

AGENCIA COMERCIAL, LEYES DE POLICÍA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO

MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT

Abogada

Ilustre Colegio de Abogados de Murcia

Recibido: 18.01.2014 / Aceptado: 22.01.2014

Resumen: La cuestión de la posibilidad de aplicar normas internas protectoras de una parte débil a los contratos conectados con el Reglamento Bruselas I y Roma I ha sido trasladada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el marco de un litigio entre un agente belga y un empresario principal búlgaro. El Tribunal europeo deja sin resolver la cuestión de la primacía de estas normas frente a convenios arbitrales, y les abre la puerta frente a la ley que sería aplicable al fondo del asunto, si bien deja la decisión final al juez del foro.

Palabras clave: TJUE, leyes de policía, Reglamento Roma I, Convenio de Roma, intereses públicos, normas protectoras, cláusula arbitral, Convenio de Nueva York.

Abstract: The issue of the applicability of domestic protective rules to contracts connected to Brussels I Regulation and Rome Convention has been transferred to the ECJ in the context of a dispute between a Belgian agent and a Bulgarian employer. The ECJ leaves unresolved the question of the primacy of these rules against arbitration clauses, but it opens the front door to their applicability instead of the law designated by Rome I Regulation or Convention, even if it leaves the final decision to the court of the forum.

Key words: ECJ, overriding mandatory provisions, Rome I Regulation, Rome Convention, public interest, protective rules, arbitration clause, New York Convention.

Sumario: I. Introducción: la regulación de la agencia en la Unión Europea: un estatuto de mínimos. II. Las leyes protectoras del agente como leyes de policía: el caso Unamar vs. Navigation Maritime Bulgare. III. La solución dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. IV. Aspectos destacables del tratamiento de la cuestión por el TJUE. 1. Falta de pronunciamiento acerca de la competencia judicial internacional de los tribunales belgas. 2. Sobre la posible aplicación al caso de la ley belga de agencia. V. Consecuencias prácticas y conclusiones.

I. Introducción: la regulación de la agencia en la Unión Europea: un estatuto de mínimos

1. El estatuto jurídico del agente comercial en la Unión Europea (en adelante, “UE”) viene regulado por la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (en adelante, “Directiva 86/653”)¹. Esta norma, que se aplica a los agentes independientes encargados de la “venta o la compra de mercancías” (art. 1.2 de la Directiva 86/653), establece un régimen similar para todos ellos cuando operen en el territorio de la UE².

¹ DOCE núm. L 382 de 31-12-1986 p. 17-21.

² Este ámbito de aplicación espacial no fue fijado en la propia Directiva, sino que fue establecido por el TJUE en su Sentencia de 9 de noviembre de 2000, asunto C-381/98: *Ingmar GB Ltd* contra *Eaton Leonard Technologies Inc.* En este caso, el

2. Esta Directiva 86/653 no tiene como finalidad una protección cualificada del agente como “parte débil”. Al menos, lo anterior no puede deducirse de sus considerandos ni de su articulado³. Su finalidad es proporcionar un “suelo” de protección al agente común a toda la UE y por ello se configura como una Directiva de mínimos⁴. Esto quiere decir que los Estados pueden proporcionar al agente un estatuto de protección más allá de lo dispuesto por la Directiva 86/653⁵. Así, todos los Estados miembros han incorporado la Directiva 86/653 a sus legislaciones nacionales, pero sólo algunos han aprovechado la transposición de ésta para dotar al agente de un estatuto especialmente protegido frente al empresario principal, por considerarle la parte débil del contrato⁶.

3. Uno de los Estados que ha dotado al agente de un estatuto tutelar cualificado ha sido Bélgica. Este Estado ha ampliado el ámbito de aplicación personal de la Directiva 86/653 (incluye a los agentes encargados de la conclusión de operaciones de todo tipo, no sólo de aquellas que tengan por objeto la compra y venta de mercancías) y ha impuesto al principal ciertas obligaciones materiales más allá del marco de la Directiva 86/653 (prevé que, en caso de terminación del contrato, el agente comercial tendrá derecho, con carácter acumulativo, a una indemnización y a la reparación del daño sufrido). Además, ha incluido en su Ley del Contrato de Agencia (en adelante, “LCA Belga”)⁷ una disposición de Derecho Internacional Privado según la cual se establece que toda relación contractual con un agente cuyo establecimiento principal está en Bélgica será competencia exclusiva de los tribunales belgas, y se sujetará al derecho belga (art. 27 LCA Belga)⁸.

TJUE (entonces TJCE) se pronunció sobre el alcance de las disposiciones imperativas de la Directiva (y en particular de sus arts. 17 a 19) en relación a un contrato celebrado entre un empresario principal americano y un agente con domicilio social en Reino Unido, para operar en Reino Unido. A pesar de que existía una cláusula de elección de ley a favor de la ley del Estado de California, las normas inglesas que desarrollaban la Directiva se estimaron aplicables al caso porque “*la finalidad del régimen previsto en los arts. 17 a 19 de la Directiva es proteger, a través de la categoría de los agentes comerciales, la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior*”, y en consecuencia, “*la observancia de las citadas disposiciones en el territorio de la Comunidad resulta necesaria para conseguir estos objetivos*” (pfo. 24).

³ Según el preámbulo de la Directiva 86/653, su finalidad es la equiparación por mínimos de las legislaciones sobre representación comercial, cuyas diferencias afectan (i) a la competencia entre agentes; (ii) al ejercicio de la profesión, (iii) al nivel de protección de los agentes en sus relaciones con los poderdantes, (iv) a la seguridad de las operaciones comerciales, y en definitiva, al establecimiento y el funcionamiento de los contratos con agentes comerciales en la UE (vid. Cdo. 2). Lo anterior no significa que su finalidad sea proteger al agente, o reforzar su protección, como se ha asumido en muchos casos, sino que se contrate a agentes de toda la UE por igual, evitando que ciertos Estados “falseen” la competencia intraeuropea y el mercado estableciendo un nivel de protección muy bajo para estos. En contra, A. DE THEUX, *Le statut européen de l’agent commercial. Approche critique de droit comparé*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1992, p. 7, que indica: “*La suppression des différences entre les réglementations nationales qui affectent sensiblement, à l’intérieur de la Communauté, les conditions de concurrence et l’exercice de la profession (...)*», ainsi qu’un renforcement de la «protection des agents commerciaux (...)»: tels sont les objectifs proclamés par le préambule de la directive”.

⁴ Como se dispone en la jurisprudencia del TJUE, para determinar el grado de armonización de una Directiva (de mínimos o exhaustivo) se ha de estar a la redacción, así como al sentido y al objetivo de las disposiciones pertinentes (vid. Sent. 25 abril 2002, *Comisión contra Francia*, asunto C52/00, Rec. p. I3827, pfo. 16, y Sent. 14 julio 2005, *Lagardère Active Broadcast*, asunto C192/04, Rec. p. I7199, pfo. 46).

⁵ M.J. LUNAS DÍAZ, “El principio de primacía comunitario y el Derecho Internacional Privado”, *RDCE*, 1998, julio-diciembre, núm. 4, pp. 473-499, núm. 14: “*impone la consecución de unos resultados concretos, o más bien, de un nivel de protección determinado (estándar mínimo), pero permiten a los Estados la imposición, en el acto de transposición o cualquier otro, de requisitos más gravosos, es decir, de un nivel de protección más elevado*”.

⁶ Como acertadamente apunta H. AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, Madrid, 2007, p. 21, “*...no en todas las legislaciones estatales está presente dicho principio tuitivo del agente, lo cual dota a la problemática relativa a la protección del agente comercial frente al principal, en el contrato de agencia internacional, de una particular relevancia práctica*”.

⁷ Loi 13 avril 1995 relative au contrat d’agence commerciale, MB 2 junio 1995.

⁸ “*Sous réserve de l’application des conventions internationales auxquelles la Belgique est partie, toute activité d’un agent commercial ayant son établissement principal en Belgique relève de la loi belge et de la compétence des tribunaux belges*” (art. 27 LCA Belga). Traducción del TJUE en la sentencia analizada: “*Sin perjuicio de la aplicación de los convenios internacionales de los que Bélgica es parte, toda actividad de un agente comercial con establecimiento principal en Bélgica quedará sujeta a la ley belga y a la competencia de los tribunales belgas*” (pf. 18).

II. Las leyes protectoras del agente como leyes de policía: el caso *Unamar vs. Navigation Maritime Bulgare*

4. Para reflexionar sobre el tema objeto del título se utilizará el caso resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, "TJUE") en su Sentencia de 17 octubre 2013, C 184/12, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV vs. Navigation Maritime Bulgare*⁹. En este caso se discute si la determinación de la ley aplicable a un contrato con un agente cuyo establecimiento principal está en Bélgica ha de realizarse conforme a las normas generales del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales¹⁰ (en adelante, "Convenio de Roma" o "CR") o bien conforme al expuesto art. 27 LCA Belga, a través de su consideración de ley de policía, por el art. 7.2 de dicho Convenio.

5. El caso es el siguiente: un agente con domicilio en Bélgica (*United Antwerp Maritime Agencies NV*, en adelante, "Unamar"), contrata con un principal búlgaro (*Navigation Maritime Bulgare*, en adelante, "NMB"). En el contrato se pacta una sumisión arbitral a la Cámara de Comercio e Industria de Sofía, y una elección de ley en favor de la ley búlgara. Bulgaria ha desarrollado la Directiva 86/653, pero proporciona al agente un nivel de protección menor que el garantizado por el derecho belga.

6. Cuando *NMB* da por finalizada la relación de agencia, *Unamar* le demanda ante los tribunales belgas para reclamarle el pago de varias indemnizaciones presuntamente adeudadas, y *NMB* demanda a *Unamar* ante los mismos tribunales. El juez belga, tras acumular las acciones, se declara competente en primera instancia, y aplica al caso la ley belga de agencia, todo ello en virtud de su art. 27. Recurre la resolución *Navigation Maritime Bulgare*, alegando falta de competencia del juez belga en relación a la acción interpuesta por *Unamar*, y la validez del pacto de elección de ley búlgara. El caso llega a la segunda instancia, donde se aprecian las pretensiones de *NMB*, declarándose el tribunal incompetente, y subrayando además que la norma del art. 27 de la LCA Belga no podía considerarse una ley de policía¹¹. Esta resolución es recurrida en casación por *Unamar*, que vuelve a alegar la competencia de los tribunales belgas y la aplicabilidad al caso de la *lex fori*.

7. En este punto, la Corte de Casación belga no se plantea dudas sobre su competencia. Ésta se declara competente en virtud del artículo 2.3 del Convenio de Nueva York¹², indicando que la cláusula arbitral es inaplicable, por ir en contra de una ley de policía del foro (el art 27 LCA Belga). Pero la Corte sí duda en relación a la ley que ha de aplicar a resolver la controversia, por lo que plantea al TJUE la siguiente cuestión prejudicial: de acuerdo con el Convenio de Roma, ¿pueden aplicarse las leyes de policía del país del juez (en este caso, las disposiciones de la Ley de Agencia belga) cuando estas amplíen el ámbito o el nivel de protección más allá del mínimo establecido por la Directiva 86/653 y del que contempla el derecho aplicable al caso, si el mismo también ha traspuesto esa Directiva? (pfo. 26).

III. La solución dada por el Tribunal Justicia de la Unión Europea

8. El TJUE contesta a la cuestión planteada que "*la ley de un Estado miembro de la Unión que garantiza la protección mínima prescrita en la Directiva 86/653, ley elegida por las partes en un contrato de agencia comercial, podrá dejar de ser aplicada por el tribunal que conoce del asunto, radicado*

⁹ Aún no publicada en el Recopilatorio de Jurisprudencia, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CJ0184&lang1=es&type=NOT&ancre=>.

¹⁰ Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Diario Oficial n° C 027 de 26/01/1998, pp. 34 a 46.

¹¹ Término que el tribunal belga desafortunadamente confunde con el de "orden público internacional", vid. pfo. 24.

¹² Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, abierto a la firma en Nueva York el 10 de junio de 1958. Su art. 2.3 dice así: "*El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable*".

en otro Estado miembro, 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, pero ello únicamente si dicho tribunal comprueba de manera circunstanciada que, en el marco de la transposición, el legislador del Estado del foro consideró crucial, en el seno del correspondiente ordenamiento jurídico, conceder al agente comercial una protección más amplia que la protección prevista en la citada Directiva, teniendo en cuenta a este respecto la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas” (pfo. 52).

9. En definitiva, el TJUE deja la puerta abierta a la aplicación de la norma belga como ley de policía, pero deja la decisión de dicha aplicación en manos de los tribunales belgas, siendo ellos los que tendrán que determinar si esta norma es o no una ley de policía.

10. Se ha de señalar que, a pesar de que el caso se ha resuelto de acuerdo con el Convenio de Roma, la solución dada al mismo es extrapolable al Reglamento 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, “Reglamento Roma I” o “RR-I”) que ha sustituido al Convenio, pues el TJUE resuelve aplicando la jurisprudencia de los asuntos *Arblade* y *otros*¹³, cuya definición de leyes de policía se trasladó directamente al art. 9 RR-I.

IV. Aspectos destacables del tratamiento de la cuestión por el TJUE

1. Falta de pronunciamiento acerca de la competencia judicial internacional de los tribunales belgas

11. Es inevitable que sea objeto de la curiosidad del lector la declaración de competencia del tribunal belga para conocer del caso aun existiendo una cláusula de sumisión a un tribunal arbitral. El TJUE no entra a valorar si la misma es conforme a Derecho, pero tampoco puede hacerlo, puesto que solamente puede responder a aquello que le planea el juez nacional¹⁴. En cualquier caso, sí hace mención a su imposibilidad de pronunciamiento, siendo la mera alusión a esta cuestión un indicio de que tenía mucho que decir al respecto¹⁵.

12. Esta declaración de competencia es relevante para el caso porque la misma se encuentra íntimamente ligada con la ley aplicable y por lo tanto con la cuestión prejudicial planteada. Si no se hubiera apreciado la competencia de los jueces belgas y hubiera conocido el tribunal arbitral designado por las partes no habría habido lugar a preguntarse por la imperatividad del Derecho belga (cuya aplicación se pretende en tanto que es *lex fori*). En relación a esta declaración de competencia llaman la atención tres cuestiones:

13. A) Primera. El juez belga conoce sobre la aplicabilidad o validez de una cláusula de arbitraje sin declararse primero competente para conocer del caso¹⁶. El litigio está cubierto por el ámbito de aplicación temporal, espacial y personal del Reglamento Bruselas I¹⁷ y la sumisión a arbitraje no cambia dicho punto de partida¹⁸. De este modo, será competente para conocer sobre la cuestión incidental de

¹³ Sentencia de 23 de noviembre de 1999 (C369/96 y C376/96, Rec. p. I8453).

¹⁴ Es jurisprudencia reiterada del TJUE. *Vid.* Sent. 19 julio 2012, as. C-470/11 *Garklans*, esp. pfo. 17, y jurisprudencia citada en la misma.

¹⁵ “*Así pues, el Tribunal de Justicia se propone responder a la cuestión planteada sin prejuzgar la cuestión de qué órgano judicial nacional tiene jurisdicción en este caso*”, (pfo. 28 *in fine*).

¹⁶ *Vid.* la Sent. de la Cour de Cassation belga sobre el caso, en que decide plantear la cuestión prejudicial: Sent. 23 diciembre 2010, asunto C.11.0430.N *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar), S.A. contra Navigation Maritime Bulgare*. Disponible en www.juricaf.org.

¹⁷ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *Diario Oficial* n° L 012 de 16/01/2001 p. 0001 – 0023.

¹⁸ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado, Volumen I*, Ed. Comares, Granada, 2013, p. 265.

la validez de un convenio arbitral el juez que sería competente para conocer de la cuestión principal en caso de invalidez del convenio arbitral (Sent. TJUE 10 febrero 2009, *West Tankers Inc.*¹⁹).

De esta forma, el tribunal belga tendría que haber examinado en primer lugar su competencia en virtud del Reglamento Bruselas I y no en virtud del artículo 27 de la LCA Belga, una norma de competencia de producción interna (que puede aplicarse en los casos que quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento)²⁰. Si el juez no tenía competencia en virtud de ninguno de los foros previstos en el Reglamento Bruselas I, visto que el domicilio del demandado estaba en la UE, tendría que haberse declarado incompetente, y no podría haberse pronunciado sobre la aplicabilidad del convenio arbitral.

14. B) Segunda. El juez belga comprueba la validez de la cláusula arbitral de acuerdo a su *lex fori*, y no de acuerdo con la ley que sería aplicable al contrato (ley búlgara). Si bien el art. 2.3 del Convenio de Nueva York 1958²¹ no deja claro conforme a qué ley ha de realizarse dicho control, la teoría con más acogimiento jurisprudencial y doctrinal es que la comprobación de la validez del acuerdo de arbitraje ha de hacerse conforme a la ley elegida por las partes para regir el arbitraje, y no conforme a la ley del foro²². Según las Conclusiones del Abogado General²³, el tribunal belga dedujo que la cláusula de arbitraje era inaplicable porque la misma contradecía el art. 27 LCA Belga, una norma jurídica de la ley del foro de la que cabía deducir que el litigio no puede someterse a arbitraje. El tribunal nunca podría haber declarado esta cláusula inaplicable si hubiera utilizado para ello la ley pactada por las partes, es decir, la ley búlgara.

15. C) Tercera. En el proceso, el tribunal que conoce del asunto realiza una acumulación de acciones previamente a su declaración de competencia. Resulta llamativo que *NMB* demandara a *Unamar* a los pocos días de la demanda de ésta, frente a los mismos tribunales y reclamándole unos costes en relación con el contrato controvertido (pfo. 22). Se trata casi de una “reconvención” que desde un punto de vista de estrategia procesal no se entiende, puesto que se interpone ante el órgano cuya competencia está discutiendo en relación a ese mismo contrato. Puede que esta circunstancia llevara también al juez a influir en su decisión de declararse competente, puesto que el Reglamento Bruselas I parece no exigir para la acumulación de acciones que el tribunal haya de ser competente para conocer de la primera de éstas²⁴. Es como si la segunda demanda, donde el juez sería competente por sumisión tácita, “subsana”

¹⁹ Sent. TJUE 10 febrero 2009, Asunto C-185/07 *Allianz SpA y Generali Assicurazioni Generali SpA contra West Tankers Inc.*, esp. pños. 30 y ss. Rec. 2009 I-00663.

²⁰ De lo que se expone en la sentencia no habría foro del domicilio del demandado (Bulgaria). Puede suponerse que el juez belga sería competente por el foro especial del 5.1.b.2º (se trata de un contrato de agencia para la explotación de un servicio de transporte marítimo regular por medio de contenedores del que no se indica que el servicio se preste en Bélgica), pero no se dice nada en la sentencia belga, y tampoco en la del TJUE: el juez belga solo se centra en que el establecimiento del agente se encuentra en Bélgica y como consecuencia de ello aplica el foro contenido en el art. 27 LCA Belga.

²¹ “El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

²² Como indican A.-L. CALVO CARAVACA y LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial internacional*, Tecnos, 1981, p. 72, esta es la interpretación acorde con el art. 5.1.a *in fine* del Convenio, según el cual se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral si se prueba “...que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia”.

No obstante, y dada la ambigüedad del art. 2.3 de la Convención, hay Estados que aplican la tesis de que la validez de la cláusula arbitral ha de determinarse de acuerdo con la *lex fori*, por ejemplo, USA (véase P. SANDERS, “A Twenty Years’ Review of the Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, *The International Lawyer*, núm. 13, pp. 269-278, 1979). En este Estado, la contravención de las normas de policía fundamentales (“*fundamental policies*”) del Estado del foro sí se considera causa de invalidez del convenio arbitral (*vid.* Sent. del *U.S. Court of Appeals* 26 July 2012, asunto 11–2896 *Third Circuit / Control Screening LLC. contra Technological Application And Production Company (Lexapro)*, y la Sent. del mismo tribunal *Rhone Mediterranee Compagnia Francese di Assicurazioni e Riassicurazioni v. Lauro* de 6 junio 1983, as. 82- 3523, 712 F.2d 50 (1983).

²³ Conclusiones del abogado general Sr. Nils Wahl presentadas el 15 mayo 2013, asunto C-184/12, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare*, pfo. 23.

²⁴ *Vid.* art. 6.3 RB-I. Hay autores que opinan que la competencia en el primer proceso es requisito para la reconvención, como A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 251., y otros que no ven razón para exigirlo si el Reglamento Bruselas I no lo exige, como D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit International Privé*, Tome I, Puf, Paris, 2007, p. 216. La

la falta de competencia de la primera en virtud de la doctrina de los actos propios (quien alega la validez de la cláusula arbitral la ignora en otro procedimiento relativo al mismo contrato, lo que hace más difícil que dicha cláusula sea respetada por el tribunal).

16. Por último, y yendo más allá de lo que puede extraerse de la sentencia, es inevitable preguntarse qué habría ocurrido si las partes hubieran pactado una sumisión a los tribunales búlgaros en vez de un convenio arbitral. Al igual que en el caso de la sumisión arbitral, el juez belga debería examinar su competencia a la luz del Reglamento Bruselas I, pues el pleito entra en el ámbito de aplicación del Reglamento. Si éste pudiera declararse competente²⁵, tendría que ver si en el Reglamento Bruselas I existe alguna norma que permita declarar inaplicable la cláusula de sumisión por contravenir una ley imperativa del Estado del foro.

17. La respuesta a esta pregunta es negativa. El Reglamento Bruselas I es un sistema cerrado que no admite foros de policía, siendo los únicos foros imperativos los contemplados en el art. 22 del mismo (art. 23.5 RB-I)²⁶. Así se deduce muy claramente del artículo 3.1 del citado Reglamento (“*Las personas domiciliadas en un Estado miembro sólo podrán ser demandadas ante los tribunales de otro Estado miembro en virtud de las reglas establecidas en las secciones 2 a 7 del presente capítulo*”). El TJUE se ha pronunciado además muy recientemente sobre esta cuestión en su STJUE 19 diciembre 2013, as. C-9/12, *Corman-Collins SA vs. La Maison du Whisky SA*²⁷.

18. En definitiva, y partiendo de todo lo anterior, parece que la falta de competencia del juez belga hace imposible la aplicación de una ley de policía belga por parte del mismo, lo cual habría cambiado por completo el objeto del litigio y habría dejado sin contenido la cuestión prejudicial planteada.

2. Sobre la posible aplicación al caso de la ley belga de agencia

19. El tribunal belga se plantea si son aplicables al caso los artículos 18, 20 y 21 de la LCA Belga como leyes de policía en virtud del art. 7 del Convenio de Roma (actual art. 9 RR-I). Para contestar a esta pregunta habría que hacer un “test” en dos niveles:

20. A) Primer nivel (test de imperatividad). Se trata de determinar si las normas que pretender alegarse son normas “internacionalmente imperativas”, en el sentido del actual art. 9 del RR-I. Las normas internacionalmente imperativas son normas “*dotadas de un plus de imperatividad, esto es, de una imperatividad reforzada*”, lo cual implica la voluntad del legislador de que se apliquen de forma directa e inmediata a las situaciones privadas internacionales que queden enmarcadas en su ámbito de aplicación²⁸. Se trata, en otras palabras, de determinar su ámbito de aplicación, es decir, si el legislador interno pretende o no su aplicación a supuestos que contengan elementos de tráfico externo²⁹. Para su determinación, por lo tanto, habrá que estar a la voluntad del Estado que las emitió, lo cual puede determinarse, bien del tenor literal de la norma (articulado, exposición de motivos, disposiciones transitorias, adicionales o finales...), bien del contexto de la misma (trabajos preparatorios de la norma, proceso de

acumulación también podría ser resultado de la aplicación del *Code judiciaire belge*, prevista en los artículos arts 563 y ss. “*Des règles relatives aux demandes reconventionnelles et en intervention, à la litispendance et à la connexité*”.

²⁵ Suponiendo que los servicios de agencia se hubieran prestado en Bélgica, y en particular en Amberes, conforme al 5.1.b.2º RB-I.

²⁶ Aun así, no puede descartarse que el tribunal forzara la aplicación de algún mecanismo general que llevara a la apreciación de la norma belga, como puede ser el “fraude de ley procesal” (argumentando los Tribunales búlgaros se habrían elegido con un fin fraudulento, que es evitar la aplicación al caso de la ley belga de agencia). La adecuación de este proceder con el Reglamento Bruselas I es más que dudosa.

²⁷ Esp. pfs. 17 a 23. Aún no publicada en el Repertorio de Jurisprudencia, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=145906&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=388175>

²⁸ P. MAYER, “Lois de police”, *Repertoire Dalloz de Droit International*, Tomo II, París, 2001, pp. 1-9; B. AUDIT: *Droit international privé*, 3º ed, Economica, París, 2000, pp. 97-107, núms. 112-119.

²⁹ I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1992, p. 228.

negociación de la misma, casos a los que se aplica...). En este caso no hace falta ir tan lejos, en la propia LCA Belga se contiene de manera clarísima la voluntad del legislador belga de que estas normas sean normas internacionalmente imperativas (en el ya tantas veces citado artículo 27³⁰). Lo anterior ya es colegido por el tribunal belga, según el cual “*del artículo 27 de esa misma Ley resulta que la finalidad de ésta es garantizar a los agentes comerciales que tienen su establecimiento principal en Bélgica la protección de las disposiciones imperativas de la ley belga, con independencia del Derecho aplicable al contrato*” (pfo. 25 de la STJUE, tomado directamente del apdo. IV.6 de la Sentencia de la Corte de Casación belga).

21. B) Segundo nivel (test de compatibilidad con el derecho europeo). Se trata de determinar si esas normas internacionalmente imperativas están dentro de los límites que establece el derecho europeo, esto es, del concepto autónomo de “leyes de policía” construido por el TJUE estando vigente el Convenio de Roma e incorporado ahora al art. 9 RR-I³¹. En este segundo nivel, el juez nacional (en este caso belga) ha de actuar como un juez exclusivamente europeo. La calificación de una disposición nacional determinada de ley de policía ha de realizarse caso por caso por ese juez de instancia, que habrá de evaluar si se traspasan esos límites en función de los motivos de interés general que motivaron la adopción de la norma³².

22. De este modo, el juez estimará que la norma podrá aplicarse al caso como una ley de policía cuando el Estado que la ha emitido considere que su observancia es “*esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica (...)*” (art. 9 RR-I). Además, esta norma no puede no puede vulnerar la primacía del Derecho europeo³³, lo cual implica que no puede ir en contra de ninguna norma europea. En relación con el caso, el traspaso de este límite se ponía en duda porque la Directiva 86/653 ya proporcionaba una protección “europea” del agente en Bulgaria. En relación a esto, el TJUE no considera que dicha Directiva tenga incidencia, puesto que al ser esta de mínimos, deja al Estado un margen muy amplio de regulación. El caso habría sido distinto en caso de que fuera una Directiva exhaustiva, pues su armonización habría dado lugar a legislaciones equivalentes, basadas todas en una misma “*policy*”, de forma que no tendría sentido alegar la apreciación de las normas de trasposición de otro Estado miembro como *leyes de policía*³⁴.

23. Según la opinión de algunos autores, en este segundo nivel habría que comprobar también que la norma imperativa en cuestión es una norma de dirección o *Eingriffsnormen* (que protege intereses públicos), y no una norma protectora (que protege intereses privados o de las partes)³⁵. Según este sector de la doctrina solamente las primeras podrían ser consideradas como normas de policía en virtud de la

³⁰ *Vid.* nota al pie 8.

³¹ El concepto de leyes de policía, fue tomado de la doctrina, posteriormente pasó a la jurisprudencia, y de ahí a las leyes, como otros muchos conceptos del DIPr. de hoy (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y teoría económica*, ed. Colex, Madrid, 2011, p. 255). En concreto, fue del autor de origen griego PH. FRANCESCAKIS quien reformuló con gran éxito esta teoría de las normas internacionalmente imperativas, de quien el TJCE tomó la definición que posteriormente pasó al Reglamento Bruselas I (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 339).

³² Conclusiones del abogado general Sr. Nils Wahl presentadas el 15 mayo 2013, asunto C-184/12, United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare, pfos. 34 y 39.

³³ A este límite se refiere el Abogado General en sus conclusiones como un “límite implícito” en el art. 9 del RR-I: Conclusiones del abogado general Sr. Nils Wahl presentadas el 15 mayo 2013, asunto C-184/12, United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare, pfos. 34 y 39.

³⁴ Conclusiones del abogado general Sr. Nils Wahl presentadas el 15 mayo 2013, asunto C-184/12, United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare, pfo. 43.

³⁵ Entre estos autores, P. MAYER, “Lois de pólíce”, *op. cit.*, p. 4, J. Beulker, *Die Eingriffsnormenproblematik in internationalen Schiedsverfahren: Parallelen und Besonderheiten im Vergleich zur staatlichen Gerichtsbarkeit*, MPI, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, p. 296; R. FREITAG, “Zwingende Bestimmungen, Berücksichtigung ausländischer Devisenvorschriften, Formvorschriften”, en C. Reithmann y D. Martiny, *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2004, pp. 361-470. También R. BALDI, *Il contratto di agenzia, la concessione di vendita, il franchising*, Giuffrè Editore, Milano, 1997, pp. 538-539. En España, esta postura ha sido encabezada por el profesor F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ (véase cita siguiente).

definición autónoma del Convenio y del Reglamento Roma. Este sector doctrinal ve en la expresión “*interés público*” contenida en dicha definición una voluntad del legislador europeo de excluir de las leyes de policía todas aquellas normas “protectoras” de una parte contractual considerada débil³⁶. Estos intereses privados ya estarían custodiados por las normas del Reglamento Roma I que determinan la ley aplicable al contrato, donde además se proporciona protección a aquellas partes que el legislador europeo considera débiles a través de una norma de conflicto específica (consumidor, trabajador, asegurado). Así, no podrían ser normas de policía las normas protectoras del agente.

24. Sin embargo, la sentencia objeto de análisis no menciona esta distinción entre normas protectoras y normas imperativas³⁷. Parece que, para que una norma sea de policía, al TJUE no le importa que ésta proteja intereses privados siempre que, al mismo tiempo, proteja intereses públicos. Para el TJUE, la protección de un interés privado no es incompatible con la protección al mismo tiempo de un interés público³⁸. Lo que es más, la protección de ciertos sujetos o colectivos podría ser vista por un Tribunal europeo como la protección de un interés público, y por lo tanto como ley de policía, siempre que se demuestre que esa protección es esencial para la organización política, social o económica del Estado que emitió la norma.

25. En definitiva, puede afirmarse que la interpretación que resulta de la sentencia del TJUE sobre qué ha de considerarse una ley de policía es más amplia de lo esperado. Ésta concede a los Estados miembros una gran autonomía para determinar qué leyes “saltan por encima” de los esquemas del Reglamento Roma I, con el peligro que esto supone para la seguridad jurídica de los contratantes y para la previsibilidad de la ley aplicable a un contrato. Lo anterior conlleva al mismo tiempo el riesgo de importantes deficiencias técnicas en la determinación de la ley aplicable, debidas a que el método que los Estados utilizan para determinar cuáles son ellas leyes de policía suele ser, como es el caso del art. 27 de la LCA Belga, el “*método del unilateralismo introverso*”³⁹.

Al fin y al cabo, el juez del foro podría aplicar como leyes de policía las leyes protectoras de contratantes no protegidos por el Reglamento Roma I pero considerados débiles por las normativas estatales. Al igual que ha ocurrido con el agente, podrá ocurrir en el futuro con el distribuidor, con el franquiciado, pero también con las normas relativas al trabajador, al consumidor y al asegurado, cuando éstas proporcionen al sujeto considerado “débil” una protección mayor que la que les proporciona la ley aplicable, y todo ello por la vía del art. 9 del RR-I. Esta interpretación tan extensa de las leyes de policía podría dinamitar todo el sistema de ley aplicable del Convenio y el Reglamento Roma I.

³⁶ Respecto a la referencia a “intereses públicos en la definición de ley de policía: “*El dato no es baladí, pues conlleva la necesidad de practicar una interpretación restrictiva del art. 9. Bajo este precepto no se puede invocar cualquier norma imperativa, sino únicamente normas “ordo-políticas”, cuyo objeto es la tutela de intereses públicos o supra-individuales. Esto excluye aquellas normas destinadas a la tutela individual de una parte del contrato por su condición de asimetría frente a la otra. El artículo 9 no es, por consiguiente, la sede adecuada para proteger la posición contractual de los consumidores, agentes, etc.*”, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, Pamplona, 2012, p. 353.

³⁷ Se alinea así con el otro sector doctrina que entiende que las normas de policía pueden ser normas protectoras, siempre que defiendan al mismo tiempo intereses públicos, formado entre otros por P. LAGARDE, “La loi applicable au contrat de distribution commerciale”, en *Les contrats internationaux de distribution (droit et gestion)*, *International Distribution Contracts, Legal Aspects and Management*, N. LACASSE, L. PERRET, J.E. DENIS, La Collection Bleu, Université de Ottawa, Montréal, 1992, pp. 87-105, p. 99, H. AGUILAR GRIEDER, *op.cit.*, p. 53, F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Étude de conflits de lois)*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 276, núm. 280. *Vid.* igualmente, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional”, *Diario La Ley*, N° 7847, 2012; ID. *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 200-209; M.D. ORTIZ VIDAL, “Distribución y venta en España de productos fabricados en el extranjero. Cuestiones de Derecho Internacional Privado”, *REEL*, núm. 26, 2013 pp. 1-49.

³⁸ En este sentido ya se han manifestado antes algunos autores como H. AGUILAR GRIEDER, *op.cit.*, p. 53.

³⁹ Tal y como indican A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado, Volumen I*, Ed. Comares, Granada, 2013, p. 328-330, el unilateralismo introverso es un método que consiste en que cada Estado establece, de modo unilateral e independiente, el ámbito de aplicación espacial de sus normas sustantivas, de forma que las normas de conflicto solamente se ocuparán de establecer los casos regulados por la Ley sustantiva de dicho Estado. El resultado de su utilización puede ser profundamente negativo, pues son normas “egoístas” y “nacionalistas” conducen al *forum shopping* y provoca que las soluciones a las situaciones privadas internacionales sean distintas de país a país.

26. En cuanto al caso concreto resuelto por el TJUE, y dado que éste indica que la calificación de ley de policía ha de hacerla el juez del foro, queda ahora en manos de la Corte de Casación belga el determinar si la LCA Belga ha de considerarse una norma de policía, es decir, si el legislador belga consideró de un crucial interés público el conceder al agente belga una protección mayor que la consagrada en la Directiva 86/653. Para ello habrá de tener en cuenta “*la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas*”⁴⁰. En definitiva, el juez belga tendrá que salir a la búsqueda del interés público que pueda haber detrás de la protección del agente por su legislador. Para ello, el juez belga podría recurrir a la distinción entre “reglas y decisiones” sostenida por P. MAYER, según la cual las leyes de policía suelen tomar la forma de una “decisión legal”⁴¹.

27. Sin que haya que adelantarse a la decisión de la Corte de Casación belga, no parece muy descabellado pensar que el juez acabará decantándose por considerar los artículos de la LCA Belga como una ley de policía: Bélgica ha sido tradicionalmente “mercado a conquistar” y no “mercado conquistador”, esto es, es país más de distribuidores o agentes que país de productores o empresarios principales (caso contrario al de Francia, por ejemplo)⁴², por lo que la protección de sus agentes podría ser considerada una cuestión crucial para la salvaguarda del interés público del Estado, y en concreto, de su organización económica. Sin embargo, a la hora de decidir sobre la aplicación de la LCA Belga como norma de policía, la Corte Casacional belga debería tener muy en cuenta que el mercado belga podría verse dañado con esta decisión: la aplicación imperativa de una norma excesivamente proteccionista y nacionalista como la belga tendría como consecuencia que los operadores de otros Estados miembros contratarían con agentes cuyo establecimiento principal se encontrara fuera del territorio belga, ante la amenaza de la sujeción a su ley y a las fuertes indemnizaciones en caso de ruptura unilateral por el principal que la misma conlleva.

28. Para terminar, ha de señalarse que esta sentencia se enmarca en la línea jurisprudencial de la Sentencia *Ingmar*⁴³, si bien parece que se consigue con la misma un efecto totalmente contrario al buscado por ésta: si con *Ingmar* se pretendía, al igual que con la Directiva, que los empresarios buscaran agentes en todos los Estados Miembros, sin que se dirigieran siempre a elegir aquéllos que tuvieran un estatus de protección menor, con esta sentencia puede que se produzca el efecto inverso, esto es, un desincentivo a la contratación de agentes belgas, visto que de que cuando se contrate con un agente que tenga su establecimiento principal en Bélgica se corre el riesgo de que se le aplique su ley y no la que se haya pactado por las partes, aunque sea la ley de un Estado miembro.

V. Consecuencias prácticas y conclusiones

29. En definitiva, la sentencia objeto de análisis pone de manifiesto dos cuestiones principales en relación a la cuestión prejudicial planteada:

30. Primera. La incidencia de la Directiva 86/653 presenta escasa relevancia en este caso, ya que se trata de una Directiva de mínimos que permite a los Estados proporcionar al agente el nivel de

⁴⁰ En palabras del fallo de la sentencia analizada.

⁴¹ I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1992, p. 228, cfr. P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le Droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973, *passim*. Las decisiones serían normas concretas, categóricas, y modificadoras de la realidad jurídica. En palabras de GUARDANS, lo serían “tanto por su contenido –normas en que se pone de manifiesto un interés del Estado particularmente relevante-, como por el método –voluntad de aplicación imperativa por parte del Estado de origen, y posible reconocimiento en el extranjero analizando los límites de esa voluntad de aplicación”.

⁴² Más aún si se tiene en cuenta la postura de Bélgica en la negociación del Reglamento Roma I, en relación a la ley aplicable a los distribuidores, así como su interpretación del Convenio de Roma, en el sentido de entender al distribuidor como “prestador característico” (vid. C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 193-197).

⁴³ Sentencia TJUE de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar* (C-381/98, Rec. p. I-9305).

protección que les parezca oportuno, dándoles al mismo tiempo discrecionalidad para determinar si esa mayor de protección del agente ha de ser considerado una norma internacionalmente imperativa o no. Cuestión distinta sería que la Directiva hubiera sido exhaustiva, lo cual no podría lugar a la apreciación de leyes de policía cuando tanto la ley aplicable al caso como la ley de los tribunales que conocen del asunto han traspuesto esa Directiva. Precisamente, la poca importancia en el caso de la existencia de una Directiva europea (es como si no existiera) hace cuestionable que las Directivas sean el instrumento jurídico más idóneo para conseguir una armonización de Derecho material en los Estados Miembros, o al menos un Derecho Internacional Privado unificado.

31. Segunda. Las leyes de policía pueden ser normas protectoras de la parte considerada débil por el legislador nacional, siempre que dicha protección se haya considerado de “interés público” por el legislador en el momento en que se creó la norma, esto es, si dicha protección se debe a la salvaguarda del orden político, económico o social de ese Estado. Así, el control por el juez de instancia se reduce a lo siguiente: en un primer nivel, el juez habrá de realizar un control de imperatividad de la norma, y en un segundo nivel, un control de que esa imperatividad protege un interés público “crucial”, independientemente que dicho interés conviva con la protección de un interés privado.

32. En definitiva, esta sentencia abre la puerta a que el artículo 7 CR, y el 9 RR-I pueden ser la vía para la aplicación de leyes protectoras del agente, siempre que (i) el Estado haya estimado que sean internacionalmente imperativas y que (ii) el juez estime que dichas normas, además de proteger a una parte del contrato, protegen además intereses públicos. De esta forma, el TJUE sigue dejando en manos de los Estados miembros el mayor peso de la decisión de qué normas han de considerarse leyes de policía, ya que dicha calificación dependerá principalmente de la voluntad del legislador estatal a la hora de crear la norma. Se sigue considerando una “cuestión de soberanía”, lo cual no termina de encajar con el concepto de mercado único y de protagonismo de los particulares.

33. Por lo anterior, e independientemente de la solución por la que opte la Corte de casación belga respecto al caso concreto de la LCA Belga, lo que sí que puede afirmarse es que la teoría de la distinción entre normas protectoras y normas de dirección, y de la no admisibilidad de las primeras vía leyes de policía podría ser susceptible de reformulación a la vista de esta sentencia del TJUE. De esta forma, se podría distinguir entre normas de protección, normas de dirección y normas que podrían denominarse “ambivalentes”, esto es, tanto de dirección como de protección, cuya aplicación también se admite como leyes de policía, tal y como ha dejado ver el TJUE en esta sentencia.

34. En cualquier caso, la posible aplicación como ley de policía de las normas belgas protectoras del agente ha de interpretarse de forma restrictiva, por el peligro que conllevaría su extensión al resto de normas nacionales protectoras de otras partes consideradas débiles por los legisladores nacionales que no hayan sido protegidas por el Convenio de Roma o el Reglamento Roma I (distribuidor, franquiciado...). Más peligrosa sería aún su extensión a las normas de protección de contratantes protegidos por el Convenio y ahora Reglamento por vía conflictual (consumidor, trabajador, asegurado, transportista...). Lo anterior supondría un riesgo importante para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica de los contratantes y para la previsibilidad y proximidad que ha de tener el Derecho Internacional Privado, saltando por los aires el sistema establecido en el Reglamento Roma I, que ha de mantener su posición prevalente en la fijación de la ley aplicable a los contratos internacionales⁴⁴.

⁴⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional”, *Diario La Ley*, Nº 7847, 2012.