

Sobre la posibilidad de pactar la aplicación de un Derecho extranjero con unos plazos de pago distintos de los de la Ley Antimorosidad

Elisa Torralba Mendiola

Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid

1. Los distintos plazos de pago en la UE

La Directiva 2011/7, de 16 de febrero de 2011, establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y entre ellas, el establecimiento de unos plazos máximos de pago que deben ser respetados. Su artículo 3 prevé, para las operaciones entre empresas, que si en el propio contrato no se contempla un plazo de pago, el acreedor tendrá derecho a un interés de demora al vencimiento de los treinta días naturales después de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente o de fechas alternativas en función de las circunstancias. Por otra parte, el plazo de pago pactado en el contrato no será mayor de sesenta días naturales, salvo acuerdo expreso en contrario recogido en el contrato y siempre que no sea manifiestamente abusivo para el acreedor (qué es manifiestamente abusivo a estos efectos, viene establecido en el artículo 7 del texto europeo). El artículo 4 recoge plazos similares, con algunas salvedades, para las operaciones entre empresas y poderes públicos.

En este contexto, la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, dio una nueva redacción a su artículo 4, en la que prohibió que las empresas y los proveedores pacten plazos de pago superiores a sesenta días. A su vez, la Disposición Final Sexta de la reciente Ley 17/2014, de 30 de septiembre, ha modificado de nuevo la Ley de 2004 al prever la nulidad de las cláusulas pactadas entre las partes

o las prácticas que resulten contrarias a los requisitos para exigir los intereses de demora previstos en la propia Ley. No obstante, la Directiva 2011/7 permite, como se ha visto, que, dentro de ciertos límites, se pacten plazos superiores a sesenta días, de manera que es posible que las legislaciones de otros Estados miembros de la UE resulten menos exigentes que la española. Esa divergencia entre legislaciones hace que el análisis de la posibilidad de someter los contratos entre proveedores y comerciantes a otros ordenamientos menos restrictivos que el español- intra o extraeuropeos- resulte especialmente relevante.

En el cuadro siguiente se reflejan los aspectos esenciales de la transposición de la Directiva de 2011 en algunos Estados miembros¹:

Alemania- el pago debe ser inmediato, pero se admiten pactos de plazos superiores a sesenta días si se acuerda expresamente y no es manifiestamente abusivo para el acreedor en el sentido del artículo 7 de la Directiva. Si el pacto se contiene en condiciones generales y el acreedor es una empresa privada no se admiten plazos superiores a treinta días, que, en casos específicos, se pueden reducir a quince.

Austria- se aceptan períodos de pago hasta sesenta días.

¹ Datos tomados de "Law on Combating Late Payment in Commercial Transactions- Inferences with the Freedom of Contract", Baker & McKenzie, septiembre 2014.

Bélgica- Plazo de treinta días. Las partes pueden pactar plazos superiores a sesenta días siempre que no sean manifiestamente abusivos en el sentido del artículo 7 de la Directiva (en principio cualquier desviación del plazo de treinta días señalado, puede ser sospechosa de abusiva).

Francia- en ausencia de pacto, el plazo de pago es de treinta días. Las partes pueden pactar un período máximo de cuarenta y cinco días, a contar desde el final del mes en que se emite la factura o sesenta desde la fecha de la factura. Si se emiten facturas periódicas por entrega de bienes o prestación de servicios, no cabe pactar un plazo de pago que exceda los cuarenta y cinco días desde la emisión de la factura. Se regulan plazos inferiores (veinte o treinta días) para facturas que se refieren a la entrega de ciertos productos o prestaciones de servicios concretos.

Italia- treinta días. Las partes pueden pactar un plazo superior en el contrato, pero si excede de sesenta días es necesario pacto escrito y que el compromiso no pueda calificarse de manifiestamente abusivo en el sentido del artículo 7 de la Directiva. En los sectores de agricultura y alimentación los plazos no pueden en ningún caso ser superiores a treinta días si se trata de productos perecederos y sesenta en los demás.

Polonia- sesenta días desde la recepción de la factura o la confirmación de la entrega de los bienes o provisión de los servicios. Las partes pueden pactar otros plazos, siempre que no sean "manifiestamente abusivos".

Suecia- treinta días. Las partes pueden pactar plazos superiores, si bien es necesario el consentimiento expreso del acreedor y que se establezca un plan fijo de pago a plazos.

Países Bajos- sesenta días, salvo pacto en contrario de las partes, siempre que no sea manifiestamente abusivo.

Reino Unido- Treinta días. Se pueden pactar plazos superiores a sesenta días si las partes lo acuerdan expresamente, se pacta un interés de demora y el pacto no es manifiestamente abusivo.

2. ¿Cabe la sumisión al Derecho de otros Estados?

El punto de partida para responder a esta cuestión se encuentra en el artículo 3.1 del reglamento Roma I, según el que *"el contrato se regirá por la ley escogida por las partes"*. Siendo así, nada impide que las partes, comerciante y proveedor, pacten en su contrato la sumisión de éste a un ordenamiento distinto del español y eso tanto si el supuesto presenta conexiones objetivas con ordenamientos extranjeros, como si no lo hace y la única conexión extranjera es subjetiva (es decir, el compromiso de sumisión a Derecho extranjero). No obstante, en la segunda de las situaciones contempladas la libertad de elección tiene un límite, previsto en el artículo 3.3 del Reglamento Roma I, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, según el que *"la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo"*. La referencia a las "normas que no pueden excluirse mediante acuerdo" en este artículo no es a las normas internacionalmente imperativas, sino a cualquier norma imperativa, es decir, también a las que sólo lo son en el ámbito interno, por lo que si bien en un contrato entre comerciante y proveedor únicamente vinculado objetivamente con España cabe que las partes pacten la aplicación de un Derecho extranjero, de la UE o no, esta elección no impedirá la aplicación del nuevo artículo 4 de la Ley Antimorosidad.

El límite del 3.3 del Reglamento de Roma se aplica sólo al supuesto específico que contempla y no a los casos en que el contrato sí presenta vínculos objetivos con otros Estados y las partes escogen el ordenamiento de alguno de ellos u otro distinto. Cuando, fuera del supuesto del 3.3, es de aplicación un Derecho extranjero bien por elección de las partes, bien porque, no habiendo éstas elegido ningún ordenamiento, el resto de las normas de conflicto del Reglamento nos conducen a ese Derecho extranjero, éste se aplica a todos los extremos del contrato, en virtud del artículo 12 del Reglamento Roma I (interpretación, cumplimiento, consecuencias del incumplimiento, modos de extinción de las obligaciones, etc).

Lo señalado tiene, no obstante, un límite en el propio artículo 3: en caso de que el ordenamiento

pactado como rector del contrato fuera el de un tercer Estado, no miembro de la UE, y el supuesto, sin ser puramente interno, presentara una internacionalidad limitada al ámbito europeo, sería de aplicación su apartado cuarto, según el que *"cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo [...]"*. De este modo, si el contrato presenta conexiones objetivas con Estados miembros de la UE, y no con terceros Estados, la elección del Derecho de un tercer Estado no evitará la aplicación de las normas que resultan de la transposición de la Directiva europea, siempre que estas puedan considerarse imperativas. No hay de momento un pronunciamiento del TJUE afirmando el carácter imperativo de las reglas de la Directiva Antimorosidad, pero a la vista de los objetivos perseguidos por ella, no cabe excluir esta consideración. Del mismo modo, no es tampoco relevante que la ley española sea anterior a la Directiva para poder considerarla norma de transposición y el hecho de que sea más estricta de lo que expresamente exige el texto europeo no impediría tampoco su aplicación por el juez español, en virtud del artículo 3.4, puesto que sigue siendo una correcta "transposición".

3. ¿Qué consecuencia tiene para la aplicación de los artículos 3.3 y 3.4 del Reglamento Roma I el pacto por el que el vendedor se compromete a entregar la mercancía en otro Estado?

Como se ha señalado, el artículo 3.3 del Reglamento Roma I parte de la base de que todos los elementos de un contrato se sitúan en un Estado, por ejemplo España, y sólo la elección de una ley conecta el supuesto con otro Estado distinto (el artículo 3.4 prevé el mismo criterio, si bien para el ámbito de la UE). Si ese no fuera el caso y las partes pactaran, junto a la aplicación de un Derecho extranjero, la entrega de la mercancía en un Estado distinto de España (o de la UE, en el caso del apartado cuarto) eso sería suficiente para considerar que el contrato no es meramente interno, o intraeuropeo, y que no estamos en las situaciones contempladas en los apartados 3 y 4 del artículo 3. No obstante,

esta afirmación tiene como límite el fraude de ley, de tal forma que si de las circunstancias del caso resulta que la mercancía no se entrega realmente en el lugar pactado, sino en España o, incluso, en un supuesto más dudoso, que no habiéndose realizado todavía ninguna entrega no hubo ninguna intención real de que aquella se realizara fuera de España, entraría de nuevo en juego el artículo 3.3 del Reglamento Roma I (y el 3.4 si extendemos el supuesto a la UE).

4. ¿Puede aplicarse el artículo 4 de la Ley Antimorosidad como Ley de Policía?

De acuerdo con el artículo 9 del Reglamento Roma I, sea cual sea la ley aplicable a un contrato, el juez puede aplicar siempre las leyes de policía del foro y *"puede dar efecto"* a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato deban ejecutarse si hacen la ejecución del contrato ilegal. Por "leyes de policía", según definición del propio artículo 9.1, se entiende sólo las disposiciones *"cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento"*.

Esta interpretación restrictiva del concepto se ha visto recientemente puesta en entredicho por el TJUE. Si bien con carácter general no puede equipararse norma internamente imperativa con "ley de policía", la reciente sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2013 (as. C-184/12) ha venido a ampliar los límites de esta última. En el caso, el TJUE ha sostenido que la ley elegida por las partes en un contrato de agencia comercial podrá dejar de ser aplicada, con base en el artículo 9 del Reglamento Roma I, para aplicar en su lugar la *lex fori* basándose a tal efecto en el carácter imperativo que, en el ordenamiento jurídico de este último Estado miembro, tienen las normas que regulan la situación de los agentes comerciales independientes y ello con independencia de que la regla en cuestión sea resultado de la transposición de la Directiva o haya sido introducida por el legislador estatal sin traer causa de aquella. No obstante, ello es posible únicamente si dicho tribunal comprueba de manera circunstanciada que, en el marco de la transposición, el legislador del Estado del foro

consideró crucial conceder al agente comercial una protección más amplia que la protección prevista en la Directiva en la materia. A este respecto se debe tener en cuenta la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas. El TJUE aclara que en el marco de su apreciación el juez nacional no debe poner en entredicho ni el efecto de armonización pretendido por la Directiva 86/653 ni la aplicación uniforme del Convenio de Roma (ahora del Reglamento) y que, en el marco de este litigio, debe valorar que el Derecho que se dejaría de aplicar es otro Derecho europeo, correcta transposición de la Directiva.

Si se extrapola esta sentencia al supuesto que nos ocupa se pueden extraer inmediatamente consecuencias: (i) no es descartable que las normas españolas antimorosidad puedan ser consideradas leyes de policía en el sentido del artículo 9 del Reglamento; (ii) si se admite esa calificación, la elección de un Derecho extranjero no impide que un juez español pueda, en aplicación del artículo 9, aplicar la ley española como ley de policía; (iii) esa aplicación imperativa se produciría incluso frente a la aplicación de las leyes de otros Estados miembros que fueran también correcta aplicación de la Directiva.

Aunque es de esperar que el TJUE haga en el futuro una interpretación más contenida del concepto de "normas imperativas" que la que hace en el asunto UNAMAR (de hecho en él ya apunta algunos elementos que podrían guiar esa "contención"), lo cierto es que en este momento no cabe excluir las conclusiones

señaladas. La cuestión entonces es determinar a qué situaciones pretende la ley española extender su propio ámbito de aplicación y, desde esa perspectiva, parece que el hecho de que el contrato deba ejecutarse en España debería ser un dato relevante.

En esas circunstancias cobran especial importancia los pactos sobre la competencia judicial internacional, ya que el artículo 9. 2 prevé la aplicación de la ley de policía del foro, es decir, la del Estado cuyos jueces están conociendo del asunto, mientras que la de las leyes de policía de otros Estados (lugar de ejecución) sólo deberán ser valoradas por el juez que *podrá darles efecto*, pero no está obligado a hacerlo. Siendo así, aunque para el Derecho español la Ley Antimorosidad pueda ser calificada "de policía", si quien está conociendo del caso es un juez de otro Estado miembro de la UE, no está obligado a su aplicación (le bastará con aplicar su propia norma, que sea correcta transposición de la Directiva y podrá valorar si procede o no aplicar los criterios españoles más restrictivos) y, desde luego, no lo está el juez de un tercer Estado, al que no vincula el Reglamento. Del mismo modo, en aplicación del 3.4 del Reglamento, en la situación que contempla, la norma de transposición que se aplica es la del foro. Si la sentencia dictada por alguno de estos tribunales extranjeros debiera ejecutarse en España, no parece que pudiera oponer a ello su contrariedad con el orden público español (aunque la sentencia del TJUE en el asunto UNAMAR, citado, podría arrojar alguna duda sobre la cuestión).