

LA APLICACIÓN DE LAS LEYES DE POLICÍA CONTENIDAS
EN DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA. EL EJEMPLO
DE LA REGULACIÓN DE LA CADENA ALIMENTARIA
*THE ENFORCEMENT OF OVERRIDING MANDATORY
PROVISIONS CONTAINED IN DIRECTIVES OF THE
EUROPEAN UNION. THE EXAMPLE OF REGULATION
IN THE FOOD CHAIN*

Elisa C. TORRALBA MENDIOLA*

RESUMEN

LA APLICACIÓN DE LAS LEYES DE POLICÍA CONTENIDAS
EN DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA. EL EJEMPLO DE LA REGULACIÓN
DE LA CADENA ALIMENTARIA

La creciente tendencia a la adopción de normas calificadas como “ley de policía” suscita un renovado interés por la metodología del Derecho internacional privado. Algunas de esas reglas están contenidas en Directivas europeas, con la consecuencia de que su aplicación depende de las normas nacionales de transposición, lo que, en ocasiones, condiciona su eficacia. Con el objetivo de arrojar alguna luz en el debate acerca del alcance que haya que dar a las leyes de policía y de la lógica de admitir que se puedan oponer las de origen nacional frente a los ordenamientos de otros Estados miembros en un ámbito intra-Unión Europea armonizado, este trabajo analiza algunos de los problemas que se plantean en la transposición de la Directiva 2019/633, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario, con especial atención a la ley de transposición española (Ley 16/2021).

Palabras clave: Ley de policía. Directiva 2019/633. Norma de transposición. Ley 16/2021.

ABSTRACT

THE ENFORCEMENT OF OVERRIDING MANDATORY PROVISIONS CONTAINED
IN DIRECTIVES OF THE EUROPEAN UNION. THE EXAMPLE OF REGULATION
IN THE FOOD CHAIN

The increasing adoption of rules qualified as overriding mandatory provisions has led to a renewed interest in the methodology of private international law. Some of these rules are contained in European Directives, with the consequence that their application depends on national implementation rules, which sometimes conditions their effectiveness. With the aim of shedding some light on the debate about the scope to be given to overriding mandatory provisions and the logic of admitting that laws of national origin can be opposed to the laws of other Member States in a harmonised intra-European Union

* Profesora titular de Derecho internacional privado en la Universidad Autónoma de Madrid (elisa.torralba@uam.es). La última fecha de consulta de todas las páginas webs mencionadas en este estudio es el 24 de noviembre de 2022.

environment, this paper analyses some of the problems that arise in the implementation of Directive 2019/633, on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain, with special attention to the Spanish transposition law (Law 16/2021).

Keywords: Overriding mandatory provisions. Directive 2019/633. Implementation rules. Law 16/2021.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS LEYES DE POLICÍA.—2.1. Cuestiones generales.—2.2. La calificación de una norma como ley de policía.—2.3. La aplicación de las leyes de policía.—3. EL EJEMPLO DE LA DIRECTIVA RELATIVA A LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES EN LA CADENA ALIMENTARIA.—3.1. La Directiva 2019/633.—3.2. La Directiva 2019/633 como ley de policía.—3.3. La delimitación por los legisladores nacionales del ámbito de aplicación espacial de las normas de transposición.—3.4. La Directiva 2019/633 como norma de mínimos y el carácter imperativo de las normas nacionales de transposición.—4. LA LMFC COMO LEY DE POLICÍA.—4.1. El carácter *ius cogens* manifestado en la Exposición de Motivos.—4.2. El ámbito de aplicación de la LMFC definido en su artículo 2 y el alcance de su concepción como ley de policía.—5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

La expansión del concepto de norma internacionalmente imperativa y la creciente adopción de reglas concebidas como tales por los Estados ha suscitado el interés de la doctrina en época reciente¹. Quienes se ocupan de la cuestión ponen de relieve que esa realidad (el incremento de ese tipo de normas²) no se produce de manera aislada, sino que se sitúa en un contexto

¹ Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, "Leyes de policía. El impacto de la pandemia en el Derecho internacional Privado", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, núm. extra 2, pp. 253-268; AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz, *Plan de investigación para el concurso de acceso a una plaza de Catedrático contratado de Derecho Internacional Privado*, Universitat de Barcelona, 2020 (agradezco a la autora que me haya permitido disponer de este texto); HEMLER, Adrian, *Die Methodik der Eingriffsnorm im modernen Kollisionsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019: desde una perspectiva que no afecta solo a las leyes de policía, sino, en general, a las normas regulatorias extranjeras, LEHMANN, Matthias, "Regulation, global governance and private international law: squaring the triangle", *JPIL*, vol. 16, n° 1, 2020, pp. 1-30.

² En España no solo se trata de que textos adoptados en época reciente afirmen su carácter de ley de policía, sino de una mayor frecuencia del análisis también respecto de normas anteriores, algunas de ellas antiguas, aparentemente propiciado por una mayor internacionalización de nuestra economía y un progresivo mejor conocimiento de los instrumentos de DIPr. Así, a título de ejemplo, la SAP Madrid, de 1 de marzo de 2022, ECLI:ES:APM:2022:2820, atribuye esa condición a las disposiciones de la Ley 57/1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas respecto de las que afirma que se aplican incluso si la vivienda adquirida se sitúa fuera de España. La Audiencia entiende que la ley debe ser interpretada tomando en consideración la evolución en el desarrollo de la finalidad de la norma y la necesidad de interpretarla de acuerdo con la realidad social del tiempo actual, donde la defensa del consumidor exigida por la normativa europea se impone como tutela de oficio, y por tanto de orden público, acentuando la naturaleza imperativa de las normas. A cambio, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de junio de 2022, ECLI:ES:TSJM:2022:8061 ha negado el carácter de ley de policía al artículo 34 de la Ley 36/2014, de Presupuestos Generales del Estado para 2015, y las correlativas disposiciones de las sucesivas leyes generales de presupuestos. El tribunal, en un pronunciamiento muy discutible al que tal vez le llevaron las circunstancias del caso concreto, rechazó atribuir esa calificación a ciertas reglas de la ley mencionada dado su carácter meramente procedimental, en una lectura excesivamente literal de la STJUE de 31 de enero de 2019, *Da Silva Martins*,

que resulta de la evolución de la concepción de la disciplina del Derecho internacional privado (DIPr) y responde, además, a la situación socio-histórica actual³ caracterizada por una visión más soberanista que en épocas pasadas del propio ordenamiento.

Esa evolución se inició ya en el siglo XX, durante el que se produjo un importante cuestionamiento de la concepción del DIPr y sus objetivos, con el consiguiente impacto de las diferentes comprensiones del objeto de la disciplina en las propuestas metodológicas para abordarla. Fruto de ello fue el progresivo abandono de la visión savigniana del objeto del DIPr, en una aproximación que pone el acento en el sujeto de ese Derecho más que en el reparto de competencias entre los Estados y que trajo una puesta en cuestión de las normas de conflicto bilaterales y de la neutralidad como principio informador⁴. Ello condujo a la tendencia a la especialización y a la materialización de las normas⁵, a la adopción progresivamente más frecuente de normas unilaterales que pretenden la consecución de determinados fines y a una cada vez mayor relevancia de la autonomía de la voluntad como criterio de conexión. A todo ello se ha unido en época reciente un incremento de la adopción de normas de carácter regulatorio o protectoras de bienes o intereses colectivos que, además, pretenden su aplicación extraterritorial y que inciden en la esfera de las relaciones privadas⁶. En ese contexto ha llegado a

C-149/18, ECLI:EU:C:2019:84. Por otra parte, la pandemia motivó la adopción de multitud de normas susceptibles de ser calificadas como ley de policía (*vid.* al respecto, RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, *op. cit.*; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Medidas de emergencia y contratos internacionales” en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/62503/1/PADemiguelAsensio%20LaLey%20UE%20n%2081%2005.pdf>).

³ Se sigue en esta relación a RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, *ibidem*, pp. 254-257. Sobre la evolución del DIPr y sus respuestas a nuevos *topoi* en los que se mueve el DIPr del siglo XXI, FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Orientaciones del Derecho internacional Privado en el umbral del siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n° 9, 2000, pp. 7-32.

⁴ REINMANN, Mathias, “Are there universal values in choice of law rules? Should there be any?” en FERRARI, Franco y FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.(eds.), *Private international law. Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Cheltenham, Elgar, 2019, pp. 188-189; WELLER, Marc P. y SCHULZ, Alix, “Political Private International Law: How European are Overriding Mandatory Provisions and Public Policy Exceptions?”, en VON HEIN, J./KIENINGER, E.-M./RÜHL, G. (eds), *How European is European Private International Law?*, Cambridge Intersentia, 2019, pp. 285-304.

⁵ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *Rec. des Cours*, vol. 287, 2000, pp. 9-426; FRANQ, Stéphanie “Party autonomy and regulation: Public interests in Private international law”, *Japanese Yearbook of International Law*, 2016, pp. 270-275.

⁶ En algunos casos se considera que la obtención de las finalidades perseguidas por la regulación de ciertas cuestiones se alcanza mejor si a las normas de naturaleza jurídico-pública y los mecanismos para asegurar su cumplimiento desde la perspectiva regulatoria se añaden otros de naturaleza jurídico-privada que permiten a los individuos exigir el cumplimiento de las normas e indemnizaciones por el daño causado por dicho incumplimiento. El ejemplo más claro es el sector del Derecho de la competencia, en el que a la regulación del mercado, a partir de la prohibición de las prácticas anticoncurrenciales recogida en los artículos 101 a 109 del TFUE y desarrollada en un amplio elenco de normas de Derecho derivado, se unen las reglas destinadas a permitir el resarcimiento de los particulares de los daños causados por la infracción de ese marco regulatorio, a través de la Directiva 2014/104 (Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE de 5 de diciembre de 2014, n°

plantearse la cuestión de si nos encontramos ante un cambio de paradigma en la comprensión de esta rama del ordenamiento⁷.

A los elementos señalados hay que añadir, además, el papel de la Unión Europea y el fenómeno de la integración que representa, que incide en la manera en que se plantean los problemas de DIPr y obliga a llevar a cabo una revisión de las respuestas a algunos de ellos.⁸ Así, en la actualidad las leyes de policía no solo emanan de las legislaciones nacionales, sino también del legislador de la Unión Europea que encuentra en ellas un instrumento para favorecer la realización del mercado interior. Cuando ese carácter de ley de policía se atribuye a una Directiva cuya aplicación en los Estados miembros se realiza a través de sus respectivas normas de transposición, las consecuencias de dicha calificación no se plantean en los mismos términos que cuando nos situamos fuera de un sector armonizado a través de ese tipo de normas y se generan problemas cuyo análisis es útil abordar a fin de conseguir una mayor eficacia en su funcionamiento y, en general, en el del DIPr.

Partiendo de esta última premisa, el objeto de este trabajo no es aportar soluciones al debate sobre el papel del DIPr. y las mejores formas de responder adecuadamente a las realidades sobre las que se proyecta, sino, de manera más modesta, analizar algunos elementos que se plantean en la aplicación de las normas imperativas contenidas en Directivas europeas y hacerlo a través del ejemplo de la Directiva 2019/633, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario⁹ y de la norma española de transposición, la Ley 16/2021, por la que

L 349, pp. 1-19). También puede situarse aquí, por ejemplo, la protección de datos, dada la combinación de la técnica regulatoria con la apertura de una acción destinada a obtener el resarcimiento de los daños generados por el incumplimiento de las normas, tal como resulta de lo previsto en el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, DOUE L 119, de 4 de mayo de 2016). Sobre estas cuestiones, DE MIGUEL ASENSIO, Pedroro Alberto, "Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento general sobre protección de datos de la Unión Europea", *REDI*, vol. 69, n° 1, 2017, pp. 75-108); RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, "Conflict of Laws comes to the rescue of competition law", *JPIL*, vol. 5, 2009, pp. 311-336.

Junto a ello, en otras ocasiones las normas que persiguen un interés público interfieren de manera natural en la esfera de las relaciones privadas, por ejemplo, porque al prohibir un comportamiento obligan a plantear qué ocurre si el mismo se impone como obligación a una de las partes en una relación contractual (ejemplo de ello es la normativa que regula las prácticas desleales en la cadena alimentaria, como se verá en páginas posteriores).

⁷ RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, "Leyes de policía...", cit., pp. 264-266.

⁸ Sobre el papel del DIPr ante los procesos de unificación internacional del Derecho privado, en general, FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *op. cit.*, pp.19-21; BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, "La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro", *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, n° 1, pp. 285-318; MOYA, Djoleen, "Conflicts intra-européens de lois et conflits de souverainetés", *JDI*, 2020, pp. 529-569, p. 532-533.

⁹ Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario (DOUE L 111, de 25 de abril de 2019).

se modifica la Ley 12/2013, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria¹⁰ (LMFCA).

El ejemplo escogido nos sitúa en el sector contractual, pese a que el uso de las leyes de policía no se limita a él. Sin embargo, sí que es en ese ámbito donde la autonomía de la voluntad juega un papel más relevante, su hábitat natural, y es, por tanto, también donde la tensión entre una norma de conflicto que la incorpora como punto de conexión y permite la aplicación de un ordenamiento escasamente vinculado en términos objetivos con el supuesto y los intereses estatales y sociales de un Estado más vinculado con la situación se manifiesta de manera más clara. Todo ello sin perjuicio de que las leyes de policía puedan operar también en los casos en los que sean disposiciones no basadas en la autonomía de la voluntad las que conduzcan a la aplicación de un Derecho concreto¹¹.

Con la finalidad señalada se delimita en primer lugar el concepto de ley de policía (2.1 y 2.2) y se plantean de manera general algunas de las cuestiones relacionadas con la aplicación de este tipo de normas (2, 3). Tras ello se analiza la Directiva 2019/633 (3.1), su consideración como ley de policía (3.2), la manera en que algunas de las normas nacionales de transposición delimitan su ámbito de aplicación espacial (3.3) y la condición de mínimos de la Directiva ligada al posible carácter imperativo de las normas nacionales de transposición (3.4). Por último, se analiza el carácter de ley de policía de la LMFCA (4) para acabar con algunas reflexiones, a modo de conclusión (5).

2. LAS LEYES DE POLICÍA

2.1. Cuestiones generales

Las leyes de policía son normas que un Estado —o una organización supranacional, como la Unión Europea¹²— considera de una relevancia tal que

¹⁰ Ley 16/2021, de 14 de diciembre, por la que se modifica la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, BOE nº 299, de 15 de diciembre de 2021.

¹¹ Sobre esta cuestión, DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales”, *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 2857-2882, p. 2859. Apunta este autor que la progresiva extensión de la autonomía de la voluntad como criterio de conexión a otras materias, parece unirse a una mayor necesidad de procurar la eficacia de normas imperativas de ordenamientos estrechamente vinculados con la situación privada de que se trate.

¹² Aunque el artículo 9 Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Roma I, DOUE L 177, de 4 de julio de 2008 se refiere a disposiciones de “un país” la posibilidad de que estas normas emanen del legislador de la Unión Europea no plantea dudas hoy día. A cambio, se ha cuestionado que el legislador pueda estatal adoptar leyes de policía en una situación en la que la norma de conflicto emana del legislador europeo, cuestionamiento que no deja de resultar artificial dado el tenor literal del artículo 9 RRI (PIOVESANI, Ennio, “Italian Self-Proclaimed Overriding Mandatory Provisions to Fight Coronavirus”, en *Conflictolaws.net*, (<https://conflictolaws.net/2020/italian-self-proclaimed-overriding-mandatory-provisions-to-fight-coronavirus/>) marzo 2020 y con más matizaciones en “Overriding mandatory provisions in the context of the COVID-19 pandemic”, *Blog ilCaso.it*, 18 noviembre 2020 (<https://blog.>

deben ser aplicadas incluso en situaciones internacionales en las que, en virtud de las normas de conflicto, la relación jurídica de que se trate debería regirse por una ley distinta. En la esfera contractual, su definición en la Unión Europea se recoge en el artículo 9 del Reglamento 598/2008 (RRI), que las describe como aquellas 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”.

Si bien este tenor literal parece limitarlas a las normas ordopolíticas, la discusión sobre su extensión ha sido una constante y la posibilidad de incluir en este concepto también disposiciones destinadas a proteger los intereses de alguna de las partes (consumidores o trabajadores, por ejemplo) objeto de un intenso debate, como se indica en el epígrafe siguiente. Incluso resuelto el problema de su calificación, la aplicación de las leyes de policía puede plantear cuestiones adicionales, dado que con frecuencia los legisladores no delimitan de manera expresa su ámbito de aplicación espacial y se hace necesario concretarlo a partir de su tenor literal, objetivos y finalidades, en un forzoso análisis casuístico¹³. En esa actividad calificadora es necesario no atribuir a las normas una extensión que vaya más allá de lo razonable, dadas las consecuencias de su aplicación en la esfera internacional (i.e. impedir la normal aplicación, en toda su extensión, de la ley que resulta aplicable en virtud de las normas de conflicto). Estas consecuencias son especialmente relevantes cuando se proyectan sobre la autonomía de la voluntad, limitándola, en un contexto como el que aquí se analiza —el contractual— que sitúa ese principio en la base de su construcción. Es precisamente esta consecuencia una de las razones que tradicionalmente se esgrimen para defender una interpretación restrictiva del concepto¹⁴.

2.2. La calificación de una norma como ley de policía

La interpretación del concepto de ley de policía como comprensiva no solo de normas ordopolíticas, sino también, en la esfera contractual, de ciertas reglas que persiguen un interés de parte ha sido muy discutida, pero es la imperante en la actualidad¹⁵, en los términos que se exponen a continuación,

ilcaso.it/news_1013/18-11-20/verriding_mandatory_provisions_in_the_context_of_the_COVID-19_pandemic).

¹³ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Derecho imperativo...”, cit., p. 2866.

¹⁴ STJUE de 18 de octubre de 2016, as. C-135/15, *Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:774, apartados 43-44.

¹⁵ La jurisprudencia alemana ha adoptado tradicionalmente una posición restrictiva (véanse, por ejemplo, las sentencias del *Bundesgerichtshof* en los casos XI ZR 82/05, BGH 165, 248, 255-259, sobre la Directiva en materia de crédito al consumo, o X ZR 19/08, BGHZ 182, 24, par. 32, sobre la Directiva en materia de cláusulas contractuales desleales. A cambio, en Francia la posición jurisprudencial ha sido más laxa (sentencia de la Cour de Cassation de 23 de mayo de 2006, Cass.civ., Ire, caso 03-15.637, Bulletin 258). Sobre estas distintas aproximaciones, KUIPERS, Jan. J. y MIGLIORINI, Sara, “Quést ce

y responde, asimismo, a la concepción del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹⁶. Desde esa perspectiva, la calificación de la norma depende del interés que defiende, de manera que aquellas que persigan intereses generales lo suficientemente relevantes se incluirán en el concepto de ley de policía¹⁷, mientras que las normas imperativas de protección que buscan únicamente el interés de parte encuentran en el sistema del RRI otras vías de aplicación (artículos 6, 7 y 8 del RRI, en relación con los contratos de consumo, seguros y trabajo, respectivamente, o artículo 3, apartados 3 y 4, que limitan, en situaciones específicas, la autonomía de la voluntad para impedir que se eluda la aplicación de disposiciones “que no puedan excluirse mediante acuerdo”). La dificultad estriba en que esa distinción no resulta siempre clara y que con frecuencia disposiciones adoptadas en defensa de un interés general pueden afectar, a su vez, a una parte contractualmente necesitada de protección (consumidor, agente, trabajador, etc)¹⁸.

Del mismo modo, disposiciones que parecen buscar la protección de intereses contractuales pueden tener consecuencias en la esfera de los intereses generales que justifiquen su calificación como ley de policía. Así lo ha entendido el propio TJUE cuando ha considerado que unas normas —las reguladoras del contrato de agencia— inicialmente adoptadas con el objetivo de defender a una parte débil en una relación contractual pueden ser leyes de policía porque la finalidad de las disposiciones de la Directiva 86/653/CEE,¹⁹ cuyo carácter de ley policía se afirma, “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”²⁰. Así, si bien la Directiva defiende en primera instancia un interés particular, ello no impide su calificación como ley de policía si, al mismo tiempo, persigue una finalidad de interés general. Dicho de otro modo, aunque la ley de policía deba defender un interés general, el hecho de que, además, este conviva con intereses particulares no modifica su calificación.²¹

Uno de los problemas que plantea la identificación de estas normas es que, con frecuencia, su finalidad no resulta explicitada en términos que permitan

que sont les lois de police? Une querelle franco-allemande après la communautarisation de la Convention de Rome”, *European Review of Private Law*, vol. 19, n° 2, 2011, pp.187-207.

¹⁶ STJUE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-369/96 y C-376/96, ECLI:EU:C:1999:755; de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar*, C-381/98, ECLI:EU:C:2000:605; de 6 de octubre de 2009, *Asturcom*, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615; de 17 de octubre de 2013, *UNAMAR*, C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663.

¹⁷ RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, “Leyes de policía...”, cit, pp. 260-261.

¹⁸ Sobre la dificultad de la delimitación, FRANQ, S Stéphanie, *op. cit.*, pp. 270-275.

¹⁹ 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, DO L382, de 31 de diciembre de 1986.

²⁰ C-381798, *Ingmar*, FJ 24. El TJUE no utiliza en este caso el término “ley de policía”, que sí emplea, sin embargo, en el asunto C-184/12, *UNAMAR*.

²¹ CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel, “Incidencia de las normas imperativas en los contratos internacionales: especial referencia a las normas de terceros Estados desde una aproximación europea”, *CDT*, vol. 9, n° 2, 2017, pp. 174-193, p. 179.

definir de manera indubitada su carácter, lo que obliga a analizar la voluntad del legislador. En esa línea, el hecho de que la norma establezca sanciones para el caso de incumplimiento puede ser un elemento relevante en esa calificación²², sin llegar a constituir un requisito para ella, y sin perjuicio de las dificultades que la aplicación de esas sanciones pueda presentar en supuestos internacionales. Pero, incluso en los casos en los que la voluntad del legislador puede resultar más clara, es posible cuestionarse si basta con ella para que una ley pueda considerarse de policía. La respuesta es forzosamente negativa: en la medida en que, en el ámbito de la Unión Europea, en la esfera contractual la noción de ley de policía se incluye en un texto que emana del legislador de la Unión Europea, el RRI, el concepto es autónomo y debe ser objeto de una interpretación uniforme, que limita la libertad de los Estados miembros a la hora de establecer qué normas de su ordenamiento tienen ese carácter²³ ya que lo contrario supone dejar en mano de cada legislador concreto la elevación a la categoría de supra-individuales de meros intereses privados²⁴.

En consecuencia, la afirmación por parte de un Estado de que una norma es ley de policía no puede ser por sí sola determinante de esa condición²⁵, sino que se hace necesario constatar en cada caso que la regla en cuestión responde al marco establecido en el artículo 9 RRI, función que recae sobre los tribunales que tienen que decidir sobre ese carácter y su incidencia —o no— sobre el juego de las normas de conflicto²⁶. Si bien lo anterior se ha argumentado respecto de los Estados, debería ser extensible a la propia Unión Europea que, como se verá, en algunas de las normas adoptadas en época más reciente explicita su carácter de ley de policía. Si bien esa caracterización debería tener como consecuencia la simplificación de las soluciones, en la medida en que evitaría acudir al TJUE a la búsqueda de calificaciones *in*

²² Así lo ha entendido GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José, para quien un dato para determinar la voluntad del legislador estatal de atribuir a sus reglas carácter internacionalmente imperativo puede ser que se asocie a ellas una sanción específica en caso de incumplimiento (“Artículo 8” en *Comentarios al Código civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), tomo 1 (arts. 1 a 151), 2013, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 177-180).

²³ CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel, *op. cit.* p. 178; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Medidas de emergencia y contratos internacionales”, <https://eprints.ucm.es/id/eprint/62503/1/PADemiguelAsensio%20LaLey%20UE%20n%2081%2005.pdf>

²⁴ VON BAR, Christian y MANKOWSKI, Peter, *Internationales privatrecht*, Vol. I, 2ª ed., Munich, Beck, 2003, núm. 99.

²⁵ El Derecho de la Unión Europea debe funcionar como límite a esa facultad estatal de calificación (TORRALBA MENDIOLA, Elisa C, “El bono por cancelación de viajes y los contratos sujetos a Derecho extranjero”, <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-bono-por-cancelacion-de-viajes-y-los-contratos-sujetos-a-derecho-extranjero/>, en relación con el artículo 36.4 del Real Decreto 21/2020 en materia de viajes combinados, en su formulación inicial. Esta disposición fue modificada por la Disposición final 5ª del Real Decreto Ley 21/2020 a fin de adaptarla a la Recomendación (UE) 2020/648 relativa a los bonos ofrecidos a los pasajeros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto de la pandemia de COVID-19 (DOUE L 151 de 14 de mayo de 2020).

²⁶ PIOVESANI, Ennio, “Italian self-proclaimed overriding mandatory provisions to fight coronavirus”, *cit.*

*casu*²⁷, no debe impedir la actuación del TJUE en el caso de que el legislador se exceda en sus calificaciones²⁸.

2.3. La aplicación de las leyes de policía

Como se ha apuntado, incluso resuelto el problema calificadorio y aceptada la caracterización de una norma como ley de policía, su ámbito de aplicación espacial puede resultar controvertido. Esta cuestión es relevante a la vista de las consecuencias de la aplicación de este tipo de normas: en la medida en que supone una excepción a la ley designada aplicable por la norma de conflicto, se hace necesario determinar el alcance de la ley de policía para establecer, a su vez, en qué casos opera la excepción²⁹.

Así, por ejemplo, si se acepta que los artículos 17 y 18 de la Directiva 86/653 son ley de policía y que dichos preceptos se aplican incluso si las partes en el contrato de agencia se sometieron a la ley de un tercer Estado, es necesario determinar a qué casos pretenden su aplicación: ¿a todos en los que el agente esté domiciliado en la Unión Europea? ¿a aquellos en los que el territorio de la agencia se sitúe en la Unión Europea? En este caso concreto, el TJUE ha dado respuesta a una cuestión que la norma no regulaba expresamente al establecer la aplicación de la Directiva en todos los casos en los que el territorio en el que se desarrolla el contrato es el de un Estado miembro³⁰. Sin embargo, cuando se descende a asegurar la aplicación de esos artículos de la Directiva a través de las normas de transposición nacionales, el problema puede resurgir. Solo una respuesta clara a la delimitación del ámbito de aplicación de esas normas y la adecuación de la definición de ese ámbito a los objetivos de la Directiva permite aplicar la ley de policía en sus justos términos.

Aunque algunas de las normas susceptibles de ser calificadas como “ley de policía”, especialmente las más recientes, determinan su ámbito de aplicación a través de una norma unilateral, muchas no lo hacen. Incluso entre las primeras, la interpretación de los criterios utilizados puede resultar compleja y, como se verá, en ocasiones dudosamente compatible con las reglas de la Unión Europea en materia de conflicto de leyes.

²⁷ Sobre estas cuestiones, UNGERER, Johannes, “Explicit legislative characterization of overriding mandatory provisions in EU Directives: Seeking for but struggling to achieve legal certainty”, *JPIIL*, Vol. 17, 2021, nº 3, pp. 399-420.

²⁸ Si bien, a la vista de la sentencia en el asunto, C-381/98, *Ingmar*, al legislador europeo le bastaría con argumentar la afectación del mercado interior para justificar la presencia de un interés público suficiente para justificar el carácter de ley de policía de la norma.

²⁹ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Derecho imperativo...”, cit., p. 2866. Sobre ese ámbito de aplicación y la cuestión de si debe derivar del contenido de la propia norma o si es necesario que se establezca en ella a través de una norma de conflicto unilateral, VISCHER, Frank, “General course on Private International Law”, *R des C.*, 1992, I (Vol. 2329), pp. 156-157.

³⁰ C-381/98, *Ingmar*. No obstante, como se verá en páginas posteriores, dado que las Directivas se aplican a través de las normas de transposición, eso no elimina todos los problemas.

Por otra parte, en aquellos casos en los que la ley de policía está incluida en una Directiva europea, al legislador de la Unión le basta, para asegurar su aplicación, que esta se articule a través de la de alguna de las normas estatales, siempre que lleven a cabo una correcta transposición del texto europeo. Esa afirmación se extiende tanto a los casos en los que dicha aplicación se pretende *ad extra* (frente a la ley de un tercer Estado), como a aquellos otros en los que se hace *ad intra*. De este modo, desde la perspectiva de la Unión Europea, en las situaciones *ad intra* la consideración de la norma como ley de policía es irrelevante y basta con garantizar el principio de primacía del Derecho de la Unión. Sin embargo, en la medida en que la Directiva deja margen de apreciación a los Estados y estos hacen uso de él, la cuestión cobra importancia desde la perspectiva estatal, a la vista de que, como indicó el TJUE en el asunto *UNAMAR*, incluso en un ámbito armonizado cabe el juego del artículo 9 RRI³¹.

En ese escenario, la manera en que los Estados determinen el ámbito de aplicación de sus reglas resulta particularmente relevante. Lo es para la Unión Europea porque la suma de esos ámbitos de aplicación nacionales debe asegurar, a su vez, que la Directiva se aplica en todas las situaciones que contempla. Cuando ello no ocurre, sus objetivos se ven en peligro y es necesario arbitrar mecanismos para asegurarlos. En este sentido, la revisión de las situaciones en las que es posible tomar en consideración las normas imperativas de Estados distintos del foro puede venir a paliar los inconvenientes que una circunstancia como la descrita puede generar. Pero la cuestión es también relevante desde la perspectiva estatal porque solo si el criterio de aplicación es similar en todos los Estados miembros (y acorde con la Directiva) puede asegurarse el respeto de la consideración internacionalmente imperativa de las normas de transposición de cada uno de ellos, en el caso de que todos las conciben así (y eso se refiere tanto a las reglas que resultan de la Directiva como a las que el legislador estatal adopta sin que ello resulte de una obligación impuesta por el texto europeo)³².

3. EL EJEMPLO DE LA DIRECTIVA RELATIVA A LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES EN LA CADENA ALIMENTARIA

3.1. La Directiva 2019/633

La Directiva 2019/633 tiene por objeto luchar contra las prácticas comerciales desleales³³ en las relaciones entre compradores y proveedores en la

³¹ C-184/12, *UNAMAR*. El TJUE admite esta posibilidad con muchas cautelas: en el marco de su apreciación el juez nacional (de un Estado miembro de la Unión Europea) no debe poner en entredicho ni el efecto de armonización pretendido por la Directiva 86/653 (el supuesto se refería, como *Ingmar*, a un contrato de agencia) ni la aplicación uniforme del Convenio de Roma y debe valorar que, en el marco de este litigio, el Derecho que se dejaría de aplicar es otro Derecho europeo, correcta transposición de la Directiva.

³² El debate acerca del alcance que se debe dar a la aplicación de una ley de policía de Estados distintos del foro se aborda en el epígrafe 3.3.

³³ En la terminología de su artículo 1, las prácticas “que se apartan manifiestamente de las buenas conductas comerciales, son contrarias a la buena fe y a la lealtad comercial y se imponen unilateralmente por una de las partes a la otra”.

cadena de suministro agrícola y alimentario³⁴. A esos efectos, establece un listado no exhaustivo de prácticas comerciales prohibidas y de otras que lo estarán salvo que las partes expresamente las pacten en el contrato que las vincule (artículo 3), prevé la creación de autoridades en los Estados miembros encargadas de controlar a nivel nacional el cumplimiento de las prohibiciones que establece (autoridades de ejecución) con facultades de investigación, decisorias y sancionatorias (artículos 4 y 6), que deberán cooperar entre ellas (artículo 8), y establece las condiciones mínimas del procedimiento de denuncia que se pone a disposición del proveedor y que este puede plantear ante la autoridad del Estado miembro de su establecimiento o ante la del Estado miembro del establecimiento del comprador (artículo 5). El artículo 7 prevé, además, la posibilidad de que se recurra a mecanismos alternativos de solución de litigios, con independencia del procedimiento de denuncia.

Se trata de un texto de carácter regulatorio cuya finalidad primera es la defensa de un interés general, la competencia leal en el mercado³⁵, pero que se proyecta sobre un sector fuertemente contractualizado. Así, las disposiciones de la Directiva se sitúan en un espacio entre el contrato y el Derecho de la competencia, ya que tratan de responder a los problemas del comercio agrícola al mismo tiempo que establecen la protección mínima para los operadores más débiles en la cadena de suministro, como los agricultores³⁶. Dicho de otro modo, si bien el contenido de la norma es esencialmente regulatorio, el modo en el que incide sobre los contratos la convierte en un instrumento con doble proyección, público-privada³⁷.

³⁴ Este un sector que estaba necesitado de regulación porque a él no se aplica la Directiva 2005/29, sobre prácticas comerciales desleales, que solo contempla las relaciones entre empresas y consumidores, ni las Directivas 2006/114 o 2011/7. Ni siquiera las normas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en materia de competencia se extienden en principio al sector agrícola (arts. 101ff y 42, 1 TFUE).

³⁵ La norma ha sido objeto de numerosas críticas y opiniones encontradas: CAFAGGI, Fabrizio y IAMICELI, Paola, "Unfair Trading Practices in Food Supply Chains. Regulatory Responses and Institutional Alternatives in the Light of the New EU Directive", 2019, <https://ssrn.com/abstract=3380355>; PISZCZ, Anna, "EU Directive on Unfair Trading Practices in Business-to-Business Relationships in the Agricultural and Food Supply Chain: Dipping a Toe in the Regulatory Waters?", en MESKIC, Z, KUNDA, I, POPOVIĆ, Dušan V, OMERović, Enis (eds.), *Balkan Yearbook of European and International Law*, Cham, Springer, 2019, pp. 109-127; SCHEBESTA, Hanna, VERDONK, Tom, PURNHAGEN, Kai P y KEIRSBILCK, Bert, "Unfair Trading Practices in the Food Supply Chain: Regulating Right?", *European Journal of Risk Regulation*, 2018, vol. 9, n° 4, pp. 690-700.

³⁶ UNGERER, Johannes, *op. cit.*, p. 404.

³⁷ PAZ-ARES, Teresa y SAINZ DE AJA, Borja, "Cuestiones clave de la reforma de 2021 de la Ley de Medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n° 58, 2022, pp. 48-69, p. 57. Señalan estos autores que la regulación de las prácticas desleales en la cadena alimentaria presenta como particularidad esa contractualización y que eso constituye un punto diferencial respecto de la normativa en materia de competencia desleal que se formó en torno a la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, la existencia de un vínculo contractual no modifica el juicio de desvalor y "se da así una superposición de prácticas desleales (con los remedios de la LMFCa, y eventualmente de la Ley 3/1991 o de la Ley 1/2019) y contractuales (con los remedios propios del Derecho de obligaciones)".

En esta línea, la prohibición de ciertas prácticas comerciales que se reputan desleales incide sobre aquellos contratos que contienen pactos que las contravengan, respecto de los que, aparte de las sanciones administrativas a las que puedan dar lugar, habrá que determinar, en la esfera del Derecho privado, cuáles son las consecuencias de esa contravención (nulidad de la cláusula e integración del contrato por vía judicial/nulidad del propio contrato, etc.) cuestión que queda a los Derechos nacionales.

En la medida en que se proyecta sobre los contratos, esta regulación, que limita la libertad contractual en la Unión Europea, puede incentivar la inclusión en ellos de pactos de sumisión al Derecho de un tercer Estado menos exigente en la protección del sector agroalimentario y de los contratos que en él se celebran, con la finalidad de excluir la aplicación de las normas derivadas de la Directiva, razón por la que ésta hace explícito su carácter de ley de policía.

3.2. La Directiva 2019/633 como ley de policía

El apartado 4 del artículo 3 de la Directiva afirma expresamente la condición de ley de policía de las prohibiciones establecidas en los apartados 1 y 2 del mismo precepto, que recogen sendos listados de prácticas comerciales desleales³⁸. Incluso sin esa expresa declaración la calificación resultaría evidente, dada la finalidad perseguida por la norma y los mecanismos arbitrados para conseguir sus objetivos que, como se ha visto *supra*, se sitúan en lo esencial en la esfera de lo regulatorio³⁹.

³⁸ Así lo establece el apartado 4 de dicho artículo 3: “Los Estados miembros se asegurarán de que las prohibiciones establecidas en los apartados 1 y 2 constituyan leyes de policía aplicables a cualquier situación que entre en su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la normativa aplicable al contrato de suministro entre las partes”. No ha venido siendo esta calificación expresa una técnica habitual en las Directivas europeas (no se encuentra, como se ha visto en la Directiva 86/653, sobre el contrato de agencia), pero el legislador parece estar cada vez más preocupado por estas cuestiones y la caracterización expresa como ley de policía también se encuentra en el artículo 68, 6 de la Directiva 2014/59, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n° 1093/2010 y (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE n° 173, de 12 de junio de 2014 (si bien referida únicamente al contenido de dicho artículo 68).

³⁹ No todas las versiones lingüísticas recogen el carácter de ley de policía de la Directiva con la misma claridad. Así, mientras resulta evidente en las versiones española o inglesa, que emplean los mismos términos que el artículo 9 RRI, no ocurre lo mismo en la alemana, en la que se evita el término tradicional de *Eingriffsnormen* para sustituirlo por *übergeordnete zwingende Bestimmungen* o en la francesa, en la que, en lugar de hablar de *loi de police* se utilizan los términos *dispositions impératives dérogatoires*. Por ello, si la declaración del legislador pretendía evitar la necesidad de interpretación jurisprudencial sobre el carácter de la norma, parece que las deficiencias en la técnica empleada pueden conducir a que sea necesario acudir finalmente a la intervención del TJUE (UNGERER, Johannes., *op. cit.*, pp. 406-408).

Por otra parte, su artículo 1.2 establece que “La presente Directiva se aplicará a las ventas entre un proveedor y un comprador cuando uno de los dos, o ambos, estén establecidos en la Unión”, así como, en los mismos casos, a los servicios prestados por un comprador al proveedor. Basta, pues, con que una de las partes esté establecida en la Unión Europea para que la Directiva se aplique, con la consecuencia de que las disposiciones de los apartados 1 y 2 de su artículo 3 deberán aplicarse a cualquier contrato celebrado en su ámbito material en el que una de las partes tenga su establecimiento en la Unión Europea, con independencia de que pueda regirse por la ley de un tercer Estado en virtud de las normas de conflicto del RRI. Así, la ley del tercer Estado, que, en su caso, pudiera regir el contrato, deberá convivir con las disposiciones de la Directiva —*rectius*, de las normas de transposición— con incidencia sobre aquél en la medida en que tienen carácter de ley de policía (obligando, por ejemplo, si esa fuera la consecuencia que la norma de transposición atribuye a la vulneración de las prohibiciones, a tener por no puestos los plazos de cancelación de los pedidos establecidos en el contrato que contravinieran lo dispuesto en la ley, o los pactos acerca de quién debe soportar los costes del deterioro o la pérdida de los productos).

Como se ha apuntado, esta voluntad de la Directiva de aplicar los apartados 1 y 2 de su artículo 3 como ley de policía se satisface, desde la perspectiva de la UE, si sus preceptos son aplicados en los supuestos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, pero es irrelevante que esa aplicación se produzca a través de uno u otro de los distintos Derechos estatales —de Estados miembros— siempre que estos constituyan una correcta transposición del texto europeo⁴⁰.

Desde una perspectiva *ad extra*, y teniendo en cuenta solo los objetivos de la Unión Europea, el juego del artículo 9.1 del RRI resuelve, en principio, adecuadamente la situación: la ley del tercer Estado resultará excepcionada por la norma del foro, en tanto que ley de policía, y asegurará el cumplimiento de los intereses de la Unión. No obstante, que eso sea cierto en todos los

⁴⁰ No obstante, en la medida en que en esos Estados se haya hecho uso de la posibilidad de adoptar normas más estrictas, para los particulares no resulta irrelevante el Derecho aplicado, y tampoco lo es para los propios Estados miembros si estos configuran sus reglas —en las que van más allá de lo exigido por la Directiva— como leyes de policía. Por otra parte, cabría plantear si, en caso de que la ley extranjera —de un Estado miembro— llamada a aplicarse como ley de policía fuera una transposición incorrecta y no garantizara el objetivo de la Directiva, sería posible dejar de aplicarla por una razón de orden público. Pese a que se ha producido con frecuencia cierta confusión entre ambos conceptos (orden público y ley de policía), que se han presentado como el lado negativo y el positivo de la misma realidad, ello resulta una simplificación excesiva. Así lo entienden, por ejemplo, DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, para quien el orden público “conduce normalmente a la aplicación de normas que no son internacionalmente imperativas” (“Derecho imperativo...”, cit., p. 2861) o VISCHER, Frank, que considera que las dos nociones reflejan diferentes preocupaciones del ordenamiento, ya que mientras que el primero pretende asegurar principios y valores fundamentales, las segundas buscan garantizar el funcionamiento de las instituciones (*op. cit.*, p.102). La cuestión es, no obstante, en este caso si la razón de orden público es la protección de la parte vulnerable o, lo que parece más adecuado, el cumplimiento de los objetivos del mercado interior y la adecuada regulación del mercado.

casos es algo que no queda garantizado y que depende de cómo se determine el ámbito de aplicación material de las respectivas normas de transposición.

3.3. La delimitación por los legisladores nacionales del ámbito de aplicación espacial de las normas de transposición

Como se ha apuntado en el epígrafe 2.3, los objetivos de la Directiva solo se alcanzan adecuadamente si los Estados miembros determinan el ámbito de aplicación de sus normas de transposición de manera que no resulten lagunas de protección. No obstante, si se atiende a la manera en que alguno de ellos ha llevado a cabo esa determinación, se constata que la aplicación de los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la Directiva no queda siempre garantizada a través del juego de las normas de conflicto del RRI y de la aplicación del Derecho nacional como ley de policía. Así, por ejemplo, en Italia, el artículo 1, apartado 2 del Decreto Legislativo n° 198⁴¹ prevé su aplicación únicamente a las cesiones de productos agrícolas y alimentarios que lleven a cabo los proveedores establecidos en el territorio italiano, a diferencia de lo que ocurre en Portugal, cuya norma se considera aplicable si cualquiera de las partes está establecida en la Unión Europea⁴². A la cuestión del ámbito de aplicación de la LMFCa se dedica el epígrafe 4.2, *infra*.

Un ejemplo puede ilustrar lo anterior: imaginemos la hipótesis en la que el proveedor estuviera establecido en Portugal y el comprador fuera una sociedad italiana. Ambas partes celebran un contrato que someten a Derecho inglés y posteriormente surge una controversia resultante de la negativa del proveedor portugués a cumplir ciertos compromisos contractuales contrarios a las prohibiciones establecidas por la Directiva. Si la demanda se planteara en Italia (por ejemplo, porque en el contrato se pactó que las obligaciones debían cumplirse en ese Estado), el juez italiano no podría aplicar su propia

⁴¹ Decreto Legislativo de 8 de noviembre de 2011, n° 198, GU, Serie Generale, n° 285, de 30 de noviembre de 2021, Suppl. Ordinario n° 41 (<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/11/30/21G00202/sg>). Este texto modifica, a su vez, normativa anterior. Que la delimitación reduccionista de su ámbito de aplicación espacial realizada por la norma italiana sea una correcta transposición de la Directiva 2019/633 es una cuestión que puede plantear ciertas dudas cuya solución excede el objeto de este trabajo. En cualquier caso, de tratarse, como parece, de una incorrecta transposición, el Derecho de la Unión Europea dispone de mecanismos de corrección apropiados (desde instar al Estado italiano a ampliar el ámbito de la regla pudiendo llegar a plantearse el recurso por incumplimiento, hasta la interpretación conforme por los tribunales que permite superar los límites de un efecto directo que solo se admite en relaciones verticales e, incluso, una eventual responsabilidad del Estado frente a los particulares perjudicados. Sobre esta última posibilidad, COBREROS MENDAZONA, Edorta, *La obligación de los Estados miembros de indemnizar por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2020-189. Tales mecanismos resultan compatibles con los que, desde la óptica del DIPr., se proponen en este trabajo en relación con el artículo 9.3 del RRI).

⁴² Artículo 2 del Decreto-Lei n° 76/21, de 27 de agosto (Diario da República, 1ª serie de 27 de agosto de 2021), que modifica normas anteriores en la materia. Para algunas de sus normas, se prevé, además, que las prácticas restrictivas ocurran en el territorio nacional o produzcan efectos en él (artículo 2 del decreto-Lei n° 166/2913, modificado por el decreto-Lei 76/21).

norma de transposición, que no cubre tales situaciones. Tampoco podría “dar efecto” al Derecho portugués del productor, aunque la norma portuguesa sí se extendería a esta situación, porque dicho ordenamiento no tendría entrada por la vía del artículo 9.3 del RRI, ya que no sería Portugal el país en el que “las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas”. Podría pensarse que la alternativa para asegurar el cumplimiento del objetivo de la Directiva sería aplicar esta última en tanto que ley de policía⁴³, con independencia de las normas nacionales de transposición, pero ello supondría atribuirle un efecto directo en las relaciones horizontales, que el Derecho de la Unión Europea no admite⁴⁴.

Aun reconociendo que el ejemplo puede responder a situaciones residuales, en ese contexto cobra de nuevo interés el debate acerca de la posibilidad de extender la toma en consideración de las normas imperativas de Estados distintos del foro vinculados con la situación más allá de las del Estado de ejecución de las obligaciones. Si bien las discusiones sobre esta materia se saldaron en el RRI con una solución restrictiva⁴⁵, el debate doctrinal dista de haberse cerrado e invita a plantear si no será más adecuado propiciar una mayor apertura a las leyes de policía de Estados distintos del foro como defiende parte de la doctrina⁴⁶ procediendo a una modificación del artículo 9 RRI para acercarlo de nuevo a la redacción que, en su día, tenía el artículo 7 del Convenio de Roma. En esta línea, el TJUE no ha descartado que el tribunal que esté conociendo de un litigio pueda tomar en consideración otras leyes de policía “como circunstancia de hecho en la medida en que el Derecho nacional aplicable al contrato en virtud de las disposiciones de ese Reglamento lo prevea”⁴⁷. Se trataría ahora de dar un paso más en el que ese Derecho

⁴³ Téngase en cuenta que se está atendiendo en este caso a los aspectos contractuales de la cuestión y no se está tratando, en consecuencia, de la aplicación de las disposiciones regulatorias previstas en el texto.

⁴⁴ Sin perjuicio de que a ese efecto se pueda llegar por otras vías, como la de la “interpretación conforme”, por ejemplo (sobre estas cuestiones: UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio, “Los mecanismos de eficacia equivalente a la eficacia horizontal de las directivas. Viejas consideraciones y nuevos apuntes”, *REDE. Revista española de derecho europeo*, nº 68, 2018, pp. 21-53). Nótese que en el asunto C-381/98, *Ingmar*, el TJUE reconoce el carácter de normas internacionalmente imperativas de ciertos artículos de la Directiva 86/653, pero el caso planteaba su aplicación a través de la ley de transposición inglesa.

⁴⁵ Sobre estas cuestiones, DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Contratación comercial internacional”, en FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, ARENAS GARCÍA, Rafael y DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho de los negocios internacionales*, 6ª ed., Madrid, Iustel, pp. 377-386.

⁴⁶ Líneas directrices sobre las leyes de policía redactadas por el GEDIP (<https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2022/07/Lignes-directrices-Lois-de-police-2022-V2.4.pdf>) favorables a una mayor apertura. También lo es LEHMANN, M., *op. cit.*, pp.22-23. No se entra aquí en la cuestión de si las leyes de policía de la *lex causae* se aplican en tanto que son parte del contenido de ésta o si por tratarse de normas que persiguen intereses fundamentalmente jurídico-públicos, no están incluidas en la “llamada” efectuada por la norma de conflicto ya que, pese al interés del debate, la posición mayoritaria es la de entenderlas incluidas en la ley aplicable (por todos, DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Derecho imperativo...”, *cit.*, p. 2869-2870).

⁴⁷ C-135/15, *Nikiforidis*, *cit.* Esta sentencia parece colocar en pie de igualdad a las normas de policía de la *lex causae* y las del Estado de ejecución de la obligación en el sentido del artículo 9.3 RRI, al

extranjero no se tomara en consideración únicamente como circunstancia fáctica y no se hiciera depender la solución de cada ordenamiento estatal.

En el ejemplo expuesto, esa solución permitiría la toma en consideración de la norma portuguesa proporcionando así al tribunal italiano una vía para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva. No sería un problema que esa apertura no se limitara a los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea y se extendiera también a terceros Estados, extensión que resulta de la lógica del RRI, puesto que el tribunal no estaría obligado a la aplicación de esos ordenamientos, sino facultado para tomarlos en consideración, lo que no podría hacer si con ello incumple las obligaciones que le impone el Derecho de la Unión Europea.

3.4. La Directiva 2019/633 como regla de mínimos y el carácter imperativo de las normas nacionales de transposición

El artículo 9.1 de la Directiva reconoce su carácter de mínimos, al establecer que los Estados miembros pueden adoptar normas más estrictas, siempre que “sean compatibles con las normas sobre el funcionamiento del mercado interior”, facultad de la que algunos legisladores nacionales han hecho uso.

Las diferencias en los Estados miembros son evidentes incluso respecto de la técnica utilizada para transponer la Directiva. Mientras algunos, como Francia, lo han hecho a través de normas dispersas⁴⁸, en otros, como España, Irlanda⁴⁹, Portugal o Italia, por ejemplo, la técnica ha sido la adopción de leyes especiales (que, a su vez, modifican normativa nacional anteriormente existente, alguna de ella asimismo dispersa).

Desde la perspectiva de su contenido, la norma irlandesa se limita a transponer la Directiva, haciendo uso de alguna de las facultades que esta prevé, como la admisión de que se establezcan plazos más cortos que los previstos en el texto europeo para los casos de cancelación de pedidos, y a regular con detalle los mecanismos de carácter administrativo destinados a asegurar el cumplimiento de sus reglas. Sin embargo, en las transposiciones española, italiana y portuguesa se incluyen aspectos no contemplados en el texto europeo y que se sitúan en la esfera estrictamente contractual. Así, por ejemplo, el texto italiano prevé la obligación de que los contratos se celebren por escrito por una duración mínima de doce meses (artículo 4) y añade prácticas

señalar que ambas se aplicarán como normas jurídicas y reservar la toma en consideración para las de los demás Estados. No obstante, es necesario hacer de esas afirmaciones una interpretación acorde con el tenor literal del artículo 9 RRI (sobre esta cuestión, CARRILLO POZO, Luis F., “Tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados. (A propósito de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2016)”, *Bitácora Millennium DIPr*, nº 5, 2017.

⁴⁸ La relación de las normas adoptadas en esta transposición puede encontrarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=CELEX%3A32019L0633>

⁴⁹ S.I.No.198 of 2021, European Union (Unfair Trading Practices in the Agricultural and Food Supply Chain) Regulations 2021, <https://www.irishstatutebook.ie/eli/2021/si/198/made/en/print>

prohibidas no expresamente contempladas por la Directiva (artículo 5) además de regular en el artículo 7 las ventas a pérdidas. En el caso de Portugal, se establecen reglas relativas a la transparencia y equilibrio en las relaciones comerciales que obligan a incluir ciertas menciones mínimas en las condiciones de venta, así como a reflejar por escrito, bajo pena de nulidad, los acuerdos en los que una empresa obtenga de su proveedor una remuneración por servicios que hubiera podido prestarle. Se regulan asimismo las ventas a pérdida y se establecen ciertas prácticas abusivas no contempladas en la Directiva⁵⁰.

En Derecho español, la LMFCA amplía su ámbito de aplicación a supuestos no contemplados por la Directiva, altera la perspectiva regulatoria, introduce mínimas modificaciones en el listado de prácticas prohibidas e incluye disposiciones que se proyectan directamente sobre los contratos que el texto europeo no prevé. Así, el artículo 1.2 de la Directiva delimita su ámbito de aplicación subjetivo mediante el establecimiento de estratos de facturación⁵¹; sin embargo, el legislador español ha optado por no hacer depender la aplicación de la LMFCA de tales estratos (a diferencia de lo que hace el irlandés, por ejemplo, que los mantiene) y por aplicar la Ley a los casos en los que el precio del contrato sea superior a un umbral que en la actualidad se sitúa en 2500 euros.

Junto a ello, la LMFCA modifica la perspectiva adoptada por la Directiva: mientras el texto europeo dirige su protección al suministrador de productos, que es quien típicamente se encuentra en una posición desfavorable a la hora de negociar y, por ello, al establecer el catálogo de prácticas desleales, lo hace desde la perspectiva de aquel, la LMFCA parte de lo que califica la “bidireccionalidad de las conductas”⁵². Así, extiende su aplicación también a los casos en los que quien impone las conductas prohibidas es el suministrador al comprador, dando cobertura legal a cualquiera de las situaciones posibles. Además, y a semejanza de lo que ocurre con la norma portuguesa, la LMFCA establece disposiciones relativas a la forma de los contratos incluidos en su ámbito de aplicación, que deben celebrarse por escrito y ser firmados por las partes (artículo 8), a su contenido mínimo, en el que se incluye la obligación de mencionar expresamente el procedimiento que las partes utilizarán para

⁵⁰ Arts. 4, 5 y 7 del Decreto-Lei nº 166/2013, de 27 de diciembre, modificado por el Decreto-Lei 76/2021, de transposición de la Directiva.

⁵¹ Así, por ejemplo, la Directiva se aplica “a determinadas prácticas comerciales desleales que se producen en relación con las ventas de productos agrícolas y alimentarios por: a) un proveedor que tenga un volumen de negocios anual de menos de 2 000 000 EUR a un comprador que tenga un volumen de negocios anual de más de 2 000 000 EUR; b) un proveedor que tenga un volumen de negocios anual de más de 2 000 000 y menos de 10 000 000 EUR a un comprador que tenga un volumen de negocios anual de más de 10 000 000 EUR [...]” y así hasta cinco estratos distintos.

⁵² La compatibilidad de esa aproximación con la Directiva 2019/633 suscita ciertas dudas. En este sentido, y sin referirse a la ley española, no falta quien señala que, aunque esa visión más amplia hubiera sido deseable, una transposición en ese sentido dudosamente encuentra acomodo en el texto europeo (PISZCZ, A., *op. cit.*, p. 125).

la resolución de conflictos en la interpretación o ejecución del contrato “debiendo indicarse o bien la corte de arbitraje, o bien los tribunales ante los que se someterían las posibles controversias” (artículo 9) o la obligación de registro de los contratos (artículo 11).

Esas diferencias hacen que los conflictos de leyes se sigan planteando incluso dentro de la Unión Europea y que se favorezca la sumisión al ordenamiento de un Estado miembro más laxo que aquél —de otro Estado miembro— que resultaría aplicable si no se ejerciera la autonomía de la voluntad para evitar así la aplicación de una norma de transposición que no solo se acoge a la versión más exigente del texto europeo, sino que, además, amplía su aplicación a supuestos no contemplados por aquel o introduce restricciones adicionales.

En esa situación, los Estados miembros pueden considerar sus propias normas nacionales de transposición como leyes de policía y pretender imponerlas no solo frente a los ordenamientos de terceros Estados, sino también en las relaciones *ad intra*, es decir, frente a la aplicación del Derecho de otro Estado miembro de la UE. Ese carácter lo afirma, por ejemplo, la norma italiana de sus artículos 3, 4, 5 y 7. Mientras los dos primeros resultan directamente de la transposición de la Directiva, el 5 y el 7 no responden a obligaciones impuestas por ésta. Sin embargo, la LMFCa parece considerar que sus reglas no son ley de policía cuando “compiten” con la legislación de otro Estado miembro en ciertas situaciones, pero que sí tienen ese carácter en las relaciones con terceros Estados y en ciertos supuestos en los que la vinculación del caso con España es particularmente estrecho, lo que nos obliga a plantearnos la posibilidad de entender que la calificación de una norma como ley de policía puede matizarse en función del contexto en el que debería ser aplicada. A la interpretación de la regla española se dedica el epígrafe 4.2.

En relación con lo anterior, en un sector armonizado, como el que aquí nos ocupa, esta posibilidad de que los Estados miembros califiquen sus normas nacionales de transposición como leyes de policía pudiendo imponer sus normas frente a la ley de otro Estado miembro resulta contraintuitivo, pero fue reconocida, no sin cautelas, por el TJUE en el asunto C-184/12, *UNAMAR*⁵³. No obstante, solo tiene sentido si se trata de la transposición de Directivas de mínimos —como la 2019/633— pero no cuando no lo son porque en tales

⁵³ El TJUE recuerda que para no poner en entredicho ni el efecto de armonización que pretende conseguir la Directiva 86/653 ni la aplicación uniforme del Convenio de Roma, en un contexto en el que la norma frente a la que se pretende la aplicación de la ley de policía es, a su vez, correcta transposición de la Directiva, es necesario que el tribunal compruebe “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”. No han faltado autores que pongan en duda que ese carácter crucial pueda afirmarse de la normativa en materia de agencia (así, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Franciso José, *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2021, p.389).

casos todas las normas nacionales de transposición deberían, en principio, regular la situación de manera equivalente sin posibilidades de desviación entre ellas⁵⁴.

Incluso en el caso de las Directivas de mínimos cabe cuestionar el sentido de oponer a la aplicación de la ley de otro Estado miembro que sea correcta transposición del texto europeo el ordenamiento del foro en tanto que ley de policía y plantear si no sería más adecuado negar esos efectos a las normas nacionales en las relaciones *ad intra* sin perjuicio de que puedan reactivarse en las que se plantean *ad extra* (en las que el ordenamiento del foro sí podría imponerse en toda su extensión). No parece que esa posibilidad sea ajena a la posición del TJUE, que en el caso C-184/12, *UNAMAR*, insiste sobre la diferencia entre el supuesto que se le presentaba, en que las leyes en presencia habían sido dictadas por dos Estados miembros —Bélgica y Bulgaria— en transposición de la Directiva y el que se resolvió en el asunto C-381/98, *Ingmar*, en el que se cuestionaba la aplicación de la ley de California. Para el TJUE esa circunstancia debe ser tenida en cuenta a fin de no poner en entredicho ni el efecto de armonización que pretende conseguir la Directiva 86/653 ni la aplicación uniforme del Convenio de Roma, aplicable al caso⁵⁵.

4. LA LMFCA COMO LEY DE POLICÍA

4.1. El carácter *ius cogens* manifestado en la Exposición de Motivos

La LMFCA no afirma en su texto articulado su condición de ley de policía, pero sí lo hace en la Exposición de Motivos en la que afirma que “[...]como norma de *ius cogens*, en atención a su especial importancia, se prevé que, con independencia de la legislación que resulte aplicable, cuando una de las partes tenga su establecimiento en España [...] y la otra en un tercer Estado, resultarán siempre de aplicación las prohibiciones contenidas en esta ley y el correspondiente régimen sancionador establecido para éstas en el Título V”.

Se trata de un tenor literal que suscita algunas dudas interpretativas, en primer lugar, porque no está claro el alcance de la declaración del carácter *ius cogens* de las normas. Parece que éste se refiere únicamente a las disposiciones que resultan directamente de la transposición de la Directiva, dando con ello cumplimiento al artículo 3.4 de ésta, puesto que el resto no son “prohibiciones”, pero no alcanza al resto de reglas introducidas por el legislador español sin que eso resulte una exigencia de la Unión Europea. No obstante,

⁵⁴ DE MIGUEL ASENSIO; Pedro Alberto, “Límites a la aplicación de las normas imperativas del foro a contratos regidos por la ley de otro Estado de la UE”, <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2013/11/limites-la-aplicacion-de-normas.html>

⁵⁵ Tampoco descarta esa lectura (carácter de ley de policía *ad extra*, pero no *ad intra* en contextos armonizados) DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Límites...”, *ibidem*.

si esta lectura es compatible con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 2 LMFCA, no está tan claro que lo sea también con su apartado 1.

Si se atiende al resto de manifestaciones realizadas en la Exposición de motivos, podría concluirse el carácter de ley de policía del conjunto de la norma española y no solo de las prohibiciones que traen causa de la Directiva. Así, se hace referencia a la necesidad de la regulación para un sector que es estratégico para la economía nacional, dada su aportación decisiva al PIB y a la balanza comercial y su comportamiento como elemento de tracción total del resto de los sectores, pero también sus profundas implicaciones sociales, hasta el punto de vincularlo con la consecución de los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 40 y 130 de la Constitución Española. No obstante, una cosa es que algunas de las disposiciones de la LMFCA puedan considerarse ley de policía y otra que todas ellas resulten necesarias para la salvaguardia de los intereses públicos españoles, incluso si este concepto se interpreta en el sentido que se maneja en este trabajo⁵⁶. La regulación del ámbito de aplicación de la LMFCA obliga a modular la calificación que se lleve a cabo.

4.2. El ámbito de aplicación de la LMFCA definido en su artículo 2 y el alcance de su concepción como ley de policía

El artículo 2 LMFCA lleva por título “Ámbito de aplicación”, pero lo cierto es que combina elementos definitorios del ámbito de aplicación espacial con otros de naturaleza conflictual (norma de conflicto unilateral) y con la determinación del alcance de la LMFCA en cuanto ley de policía. Para algunos, la presencia del elemento conflictual debería conducir al rechazo de la regla en la medida en que supondría una injerencia del legislador español en el ámbito competencial de la Unión Europea, a quien corresponde la adopción de las normas en materia de ley aplicable a los contratos⁵⁷. No obstante, si se lee con detenimiento, no parece que este precepto se oponga al RRI más que en algún aspecto puntual. Por otro lado, la regla no distingue, salvo en el sentido que se indica en los párrafos siguientes, entre los aspectos regulatorios y los propios de Derecho privado, ambos, como se ha visto, presentes en la LMFCA, lo que dificulta su lectura, que en este trabajo se hace solo desde la perspectiva de los segundos.

⁵⁶ No falta quien atribuye el carácter de ley de policía, en su conjunto, a la Ley 12/2013, predecesora de la LMFCA (SANTAOLALLA MONTROYA; Cayetana, “La ley de la cadena alimentaria como ley de policía en Europa”, en VICIANO PASTOR, Javier (dir.), *Retos en el sector agroalimentario valenciano en el siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 347-363).

⁵⁷ Muy crítico con la regla, que lee en términos estrictamente conflictuales, CARRASCO PERERA, Ángel, “Derecho contractual y derecho sancionador aplicables en la reforma de la ley de la cadena alimentaria”, <https://www.ga-p.com/publicaciones/derecho-contractual-y-derecho-sancionador-aplicables-en-la-reforma-de-la-ley-de-la-cadena-alimentaria/>

El criterio relevante para la aplicación de la LMFCA parece ser el establecimiento de al menos uno de los operadores en España, si bien incluso en este caso puede ceder la ley española y dejar de ser aplicada en ciertas circunstancias. Tras afirmar su aplicación a “las relaciones comerciales que se produzcan entre los operadores establecidos en España que intervienen en la cadena alimentaria desde la producción a la distribución de productos agrícolas o alimentarios”, el artículo 2 LMFCA añade que “También será de aplicación esta ley a las relaciones comerciales entre cualquiera de los operadores que intervienen en la cadena alimentaria cuando uno esté establecido en España y el otro en un Estado miembro, cuando no resulte de aplicación la legislación de otro Estado miembro. Cuando uno de los operadores esté establecido en España y el otro no, deberá indicarse expresamente en el contrato a qué legislación se sujeta la relación comercial. Con independencia de la legislación que resulte aplicable, cuando una de las partes esté establecida en España, y la otra en un Estado no miembro de la Unión, resultarán siempre de aplicación las prohibiciones contenidas en esta ley y el correspondiente régimen sancionador establecido para éstas en el título V” [...].

De este modo, cuando se afirma que la Ley española se aplica cuando ambas partes en la relación comercial estén establecidas en España pareciera que se está delimitando el ámbito de aplicación espacial de la LMFCA, sin que la regla tenga más pretensión que esa. No obstante, del resto de los apartados de este artículo resulta que está llamada a aplicarse también en casos en los que solo uno de los operadores está establecido en España. Cuando se regulan estas posibilidades la técnica empleada deja de ser meramente definitoria del ámbito de aplicación para pasar a ser conflictual, lo que obliga a plantearse si no habría que leer en términos conflictuales también el primer párrafo. Si es así, lo que el legislador está diciendo es que si ambos operadores están establecidos en España se deberá aplicar siempre la ley española, con independencia de que las partes hubieran podido escoger un Derecho extranjero. Y ello con independencia de que otros elementos de la situación pudieran estar vinculados con otro Estado (por ejemplo, la ubicación de los productos agrícolas vendidos en un caso en el que su productor tuviera explotaciones fuera de España y el mercado agrícola afectado no fuera, o, al menos, no principalmente, el español).

Leída en esos términos⁵⁸, la aplicación de la ley española no estaría en esos supuestos necesariamente garantizada por la vía del artículo 3.3 del RRI, sino que habría que recurrir a su artículo 9. Por otra parte, si solo se atiende a ese tenor literal, parece que la voluntad del legislador es garantizar la aplicación de la LMFCA en todos sus términos a las situaciones que regula, las más vinculadas con el mercado español de los tres que se contemplan, abogando,

⁵⁸ No cabe descartar que no fuera esa la finalidad que el legislador quisiera atribuirle y que estuviera pensando más en los aspectos regulatorios de la norma que en los de Derecho privado, pero lo cierto es que el artículo 2 no excluye su aplicación a ambos.

entonces, por el carácter imperativo de la norma en toda su extensión y no solo de aquellas de sus reglas que son transposición de los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Directiva⁵⁹.

No obstante, la regulación de las otras dos situaciones contempladas conduce a la conclusión contraria. A las relaciones comerciales entre cualquiera de los operadores que intervienen en la cadena alimentaria cuando uno esté establecido en España y el otro en un Estado miembro, se aplicará la LMFCA “cuando no resulte de aplicación la legislación de otro Estado miembro”. Se impide así la aplicación del Derecho de terceros Estados, garantizando, sin embargo, la de las disposiciones imperativas de la Directiva a través de cualquiera de las normas de transposición, que resultara aplicable en virtud del Derecho conflictual (sin perjuicio de la referencia a la necesidad de elección de ley a la que se hace referencia *infra*) y se reconoce que las disposiciones de la LMFCA no requeridas para dicha transposición no revisten el carácter de ley de policía frente a otros Estados miembros. La explicación de esta solución se encuentra en la Exposición de Motivos que la justifica en el inicio de “un camino de cooperación multilateral entre los Estados miembros europeos que asegure no sólo la consecución de los fines de la Directiva, sino el equilibrio entre las diferentes normativas y tradiciones administrativas de los Estados miembros”⁶⁰.

Esta lectura contraria a la calificación de la LMFCA en su conjunto como ley de policía se confirma en la regulación de la tercera de las situaciones: cuando una de las partes esté establecida en España, y la otra en un Estado no miembro de la Unión Europea serán siempre de aplicación las prohibiciones contenidas en la LMFCA y el régimen sancionador que establece con independencia de la ley que pudiera resultar aplicable (y no, parece desprenderse, las demás disposiciones de la LMFCA, que no son transposición del texto europeo).

Así, la pregunta que hay que responder es si el legislador quiere distinguir entre las situaciones más vinculadas con España (aquellas en las que las dos partes están establecidas en su territorio), en las que la norma en su conjunto impone su aplicación frente a cualquier otra ley que, en su caso, pudiera resultar aplicable y aquellas en las que una de las partes no está establecida en España, en las que solo es necesario garantizar las normas de policía de la Directiva, sea a través de la LMFCA, sea, en las relaciones *intra* —Unión Europea, a través de la norma de transposición de otro Estado miembro.

⁵⁹ Recuérdese que la consideración de la LMFCA como ley de policía no impide la aplicación a los aspectos del contrato que no resultaran afectados por ella de la ley extranjera a la que puedan conducir las normas de conflicto del RRI y, en consecuencia, no excluye completamente el juego para esos casos de la autonomía de la voluntad conflictual.

⁶⁰ Cooperación en la que no parecen estar pensando otros Estados miembros cuando afirman, sin salvedades, el carácter imperativo de sus reglas (en el caso italiano, por ejemplo). *Vid supra* epígrafe 3.4.

La diferencia puede estar justificada en la circunstancia de que el grado de irrenunciabilidad de los intereses estatales está vinculado a la mayor conexión del caso con España (y ello, aunque resulte difícil apreciar que esos intereses se vean satisfechos a través de unas normas que se refieren sobre todo a la forma y el contenido mínimo de los contratos). No obstante, la necesidad de interpretar de manera restrictiva el concepto de ley de policía conduce a abogar por una lectura de esas situaciones- las más vinculadas con España- en la misma línea que las otras dos que la regla contempla, de manera que, incluso en un caso en el que ambas partes —proveedor y comprador— estuvieran establecidos en España, solo las normas de la LMFCA que son transposición de la Directiva deberían imponerse como ley de policía.

Dicho esto, la técnica legislativa empleada resulta muy deficiente. No solo por la falta de claridad del tenor literal, sino por la incoherencia de alguna de las soluciones: si para los casos en los que no están ambas partes establecidas en España solo hay que garantizar la aplicación de las prohibiciones de la Directiva, no hay razón alguna para impedir en las relaciones *ad extra* que esas prohibiciones se impongan a través del ordenamiento de un Estado miembro que hubiera sido elegido por las partes. Lo contrario puede resultar en una excesiva injerencia en su autonomía de la voluntad contraria al artículo 3 del RRI. Junto a ello, la previsión de que “Cuando uno de los operadores esté establecido en España y el otro no, deberá indicarse expresamente en el contrato a qué legislación se sujeta la relación comercial” no deja de resultar sorprendente y quizás es una exigencia que tendría mejor acomodo en el artículo 9 de la LMFCA cuando regula el contenido mínimo del contrato.

5. CONCLUSIÓN

El análisis, desde la perspectiva que es objeto de este trabajo, de la Directiva 2019/633 y de su transposición, con especial atención a la realizada en España a través de la LMFCA, permite constatar la relevancia práctica de algunas de las cuestiones que se han puesto de manifiesto en las páginas precedentes en relación con la inclusión de leyes de policía en Directivas europeas.

Esa realidad, cada vez más frecuente, plantea algunos problemas que no se solucionan únicamente con la calificación expresa de la Directiva, o de alguna de sus reglas, como ley de policía llevada a cabo por el legislador de la Unión Europea. Así, si bien dicha caracterización disminuye la posibilidad de que se produzcan problemas interpretativos y reduce la necesidad de acudir al TJUE, para que ello ocurra es necesario que se formule de manera adecuada en todas las versiones lingüísticas y que se justifique claramente el cumplimiento de los parámetros del artículo 9 RRI. Junto a ello, la aplicación imperativa de las disposiciones se debe conseguir en estos casos a través de las normas nacionales de transposición, lo que obliga a los legisladores de los Estados miembros a estar especialmente atentos a la manera en la que

garantizan ese efecto. En ese sentido, la correcta delimitación del ámbito de aplicación espacial de sus reglas, que evite lagunas en las que, en un supuesto contemplado por la Directiva, ningún Derecho nacional estuviera llamado a aplicarse, resulta especialmente relevante.

En ese contexto, la necesidad de garantizar la aplicación de las disposiciones de la Directiva consideradas ley de policía a través de las normas nacionales de transposición aconseja abrir el artículo 9.3 RRI a la posibilidad de tomar en consideración las normas de Estados distintos del foro, aunque éstos no sean, a su vez, el del lugar de ejecución de las obligaciones derivadas del contrato. De esta manera, las posibilidades de atender en todo caso a la ley de un Estado miembro quedan garantizadas en mayor medida y se evitan las lagunas de protección a las que puede conducir la descoordinación en la delimitación de los ámbitos de aplicación de las respectivas normas nacionales.

Abogar por esa apertura no significa defender asimismo la proliferación de la adopción de leyes de policía. El uso contenido de esta técnica sigue siendo deseable porque lo contrario supone poner en peligro la propia naturaleza del DIPr. en tanto que garante de la continuidad de las relaciones jurídicas a través de las fronteras⁶¹. No se trata, pues, de ampliar el concepto, sino de permitir “la entrada en el salón”⁶² de unas reglas que regulen intereses generales relevantes de la Unión Europea.

Por otra parte, como ha admitido el propio TJUE, las normas nacionales pueden tener la consideración de ley de policía en las relaciones intra-Unión Europea incluso en ámbitos armonizados, pero si esa afirmación tiene algún sentido, solo es si la Directiva que lleva a cabo esa armonización es de mínimos. Es más, incluso en situaciones de mínima armonización parecería más adecuado no afirmar el carácter de ley de policía de la regla estatal frente a las legislaciones de otros Estados miembros, sin perjuicio de que sí pudiera sostenerse esa calificación en relación con las de terceros Estados, admitiéndose con ello una interpretación del concepto de ley de policía que depende del contexto en que la norma debe ser aplicada. Dado el estado actual de la jurisprudencia del TJUE esta última consideración no es sino una llamada a los Estados miembros para que ejerzan cierta autocontención en la configuración de sus reglas.

⁶¹ RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, “Leyes de policía...”, cit., p. 66. En el mismo sentido, GARCÍA MARTÍN ALFÉREZ, F.J., “¿Un Derecho privado especial para el estado de alarma? El ejemplo del concurso”, <https://almacenederecho.org/un-derecho-privado-especial-para-el-estado-de-alarma-el-ejemplo-del-concurso>.

⁶² En expresión de BASEDOW, Jürgen, “Materielle Rechtsangleichung und Kollisionsrecht”, en SCHNYDER, A.K./ HEISS, H./ RUDISCH, B., *Internationales Verbraucherschutzrecht: erfahrungen und Entwicklungen in Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz: referate und Diskussionsberichte des Kolloquiums zu Ehren von Fritz Reichert-Facilides*, Tübingen, Mohr, 1995, pp. 11-34, p. 12. En la misma línea, HEMLER, Adrián, insiste en la necesidad de tratar a las leyes de policía “no como un paciente, sino como un síntoma” (*op.cit.*, p. 4).