

OPERACIONES COMERCIALES DE LA LEY ESPAÑOLA DE LUCHA
CONTRA LA MOROSIDAD QUE CONFIGURAN COMPRAVENTAS
INTERNACIONALES DE MERCADERÍAS EN LA CONVENCION DE
VIENA: ¿QUID IURIS?*

*COMMERCIAL OPERATIONS UNDER THE SPANISH LAW FOR THE FIGHT
AGAINST DELAYS THAT CONFIGURE INTERNATIONAL SALE OF GOODS IN
THE VIENNA CONVENTION: QUID IURIS?*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1670-1693

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "Derecho transitorio, retroactividad y aplicación en el tiempo de las normas jurídicas" (Ref.: PID2019-107296GB-I00), dirigido por los profesores Andrés Domínguez Luermo y Henar Álvarez Álvarez.

Víctor HERRADA
BAZÁN

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: En el presente trabajo, se analiza el ámbito de aplicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales (LLCM) y el de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías (CISG). Con base en este análisis, se busca resolver la cuestión surgida en la doctrina sobre si, cuando se trata de compraventas internacionales de mercaderías que califican como “operaciones comerciales” entre partes situadas en España y en otro país de la Unión Europea, es de aplicación la CISG –siempre que dicho otro país sea parte de la Convención– o si, por el contrario, tiene preponderancia la aplicación de la LLCM –cuando las normas de Derecho internacional privado prevean la aplicación del ordenamiento español– por tratarse de la transposición de una Directiva comunitaria.

PALABRAS CLAVE: Ley 3/2004; lucha contra la morosidad; operaciones comerciales; Convención de Viena; compraventa internacional de mercaderías.

ABSTRACT: *This paper analyzes the scope of the Late Payments in Commercial Transactions Spanish Law (Ley 3/2004) and that of the Convention on the International Sales of Goods (CISG). Once this scope has been delimited, the author seeks to resolve the question about what regulation is applicable to an international sale of goods that qualifies as a “commercial transaction” between parties located in Spain and in another country of the European Union: is it the CISG, provided that said other country is it part of the Convention, or is it the aforementioned Spanish Law –when the rules of private international law lead to the application of the Spanish legal system–, since it implies the transposition of a European Directive?*

KEY WORDS: *Late payments; commercial transactions; CISG; international sales of goods.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY 3/2004.- 1. El concepto de “operaciones comerciales” y su naturaleza contractual.- 2. El carácter sinalagnático como criterio de inclusión en la LLCM.- 3. Pago de deuda dineraria contra entrega de bienes.- 4. La compraventa como supuesto incluido en el ámbito objetivo de aplicación de la Ley 3/2004.- III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.- 1. “Compraventa” de “mercaderías”.- 2. Criterio de “internacionalidad” de la compraventa de mercaderías.- IV. “OPERACIONES COMERCIALES” QUE CONFIGURAN “COMPRAVENTAS INTERNACIONALES DE MERCADERÍAS”: ¿QUID IURIS? - 1. La intención del legislador europeo.- 2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.- 3. El art. 90 CISG: la Directiva no es un “acuerdo internacional”.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo trata sobre la relación entre los ámbitos de aplicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, LLCM) y el de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías (en adelante, CISG), con referencia a un específico problema: ¿cuál es la regulación aplicable a una compraventa que califica como “operación comercial” según la LLCM y que también configura una “compraventa internacional de mercaderías” según la CISG?

II. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY 3/2004

La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, LLCM) transpuso al ordenamiento español, primero, la Directiva 2000/35/CE por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, Directiva 2000/35) y, luego, la Directiva 2011/7/UE del mismo nombre, que refunde y deroga a la primera y que se encuentra actualmente vigente. La finalidad de ambas Directivas es afrontar las prácticas dilatorias de pagos y la morosidad en el marco de relaciones comerciales entre empresas o entre empresa y Administración pública. Más allá de las críticas a esta “regulación antimorosidad”¹, ésta contiene un régimen especial de plazos de pago, de aplicación en defecto de acuerdo entre las partes, y un sistema de *mora*

¹ Vid. por todos, ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “La nueva regulación del crédito comercial. Una lectura crítica de la Directiva y de la Ley contra la morosidad”, *InDret*, núm. 3, 2005, pp. 3 y ss.; ARRUÑADA, B.: *Aplazamiento de pago y morosidad en las transacciones comerciales*, Marcial Pons – IDELCO, Madrid, 1999, pp. 17 y ss.; y, “La Ley contra la morosidad”, *InDret*, núm. 3, 2004, pp. 4 y ss.

• Víctor Herrada Bazán

Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (Perú). Correo electrónico: victor.herrada@udep.edu.pe

debitoris que incluye un régimen de mora automática, altos intereses moratorios y el reconocimiento al acreedor del derecho a percibir una compensación por los costes de cobro, amén de otras medidas sustantivas importantes².

El art. 3.1 LLCM establece su aplicación “a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público [*rectius*, la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público], así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas”. De esta disposición, se infiere que la LLCM tiene dos grandes ámbitos de aplicación: uno jurídico-público, integrado por las operaciones comerciales realizadas “entre empresa y Administración”; y, otro jurídico-privado, constituido por las operaciones comerciales efectuadas “entre empresas”. Sin embargo, el objeto de este trabajo está referido exclusivamente al último ámbito mencionado (esto es, a las operaciones comerciales interempresariales), por lo que no se entrará a analizar lo que se ha de entender por “Administración” para los fines de la LLCM³.

Ahora bien, dentro del ámbito jurídico-privado, cabe indicar dos ideas principales:

(i) Que, subjetivamente, las operaciones comerciales han de ser celebradas por sujetos a quienes la LLCM denomina “empresas”, esto es, “cualquier persona física o jurídica que actúe en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional”.

(ii) Y, que, objetivamente, la LLCM se aplica a los pagos dinerarios que se han de realizar como contraprestación a la entrega de bienes o prestación de servicios (“operaciones comerciales”, según la norma).

Para los fines de este trabajo, interesará enfocarnos fundamentalmente en la segunda idea, la cual contiene los criterios objetivos de aplicación de la LLCM⁴.

2 Como la regulación de un control de contenido de cláusulas contractuales, de la cláusula de reserva de dominio en contratos de compraventa y la consideración de que los Estados miembros velen por que se pueda obtener un título ejecutivo respecto de deudas no impugnadas, a través de procedimientos ágiles y efectivos.

3 *Vid.* sobre este tema MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M.: “La aplicación a la contratación administrativa de la Ley de medidas contra la morosidad en operaciones comerciales”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 82, 2005, pp. 43-62; SORIANO GARCÍA, J.E.: *Lucha contra la morosidad y contratación administrativa*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 185-186.

4 Sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la LLCM, *vid.*, por todos, LEMA DEVESA, C. y TATO PLAZA, A.: “La Ley de Medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su incidencia en el comercio minorista”, *DN*, núm. 183, 2005 (versión electrónica); AGUILLAUME GANDASEGUI, G.: “El ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad”, en *La Ley*, núm. 4, 2005 (versión electrónica); PERALES VISCASILLAS, M. P.: *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas. Ley 3/2004 y Directiva 2000/35*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, pp. 83 y ss.; MIRANDA SERRANO, L. M.: *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 129 y ss.; VICIANO

I. El concepto de “operaciones comerciales” y su naturaleza contractual

El criterio objetivo o material para aplicar la LLCM está expresado en su art. 3.1, el cual establece su aplicación “a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales”. Sin embargo, lo que debe entenderse como “operación comercial” no viene previsto en la LLCM, lo cual exige acudir al art. 2, 1) Directiva 2011/7. Este precepto define a las operaciones comerciales como “las realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación”. Si bien este enunciado confirma el carácter “obligacional” de las relaciones jurídicas sobre las que resulta aplicable la LLCM, no denota el origen o fuente que han de tener dichas relaciones para estar comprendidas en su ámbito de aplicación. Al respecto, como bien ha observado la doctrina, puede sostenerse que las relaciones obligatorias que configuran las “operaciones comerciales” son relaciones contractuales o surgidas de la celebración de un contrato, lo cual se infiere de la propia regulación⁵.

En efecto, la Exp. Mot. de la LLCM hace expresa referencia a la “morosidad en el pago de deudas contractuales” como uno de los problemas centrales que se han de combatir con la regulación. Asimismo, el art. 2, c) LLCM define a la morosidad como “el incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago”, mientras el art. 9 LLCM determina un control de contenido de “cláusulas contractuales” cuando resulten manifiestamente abusivas en perjuicio del acreedor dinerario⁶.

2. El carácter sinalagmático como criterio de inclusión en la LLCM.

Atendiendo nuevamente al concepto de “operaciones comerciales”, cabe centrar nuestra atención en la “contraprestación” sobre la cual recae la LLCM. Al respecto, sobre la base del concepto de contraprestación empleado en nuestro idioma⁷, la mayor parte de la doctrina ha señalado que los contratos (operaciones comerciales) a los que resulta aplicable la LLCM han de ser, entonces, “bilaterales”,

PASTOR, J.: “La morosidad en las obligaciones pecuniarias en las operaciones comerciales entre empresas. La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales”, AA.VV.: *Tratado sobre la Morosidad* (dirigido por F. PALAU RAMÍREZ y J. VICIANO PASTOR), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 287 y ss.

5 Cfr. MIRANDA SERRANO, L. M.: *Aplazamientos*, cit., p. 135; PERALES VISCASILLAS, M. P.: *La morosidad*, cit., p. 41; VICIANO PASTOR, J.: “La morosidad”, cit., pp. 265-266.

6 Amén de los preceptos que indico en el texto principal, VICIANO PASTOR, J.: “La morosidad”, cit., pp. 266-267 menciona otros en los que se hace referencia al “contrato” y conceptos relacionados, como los arts. 4.1, c); 6, a) y 7.1 LLCM. También se puede mencionar el art. 2.1, a) del Decreto Legislativo 9 ottobre 2002, núm. 231 de Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (Italia), que define a las “transacciones comerciales” como “los contratos, sin importar su denominación, entre empresas o entre empresas y administraciones públicas que implican, exclusiva o principalmente, la entrega de bienes o la prestación de servicios contra el pago de un precio”.

7 Se entiende por “contraprestación” a la “prestación que retribuye la de la otra parte en las obligaciones recíprocas”. Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA Y CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, Santillana, Madrid, 2017, voz “contraprestación”.

“de prestaciones recíprocas” o, en términos obligacionales, deben dar lugar a una “relación obligatoria sinalagmática”; expresiones utilizadas como sinónimos⁸. Sin embargo, creo que es importante precisar el alcance de estas expresiones, pues no todas ellas significan lo mismo.

Que un contrato sea “bilateral” no implica que entre las prestaciones asumidas por las partes exista, a su vez, una “reciprocidad” o “sinalagma”⁹. La “bilateralidad” (en contraste con la unilateralidad) en un contrato solo hace referencia a que las dos partes (y no solo una) asumen obligaciones. No obstante, que ambas partes de un contrato tengan a su cargo obligaciones no basta para sostener que entre las dos prestaciones ofrecidas existe una “relación de interdependencia”¹⁰. Es posible que, siendo un contrato bilateral, no haya reciprocidad o sinalagma entre las prestaciones prometidas.

Por ejemplo, si bien el contrato de comisión mercantil es esencialmente “bilateral” (esto es, tanto comitente como comisionista asumen obligaciones), solo es “naturalmente sinalagmático”, porque de las prestaciones que corresponden al comitente, solo la de pagar el premio de comisión, que puede excluirse por pacto expreso (ex art. 277 CCo)¹¹, se encuentra en relación de reciprocidad o interdependencia respecto de la prestación del comisionista (la realización de un acto u operación de comercio por cuenta del comitente ex art. 244 CCo). En cambio, la única obligación esencial del comitente, la obligación de mantener indemne al comisionista, no es interdependiente a alguna obligación de este último, sino que responde al hecho de que el comisionista no puede ver perjudicado su patrimonio. Por tanto, aunque –como se ve– ambas partes asumen obligaciones, no hay una “relación de reciprocidad” entre ellas, esto es, entre la obligación de indemnidad del comitente y la del comisionista de realizar el encargo.

Por otro lado, sí se puede hablar de reciprocidad o sinalagma en un contrato de mutuo con pago de intereses, aunque tradicionalmente se le haya considerado un contrato real y unilateral. Y es que cuando el contrato se perfecciona con la

8 Emplean las tres expresiones como sinónimos AGUILLAUME GANDASEGUI, G.: “El ámbito”, cit., p. 6 (versión electrónica); PERALES VISCASILLAS, M. P.: *La morosidad*, cit., p. 40; MIRANDA SERRANO, L. M.: *Aplazamientos*, cit., pp. 136-137. Por su parte, GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.: *Derecho mercantil de obligaciones*, vol. I, Bosch, Barcelona, 2010, p. 125 hace referencia a contratos “bilaterales y onerosos”.

9 La relación de sinalagma, como explica DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. 2, 6º ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 432-433, “se encuentra en la interdependencia o nexo causal entre dos deberes de prestación, de manera que cada uno de ellos, en relación con el otro, funciona como contravalor o contraprestación”.

10 Así, para DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit., vol. 2, p. 427, “en la idea de ‘obligación recíproca’ utilizada por el legislador español no basta la pluralidad de deudas y de créditos, y el hecho de que cada una de las deudas o créditos se encuentre a cargo o en favor de cada uno de los interesados, sino que es también decisiva la existencia de ‘reciprocidad’”.

11 Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.: *Derecho mercantil de obligaciones. Contratos comerciales*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011, pp. 169-170, quien advierte que, aun cuando “[m]uchos autores ven en el deber de pago del premio o comisión la obligación fundamental del Comitente”, en realidad “se trata de una obligación que representa un simple *naturale negotii* en el Contrato de Comisión mercantil”.

entrega del capital, no puede negarse que entre esta prestación y la de pagar los intereses existe un “sinalagma o reciprocidad”, más allá de la estructura obligacional, si el objeto de la obligación tiene su causa en aquélla. Por este motivo, se ha dicho que “el mutuo, llevando pacto de intereses, es un contrato sinalagmático, ya que la prestación del dinero va correspondida por la contraprestación de los intereses, sin que influya en tal calificación el hecho de que la obligación del prestatario comienza cuando el prestamista ha cumplido su parte, acaso sin estar previamente obligado y constituyendo el contrato mediante entrega”¹².

El *quid* del asunto es que la unilateralidad o bilateralidad, por un lado, y la gratuidad u onerosidad, por el otro, son dos binomios que operan en planos diferentes¹³. La unilateralidad o bilateralidad es un rasgo “estructural” del contrato, definido por el número de obligaciones que compromete el contrato, así como por quiénes las asumen. En cambio, la gratuidad u onerosidad es un rasgo “funcional” (y, más concretamente, económico), definido por quiénes soportan la carga o sacrificio del contrato y por o a cambio de qué. En tal sentido, es dentro de la onerosidad (en tanto situación en la que todas las partes soportan sacrificios, pues realizan atribuciones patrimoniales y, por ello, todas obtienen ventajas¹⁴) en donde radica el carácter sinalagmático entre prestaciones, más allá de que estas sean objeto de obligaciones o, por el contrario, vengán realizadas sin obligación previa. Todo esto explica por qué es posible hablar de prestaciones recíprocas o sinalagmáticas incluso en contratos estructuralmente unilaterales.

Por lo tanto, cuando en el marco del concepto de “operaciones comerciales”, la LLCM hace referencia a una “contraprestación”, lo que se exige es que en el contrato exista una relación de “reciprocidad o sinalagma” entre las prestaciones, con independencia de la unilateralidad o bilateralidad en su estructura.

3. Pago de deuda dineraria contra entrega de bienes

El art. 1 LLCM, a diferencia de la Directiva (la cual, curiosamente, omite toda referencia a ello), es expresa en señalar que la prestación de las operaciones comerciales a la que resulta aplicable su régimen es el pago de “deudas dinerarias”¹⁵. Dichas deudas, como se ha dicho, han de constituir el precio (contraprestación) que se ha de pagar a cambio de la “entrega de bienes” o la “prestación de servicios”

12 LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho civil 2. Derecho de obligaciones*, vol. 2, 3ª ed. (revisada y puesta al día por Rivero Hernández, F.), Dykinson, Madrid, 2005, p. 172. Vid. en jurisprudencia, la STS 11 julio 2018 (RJ 2018/2793).

13 Cfr. ZEGARRA MULÁNOVICH, Á.: *Las cláusulas de hardship en la contratación mercantil*, tesis doctoral, Universidad de A Coruña, A Coruña, 2007, pp. 218-219.

14 Cfr. Díez-Picazo, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. 1, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 99.

15 Cfr. VICIANO PASTOR, J.: “La morosidad”, cit., p. 262.

por parte de un proveedor. En este trabajo se delimitará únicamente la expresión “entrega de bienes”, debido a que el objeto de estudio es la “compraventa” internacional de mercaderías en tanto operación comercial ex LLCM¹⁶.

En cuanto a los “bienes” que deben ser entregados como contraprestación al pago dinerario, se puede defender que la LLCM solo está referida a la entrega de “bienes muebles”¹⁷. Ello con base en el concepto de “bienes” que se emplea en las versiones en otros idiomas de la Directiva 2011/7 y en lo sucedido en el proceso de tramitación parlamentaria de la LLCM.

En primer lugar, el concepto de “bienes” que se utiliza en la Directiva 2011/7 no puede determinarse de forma clara de sus versiones en castellano, porque en este último idioma se emplearon indistintamente los términos “bienes” y “mercancías”. Esta situación exige acudir a las versiones en otros idiomas de la norma comunitaria, pues, a partir de determinadas coincidencias en la terminología, puede establecerse la real intención reguladora del legislador europeo sobre esta materia. Así pues, en la versión en inglés de la Directiva 2011/7, se llama “goods” a lo que en la versión en castellano se denominó “bienes”¹⁸. Esto denota una importante diferencia: el primer vocablo sirve en inglés para referirse a las “mercaderías”, lo que implica un significado mucho más restringido que el que corresponde a “bienes” en nuestro idioma. El concepto de “goods”, además, es utilizado también en las versiones en alemán, italiano y francés de la Directiva, pues los términos utilizados en cada una de ellas (“Waren”, “merci” y “marchandises”, respectivamente) tienen claramente el significado de “mercancías”. Por lo tanto, creo razonable entender que el concepto de “bienes” de la versión en castellano de las Directivas 2000/35 y 2011/7 había de ser identificado con el de “mercaderías” o “mercancías”¹⁹.

Sin embargo, no puede perderse de vista que, con base en lo sucedido en el proceso de tramitación parlamentaria de la LLCM, se puede sostener que el legislador español incluyó a las operaciones financieras dentro del ámbito de aplicación de dicha ley. De hecho, entre las razones argüidas para cuestionar

16 Sobre la “prestación de servicios” ex LLCM, *vid.* por todos, PERALES VISCASILLAS, M. P.: *La morosidad*, cit., pp. 59 y ss.; MIRANDA SERRANO, L.M.: *Aplazamientos*, cit., pp. 134 y ss.

17 En ese sentido, PERALES VISCASILLAS, M. P.: *La morosidad*, cit., pp. 57-58; MIRANDA SERRANO, L. M.: *Aplazamientos*, cit., p. 139; GÓMEZ LIGÜERRE, C.: “El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales”, *InDret*, núm. 4, 2011, p. 11.

18 El art. 2.1 Directiva 2011/7, versión en inglés, define a las operaciones comerciales (“commercial transactions”) como “transactions between undertakings or between undertakings and public authorities which lead to the delivery of goods or the provision of services for remuneration”.

19 Esto ha sido confirmado recientemente en la STJUE 18 noviembre 2020 (TJCE 2020/274), en donde se especifica que, para efectos de la Directiva 2000/35 (hoy, Directiva 2011/7), debe tenerse en cuenta el concepto de “mercancías” previsto en el art. 28 TFUE y definido por la jurisprudencia del TJUE como “productos que pueden valorarse en dinero y que, como tales, pueden ser objeto de transacciones comerciales”, lo cual coincide sustancialmente con el concepto de “mercancía” (“cosas muebles que se hacen objeto de trato o venta”, según REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*, 23° ed., Espasa, Madrid, 2014, voz “mercancía”, 1ª acepción.).

una eventual prescindencia de tales operaciones, se encuentra el hecho de considerar que la propia Directiva 2000/35 no las excluía²⁰, lo que, a mi juicio, se encontraba aunado a la idea de que el término “bienes” de la Directiva delimitaba un concepto más amplio que el de “mercaderías”. Bajo este razonamiento, en las operaciones financieras que impliquen un intercambio de dinero por dinero (los préstamos mercantiles, por ejemplo), la entrega de dinero en crédito bien podía ser considerada una “entrega de bienes” al amparo de la LLCM. Esta es, en mi opinión, la razón fundamental para concluir que los “bienes” a los que hace referencia la LLCM no están constituidos únicamente por mercancías, sino que abarca un espectro más amplio, conformado al menos por lo que ha de considerarse “bienes muebles”²¹.

Por el contrario, habría de responderse negativamente a la posibilidad de incluir a los bienes inmuebles en el término “bienes” de la regulación antimorosidad (Directiva 2011/7 y LLCM)²², con base, nuevamente, en la intención reguladora del legislador europeo. Esta intención es, como se ha dicho, apreciable más claramente en la versión en otros idiomas de la Directiva 2011/7, en contraste con su símil en castellano. Por ejemplo, de la expresión “delivery of goods” en la versión en inglés (término que fue redactado como “entrega de bienes” en la versión en castellano), vale decir que el vocablo “delivery” es aplicable únicamente a bienes muebles en dicho idioma. La misma idea puede defenderse en las versiones en francés e italiano, en cuyas expresiones “fourniture de marchandises” y “fornitura di merci” se evidencia la idea de “suministro”²³, cuyo concepto en nuestro argot jurídico implica la entrega de bienes muebles. Por lo anterior, queda claro que, cuando en la Directiva 2011/7 se utiliza el término “bienes”, no se incluye en él a los bienes inmuebles.

4. La compraventa como supuesto incluido en el ámbito objetivo de la Ley 3/2004

La inclusión del contrato de compraventa en el ámbito de aplicación de la LLCM es indudable²⁴, principalmente porque el intercambio obligacional que en él

20 Vid. BOCG, Senado, VIII Legislatura, Serie II, núm. 2(b), 16 de noviembre de 2004. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La ‘lucha legal’ contra la morosidad en los pagos”, AA.VV.: *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 2 (coordinado por J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F. MÉNDEZ GONZÁLEZ), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 4376, para quien excluir a las operaciones financieras de la LLCM “va a encontrar problemas de compatibilidad con la Directiva 2000/35/CE, que no ha previsto esta exclusión específica”.

21 En dicho concepto están comprendidas también las operaciones comerciales con entrega de bienes inmateriales (marcas, patentes, derechos de propiedad intelectual, etc.), derechos de crédito o derechos incorporeales ex arts. 1526 y ss. CC. Cfr. PERALES VISCASILLAS, M. P.: *La morosidad*, cit., p. 58.

22 En ese sentido, VICIANO PASTOR, J.: “La morosidad”, cit., pp. 276-278.

23 Así, en el castellano, el vocablo “fornitura” proviene del francés “fourniture” que significa literalmente suministro, tal y como lo señala la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario*, cit., voz “fornitura”.

24 Cfr. AGUILLAUME GANDESEGUI, G.: “El ámbito”, cit., p. 4 (versión electrónica); MIRANDA SERRANO, L. M.: *Aplazamientos*, cit., pp. 141-142; PERALES VISCASILLAS, M. P.: *La morosidad*, cit., pp. 54-55; VICIANO PASTOR, J.: “La

se produce (“uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”, en términos del art. 1445 CC) se subsume perfectamente en la estructura prestacional prevista en el art. 2, 1) Directiva 2011/7 y el art. 1 LCCM para las operaciones comerciales: una entrega de bienes a cambio de una contraprestación dineraria. Sin embargo, como se ha adelantado, de los varios tipos de compraventa según el objeto, la aplicación de la LCCM estará limitada a los contratos de compraventa de “bienes muebles”.

Por la misma razón por la cual el contrato de compraventa está incluido en el ámbito de aplicación de la LCCM (intercambio entre “entrega de bien” y “pago de precio”) es que debe entenderse también comprendido el “contrato de suministro”²⁵ y el “contrato estimatorio”²⁶.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

La compraventa internacional de mercaderías está sometida a un régimen propio, derivado de la CISG, ratificada por España en 1990 y en vigor desde 1991.

El art. 1.1 CISG establece, como criterio general, su aplicación a “los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes”. De esta disposición, se obtienen dos ideas:

Que la CISG se aplica a contratos de compraventa de mercaderías.

Que los contratos de compraventa de mercaderías a los que resulta aplicable al CISG han de cumplir con un criterio de “internacionalidad”: que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes.

I. “Compraventa” de “mercaderías”

Si bien no existe en la CISG una definición de lo que ha de considerarse una compraventa, de sus arts. 3 (aplicación), 30 (obligaciones del vendedor) y 53 (obligaciones del comprador) se puede inferir que en ella cabe, al menos como

morosidad”, cit., pp. 330-331.

25 De acuerdo, PERALES VISCASILLAS, M. P.: *La morosidad*, cit., pp. 55-56; MIRANDA SERRANO, L. M.: *Aplazamientos*, cit., pp. 142-143; VICIANO PASTOR, J.: “La morosidad”, cit., p. 338.

26 Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “La nueva regulación”, cit., p. 14; MIRANDA SERRANO, L.M.: *Aplazamientos*, cit., pp. 143-144; VICIANO PASTOR, J.: “La morosidad”, cit., pp. 338-339. Si bien comparto la idea de que el contrato estimatorio debe ser incluido en el ámbito de aplicación de la LCCM, no debe perderse de vista que, en el escenario funcional principal de este tipo contractual, la relación de sinalagma entre entrega de bienes y pago de precio tiene una causa distinta que la de la compraventa.

ámbito mínimo, el concepto base de “intercambio de bien por dinero”²⁷. A partir de tal concepto, se puede examinar sus limitaciones y ampliaciones.

En cuanto a las “limitaciones”, se puede apreciar del citado art. 1.I CISG una primera restricción: las compraventas sometidas a su régimen han de recaer sobre “mercaderías”: cosas muebles que se hacen objeto de trato o venta²⁸. Esto excluye, por tanto, a las compraventas inmobiliarias y a todas aquellas sobre bienes muebles no calificables como mercancías (por ejemplo, los fondos empresariales). De hecho, la propia Convención hace esta exclusión en su art. 2, cuando establece que no se aplicará a las compraventas “de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero”²⁹ (inciso “d”), en tanto no tienen naturaleza de “mercadería”³⁰. También excluye a otros bienes como los “buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves” (inciso “e”) y la “electricidad” (inciso “f”), aunque con base en otros criterios, como la evitación de problemas de calificación de bienes (dada las grandes diferencias de régimen en los países) o la especial naturaleza de la electricidad³¹. Tampoco estarán incluidas en el ámbito de la CISG las compraventas sobre bienes muebles incorporeales, si se toma en cuenta que su antecedente inmediato, la Convención de La Haya de 1964 sobre compraventa internacional, hacía referencia expresa a “bienes muebles corporales”³².

La CISG también excluye a las compraventas que, aunque recaigan sobre mercaderías, se realicen en subastas (art. 2, b) CISG) o por vía judicial (art. 2, c) CISG)³³. Asimismo, la Convención deja fuera a las compraventas de mercaderías con “consumidores”³⁴; si bien no lo dice expresamente, así se puede inferir del art. 2, a) CISG cuando se refiere a “mercaderías compradas para uso personal, familiar

27 En ese sentido, HERBER, R.: “Art. 1”, AA.VV.: *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (dirigido por E. VON CAEMMERER y P. SCHLECHTRIEM), C. H. Beck, Múnich, 1990, p. 47; CALVO CARAVACA, A.-L.: “Artículo 1”, AA.VV.: *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido por L. DIEZ-PICAZO), Civitas, Madrid, 1998, p. 47; OVIEDO ALBÁN, J.: “Aplicación material de la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías”, *Universitas*, núm. 53, 113, 2006, p. 221.

28 Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario*, cit. voz “mercancía”, 1ª acepción. En el mismo sentido, HERBER, R.: “Art. 1”, cit., p. 48; CALVO CARAVACA, A.-L.: “Artículo 1”, cit., p. 48.

29 Aunque, como bien anota HERBER, R.: “Art. 2”, AA.VV.: *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (dirigido por E. VON CAEMMERER y P. SCHLECHTRIEM), C. H. Beck, Múnich, 1990, p. 62, los títulos de tradición (conocimientos de embarque, carta de porte o resguardo de depósito en almacén) no están comprendidos en esta exclusión, pues la compra de un título que representa a la mercancía es, en realidad, la compra de la mercancía en sí.

30 Cfr. CAFFARENA LAPORTA, J.: “Artículo 2”, AA.VV. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido por L. DIEZ-PICAZO), Civitas, Madrid, 1998, p. 64.

31 Cfr. CAFFARENA LAPORTA, J.: “Artículo 2”, cit. pp. 65-67.

32 Cfr. OVIEDO ALBÁN, J.: “Aplicación”, cit., p. 224, quien señala que, además, debe considerarse que el régimen jurídico previsto en la CISG está totalmente inadaptado a la venta de bienes incorporeales.

33 La razón de la exclusión es que se trata de ventas sometidas a un procedimiento especial en el que, o bien no se sabe quién será el comprador hasta el momento de la adjudicación (subastas) o bien no existe una negociación entre las partes, realizándose la transmisión con independencia de la voluntad del vendedor (compraventas judiciales). Cfr. CAFFARENA LAPORTA, J.: “Artículo 2”, cit. pp. 63-64.

34 Cfr. ZEGARRA MULÁNOVICH, A.: *Notas de Contratos Mercantiles, pro manuscripto*, Universidad de Piura, Piura, 2019, p. 476.

o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso”³⁵.

En cuanto a las “ampliaciones”, la CISG delimita en su art. 3 qué contratos que, bajo la perspectiva general pudieran considerarse “contratos de obra” (y, por ende, contratos de servicios), se encuentran sometidos a su ámbito de aplicación. Así, el art. 3.1 CISG señala que “[s]e considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción”. De este modo, un contrato de obra en el que se deba entregar la obra realizada se encontrará sometido a la CISG si el locador de la obra no asume parte sustancial de los materiales necesarios para su realización, es decir, si configura como un “contrato de obra con suministro de materiales”³⁶.

2. Criterio de “internacionalidad” de la compraventa de mercaderías

Ahora bien, para que una compraventa de mercaderías esté comprendida en el ámbito de la CISG es necesario que cumpla con un criterio de “internacionalidad”: que las partes del contrato tengan su establecimiento en Estados distintos³⁷. Si bien el criterio que se cumple más usualmente es que los Estados en cuestión sean parte de la CISG (art. 1.1, a) CISG), también es posible que, aunque ambos Estados no lo sean, sí lo sea aquel cuya ley declaran aplicable las normas de conflicto del Derecho internacional privado (art. 1.1, b) CISG).

En todo caso, lo anterior se ve matizado por lo previsto en los arts. 1.2 y 10 CISG. El primero establece que “no se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes” cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración. Por su parte, el art. 10 CISG señala que, si una de las partes tiene más de un establecimiento, “su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento”, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración. De este modo, aunque la regla general de “internacionalidad” es que las partes tengan su establecimiento en

35 La razón de la exclusión es evitar que las reglas de la CISG entren en conflicto con las normas imperativas de protección a los consumidores existentes en numerosos países. Cfr. CAFFARENA LAPORTA, J.: “Artículo 2”, cit., p. 60.

36 Cfr. CAFFARENA LAPORTA, J.: “Artículo 3”, AA.VV.: *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido por L. DIEZ-PICAZO), Civitas, Madrid, 1998, pp. 68-69.

37 Sobre la “internacionalidad”, vid. HERBER, R.: “Art. 1”, cit., pp. 46-47; CALVO CARAVACA, A.-L.: “Artículo 1”, cit., pp. 48-54.

Estados distintos, también será usual que se requiera que la mercancía circule “de hecho” por el territorio de al menos dos países³⁸.

IV. “OPERACIONES COMERCIALES” QUE CONFIGURAN “COMPRVENTAS INTERNACIONALES DE MERCADERÍAS”: ¿QUID IURIS?

Con base en lo desarrollado en líneas anteriores, es fácilmente apreciable que, lo que, bajo un punto de vista material, es calificable como “compraventa de mercaderías” para los efectos de la CISG es también –y con mayor razón– calificable como “operación comercial” bajo los parámetros de la Directiva 2011/7 y la LLCM. En ese contexto, cabe plantear el siguiente problema jurídico: ¿Cuál es el régimen aplicable a una compraventa de mercaderías que, calificando como “operación comercial” ex Directiva 2011/7 y LLCM, se lleva a cabo entre partes con establecimientos situados en España y en otro Estado miembro de la Unión Europea, siendo ambos Estados parte de la CISG, y en la que la ley aplicable, según las normas de conflicto, es la española? ¿Se aplica la LLCM o la CISG?

La respuesta somera es que, cuando un hecho previsto por una ley de Derecho interno recae al mismo tiempo en el ámbito de un tratado internacional válidamente celebrado y publicado oficialmente, tendrá preferencia aplicativa el segundo frente a la primera, salvo que esta última tenga rango constitucional (art. 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, en adelante, LTAI³⁹)⁴⁰. Bajo esta idea, estaría claro que, si una operación comercial ex LLCM entra en el campo de aplicación de la CISG, es esta última la que prevalece, desplazándose a aquella⁴¹.

La preferencia aplicativa del tratado internacional frente a una ley de Derecho interno no tiene un fundamento jerárquico, sino de distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas⁴². En ese sentido, la razón que justifica la preferencia aplicativa de un tratado internacional frente a una norma de Derecho interno es la uniformidad normativa que los Estados partes de un tratado persiguen con su celebración. Tal uniformidad se vería afectada si al supuesto de hecho en cuestión hubiera de aplicarse una norma interna que muy probablemente diferiría en sus

38 Cfr. ZEGARRA MULÁNOVICH, A.: *Notas de Contratos*, cit., p. 475.

39 Art. 31 LTAI: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

40 Cfr. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.: “Artículo 96”, AA.VV. *Comentarios a la Constitución española*, vol. 2 (dirigido por en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M. E.), Boletín Oficial del Estado - Wolters Kluwer, Las Rozas, 2018, pp. 367-368; MONTESINOS PADILLA, C.: “Comentario al artículo 96”, AA.VV.: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. I (dirigido por L.M. CAZORLA PRIETO y coordinado por A. PALOMAR OLMEDA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 2471-2473.

41 En esa línea, PERALES VISCASILLAS, *La morosidad*, cit., p. 137.

42 Vid. al respecto, Declaración 1/2004, 13 diciembre 2004, del Pleno del Tribunal Constitucional (TC).

efectos a lo previsto, para el mismo caso, por el Derecho interno de otro Estado parte.

Sin embargo, un sector minoritario de la doctrina española ha planteado que, debido a que la LLCM es una transposición de una Directiva comunitaria (primero, de la Directiva 2000/35 y, luego, de la Directiva 2011/7), cuando se trata de operaciones comerciales intracomunitarias, "[n]o parece lógico que la regulación de una Directiva unionista deba ceder en beneficio de un Tratado internacional no ratificado por la Unión, incluso aunque éste sea anterior a la incorporación del Estado a la Unión Europea"⁴³. Se arguye, en primer lugar, que, si debiera defenderse la aplicación preferente de la CISG sería ilógico que la Unión Europea haya regulado una materia para el que ya existía un Derecho convencional ratificado por la mayor parte de los Estados miembros. En segundo lugar, se aduce que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha indicado que las obligaciones asumidas por Estados miembros en virtud de tratados celebrados con anterioridad a la incorporación a la Unión Europea se han de mantener en las relaciones con Estados terceros, pero no en las relaciones intracomunitarias⁴⁴. Y, finalmente, esta vez desde la perspectiva de la CISG, se ha dicho que al amparo del art. 90 CISG⁴⁵, debe entenderse que tal convención queda desplazada por las Directivas comunitarias, en la medida en que estas tienen su origen en el Tratado de Roma de 1957, por el que se constituye la Comunidad Económica Europea⁴⁶.

No obstante, son varias las razones que, a mi juicio, neutralizan o al menos pallán los argumentos descritos anteriormente.

I. La intención del legislador europeo

No hay ilogicidad alguna en que la Unión Europea haya entrado a regular un ámbito del Derecho contractual regido parcialmente, para el caso de los Estados parte, por la CISG, por la sencilla razón de que el legislador europeo jamás pretendió desplazar a la CISG del ámbito que le es propio.

En primer lugar, porque, aunque existen coincidencias entre el campo de aplicación de una y otra normativa, lo cierto es que la CISG abarca solo una parte

43 En palabras de VICIANO PASTOR, J.: "La morosidad", cit., pp. 331-336 (p. 333).

44 VICIANO PASTOR, J.: "La morosidad", cit., pp. 333-335, además de otras sentencias citadas en nota al pie 196, hace referencia a la STJUE 22 setiembre 1988 (TJCE 1989/41), donde se señala que, "desde el momento que no se afectan los derechos de Estados terceros –como en este caso–, un Estado miembro no puede invocar las disposiciones de un Convenio anterior con el fin de justificar restricciones a la comercialización de los productos procedentes de otro Estado miembro, cuando dicha comercialización es lícita en virtud de la libre circulación de mercancías prevista por el Tratado".

45 Art. 90 CISG: "La presente Convención no prevalecerá sobre ningún acuerdo internacional ya celebrado o que se celebre que contenga disposiciones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención, siempre que las partes tengan sus establecimientos en Estados partes en ese acuerdo".

46 Esta es la postura de HERBER, R.: "Art. 90", AA.VV.: *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (dirigido por E. VON CAEMMERER y P. SCHLECHTRIEM), C. H. Beck, Múnich, 1990, pp. 741-742.

específica de las “operaciones comerciales” a las que resulta aplicable la Directiva 2011/7: un contrato determinado (el de compraventa) sobre un objeto concreto (las mercaderías). Y, de hecho, como se explicó, mientras la LLMCM se aplica a las compraventas sobre “bienes muebles”, la CISG opera sobre las compraventas de un tipo específico de bien mueble: las “mercaderías”⁴⁷.

En segundo lugar, porque, aun cuando hay un específico ámbito material común entre la Directiva 2011/7 y la CISG, hay sobre todo claras diferencias entre los aspectos regulados por ambas normativas. Por ejemplo, la CISG, a diferencia de la Directiva 2011/7, regula la formación del contrato de compraventa. Por su parte, la Directiva, en contraste con la convención, rige sobre aspectos específicos como el tipo de interés de mora o el control de cláusulas abusivas. Y en ninguno de los dos casos se regula sobre la validez del contrato (excluido expresamente en el art. 4 CISG). Lo anterior denota que no hubo intención alguna en el legislador europeo de abarcar con la Directiva todos los aspectos regulados por la CISG para el contrato de compraventa internacional de mercaderías ni, por tanto, de desplazarla.

Y, en tercer lugar, la voluntad del legislador se aprecia claramente en el Cdo. 5 Directiva 2011/7, de donde cabe concluir que, a diferencia de lo que se pretende con la CISG, donde es patente “la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías” en los términos de su Preámbulo (*vid.* también el art. 7.1 CISG), con la Directiva 2011/7 no se pretendía “uniformizar” las normas aplicables de los Estados miembros, sino únicamente “eliminar sus diferencias sustanciales”.

Así, el citado Cdo. 5 de la Directiva 2011/7 señala: “Las empresas deben poder comerciar en todo el mercado interior en condiciones tales que garanticen que las operaciones transfronterizas no supongan mayores riesgos que las ventas en el mercado nacional. Se podrían producir distorsiones de la competencia si se aplicaran normas sustancialmente diferentes a las operaciones en el mercado nacional y a las transfronterizas”. Y, en el mismo sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales⁴⁸ señala expresamente que “[l]a Directiva que se propone no tiene por objeto la armonización total de las legislaciones nacionales, sino el respeto de unas exigencias mínimas, así el reconocimiento mutuo de ciertas

47 En tal sentido, FERRARI, F.: *Fuentes aplicables a la compraventa internacional de mercaderías*, trad. por Miriam Anderson y Lorenzo Bairati, Bosch, Barcelona, 2009, p. 39 señala que “el ámbito de aplicación material de la Convención de Viena (como, por otro lado, el de todos los convenios de derecho material uniforme) es limitado”.

48 DOUE C 407/50, 28 de diciembre de 1998.

disposiciones, y respeta en este sentido, el principio de proporcionalidad que guía la aplicación del principio de subsidiariedad”.

Todo ello explica por qué se acudió, como vehículo para la regulación antimorosidad, a una Directiva (cuyo contenido puede ser modificado en las diferentes transposiciones que de ella se haga en los Estados miembros) y no a un Reglamento (cuyo contenido se aplica de modo uniforme a todos los Estados miembros)⁴⁹: se quería, con ello, dejar a salvo eventuales contrastes normativos, siempre que no contraviniesen el núcleo mínimo establecido por la Directiva.

2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Por otro lado, si bien es cierto que hay jurisprudencia según la cual “las disposiciones de un convenio celebrado con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado o, en su caso, con anterioridad a la adhesión de un Estado miembro, no pueden invocarse en las relaciones intracomunitarias en los casos en los que [...] no se trata de derechos de Estados terceros”⁵⁰, tal idea no es pertinente ni considerable en la relación entre la Directiva 2011/7 y la CISG.

En primer lugar, porque existe una evidente diferencia entre el supuesto de hecho aludido en la disposición jurisprudencial citada y la realidad que ahora se analiza: la CISG no es un convenio celebrado con anterioridad a la entrada de España a la Unión Europea⁵¹. Y, en segundo lugar, porque en los casos de donde derivó tal doctrina jurisprudencial, las disposiciones de los convenios en cuestión eran “incompatibles” con el Derecho de la Unión Europea.

Así, en la STJUE 22 setiembre 1988⁵², se resuelve un caso en el que el Convenio de Stresa de 1 de junio de 1951, firmado por Francia, Dinamarca, Países Bajos e Italia antes de la entrada en vigor de la Comunidad Económica Europea, contenía restricciones a la importación de queso Edam en los mercados de los Estados parte, lo cual era incompatible con el art. 30 del entonces vigente Tratado

49 Así, por ejemplo, se puede citar lo sucedido con el Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (suscrito por España). En este caso, el legislador europeo sí pretendió incidir en el ámbito de aplicación del Convenio, modificando lo previsto por él en materia de responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, a través del Reglamento (CE) núm. 2027/97 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente. Ello se evidencia del Cdo. 7 del dicho Reglamento, donde se señala que “de acuerdo con la tendencia actual a escala internacional, es conveniente suprimir todos los límites en lo que se refiere a los importes por responsabilidad con arreglo al apartado 1 del artículo 22 del Convenio de Varsovia o cualquier otro límite de carácter jurídico o contractual”. *Vid.*, al respecto, la STJUE 22 octubre 2009 (TJCE 2009/325). Caso Irène Bogiatzi, de casada Ventouras contra Deutscher Luftpool y otros. Asunto C-301/08.

50 En los términos de la STJUE 6 abril 1995 (TJCE 1995/42). Caso Radio Telefis Eireann (RTE), Independent Television Publications Ltd. (ITP) contra Comisión. Asuntos C-241/91 P y C-242/91 P.

51 El Acta de Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea se firmó el 12 de junio de 1985 y fue ratificado por Instrumento de Ratificación de 20 de setiembre de 1985 y publicado oficialmente el 1 de enero de 1986. Por su parte, el Instrumento de Adhesión de España a la CISG fue dado el 17 de julio de 1990 y fue publicado oficialmente el 30 de enero de 1991.

52 STJUE 22 setiembre 1988 (TJCE 1989/41). Caso Ministerio Fiscal contra G. Deserbais. Asunto 286/86.

constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957 (en adelante, Tratado CEE) y con los objetivos del mercado común. En términos de la sentencia, desde el momento que no se afectan los derechos de Estados terceros –como en este caso– un Estado miembro no puede invocar las disposiciones de un Convenio anterior con el fin de justificar restricciones a la comercialización de los productos procedentes de otro Estado miembro, “cuando dicha comercialización es lícita en virtud de la libre circulación de mercancías prevista por el Tratado”.

Por su parte, en la STJUE 6 abril 1995⁵³ se establece que las disposiciones del Convenio de Berna de 9 de setiembre de 1886, ratificado por Irlanda y el Reino Unido antes de su adhesión a la Unión Europea en 1973, eran contrarias a las disposiciones del Tratado CEE. Así, se expuso que “en las relaciones intracomunitarias, las disposiciones del Convenio de Berna [...], no pueden aplicarse contra las disposiciones del Tratado”.

Finalmente, en la STJUE 22 octubre 2009⁵⁴, la disposición jurisprudencial según la cual “las disposiciones de un convenio celebrado antes de la entrada en vigor del Tratado no pueden invocarse en las relaciones intracomunitarias” fue empleada solo como respuesta a la tesis de una de las partes. Aun con ello, en la resolución del fondo del caso, el TJUE no descarta la aplicación del artículo 29 del Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 pues, en tanto “no contraviene” el Reglamento (CE) núm. 2027/97 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, el Tribunal aprecia que existe una “complementariedad y equivalencia del Reglamento con el régimen convencional”.

De hecho, en la STJUE 4 mayo 2010⁵⁵, se formula de una manera más matizada la citada doctrina jurisprudencial, pues se expresa que “los convenios celebrados por Estados miembros con Estados terceros no pueden invocarse en las relaciones entre los Estados miembros en detrimento de los objetivos del Derecho de la Unión”.

En relación con esta última idea, vale decir que, más allá de las específicas diferencias en sus regulaciones, muy difícilmente se podría sostener que la CISG es incompatible con el Derecho comunitario. Es más, es pacíficamente aceptado que la CISG ha constituido “el modelo preferido por las instancias comunitarias

53 STJUE 6 abril 1995 (TJCE 1995/42). Caso Radio Telefis Eireann (RTE), Independent Television Publications Ltd. (ITP) contra Comisión. Asuntos C-241/91 P y C-242/91 P.

54 STJUE 22 octubre 2009 (TJCE 2009/325). Caso Irène Bogiatzi, de casada Ventouras contra Deutscher Luftpool y otros. Asunto C-301/08.

55 STJUE 4 mayo 2010 (TJCE 2010/132). Gran Sala del TJUE. Caso TNT Express Nederland BV contra AXA Versicherung AG. Asunto C-533/08.

para construir el futuro acervo legal en la UE⁵⁶. Y, en cuanto a la regulación antimorosidad, ha de reconocerse que la CISG contiene, incluso, reglas más favorables para el acreedor, en coherencia con el *favor creditoris* que inspira a la Directiva 2011/7.

La regla más clara en este sentido es que, mientras la regulación antimorosidad prevé como norma general, en defecto de pacto, el pago aplazado en 30 días (art. 4.1 LCCM), los arts. 58 y 59 CISG establecen la regla del pago contra entrega⁵⁷. También debe resaltarse que, mientras los arts. 6, b) y 8.2 LCCM reconocen la posibilidad de que el deudor pueda exonerarse tanto del pago de intereses moratorios como de la indemnización por costes de cobro, el art. 79 CISG prevé la exoneración del deudor únicamente en materia de responsabilidad por daños, dejando en todo caso a salvo la obligación de pagar intereses moratorios del art. 78 CISG⁵⁸. Finalmente, con base en el art. 7.2 CISG, nada obsta para que, en todo aquello no previsto expresamente por la convención, se acuda a la LCCM si así lo establecen las normas de Derecho internacional privado pertinentes. Ello denota, por tanto, la posibilidad de complementar la normativa convencional con la prevista en el Derecho comunitario⁵⁹.

3. El art. 90 CISG: la Directiva no es un “acuerdo internacional”

Por último, resulta insostenible la idea de que una Directiva comunitaria pueda calificar como “acuerdo internacional” que desplaza a la Convención en virtud del art. 90 CISG. Y la razón principal, es que, con dicha disposición, se debe entender que la CISG cede únicamente frente a acuerdos o convenciones internacionales que, regulando derecho material, resultan de “aplicación directa” a las compraventas internacionales de mercaderías celebradas bajo los parámetros de la Convención⁶⁰.

56 En palabras de PERALES VISCASILLAS, M.P.: *La morosidad*, cit., p. 141. Incluso, se ha considerado a la CISG como *quasi-acquis communautaire*, según expone SCHLECHTRIEM, P.: “Art. 90”, AA.VV.: *Commentary on the UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)*, 2ª ed., (editado por P. SCHLECHTRIEM y I. SCHWENZER), Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 131. De hecho, los trabajos que a fines del siglo pasado fueron desarrollándose en el contexto comunitario sobre los aplazamientos abusivos de pago tuvieron como uno de sus referentes a la CISG, en lo relativo a Derecho sustantivo en materia de plazos de pago. Así lo expresan BLANCO OYOLA, F.: “Las demoras en los pagos en la Unión Europea”, *NUE*, núm. 126, 1995, p. 88 y GARCÍA MANDALONIZ, M.: “La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: adaptación del Ordenamiento Jurídico español a la Directiva 2000/35/CE”, *NUE*, núm. 228, 2004, p. 11, nota al pie 14.

57 Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “Artículo 58”, AA.VV.: *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido por L. DIEZ-PICAZO), Civitas, Madrid, 1998, p. 481; HAGER, G.: “Art. 58”, AA.VV.: *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (dirigido por E. VON CAEMMERER y P. SCHLECHTRIEM), C. H. Beck, Múnich, 1990, p. 530.

58 Cfr. SALVADOR CODERCH, P.: “Artículo 79”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido por L. DIEZ-PICAZO), Civitas, Madrid, 1998, p. 653.

59 Conformes, PERALES VISCASILLAS, M. P.: *La morosidad*, cit., pp. 138; 141-142; FERRARI, F.: *Fuentes aplicables*, cit., pp. 93-95; BERNSTEIN, H. y LOOKOFKY, J.: *Understanding the CISG in Europe*, Kluwer Law International, Londres, 2003, pp. 22-23.

60 Como de hecho sucede con la propia CISG, que será de aplicación directa a las compraventas internacionales de mercaderías que cumplan con lo previsto en los arts. 1, 2 y 3 CISG. Así indican BERNSTEIN H. y LOOKOFKY, J.: *Understanding the CISG*, cit., p. 2: “sales contracts made between parties whose places of business are in

En cambio, cuando de relaciones entre privados se trata, reiterada jurisprudencia ha señalado que “una Directiva no puede por sí sola crear obligaciones a cargo de un particular ni, por tanto, invocarse como tal contra dichas personas”⁶¹. Así pues, dado que en tal contexto la eficacia de la Directiva 2011/7 se consigue necesariamente a través de la transposición que los Estados miembros hagan de ella a su Derecho interno⁶², tal realidad no solo resulta incompatible con la uniformidad propia de un acuerdo internacional⁶³, sino también supone, en el caso de España, la primacía de la CISG en virtud del art. 31 LTAI.

Por todo lo anterior, cabe defender la idea inicial: cuando se trata de una compraventa internacional de mercaderías que, calificando como “operación comercial” ex Directiva 2011/7 y LLCM, se lleva a cabo entre partes con establecimientos situados en España y en otro Estado miembro de la Unión Europea, siendo ambos Estados parte de la CISG, y en la que la ley aplicable, según las normas de conflicto, es la española, el régimen aplicable es el de la CISG.

different CISG Contracting States automatically become subject to the treaty's formation and gap-filling ('default') rules”. Vid. también CALVO CARAVACA, A.-L.: “Artículo I”, cit., pp. 54-56.

- 61 En ese sentido, *vid.*, por todas, las SSTJUE 7 julio 2016 (TJCE 2016/276) y 24 junio 2019 (TJCE 2019/123) y las SSTS 22 abril 2002 (RJ 2002/3311) y 16 octubre 2019 (RJ 2019/4168).
- 62 Así, para FERRARI, F.: *Fuentes aplicables*, cit., p. 26, “[e]l hecho de que los Estados Miembros de la Unión Europea deban transponerlas a su derecho nacional para cumplir lo previsto en un acuerdo internacional que precede a la Convención de Viena no es suficiente para considerar a las directivas “convenios internacionales” en el sentido del art. 90. Por lo tanto, no creemos que las directivas puedan prevalecer sobre la Convención de Viena, al menos no en virtud de su art. 90”.
- 63 Expone PERALES VISCASILLAS, M. P.: *La morosidad*, cit., p. 140 que “[l]as Directivas, como sucede en relación con el derecho nacional, tienen un enfoque aplicativo restringido a un sector geográfico, industrial y geopolítico, diferente al de los textos que conforman el DUCI, que tienen como guía los principios de internacionalidad y uniformidad, por lo que la interferencia debe ser mínima”.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILLAUME GANDASEGUI, G.: "El ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad", *La Ley*, núm. 4, 2005, versión electrónica.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "La nueva regulación del crédito comercial. Una lectura crítica de la Directiva y de la Ley contra la morosidad", *InDret*, núm. 3, 2005.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.: "Artículo 96", AA.VV. *Comentarios a la Constitución española*, vol. 2 (dirigido por M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y M.E. CASAS BAAMONDE), Boletín Oficial del Estado - Wolters Kluwer, Las Rozas, 2018.

ARRUÑADA, B.: *Aplazamiento de pago y morosidad en las transacciones comerciales*, Marcial Pons – IDELCO, Madrid, 1999, pp. 17 y 18; y, "La Ley contra la morosidad", *InDret*, núm. 3, 2004.

BERNSTEIN, H. y LOOKOFKY, J.: *Understanding the CISG in Europe*, Kluwer Law International, Londres, 2003.

BLANCO OYOLA, F.: "Las demoras en los pagos en la Unión Europea", *NUE*, núm. 126, 1995.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "Artículo 58", AA.VV. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido por L. DÍEZ-PICAZO), Civitas, Madrid, 1998.

CAFFARENA LAPORTA, J.: "Artículo 2", AA.VV. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido por L. DÍEZ-PICAZO), Civitas, Madrid, 1998.

CAFFARENA LAPORTA, J.: "Artículo 3", AA.VV. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido por L. DÍEZ-PICAZO), Civitas, Madrid, 1998.

CALVO CARAVACA, A.-L., "Artículo 1", AA.VV. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido por L. DÍEZ-PICAZO), Civitas, Madrid, 1998.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. 1, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 99.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. 2, 6° ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

FERRARI, F.: *Fuentes aplicables a la compraventa internacional de mercaderías*, trad. por Miriam Anderson y Lorenzo Bairati, Bosch, Barcelona, 2009.

GARCÍA MANDALONIZ, M.: "La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: adaptación del Ordenamiento Jurídico español a la Directiva 2000/35/CE", *NUE*, núm. 228, 2004.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.: *Derecho mercantil de obligaciones*, vol. I, Bosch, Barcelona, 2010.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.: *Derecho mercantil de obligaciones. Contratos comerciales*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011.

GÓMEZ LIGÜERRE, C.: "El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales", *InDret*, núm. 4, 2011

HAGER, G.: "Art. 58", AA.VV. *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (dirigido por E. VON CAEMMERER y P. SCHLECHTRIEM), C. H. Beck, Múnich, 1990.

HERBER, R.: "Art. 1", AA.VV. *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (dirigido por E. VON CAEMMERER y P. SCHLECHTRIEM), C. H. Beck, Múnich, 1990.

HERBER, R.: "Art. 2", AA.VV. *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (dirigido por E. VON CAEMMERER y P. SCHLECHTRIEM), C. H. Beck, Múnich, 1990.

HERBER, R.: "Art. 90", AA.VV. *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (dirigido por E. VON CAEMMERER y P. SCHLECHTRIEM), C. H. Beck, Múnich, 1990.

LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho civil 2. Derecho de obligaciones*, vol. 2, 3ª ed. (revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ), Dykinson, Madrid, 2005.

LEMA DEvesa, C. y TATO PLAZA, A.: "La Ley de Medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su incidencia en el comercio minorista", *DN*, núm. 183, 2005, versión electrónica.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M.: "La aplicación a la contratación administrativa de la Ley de medidas contra la morosidad en operaciones comerciales", *Revista de Estudios Locales*, núm. 82, 2005.

MIRANDA SERRANO, L. M.: *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

MONTESINOS PADILLA, C.: "Comentario al artículo 96", AA.VV. *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. I (dirigido por L.M. CAZORLA PRIETO y coordinado por A. PALOMAR OLMEDA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

OVIEDO ALBÁN, J.: "Aplicación material de la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías", *Vniversitas*, núm. 53, 113, 2006.

PERALES VISCASILLAS, M. P.: *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas. Ley 3/2004 y Directiva 2000/35*, Thomson Civitas, Madrid, 2006.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA Y CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, Santillana, Madrid, 2017.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*, 23º ed., Espasa, Madrid, 2014.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La 'lucha legal' contra la morosidad en los pagos", AA.VV.: *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 2 (coordinado por J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F. MÉNDEZ GONZÁLEZ), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004.

SALVADOR CODERCH, P.: "Artículo 79", *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido por L. DÍEZ-PICAZO), Civitas, Madrid, 1998.

SCHLECHTRIEM, P.: "Art. 90", AA.VV.: *Commentary on the UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)*, 2ª ed., (editado por P. SCHLECHTRIEM y I. SCHWENZER), Oxford University Press, Oxford, 2005.

SORIANO GARCÍA, J. E.: *Lucha contra la morosidad y contratación administrativa*, Iustel, Madrid, 2006.

VICIANO PASTOR, J.: "La morosidad en las obligaciones pecuniarias en las operaciones comerciales entre empresas. La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales", AA.VV.: *Tratado sobre la Morosidad* (dirigido por F. PALAU RAMÍREZ y J. VICIANO PASTOR), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

ZEGARRA MULÁNOVICH, Á.: *Las cláusulas de hardship en la contratación mercantil*, tesis doctoral, Universidad de A Coruña, A Coruña, 2007.

ZEGARRA MULÁNOVICH, A.: *Notas de Contratos Mercantiles*, pro manuscrito, Universidad de Piura, Piura, 2019.

