscripción en el Registro Mercantil (por regla general la inscripción es obligatoria pero su incumplimiento no es sancionable administrativamente de manera directa, aunque sí indirectamente: cfr. art. 24.2 del CCom) y que será aplicable lo establecido a propósito del cierre registral en el artículo 221 LSA.

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO
Registrador Mercantil de Barcelona

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Competencia desleal por infracción de normas», en *RDM* 202 (1991), págs. 667 y sigs.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en A. BERCOVITZ/R. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de consumidores*, 1987.
- «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, 1992, págs. 13 y sigs.
- CASAS VALLES, J., «Defensa de los consumidores y Derecho civil», en *RJC* 1992, pág. 79.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor», en *ADC* (1982), págs. 987 y sigs.
- COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, D.G. XXIII (1993): *Audition publique sur les delais de paiement*, Bruselas, 7 y 8 de julio.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1992): *Los plazos de pago en las transacciones comerciales*, documento de trabajo de los servicios de la Comisión, SEC (1992) 2214, Bruselas, 18 de noviembre.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones», en *ADC* (1994).
- MARÍN LÓPEZ, J. J., «Prácticas comerciales y protección de consumidores», en *Derecho privado y Constitución*, 1995, Centro de Estudios Constitucionales, págs. 85 y sigs.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L.; CALONGE VELÁZQUEZ, A.; LAGUNA DE PAZ, J. C., Y GARCÍA DE COCA, J. A., *La proposición de Ley de Comercio*, Instituto de Estudios Económicos.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «Protección a los consumidores, *Ius poenitendi* en ciertos documentos privados», en *Revista Jurídica del Notariado* (1992), págs. 257 y sigs.
- MASSAGUER FUENTES, J., «La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Broseta Pont*, tomo II, págs. 2203 y sigs.
- MIGUEL MACHO, «Reglamentación administrativa de la actividad comercial por las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista de la Administración Pública*, núm. 133.
- MINISTERIO DE COMERCIO Y TURISMO, *Informe sobre el Comercio Interior y la distribución en España*, tomo I, Análisis descriptivo, ICE, 1995.
- M. ET MOUSSERON, J. M., *Le Droit français nouveau de la transparence tarifaire*, Litec, 1993, Paris.
- PRADA, M. (1991): *Rapport sur le Crédit Interentreprises*, Rapport établi a demande du Conseil National du Patronat Français et de la Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises, Paris.
- ROMÁN GONZÁLEZ, M.^a V., «Estudio de la función financiera de los plazos de pago», en *Investigación y Marketing*, núm. 46, diciembre, págs. 72 y sigs.
- «Análisis comparativo de los plazos de pago en la industria alimentaria y la distribución comercial», en *ICE*, marzo 1995, núm. 739, págs. 93 y sigs.
- SÁNCHEZ SOLE, S., «La violación de normas como acto de competencia desleal (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.^a, de 21 de marzo de 1994)», en *RGD* 604-605 (1995), págs. 791 y sigs.
- SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA, «Poder de mercado y pago a proveedores», en *Boletín Económico del ICE*, n.º 2420, 11 al 17 de julio de 1994, págs. 1851 y sigs.
- TRONCOSO Y REIGADA, M., «Notas críticas a la Proposición de Ley de Comercio Interior del Grupo Parlamentario Catalán», en *La Ley*, 1994-4, págs. 969 y sigs.