

AÑO XXVI. Número 6332. Martes, 4 de octubre de 2005

## DOCTRINA

### EL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA LEY 3/2004, DE MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD

Por **GUILLERMO AGUILLAUME GANDASEGUI**  
Aguillaume y Linde, Abogados

**El régimen de los intereses moratorios en las operaciones comerciales ha dado un vuelco en España con la promulgación de la Ley 3/2004 de medidas de lucha contra la morosidad. Este artículo analiza la suficiencia de las medidas para paliar el retraso en los pagos que esta Ley introduce, y, especialmente, trata de abordar los problemas de interpretación de su ámbito de aplicación: a qué deudas y a qué sujetos se aplica.**

El año 2004 terminó, legislativamente hablando, con la promulgación, el 29 de diciembre, de la esperada Ley de incorporación al Derecho español de la Directiva 2000/35 CE, del Parlamento Europeo y el Consejo, por la que se establecen *medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*. Incorporación (1) esperada ya desde el lejano 8 de agosto de 2002, fecha límite marcada por la propia Directiva para esa operación.

Durante más de dos años se ha visto privado el tráfico mercantil de unos instrumentos que, aunque insuficientes, resultaban imprescindibles para fomentar el cumplimiento de las obligaciones de pago. Sólo en dos ámbitos se adelantó la aplicación de la Directiva: el 20 de diciembre de 2002 se publicó en el *BOE* una reforma de la Ley de ordenación del Comercio Minorista, que incluía la adaptación de la misma a la Directiva 2000/35; y las Administraciones públicas estaban también sometidas a las normas de la Directiva en caso de retraso o incumplimiento en sus pagos (derivados de obligaciones contractuales) debido al efecto directo vertical de las Directivas comunitarias (2).

El texto que han producido a finales de 2004 las Cortes Generales ha resultado, sin embargo, francamente decepcionante. Y especialmente en lo referente a su ámbito de aplicación, si bien creemos que no por decisiones conscientes del legislador, sino por ausencia del suficiente cuidado técnico en la incorporación de la Directiva.

El texto del Proyecto de Ley se remitió al Congreso el 18 de junio de 2004, *con dos años de retraso*; retraso que de entrada le ha costado a España la apertura de un procedimiento de incumplimiento por parte de la Comisión Europea (3). Pero lo grave del retraso no radica sólo en la falta de cumplimiento de las obligaciones dimanantes de los Tratados comunitarios, sino en los *costes económicos* que entraña para las empresas españolas la situación actual de dilación generalizada en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias. Algunos de los datos que se manejan son escalofriantes. Según la multinacional sueca *Intrum Justitia*, dedicada al cobro extrajudicial de deudas, la dilación *media* en los pagos en España es de 80 días, la tercera más alta de 22 países europeos, sólo detrás de Italia y Portugal (según estos datos, en Finlandia y Noruega la dilación supera apenas los 20 días). La misma multinacional nos otorga la cabeza de la clasificación en cuanto a porcentaje de facturas impagadas, triplicando en este caso los resultados de Italia (al menos allí pagan tarde, pero pagan) (4). Los efectos negativos de esta situación sobre la economía española son insostenibles. Según los datos que manejan dos grandes aseguradoras de crédito (Coface y Allianz), el 68%, nada menos, de nuestras empresas, sufre dificultades financieras debido a los problemas de impagos y morosidad. Los responsables de Coface añaden que el 25% de las quiebras están relacionadas con falta de liquidez por impagos (5).

El problema es de la máxima magnitud, según un Diputado, Portavoz de Economía y Hacienda del Grupo Socialista del Congreso, que recuerda que, de acuerdo con la Central de Balances del Banco de España, los 80 días de dilación a los que nos referíamos antes son el período de pago en el sector de la distribución, pero que en la construcción el período medio de pago alcanza los 193 días (seis meses y medio), y, en el caso de los subcontratistas, incluso los 210 días (siete meses). Añade este Diputado que *«todos debemos colaborar en la erradicación de la morosidad que en ocasiones amenaza la*

*superviviencia de las pequeñas y medianas empresas, de los trabajadores autónomos, y de los profesionales» (6).*

Por si fuera poco, la diferencia negativa en los plazos de pago, entre España y otros países de la Unión, supone para nuestras empresas una *desventaja competitiva* en el mercado único, como apunta el preámbulo de la Directiva 2000/35:

*«(8) En algunos Estados miembros, los plazos de pago contractuales difieren notablemente de la media comunitaria. (9) Las diferencias existentes entre los Estados miembros en lo que se refiere a las normas y prácticas de pago constituyen un obstáculo para el buen funcionamiento del mercado interior. (10) Este hecho limita considerablemente las operaciones comerciales entre los Estados miembros.»*

Ante tan relevante desafío, y especialmente por el impacto económico y social del problema en España, hubiera sido de entrada deseable que las Cortes hubieran reflexionado un poco sobre la posibilidad de adoptar en nuestro país medidas diferentes, más intensas, de las que la Directiva prevé para un conjunto de estados, no todos los cuales (pensemos en Finlandia o Suecia) tienen los mismos problemas que nosotros (7).

Las principales razones por las que se producen tan dilatados períodos de impago son dos:

- a) la previsión en los propios contratos de tales dilaciones, por imposición de la parte pagadora, cuando goza de mayor poder negociador, y
- b) el cómodo retraso, en contra de lo pactado, de quienes saben que una reclamación judicial puede prolongarse durante años, y la ejecución forzosa resultar para el acreedor un bosque oscuro y sin sendas en el que puede fácilmente perderse y abandonar.

Centrándose en esta segunda parte del problema, la Directiva 35/2000 advierte sobre la necesidad de incidir en el aspecto procesal para mejorar el problema de la morosidad, en su preámbulo:

*«(16) La morosidad constituye un incumplimiento de contrato que se ha hecho económicamente provechoso para los deudores en la mayoría de los Estados miembros a causa de los bajos intereses aplicados a los pagos que incurren en mora y/o de la lentitud de los procedimientos de reclamación. (20) Las consecuencias de la morosidad sólo pueden ser disuasorias si van acompañadas de procedimientos de reclamación rápidos y eficaces para el acreedor.»*

Sin embargo, la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, deja completamente de lado el aspecto procesal, y se centra únicamente en corregir los plazos de pago en el ámbito contractual, y en señalar unos intereses moratorios más elevados que los actuales. Supone por ello, de entrada, una oportunidad perdida.

Con todo y con eso, la mayor crítica que merece la Ley tiene que ver con su deficiente técnica legislativa en algunos concretos aspectos. Creemos que la mayoría de ellos se concentran en la definición del ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley, y esperamos poder contribuir con este texto a clarificar algunas de estas dudas y, con ello, a evitar algunos pleitos y dar con ello mayor eficacia a las medidas que la Directiva 2000/35 reclama. Somos pesimistas, sin embargo, ante la situación actual, mientras no se produzca una intervención correctora del legislador para enmendar la Ley en sus defectos técnicos. Estamos convencidos por ello de que serán muchos los jueces y abogados desconcertados con algunos de los términos de la Ley, y otros tantos los casos en los que no se aplicará por la propia confusión que ella misma introduce en la definición de su ámbito de aplicación.

\* \* \* \*

### **El «objeto» o finalidad de la Ley: la «lucha» contra la morosidad**

*«Artículo 1. Objeto.*

*Esta Ley tiene por objeto combatir la morosidad en el pago de deudas dinerarias y el abuso, en perjuicio del acreedor, en la fijación de los plazos de pago en las operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios realizadas entre empresas o entre empresas y la Administración.»*

Las «medidas de lucha» que la Ley establece son bien conocidas, y no queremos incidir especialmente en ellas en este texto, ya que, como hemos anunciado, hemos querido centrarnos en los problemas interpretativos que la redacción legal plantea respecto de su ámbito de aplicación. No obstante, para comprender la diferencia existente entre aplicar o no esta Ley, es preciso resumir las medidas de lucha contra la morosidad más importantes que contiene, que son las cinco siguientes:

1.<sup>a</sup> Incrementar el interés del dinero que genera la morosidad, en los términos que especifica el art. 7, de modo que pasará de rondar el 4% como en la actualidad (según establezca anualmente cada Ley de Presupuestos), a subir hasta aproximadamente el 9% según la fórmula del art. 7 (8). Sobreentendemos que anual, porque ni la Ley ni la Directiva especifican nada (9).

2.<sup>a</sup> Eliminar, dentro del ámbito de aplicación de la Ley, el requisito de la intimación al deudor para generar la situación de mora (art. 1100 del CC). Nótese, a este respecto, que la intimación ya no era precisa en las deudas mercantiles con fecha señalada de vencimiento, por excusarla expresamente el art. 63.1 del CCom., ni tampoco para todas las civiles y mercantiles cuando la obligación es recíproca y uno de los obligados ha cumplido (art. 1100 CC *in fine*). La Ley opera por lo tanto una mejora en relación con aquellas deudas para las cuales el requisito de la intimación no había sido eliminado, que, dentro de su ámbito de aplicación, son bien pocas, pues se aplica precisamente, como veremos, a obligaciones comerciales recíprocas.

3.<sup>a</sup> Fijar, con carácter dispositivo, un término de vencimiento en el pago de las deudas incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley, que se cifra en principio --para los detalles ver el art. 4-- en 30 días. Por ser esta norma de Derecho dispositivo, no supone en realidad una mejora respecto del Derecho vigente ya en España, con el mismo carácter dispositivo, en el ámbito de aplicación de la Ley. Puesto que se ciñe a obligaciones recíprocas, en éstas el término de cumplimiento para cada parte finaliza cuando la otra parte hubiera cumplido con lo estipulado (art. 1100 *in fine* del CC). Dado que el término de 30 días se cuenta, en todo caso, a partir de la recepción de los bienes o servicios [art. 4.2 c) de la Ley], lo que se ha introducido es una «medida de lucha» que viene a dilatar los plazos dispositivos de pago. Sin perjuicio de la regulación sobre plazos abusivos, a la que más adelante nos referiremos.

4.<sup>a</sup> Permitir en todo caso al acreedor recuperar los gastos de cobro de la deuda, aún los extrajudiciales, si bien con un límite cuantitativo del 15% de su importe (que no se aplica a las costas procesales).

5.<sup>a</sup> Convertir en derecho «seminecesario» sus disposiciones, mediante el expediente de permitir que se declaren abusivas las cláusulas que las contradigan, pero añadiendo que, para que esto suceda, no basta con la mera contradicción de la cláusula con la Ley, sino que es preciso que la estipulación sea abusiva de acuerdo con los parámetros que la propia Ley señala para determinar este aspecto (ver el art. 9.1, párrafos segundo y tercero) (10). El inconveniente de este sistema es, lógicamente, la inseguridad respecto de lo que resolverá un juez determinado a la hora de declarar o no abusiva una cláusula que incremente el período legal de pago. El premio por conseguirlo (el interés que marca la Ley durante el plazo de retraso permitido por la cláusula abusiva que supere al dispositivo de 30 días) no siempre compensará ese riesgo. ¿Le resulta rentable al acreedor acudir a los Tribunales para reclamar unos intereses de aproximadamente el 9% anual, si no tiene cierta seguridad jurídica acerca del sentido de la decisión judicial sobre el carácter abusivo de la cláusula contractual, aceptada por él, que permite esa mayor dilación? Creemos sinceramente que no. Existe una excepción, no obstante, en el régimen de pago a los proveedores del comercio minorista, dado que las normas sobre aplazamiento del pago en estos casos (art. 17 de la Ley del Comercio Minorista, reformado por la disp. adic. 2.<sup>a</sup> de la Ley 3/2004), son de derecho necesario.

En la inercia de incorporar las Directivas copiando su texto sin añadir nada más (11), no se ha planteado el legislador español desarrollar lo que señala el art. 6.2 de la norma comunitaria que nos ocupa, que da una importante pista sobre el modo de incorporar la directiva al permitir que se adopten medidas más favorables al acreedor. Entendemos que, en el ámbito de las deudas surgidas de transacciones comerciales entre empresas, o empresas y la Administración, nos encontramos en un terreno en el que el deber de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones es especial y reforzado respecto del genérico deber medio que contempla el art. 1104 del CC (12), y ésta era muy probablemente la oportunidad de trasladar esa mayor diligencia exigible al ámbito que provoca en España los mayores problemas en el cobro de créditos vencidos e impagados: el judicial. Desde nuestra modesta experiencia profesional, nos resulta francamente difícil comprender cómo un deudor mercantil que ha dejado a sus proveedores con un grave problema de liquidez al retrasarse en el pago, puede dilatar el mismo *ad calendas graecas* (e incluso conseguir a la larga negociar la quita de parte de la deuda, sin duda de los intereses) mediante el sencillo expediente de cambiar de domicilio. Un deudor sin domicilio conocido puede provocar un retraso en los procedimientos judiciales para exigir la deuda (en el declarativo y/o en la ejecución forzosa) de varios meses, incluso años, simplemente abandonando el que fuera su domicilio social u operativo.

Desde nuestro punto de vista, son exageradas en el ámbito mercantil las disposiciones de la LEC tuitivas del demandado en lo referente a notificaciones. Si una empresa o un profesional decide desaparecer dejando una deuda vencida e impagada, ése es problema del deudor, no de quien se ve obligado a acudir a la jurisdicción para su reclamación. Así, si el deudor en mora abandona su domicilio y no se molesta en comunicar el nuevo a sus acreedores, debería admitirse en la LEC que sea emplazado y notificado en el domicilio que tenía al tiempo del vencimiento de la deuda, con plenos efectos desde el primer intento de notificación. Ésta sería una medida simple, pero de enorme ayuda para evitar la morosidad en las deudas mercantiles, al disminuir la lentitud en su reclamación judicial.

\* \* \* \*

## El ámbito de aplicación subjetivo en el art. 2 de la Ley. El problema de las sociedades mercantiles de capital público

«Artículo 2. Definiciones.

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

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

b) *Administración, a las Administraciones públicas, organismos y entidades previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.*

c) *Morosidad, el incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago.»*

Las únicas definiciones con utilidad práctica que encontramos realmente en este precepto son las que se refieren al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, en los aps. a) y b) del art. 2 (13).

El ap. a) del art. 2 define lo que se entiende por «empresa» a los efectos de la Ley 3/2004, determinando con ello el ámbito principal de aplicación subjetiva de la Ley, pues la misma extiende sus efectos «a los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración» (art. 1). Es «empresa», a los efectos de la Ley comentada, «cualquier persona física o jurídica que actúe en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional».

Este concepto ha pasado de la Directiva a la Ley prácticamente inalterado. El legislador español se ha limitado a sustituir los términos «organización» y «una única persona», que maneja la Directiva, por los de «persona jurídica» y «persona física». Se ha trasladado, sin embargo, de forma literal, el requisito definidor de que esa persona «actúe en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional».

Los conceptos de «empresa» y de «actividad económica» que utiliza la Directiva 2000/35 provienen directamente del Derecho comunitario de la competencia, que se ha preocupado de definir en detalle los mismos a la vista de que el art. 81 del Tratado CE (antiguo art. 85) declara que «serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos *entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas* y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común». El concepto comunitario de «empresa», definido por la Jurisprudencia del TJCE es muy sencillo y coincide con el de la Directiva 2000/35, que aquí interesa: «*comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación*» (14).

Lo cierto es que, tal y como mantiene la Ley la definición de empresa, resulta insatisfactoria. En efecto, de entrada chirría el concepto de «empresa», cuando nuestro Derecho siempre ha utilizado los de comerciante o profesional. La idea de «empresa» se aplica muy rara vez como sustento personal de obligaciones y derechos, y, más comúnmente, al conjunto de elementos organizativos y materiales, dedicados a una determinada actividad mercantil, de modo que estamos hablando de un conjunto de bienes (15). Puesto que la Ley 3/2004 trata de regular, en último término, los efectos de la mora, que es una situación ligada directamente a una relación obligatoria, habría sido deseable que se hubiera atendido de un modo más preciso a nuestro Derecho de obligaciones, de modo que, si quería definir a qué sujetos se aplica la Ley, era más lógico utilizar conceptos jurídicos como los de sociedades mercantiles, comerciantes o profesionales, que se refieren a sujetos de derechos y obligaciones, y no mantener el concepto de «empresa», que posee la connotación patrimonial señalada.

El otro elemento insatisfactorio de la definición es el verdaderamente importante de la misma, el que se refiere a que la persona (física o jurídica) en cuestión «actúe en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional». De nuevo la terminología podría estar mejor adaptada a nuestro Derecho. La mención «actividad independiente» está destinada a excluir a quienes realicen una actividad comercial o profesional «*por cuenta ajena y dentro del ámbito de dirección y organización de otra persona*», es decir, a los trabajadores, tal y como los define el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

La Ley es también de aplicación a las Administraciones públicas [art. 2 b)], y, sobre este extremo, es fundamental aclarar si sólo se aplica a las Administraciones territoriales, o también a los organismos autónomos, a las sociedades mercantiles de capital público, etc. La intención de la Directiva de morosidad en este punto es muy clara: para definir su ámbito de aplicación en el sector público se remite al concepto de «autoridad o poder contratante» de las Directivas sobre contratación pública (16). No podemos ser exhaustivos en este punto, porque alargaría desproporcionadamente este trabajo, pero baste decir que en el ámbito comunitario se aplican las normas sobre contratación pública siempre que la entidad que

adjudique el contrato esté firmemente vinculada a una Administración pública, y con independencia de que su personalidad sea jurídico-pública o jurídico-privada (17).

La Ley española ha seguido el mismo sistema de remisión a las normas de contratación para definir el ámbito de aplicación de la Ley de morosidad en el sector público: el art. 2 b) se remite al art. 1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Ahora bien, en este punto existe una pequeña diferencia con la Directiva. Mientras que en la norma comunitaria no se distingue entre autoridades o poderes contratantes, en función de si tienen carácter público o privado por su forma de personificación, en la Ley española sí se hace esta distinción: el art. 1 de la LCAP, al que se remite en exclusiva la Ley de morosidad, se aplica, además de a las Administraciones territoriales *stricto sensu*, «a los organismos autónomos en todo caso y a las restantes entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia». Las sociedades mercantiles del sector público, que por su forma son de Derecho privado, están contempladas en el art. 2 de la LCAP (18).

En principio, este desfase no debería entrañar ningún problema para aplicar la Ley de morosidad a las sociedades mercantiles vinculadas a una Administración, puesto que se les puede aplicar como empresas que son, por la vía de su art. 2 a).

Sin perjuicio de ello, debe llamarse la atención brevemente sobre una categoría de sociedades públicas que, en Derecho comunitario, no son «empresas» en el sentido comunitario del término. Se trata de aquellas que, pese a adoptar una forma jurídico-privada, tienen una actividad destinada a la satisfacción de necesidades de interés general (empresas públicas de transportes, de suministro de agua, de tratamiento de residuos peligrosos, de construcción de viviendas protegidas, etc.). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido la ocasión de señalar en varias ocasiones que estas sociedades se definen no por su forma de personificación, sino por su actividad, y, si ésta es pública, ellas forman parte también del sector público (ver las Sentencias citadas en la nota 18).

De lo anterior se sigue que, si somos muy estrictos, jurídicamente hablando, y a la vista de que los conceptos que maneja la Ley de morosidad vienen incorporados de la Directiva, y por lo tanto están sujetos al principio de interpretación uniforme de las normas comunitarias, las sociedades públicas que realizan actividades de interés general no podrían entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva por la «puerta» del art. 2 a) (empresas). Ahora bien, dado que el art. 2 b) se remite, en el ámbito del sector público, sólo a entes públicos, lo cierto es que la Ley presenta en este punto un defecto de adaptación de la Directiva por el que pueden intentar escapar algunas sociedades públicas. Esperemos que este problema se pueda evitar apelando al sentido común y, sobre todo, al principio de primacía del Derecho comunitario, que obliga a aplicar la Directiva al sector público (efecto directo vertical) en caso de adaptación defectuosa de la misma (19).

\* \* \* \*

### **El ámbito de aplicación objetivo de la Ley. Especial referencia al problema de las deudas documentadas en efectos cambiarios y al de las operaciones financieras**

«Artículo 3. *Ámbito de aplicación.*

1. *Esta Ley será de aplicación a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas o entre empresas y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas.*

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

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

b) *Los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio y los pagos de indemnizaciones por daños, incluidos los pagos por entidades aseguradoras.*

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

Nos encontramos, en nuestra opinión, ante el precepto menos cuidado de la Ley comentada, fuente indudable de litigios innecesarios y de apoyos para adoptar soluciones jurídicas opuestas a las intenciones del legislador. Aquí es donde más se pone de manifiesto lo inadecuado de la incorporación de la Directiva por el procedimiento de urgencia, y la necesidad de reflexionar sobre la Ley que se ha producido por ese cauce, para su reforma. El comentario del artículo explicará por sí sólo las razones que sustentan esta afirmación.

Para analizar su contenido, es preciso partir del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva, que, teóricamente, la Ley incorpora. La Directiva lo expresa del siguiente modo en su art. 1:

*«La presente Directiva se aplicará a todos los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales.»*

Comparando la sencillez de los anteriores términos con la extensión del art. 3 de la Ley, antes citado, se percibe ya la posibilidad de que el legislador español haya añadido de su cosecha algún matiz al ámbito de aplicación definido por la Directiva.

Tomando el apartado 1 del art. 3 de la Ley, vemos que coincide sustancialmente con el art. 1 de la Directiva. En la Ley se explica que «operaciones comerciales» son aquellas realizadas entre empresas o entre empresas y la Administración. El resto del apartado es completamente redundante. No hacía falta señalar que la Ley es aplicable también entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas. Todos estos sujetos entran dentro del concepto de «empresa» que define el art. 2 a) de la Ley, de modo que bastaba decir «entre empresas».

La redundancia sería perdonable, sin embargo, si no fuera porque entre la maraña del art. 3.1 se pierde lo más determinante de su contenido normativo. Lo esencial de este apartado es que dice que la Ley se aplicará a los pagos efectuados *como contraprestación*. Es una lástima el uso del término «pagos» cuando se regula la morosidad y, por lo tanto, lo contrario del pago, es decir, el impago de obligaciones dinerarias vencidas. Pero volvamos a lo esencial: *«como contraprestación» quiere decir que la Ley busca aplicarse a obligaciones de pago que resulten recíprocas con alguna otra obligación*. Normalmente estaremos hablando de contratos de compraventa, de ejecución de obras o de prestación de servicios, o contratos mixtos, en operaciones comerciales. Siempre que la prestación recibida por el pagador sea causa y condición de la obligación consecuyente de pago.

Esta limitación del ámbito de aplicación se debe a que la Directiva no quiere extender sus normas protectoras a cualquier tipo de actividad lucrativa, sino que desiste de aplicarse a acreedores que operen con finalidades puramente especulativas o improductivas. Por el contrario, se centra en proteger a aquellos acreedores que han invertido riesgo y esfuerzo en satisfacer necesidades ajenas, con todo el coste que ello entraña, pero que, injustificadamente, no ven retribuida su actividad a causa del mero incumplimiento de quien debe pagar la contraprestación recibida, o debido a la imposición de condiciones de pago abusivas.

El anterior dato es esencial, además de porque define el ámbito de aplicación de la Ley, porque permitirá explicar la confusión que ha generado el legislador español en relación con determinadas clases de deudas: una de las dudas fundamentales que la propia Ley genera a este respecto es la de si se aplica o no a las deudas que están garantizadas o documentadas en instrumentos cambiarios, a la vista del tenor literal del art. 3.2 b) que hace una misteriosa referencia a *«los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio»*, para excluirlos del ámbito de aplicación de la Ley.

¿Qué está haciendo con esta norma el legislador? ¿Nos explica que este tipo de intereses --o deudas (20) para ser más precisos-- quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley, cuando, operando el título cambiario de forma abstracta, no responden al abono de una contraprestación ejecutada por el acreedor cambiario? ¿O bien nos está diciendo que, aunque respondan al abono de una contraprestación, deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Ley?

La cuestión es crucial y nuestra motivación para intentar plantearla y aclararla no obedece a una motivación exegética, sino enteramente práctica: un porcentaje elevadísimo de las deudas mercantiles cuyo pago queda diferido se documentan en instrumentos cambiarios, fundamentalmente en pagarés. Esta práctica está extendidísima en el ámbito de la distribución comercial, y es prácticamente inevitable en el de la construcción, que son los sectores de actividad económica a los que la Ley va esencialmente destinada, como hemos indicado en el apartado introductorio. Por no hablar de los pagos mediante cheque, que son casi inevitables en cualquier ámbito cuando suponen una cantidad alta de dinero. Añadido a lo anterior, no tiene ningún sentido que una mayor garantía crediticia, como es la documentación de la deuda en un título con acción cambiaria, entrañe *ope legis* una pérdida de derechos sustantivos del acreedor mediante la reducción de intereses. Creemos por ello que el éxito o fracaso del texto legal comentado depende en muy alta medida de la interpretación que se haga del art. 3.2 a) del mismo.

No obstante, para abordar esta duda interpretativa, es preciso antes analizar la relación entre el apartado primero y el segundo del art. 3.2, pues es determinante aclarar si en él se contemplan casos especiales que forman parte del ámbito de la Ley tal y como lo define el apartado primero, pero que se excluyen del mismo por decisión específica del legislador español, o bien se trata de casos que no forman parte del ámbito positivo de aplicación, y su mención tiene un mero valor explicativo. Nótese que, mientras que el apartado primero del art. 3 define el ámbito de aplicación de la Ley de modo positivo (*«esta Ley será de aplicación...»*), el apartado segundo enfoca la delimitación de ese ámbito en términos negativos (*«quedan*

fuera del ámbito de aplicación de esta Ley»).

La clave para interpretar este tema se encuentra, una vez más, en la Directiva. Ésta define su ámbito de aplicación como ya hemos señalado «a todos los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales», y sólo admite que los Estados miembros puedan «sacar» de ese ámbito los casos que la propia Directiva contempla y autoriza, que son los que taxativamente (*numerus clausus*) contempla su art. 6.3: a) las deudas sometidas a procedimientos de insolvencia incoados al deudor, b) los contratos celebrados antes del 8 de agosto de 2002, y c) las reclamaciones de intereses de menos de 5 euros. Así, todas las «exclusiones» que contiene el art. 3.2 de la Ley 3/2004, que no se puedan subsumir en alguna de las tres anteriores posibilidades deben imperativamente ser interpretadas, de conformidad con la Directiva, como supuestos explicativos o ejemplificativos de lo que, ya en virtud del art. 1 de la Ley, quedaba en todo caso fuera de su alcance.

De estas tres posibilidades, la única que ha utilizado el legislador español ha sido la de excluir las deudas sometidas a procedimientos de insolvencia, tal y como figura esta exclusión en el art. 3.2 c) de la Ley 3/2004, que se refiere a las deudas sometidas a procedimientos concursales. Por cierto que con más que mejorable técnica legislativa. En efecto, es sorprendente de entrada que se excluyan las deudas sometidas a procedimientos concursales «incoados contra el deudor» (concurso necesario de los arts. 7 y 22.2 de la Ley Concursal), pero no aquellas sometidas a procedimientos incoados a solicitud del deudor (concurso voluntario del arts. 6 y 22.1 de la Ley Concursal). El efecto principal del concurso respecto de los intereses consiste en que su declaración suspende el devengo de aquéllos (art. 59.1 de la Ley Concursal). ¿Significa esto que el deudor insolvente recibe un mejor trato en cuanto al devengo de intereses si se mantiene pasivo y espera al concurso necesario (exclusión de los intereses moratorios), que si cumple con su deber y solicita la declaración de concurso (aplicación de intereses moratorios)?

Aunque la poco afortunada redacción de la Ley 3/2004 parece conducir a esta solución, en realidad no es así. De entrada porque cabe siempre interpretar que el concurso no existe jurídicamente (aunque puede que sí la insolvencia) hasta que no lo declara el juez mediante el preceptivo auto (art. 21 de la Ley Concursal), de modo que siempre nos encontraremos ante un procedimiento incoado por un auto judicial contra el deudor. Pero, además, sin necesidad de recurrir a sutilezas como la anterior, porque de hecho estas deudas estaban excluidas ya del ámbito de la Ley 3/2004, lo dijera o no la misma, en virtud de lo dispuesto en el art. 59.1 de la Ley Concursal, que, desde la declaración del concurso, suspende el devengo de intereses (21). Es evidente que, aunque la Ley 3/2004 es posterior, la Ley Concursal prima en este punto, en virtud del principio de especialidad, de modo que el art. 3.2 c) de la Ley 3/2004 no hace sino recoger una exclusión ya establecida en otra disposición, y, en consecuencia, el propio art. 3.2 c) de la Ley señala que las deudas concursales en cuestión «se regirán por lo establecido en su legislación especial», dando con ellos preeminencia al régimen de la Ley Concursal.

Pues bien, dejando ya de lado las deudas concursales, los otros dos supuestos que contempla el art. 3.2 de la Ley 3/2004 son tipos de deudas que ya estaban excluidas del ámbito de aplicación por su definición positiva. Ya hemos visto que la Directiva (art. 6.3) no permitiría excluir deudas de otras clases. Lo confirma la lectura de un párrafo clave del preámbulo de la Directiva:

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

La Directiva expresa muy claramente que todos los casos que se mencionan en este párrafo, de su preámbulo, no son pagos como contraprestación en operaciones comerciales: no lo son los pagos debidos por consumidores (22), ni tampoco lo son los derivados de la legislación especial en materia de cheques, pagarés y letras de cambio, en determinadas circunstancias.

En efecto, las obligaciones contenidas en cheques, pagarés o letras de cambio, en virtud de su legislación especial (Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque) pueden o no estar conectados con un contrato subyacente del que traen causa. Cuando lo están, funcionan como un título que documenta de forma cualificada --con acción cambiaria-- una obligación de pago que sí responde a una contraprestación. Sin embargo, cuando el documento ha sido endosado por su tenedor original, opera como un título abstracto, y la obligación de pago que entraña carece de relación alguna con una contraprestación efectuada por el tenedor a favor del obligado al pago. El legislador español, sin embargo, no sabemos si ha entendido este matiz, que resulta esencial, pues es el que conecta la referencia a los títulos cambiarios con la circunstancia de si nos encontramos ante un pago que se efectúa como contraprestación.

Volviendo al texto del art. 3.2 b) de la Ley, lo cierto es que una primera lectura puede conducir a la solución errónea. La Ley Cambiaria y del Cheque tiene un régimen específico de devengo y cuantía de intereses. Para la Letra de Cambio, el art. 58 de la Ley Cambiaria dispone que el acreedor podrá reclamar, mediante la acción directa, no solamente el principal de la Letra y los gastos, sino también el interés legal incrementado en dos puntos, desde la fecha del vencimiento. Al Pagaré también le es de aplicación esta

norma (art. 96 de la Ley Cambiaria). Y la misma disposición se contiene para el cheque en el art. 149, devengando el interés desde su fecha de presentación. A la vista de que la Ley Cambiaria tiene un régimen especial en cuanto a los intereses, parece que lo más sencillo es excluir del ámbito de aplicación de la Ley a toda deuda documentada en un título regulado en ella. Semejante opción conduciría sin embargo al absurdo resultado de que la Ley 3/2004 quedaría en la práctica en letra muerta, pues, como ya hemos dicho, la mayoría de las deudas a la que la Ley se aplica según su art. 3.1 están documentadas en títulos cambiarios.

La solución, desde nuestro punto de vista, es muy sencilla: el art. 3.2 b) tiene carácter explicativo, señala qué deudas mercantiles (entre otras) no tienen el carácter de pagos a cambio de una contraprestación, y por ello, en el caso de los cheques, pagarés y letras de cambio, *cuando operen como títulos abstractos, sin existencia de relación causal alguna entre el deudor y el acreedor cambiarios*, no les será de aplicación la Ley 3/2004. Por el contrario, *cuando el título no haya sido objeto de endoso alguno y por lo tanto reclame su cuantía el acreedor que lo sea también de la deuda causal*, la Ley 3/2004 será plenamente aplicable. Las razones que fundamentan esta solución, son las siguientes:

a) En primer término, es lo que se infiere de la Directiva y de la intención perseguida por el legislador comunitario. Como antes hemos señalado, entre las posibles exclusiones que permite el art. 6 de la Directiva no se encuentra la de las deudas documentadas en títulos cambiarios. Por otro lado, el origen de la exclusión que menciona la Ley española figura en el preámbulo de la Directiva (párrafo 13), como una explicación de qué tipo de pagos no se consideran deudas comerciales derivadas de una contraprestación. Recordémoslo:

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

Por su parte, el legislador español no ha expresado en ningún momento su voluntad de regular la cuestión de forma diferente a como lo hace la Directiva, antes al contrario, su intención es incorporar la Directiva a nuestro Derecho, y no cabe presumir que lo que ha pretendido es incumplir sus obligaciones comunitarias generando un caso de exclusión de deudas no permitido por la Directiva. De hecho, la Exposición de Motivos de la Ley (párrafo 5.<sup>9</sup>) contiene una explicación de la referencia que hace el art. 3.2 b) a instrumentos cambiarios, en los mismos términos de la Directiva: se trata de «otros pagos», no incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley:

*«El alcance de esta directiva --señala la Exposición de Motivos de la Ley-- está limitado a los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales entre empresas y entre éstas y el sector público. No regula las operaciones comerciales en las que intervienen consumidores, los intereses relacionados con otros pagos como los efectuados en virtud de la legislación en materia de cheques y letras de cambio ni los pagos de indemnizaciones por daños.»*

b) Abona lo anterior el iter parlamentario del Proyecto de Ley. En el Proyecto de Ley, presentado en junio de 2004 ante el Congreso, el art. 3.2 b) recogía la redacción del párrafo 13 del preámbulo de la Directiva, en los siguientes términos:

*«los intereses relacionados con otros pagos, como los efectuados en virtud de la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio, los pagos de indemnizaciones por daños, incluidos los pagos realizados por entidades aseguradoras, y las operaciones financieras.»*

El único aspecto de este precepto que cambió sustancial y motivadamente a lo largo de su periplo parlamentario, fue la desaparecida exclusión de las operaciones financieras (más adelante nos referiremos a este aspecto). La tramitación en el Congreso (informe de la ponencia y aprobación por la Comisión con competencia legislativa plena) mantuvo la misma redacción del Proyecto. Fue en el Senado, y en concreto en virtud de la enmienda núm. 22, presentada por el Grupo Popular, cuando se cambió la redacción (23). La enmienda señalaba la necesidad de eliminar la referencia a «otros pagos», y simplemente precisar cuáles quedaban excluidos de la Ley, y se justificaba solamente por razones de claridad, pero no por voluntad de modificar el ámbito de aplicación de la Ley.

Pese a que el texto definitivo está muy lejos de ser claro, tenemos la suerte de que no se modificó la Exposición de Motivos, de modo que ésta sigue diciendo claramente que la exclusión de cheques, pagarés y letras de cambio, se hace porque, cuando funcionan como títulos abstractos, desligados de una relación causal, no responden al pago de contraprestación alguna y por ello no estaban incluidos ya en el ámbito de aplicación de la Ley de acuerdo con su definición positiva, y por ello son «otros pagos», diferentes de los realizados como contraprestación, que la Ley regula.

c) Por otra parte, si interpretamos la exclusión de las deudas relacionadas con instrumentos cambiarios,



de acuerdo con las otras exclusiones que se contienen en el mismo art. 3.2 b), veremos que responden al mismo criterio: señalar tipos de deudas que no responden a relaciones recíprocas: no lo son las obligaciones de indemnizar daños, y, dentro de esta categoría, especialmente no lo son los pagos de las compañías aseguradoras, dado que responden a un negocio aleatorio como el contrato de seguro, negocio oneroso que exige el pago de la prima, pero no sinalagmático, puesto que la causa de la indemnización no es solamente la prima, sino además la producción del siniestro.

d) Por último, es de destacar que el art. 3.2 b) debe ser interpretado de forma sistemática con la disp. final 2.<sup>a</sup> de la misma Ley. En ella se modifica el régimen especial de la mora en las deudas de los comerciantes minoristas con sus proveedores, modificando el art. 17 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Pues bien, en la nueva redacción de ese artículo, que convierte en imperativos determinados plazos de pago, se añade como garantía de esa imperatividad, en su apartado 4, que cuando se superen los 60 días de aplazamiento, será preciso instrumentar la deuda en documento que lleve aparejada acción cambiaria. En el apartado siguiente, añade la Ley que el interés de demora será el fijado en el art. 7 de la Ley 3/2004. Este precepto demuestra que está muy lejos de la intención del legislador, y de una interpretación sistemática y coherente de la Ley, el excluir de las medidas contra la morosidad las deudas documentadas en cheques, pagarés o letras de cambio.

Con todo y con eso, si todavía a alguien le quedasen dudas y pensase que la letra de la Ley se obstina en negar la solución que propugnamos, el juez encargado de resolver un caso dudoso se encontraría constreñido, por el Derecho comunitario, a aplicar las medidas de la Ley a toda obligación de pago en una relación mercantil recíproca o sinalagmática, con absoluta independencia de su documentación en un instrumento cambiario. El principio de primacía del Derecho comunitario, al que antes hemos hecho referencia (Sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1976, *Simmenthal*), y el efecto directo, vertical y horizontal, de las Directivas comunitarias, imponen esta solución.

Para terminar este trabajo, resulta insoslayable hacer una especial referencia a las deudas derivadas de operaciones financieras. Para ser más específicos, a los préstamos. El Proyecto de Ley comenzó por excluir globalmente a toda operación financiera, en el art. 3.2 b), del ámbito de aplicación de la Ley. Una enmienda de CiU en el Senado (24) propuso y obtuvo la eliminación de esta exclusión genérica. Nos parece acertado que no se mantuviera la exclusión, tal y como estaba formulada por referencia a toda «operación financiera».

Con carácter general, la Ley, por imponerle la Directiva, es aplicable a relaciones recíprocas o sinalagmáticas, como antes hemos indicado. Pues bien, entre las operaciones financieras hay algunas que son sinalagmáticas y otras que no lo son. Es obvio que en el *leasing* o arrendamiento financiero los pagos que va haciendo el poseedor del bien lo son como contraprestación por el uso del mismo y, en su caso, la posterior adquisición de su propiedad. Con la exclusión expresa de «operaciones financieras» del ámbito de la Ley, el *leasing* planteaba un problema grave. Otros negocios complejos, como el contrato de *factoring* o incluso la venta a plazos conllevan operaciones de financiación y pagos en los que no se distingue claramente qué parte de ellos responde a una prestación recíproca y qué parte no.

Sin embargo, no toda operación financiera entraña obligaciones recíprocas. El préstamo, operación financiera por excelencia, es un negocio unilateral del que sólo derivan obligaciones para el prestatario. Su cumplimiento no forma parte por lo tanto de sinalagma alguno. Por ello se entiende mal la justificación de la enmienda, en la que se decía que como el préstamo puede ser una operación mercantil, debían incluirse las operaciones financieras en el ámbito de la Ley. Siguiendo a la Directiva, aquellas que entrañen pagos como contraprestación, sí deben incluirse, las demás, de ninguna manera.

El préstamo, por lo tanto, figura en la que la devolución del capital no es contraprestación de nada y el pago de intereses tiene un carácter marcadamente indemnizatorio por el lucro cesante o coste de oportunidad, es un contrato al cual no puede aplicarse la Ley 3/2004.

Pone de manifiesto la tramitación de esta enmienda, una vez más, que el legislador español no parece haberse dado del todo cuenta del significado de la Directiva cuando se refiere a «pagos como contraprestación».

(1) Insistiré en «incorporación» frente a «transposición», a sabiendas y en contra de la querencia académica por el segundo término, con la probablemente vana --pero entiendo que honrosa-- pretensión de apostar por que algún día dejen de estar las normas de Derecho comunitario «ocultas a la vista», o, si las personificásemos, «algo dormidas», según varios significados del verbo «transponer» que admite el Diccionario de la RAE, y que significa, literalmente, «poner detrás».

(2) «En todos los casos en los que las disposiciones de una Directiva se presenten, desde el punto de vista de su contenido, como incondicionales y lo bastante precisas, los particulares están legitimados para invocarlas frente al Estado bien cuando éste se abstenga de adaptar en el plazo debido al Derecho nacional la Directiva, bien porque haya realizado al respecto una adaptación incorrecta», Doctrina de TJCE expresada en sus Sentencias de 19 de enero de 1982 (caso *Becker*), 26 de febrero de 1986 (caso

Marshall) y 8 de octubre de 1987 (caso *Kolpinghuis Nijmegen*).

(3) Ver *El País*, edición de 17 de septiembre de 2004, sección Economía y trabajo.

(4) Datos que recoge *El País Negocios*, en su edición de 27 de junio de 2004.

(5) *El País Negocios*, edición de 8 de agosto de 2004.

(6) Es lo que escribía Ricard TORRES en la edición de *El País Comunidad Valenciana*, de 21 de julio de 2004.

(7) Quizás eso hubiera sido posible de no tener España abierto un procedimiento de incumplimiento por la Comisión, lo que ha generado que el Congreso tramite el Proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia.

(8) Partiendo de que ese 9% actual se aplique como interés anual, cosa que no está necesariamente clara, tampoco estamos hablando de una gran indemnización. De hecho, el acreedor recibiría, por cada 6.000 ¢ de deuda, 1,48 ¢ al día, es decir, 44,38 ¢ al mes, o 540 ¢ al año.

(9) Que el tipo es anual se infiere del Informe del Comité Económico y Social de la Unión Europea sobre el Proyecto de Directiva, que lo cifra en aproximadamente un 1% mensual en la fecha de su emisión (punto 4.3 del Informe, *DO* de 28 de diciembre de 1998).

(10) La solución efectivamente ha sido la de contemplar los plazos legales de pago como derecho dispositivo, pero no arbitrariamente dispositivo, ya que se exige una justificación del mayor plazo de pago contractual para no considerarlo abusivo. Sin embargo, era posible fijar los plazos como *ius cogens*, ya que la Directiva permite siempre mejoras del régimen jurídico en beneficio del acreedor (art. 6.2), y esta posibilidad de utilizar el Derecho necesario la contemplaba ya el Dictamen del Comité Económico y Social (*DO* de 28 de diciembre de 1998), al señalar en su apartado 3.10.2 la siguiente propuesta: «*en aras de la eficacia, al término de tres años de aplicación de la Directiva con un seguimiento anual [término sobradamente transcurrido a la fecha de incorporación de la Directiva en España], y en ausencia de resultados significativos en la reducción de plazos, prever en el texto de la Directiva actual la posibilidad de hacer obligatorio para las relaciones contractuales un plazo máximo que se introduciría de manera gradual*».

(11) Téngase en cuenta que, para incorporar una Directiva al Derecho nacional, no es preciso transcribir de modo literal sus disposiciones, idea esta que, por obvia, no dejó de remachar el TJCE en sus Sentencias de 23 de mayo de 1985 (*Comisión contra Alemania*) y de 9 de abril de 1987 (*Comisión contra Italia*): «la adaptación del Derecho interno a una directiva no exige necesariamente una reproducción formal y textual de sus disposiciones en una disposición legal expresa».

(12) El deber de diligencia del ordenado comerciante o empresario al que se refieren los arts. 25 del Código de Comercio, 127.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y 61.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

(13) La definición de morosidad del art. 2 dice bien poco, pues se limita a conceptuarla como «*el incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago*»; y nos deja con la pregunta de si la Ley requiere o no culpa del deudor en el incumplimiento. Resulta que sí la requiere, como se deduce de los arts. 6 b) y 8.2, de modo que la «definición» del art. 2 c) es incompleta.

(14) Sentencias de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser*, y de 22 de enero de 2002, *Cisal*.

(15) La Doctrina mercantilista concibe el concepto de «empresa» con indudables ribetes patrimoniales. Así, FONT GALÁN la define como «*una específica modalidad de riqueza productiva, constitutiva de un bien o valor patrimonial de explotación*» (en JIMÉNEZ SÁNCHEZ y otros, *Derecho Mercantil*, 2.ª ed., tomo I, págs. 64 y 65). Con muy similar significado, define la empresa A. ROJO en el *Curso de Derecho Mercantil* de R. URÍA y otros, partiendo del concepto de «establecimiento mercantil»: «En sentido jurídico, sin embargo, establecimiento o establecimiento mercantil significa el conjunto de elementos materiales y personales organizados por el empresario individual o por la sociedad mercantil para el ejercicio de una o varias actividades empresariales. Desde esta perspectiva, establecimiento equivale a empresa en sentido objetivo» (*Curso...*, 1.ª ed., 1999, tomo I, pág. 100). El art. 622 de la LEC que regula el embargo de empresas, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo admiten a la empresa como objeto de negocios jurídicos (Sentencias de 13 de enero de 1944, 20 de diciembre de 1986, 13 de febrero de 1992, o 7 de marzo de 1994).

(16) Directivas 92/50 CEE, 93/36 CEE, 93/37 CEE y 93/38 CEE.

(17) La aplicación de las normas comunitarias de contratación depende de que la entidad que adjudica el contrato reúna los tres siguientes requisitos: a) Que tenga personalidad jurídica. b) Que haya sido creada para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. c) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones públicas y otras entidades de Derecho público.

(18) El art. 2 de la LCAP fue reformado precisamente porque el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas condenó a España, en dos ocasiones, por no haber adaptado correctamente las Directivas sobre contratación pública, al dejar fuera del ámbito de aplicación de las normas de la LCAP las sociedades mercantiles públicas. En la Sentencia de 15 de mayo de 2003, *Comisión contra España*, el Tribunal apreció que el hecho de someterse una determinada entidad del sector público al Derecho privado no puede permitir su exclusión del ámbito de aplicación de las reglas de contratación pública, siempre que cumpla los tres requisitos que ya hemos citado: «*el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora*» a efectos de las Directivas de contratación (Cdo. 55). En una segunda Sentencia sobre el mismo tema, la de 16 de octubre de 2003, *caso SIEPSA*, el Tribunal volvió a condenar a España por incumplir los Tratados, a instancias de la Comisión, al no haberse la Sociedad de Equipamientos Penitenciarios, S.A., que adjudicaba obras para la construcción de prisiones, ajustado a las normas comunitarias sobre contratación pública.

(19) En efecto, en la famosa Sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1976, el TJCE señaló que «el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas, dejando inaplicada, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello sea preciso pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional». No se trata de que el juez ordinario derogue o anule la Ley, sino de que aplique la norma comunitaria en caso de conflicto entre ambas. En este caso que estamos analizando, el conflicto aparece porque la Directiva 2000/35 tenía que haber sido incorporada al ordenamiento español el 8 de agosto de 2002, a más tardar. Todavía no lo está plenamente, a la vista del «olvido» de incluir en la Ley 3/2004 las sociedades mercantiles públicas que realizan actividades de interés general. No obstante, a tales sociedades les es plenamente aplicable la Directiva comunitaria, en virtud del efecto directo vertical de este tipo de normas «En todos los casos en los que las disposiciones de una Directiva se presenten, desde el punto de vista de su contenido, como incondicionales y lo bastante precisas, los particulares están legitimados para invocarlas frente al Estado bien cuando éste se abstenga de adaptar en el plazo denido al Derecho nacional a la Directiva, *bien porque haya realizado al respecto una adaptación incorrecta*», Doctrina de TJCE expresada en sus Sentencias de 19 de enero de 1982 (caso *Becker*), 26 de febrero de 1986 (caso *Marshall*) y 8 de octubre de 1987 (caso *Kolpinghuis Nijmegen*).

(20) Desafortunado también el baile de términos: se emplea «pagos» en el art. 3.1 (definición positiva), mientras que, en el art. 3.2 (definición negativa), se utilizan los términos «pagos» en el apartado a), «intereses» y «pagos» en el apartado b) y «deudas» en el apartado c).

(21) Con excepción de las deudas con garantía real, hasta donde alcance la garantía, y los créditos salariales.

(22) En efecto, si la Ley es aplicable a «empresas», tal y como éstas se definen en la Ley (personas en el ejercicio de su actividad mercantil, industrial o profesional), es imposible aplicar sus normas a los consumidores, definidos éstos en los términos del art. 1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios como los que adquieren bienes o disfrutan servicios como destinatarios finales, y en sentido negativo, quienes *no* adquieran bienes o disfruten de servicios con la finalidad de integrarlos en un proceso productivo.

(23) *BOCG*, Senado, 23 de noviembre de 2004, pág. 19. Otra enmienda de Entesa (núm. 32) tenía un sentido similar, eliminando la expresión «otros pagos», pero ésta fue mantenida después del debate en Comisión para el Pleno, por lo que se deduce que no se aprobó.

(24) La núm. 48, *BOCG* de 23 de noviembre de 2004, pág. 27.