

EL PRINCIPIO DEL RECONOCIMIENTO MUTUO:
¿UN NUEVO MODELO PARA EL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO COMUNITARIO?
(A PROPÓSITO DE LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN: LIBRE
PRESTACIÓN DE SERVICIOS E INTERÉS GENERAL EN LA SEGUNDA
DIRECTIVA BANCARIA)

Por MÓNICA GUZMÁN ZAPATER (*)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO EN LA 2.^a DIRECTIVA BANCARIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: 1. ¿ES POSIBLE SU RECONDUCCIÓN A LAS CATEGORÍAS DEL DIPR? 2. INCIDENCIA DEL DC SOBRE EL DIPR DE LOS CONTRATOS: A) *Imbricación del principio de reconocimiento mutuo con el Convenio de Roma: zonas de ajuste y potenciales desajustes.* B) *Posibles técnicas de ajuste:* a) Derecho aplicable a ciertos contratos concluidos por consumidores. b) Derecho aplicable en el régimen general.—III. OBSERVACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

1. La incorporación de España a un área de integración económica como es la Unión Europea, es un hecho cargado de consecuencias, al que no es ajeno el Derecho internacional privado (DIPr). En este contexto la consecución de los objetivos del Mercado interior ha llevado a un replanteamiento de los métodos inicialmente escogidos como instrumentos para la integración y el principio de reconocimiento mutuo despunta como una

(*) Profesora Titular de Derecho Internacional Privado, UNED.

herramienta esencial en orden a afianzar la libertad de circulación en ciertos ámbitos. De fisonomía netamente desreguladora, pretendemos contrastar si su penetración en el Derecho comunitario (DC) y, en particular, en su proyección sobre la actividad bancaria intracomunitaria (1) es compatible con su instrumento esencial —el contrato— y sus normas reguladoras: el *Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales* (2), ponderado como modelo ideal de regulación de los contratos internacionales en el ámbito europeo, aunque sólo sea por constituir un «punto de encuentro entre Antiguos y Modernos» (3). ¿Es que acaso el principio del reconocimiento mutuo implica socavar el viejo paradigma (4) representado hasta ahora por la norma de conflicto y trae consigo su sustitución por uno nuevo, de alcance y consecuencias desconocidas? O quizá ¿están ambos llamados a coexistir pacíficamente según que el contrato se localice dentro o fuera de los límites geográficos del Mercado único europeo?

2. Nada parece ajeno a los vientos desreguladores que trae consigo el pensamiento neoliberal gestado y ensayado en la órbita de los países anglosajones a lo largo de los años ochenta (5). Su planteamiento teóri-

(1) Conforme a lo dispuesto por la *Segunda Directiva bancaria, 89/646*, de 15 de diciembre de 1989 (*DOCE*, núm. L 386, de 30 de diciembre de 1989). Incorporada en el ordenamiento español por *Ley 3/1994*, de 14 de abril (*BOE*, núm. 90, de 15 de octubre 1994). Sobre la Directiva: P. CLAROTTI, «Un pas décisif vers le marché commun des banques», *RMC*, 1989, pp. 453 y ss.; W. van GERVEN, «La deuxième directive bancaire et la jurisprudence de la Cour de justice», *Revue de la Banque*, 1991, pp. 39 y ss.; J. L. ROSELLO/P. PEARSON, «La Segunda Directiva de coordinación, piedra angular del Mercado único bancario», *Gaceta J*, 110, Serie D, núm. 16, 1992, pp. 87 y ss.

(2) *Vid. DOCE*, núm. L, de 31 de mayo de 1987 (en el ordenamiento español, *BOE*, núm. 171 de 19 de julio de 1993; correc. errores, *BOE*, de 9 de agosto de 1993). Asimismo *vid.* «Informe oficial», a cargo de M. GIULIANO y P. LAGARDE (*DOCE*, núm. C 327, de 11 de diciembre de 1992).

(3) *Cfr.* H. GAUDEMET-TALLON, «Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)», *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1981, pp. 215 y ss. espec. p. 226.

(4) Por evocar el trabajo de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «El paradigma de la norma de conflicto multilateral», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, ed. Civitas, Madrid, 1996, vol. IV, pp. 5239 y ss.

(5) Para el profano, son sumamente ilustrativos del momento actual, el número monográfico de *Papeles de Economía española*, 66, 1996. Asimismo «The World Economy: Who's in the driving seat? Sem. *The Economist*, 7 octubre 1195, pp. 13

co, sus ventajas e inconvenientes a medio y largo plazo, para las economías occidentales y para las nuevas economías emergentes así como para los países subdesarrollados, son uno de los centros actuales de la reflexión económica (6). A este influjo no podía escapar —como es obvio— el bloque de países que conforman el llamado Mercado único europeo. Como tampoco su instrumento regulador, el Derecho comunitario. En esta tendencia a la desregulación se inscribe hoy el llamado *principio del reconocimiento mutuo* (7) bien que, como veremos, su origen histórico es más casual que buscado por los teóricos del neoliberalismo.

Si recordamos su evolución histórica y su penetración en el DC derivado, a grandes rasgos cabría distinguir tres fases. En la *primera*, abierta por la jurisprudencia del TJCE en el asunto *Cassis de Dijon* (8) se supera la idea inicial de los Tratados, construidos en torno a la supresión de obstáculos a los intercambios de bienes personas y servicios —integración negativa— e incluso la de la armonización de legislaciones —integración positiva— hasta entonces instrumento insoslayable en orden a la realización de las *Libertades en el Mercado Común* (9). La *segunda* etapa, vendría marcada por el Libro Blanco para la ejecución del Mercado interior (10). En la *tercera* cabe identificar una transformación parcial del planteamiento anterior, pues tanto la Segunda Directiva Bancaria como la más reciente referente a las Sociedades de inversión (11) matizan el al-

y ss. J. ESTEFANÍA, *La nueva economía. La globalización*, ed. Temas para Debate, Madrid, 1996, espec. pp. 18-19, 42 y 45.

(6) *Ibid.*

(7) J. BASEDOW, «Le Marché unique, programme de déréglementation», *Rev. Internationale Droit comparé*, 1993, núm. 3, pp. 619 y ss. M. AYRAL, «Le Marché interieur à 700 jours de l'échéance du 31 décembre 1992: bilan et perspectives», *RMUE*, 1991, núm. 2, p. 105. Opinión no compartida por M. LÓPEZ ESCUDERO, «La aplicación del principio del reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario», *Gaceta J.*, Serie D-19, 1993, pp. 119 y ss. espec. p. 126. Cuando este trabajo ya estaba prácticamente cerrado, hemos tenido conocimiento de una obra monográfica sobre el tema: *vid.* M. BALLBE/C. PADROS, *Estado competitivo y armonización europea*, ed. Ariel, Barcelona, 1997, espec. pp. 97-161 y 227-253.

(8) *Rec.* 1979, vol. 2, pp. 649 y ss.

(9) *Vid. Comunicación* de la Comisión, *JOCE*, núm. C 256 de 3 de octubre de 1980.

(10) En el Nuevo Enfoque de la Comisión se prevé la extensión del principio de reconocimiento mutuo a la Libre prestación de servicios y al Derecho de establecimiento (*vid.* «L'achèvement du Marché interieur. Livre blanc de la Commission», *Doc. COM (85)*, 310 final, de 14 de junio 1985, espec. pp. 68, 75 y 77-79).

(11) *DOCE*, núm. L 141, de 11 de junio 1993.

cance del principio del reconocimiento mutuo a partir de las cláusulas de «interés general», desembocando en lo que algunos autores han calificado ya como un «sistema de reconocimiento mutuo imperfecto» (12).

3. Su significado es claro: entraña el mandato de que productos y actividades económicas queden sujetos a un mismo régimen jurídico —el del país de origen de la mercancía o de la actividad— abstracción hecha de que el producto o la actividad vayan dirigidas a un EM distinto —país de destino— (13). Pero sus consecuencias son aún impredecibles: indirectamente se aspira a la integración positiva de mercados eludiendo el recurso al proceso de armonización de legislaciones. Es un principio que responde a una impronta claramente desreguladora.

4. Afirmación que debe matizarse. La *desregulación* que provoca el principio del reconocimiento mutuo despliega sus efectos en el *plano comunitario* (14). Si por desregulación se entiende que el Estado como poder central deja de intervenir en los procesos económicos, para tolerar —e incluso impulsar— que sean los propios agentes económicos los encargados de autorregular sus procesos de producción y distribución, parece obvio que desregulación en el ámbito estatal y desregulación en el ámbito comunitario no son una misma cosa. En el ámbito comunitario el Nuevo enfoque —a partir del Libro Blanco de la Comisión— sitúa el principio del reconocimiento mutuo en el plano de los métodos alternativos a la armonización de legislaciones (15). Es alternativo por cuanto que im-

(12) Pues se permite que el país de destino mantenga y aplique disposiciones susceptibles de obstaculizar las libertades, por razones superiores de «interés general» o justificables a la luz del ordenamiento comunitario. *Vid.* P. LASTENOUSE, «Les règles de conduite et la reconnaissance mutuelle dans la directive sur les services d'investissement», *RMUE*, 1995, 4, pp. 79-120, espec. p. 113.

(13) En torno al concepto, además de los trabajos citados en nota 6, *vid.* M. FALLON, «Variations sur le principe d'origine entre Droit communautaire et Droit international privé», *Nouveaux itinéraires en Droit. Hommage à Fr. Rigaux*, ed. Bruylant, Bruselas, 1993 pp. 187 y ss. espec. p. 189.

(14) M. AYRAL, «Le Marché interieur a 700 jours...», *op. cit.*, p. 105

(15) Complementariedad que se confirma años más tarde en la *Comunicación interpretativa de la Comisión* de 27 de octubre de 1992, en la que dentro de las intervenciones legislativas, la Comisión parte de la idea de que la «aproximación de legislaciones» y el «reconocimiento mutuo» son distintos vehículos de intervención (*vid.* *Bol. CE*, núm. 10. 1992, p. 125). Existen otros mecanismos preventivos o más exactamente, de control previo de compatibilidad con el TCEE de los obstáculos técnicos a introducir por los EM a la LCM. A destacar, la Directiva 83/189, «por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y regla-

plica una reducción —declarada— del ámbito de actuación de las Instituciones en la armonización de legislaciones, al tiempo que permite un mayor ámbito de actuación a los EM (16). El resultado es, como señalara A. MATTERA, que se abandona así la concepción de una Comunidad Europea legisladora a ultranza que aspiraba a un denominador común europeo para tender hacia una Comunidad más preocupada por salvaguardar las particularidades y las tradiciones nacionales, regionales y locales (17).

5. Y es que, en conexión con esta última idea, el principio del reconocimiento mutuo arranca de la idea de competencia entre mercados nacionales. La integración económica *no requiere* uniformidad jurídica. La diversidad —incluso la contradicción— entre sistemas jurídicos nacionales no es una realidad a evitar sino un objetivo deseable (18).

En ese sentido, como ha señalado N. REICH, sirve para incentivar la *competencia entre sistemas jurídicos* (19). Los sistemas jurídicos de los

mentaciones técnicas» (DOCE, L 109/8); el último, a nuestro conocimiento, es el contenido en la *Decisión 3052/95, de 13/12/1995*, del Parlamento Europeo y del Consejo, «por el que se establece un procedimiento de información mutua sobre las medidas nacionales de excepción al principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad» (DOCE, L 321, de 30 de diciembre de 1995). Sobre el tema, A. MATTERA, «L'élimination des barrières techniques et la mise en oeuvre de la reconnaissance mutuelle», *Rev. M.C.*, 1990, pp. 80 y ss.

(16) Para una crítica, por la falta de apoyo por parte del TJCE, O. BROWER, «Free movement of foodstuffs and Quality requirements: Has the Commission got it wrong?», *Common M.L.Rev.*, 25, 1988, pp. 348 y ss. Destacando —como gran ventaja— su carácter alternativo a la armonización de legislaciones, A. MATTERA, «L'élimination...», *op.cit. supra.* p. 92.; P. CLAROTTI, «El Libro Blanco de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el perfeccionamiento del mercado interior y la banca», *Rev. derecho bancario y bursátil*, 1986, pp. 241 y ss. espec. p. 255.

(17) Cfr. A. MATTERA, «Subsidiarité, reconnaissance mutuelle et hiérarchie des normes européennes», *RMUE*, 1991, 2, pp. 7 y ss. espec. pp. 8-9.

(18) En este sentido P. HAY/O. LANDO/R. D. ROTUNDA, «Conflict of Laws as a Technique for legal integration», en *Integration through Law*, vol. I: *Methods, Tools and Institutions*, ed. M. CAPPELLETTI, *et. al.*, Berlin-New York, 1981, espec. p. 161.

(19) N. REICH, «Competition between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law», *Common M.L.Rev.*, 29, 1992, núm. 5, pp. 861 y ss. Asimismo, P. LASTENOUSE, «Les règles de conduite et la reconnaissance mutuelle ...», *op.cit.*, nota 12, p. 112. Ch. JOERGES, «European Economic Law, the Nation State and the Maastricht Treaty», en *Europe after Maastricht. An ever closer Union?*, (ed. R. DEHOUSE), München, 1994, pp. 29 y ss. espec. p. 42. Para una percepción negativa de este efecto, aun cuando en el ámbito de la *actividad aseguradora*, vid. B. SMULDERS/P. GLAEZENER, «Harmonization in the Field of Insurance law through Introduction of Community Rules of conflict», *Common M.L.Rev.*, 29, 1992, pp. 775 y ss. espec. p. 777.

EM de la UE pugnarán por ofrecer las mejores condiciones económicas y/o jurídicas con el fin de atraer el establecimiento principal de las sociedades a su territorio, y desde ahí, controlar conforme a sus parámetros la prestación de servicios en otros EM. O establecerán las mejores condiciones de producción con el fin de vender —mejor— sus productos en otros EM. En el plano sustancial, intensifica las relaciones —económicas— intracomunitarias en tanto en cuanto se facilita la libre circulación. Además, si conforme al principio del reconocimiento mutuo, el servicio o el producto circulan libremente y según los «standards» del país de origen, cuanto *más* abiertos sean los mercados nacionales y, sobre todo, *mejor* regulen la actividad económica más empresas atraerán.

El modelo descrito puede tener unas consecuencias sobre la reglamentación de los supuestos pertenecientes al tráfico intracomunitario. En un primer momento el sistema jurídico que por su eficiencia absorba mayor volumen de una determinada actividad (p.ej. aseguradora) forzará a los demás EM a adoptar reglamentaciones similares en la medida en que sus condiciones de establecimiento o producción vayan perdiendo credibilidad para los operadores frente a la oferta de otros EM. En esta fase el mercado decide, fomentando la competencia entre sistemas jurídicos. En un segundo momento, el mercado armoniza, pues el modelo triunfante en cualquier actividad económica de prestación de bienes o servicios será tendencialmente imitado por los demás sistemas nacionales (20).

Ventajas que, como ha indicado J. BASEDOW, quizá deban ser ponderadas en sus justos términos. La competencia entre sistemas jurídicos favorece los intereses de los operadores cuando se proyecta sobre las normas de derecho público. Centradas las consecuencias en el ámbito de los contratos, señala este autor cómo su efecto puede ser perturbador si opera sobre normas de derecho dispositivo (21). Esto se evidencia en que pese a la generalización de las cláusulas de elección del derecho aplicable, no

(20) Siendo ésta una técnica de reglamentación *flexible* basada en el reconocimiento mutuo. Cabe, junto a ésta, la búsqueda de técnicas *formales* de reglamentación por la vía de la codificación de normas para los conflictos de leyes intracomunitarios (cuestión de la que me ocupo *infra* en notas 73 y 74), ofreciendo éstas, como *ventaja* la seguridad jurídica y como *contrapartida* el complejo proceso de aplicación del derecho extranjero.

(21) Argumento que le sirve *ad abundantiam* para impulsar la idea de la conveniencia de unificar en el ámbito europeo el derecho dispositivo de los contratos, *Vid.*, «A Common contract law for the Common market», *Common M.L.Rev.*, 33, 1996, pp. 1169-1195, espec. pp. 1184-1186.

se ha modificado la invariable tendencia de los operadores a acudir a su propio derecho como ley rectora del contrato (22), pues siguen sin ser superados —al menos psicológicamente— los riesgos derivados de la inseguridad jurídica que rodea a los contratos internacionales (23). Ni siquiera en el marco de un Mercado Común.

6. Se erige así en instrumento que *fomenta la desregulación* en el plano comunitario al tiempo que incentiva la competencia entre los sistemas jurídicos de los EM. En términos de política económica sus consecuencias son para el jurista impredecibles. Oscilarían entre una fuerza potencial para favorecer las plazas financieras del norte de Europa —líderes en «productos» financieros— si los agentes operan en régimen de Libre prestación de servicios, al tiempo que puede desviar la inversión directa hacia plazas o mercados extranjeros —comunitarios o de países terceros— con bajos costes de instalación/producción si los agentes actúan fuera del país de origen en régimen de Establecimiento (24).

7. Expresa también el rechazo a la idea primigenia de una «constitución económica» para Europa (25), limitándose la intervención comunitaria a las exigencias mínimas, mientras que los EM mantienen intactas sus competencias normativas dentro del límite general de no obstrucción de la realización de las Libertades básicas del Mercado interior (26). Impli-

(22) *Ibid.*, p. 1185.

(23) *Ibid.*, p. 1181.

(24) Es una mayor descentralización lo que posibilita la acción de un principio de estas características. Precisamente porque la centralización absoluta de poderes no es necesariamente la mejor solución institucional, es un factor que puede contribuir a reducir las crisis recurrentes entre *incremento de la integración y descentralización* (vid. sobre el tema, en general, Th. HELLER en Th. HELLER/J. PELKMANS, «The Federal Economy: Law and Economic Integration and the Positive State. The USA and Europe Compared in an Economic Perspective», en *Integration through Law*, vol. I: *Methods, Tools and Institutions*, ed. M. CAPPELLETTI, et. al., Berlín-New York, 1986, Book. 1: *A Political, Legal and Economic Overview*, pp. 245-411, espec. pp. 405-406).

(25) Vid. Ch. JOERGES, «European Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty», en *Europe after Maastricht. An Ever Closer Union?*, op.cit. en nota 19, pp. 29-62, espec. p. 29.

(26) Vid. *Comunicación interpretativa* de la Comisión, de 27 de octubre de 1992 (*Boletín CE*, núm. 10, 1992, p. 125). Más aun, parece como si a medida que se profundiza en la expansión y desarrollo del Mercado interior los EM fueran más celosos en el mantenimiento de sus competencias soberanas (cfr. N. REICH, «The November revolution of the European Court of Justice», *Common M.L.Rev.*, 31, pp. 459 y ss. espec. p. 478).

ca, en definitiva, el abandono del proyecto de un Mercado *único* —llamado a funcionar como un mercado nacional— para tender hacia un Mercado *interior* dentro del cual los principales factores de producción circulen con el menor número de trabas posible pero renunciando al objetivo de la uniformidad vía unificación material o armonización de legislaciones.

8. Finalmente, siendo más o menos impugnabile lo anteriormente señalado, resulta incuestionable que la construcción del Mercado interior anclada en el principio del reconocimiento mutuo hoy revela sus propias limitaciones. En primer lugar, más allá del ámbito de la libre circulación de mercancías, el reconocimiento mutuo informa las soluciones del Derecho derivado solo en ciertas actividades del sector de servicios financieros. En segundo término, como veremos, las dificultades de imbricación —sobre todo en lo que concierne a la dimensión jurídico privada de las actividades retenidas— pueden llegar a provocar un proceso de re-regulación perdiendo así su impronta desreguladora.

II. EL PRINCIPIO DEL RECONOCIMIENTO MUTUO EN LA 2.ª DIRECTIVA BANCARIA Y EL DIPR

1. Si el DIPr es un derecho de conexiones que desenvuelve ante todo una función de localización de las situaciones vinculadas con dos o más sistemas jurídicos, la reconducción del principio del reconocimiento mutuo implicaría identificar un «criterio de conexión» —el país de origen— para someter las situaciones a una determinada reglamentación nacional —la designada por este criterio— sin perjuicio de que sobre ésta reglamentación puedan incidir, por razones de «interés general» de un EM, normas procedentes de otro sistema jurídico —las del país de acogida o destino de la mercancía o de la prestación—. De modo que resulta inevitable comparar la acción de este principio con ciertas técnicas de reglamentación propias del DIPr [1]. Contrastado ésto habría que analizar las consecuencias de la irrupción del principio de reconocimiento mutuo en la actividad bancaria y, por tanto, en la regulación de su principal instrumento: el contrato [2].

1. ¿ES POSIBLE SU RECONDUCCIÓN A LAS CATEGORÍAS DEL DIPR?

2. La cuestión no es pacífica. Las posiciones podrían ordenarse en torno a la afirmación o negación de la naturaleza conflictual del principio de reconocimiento mutuo.

3. 1.^a Tesis: Se ha dicho que el principio de reconocimiento mutuo presenta los caracteres de una norma de conflicto dado que el país de origen absorbe el control de la mercancía o del servicio (27). Además, se propugna que su proyección sobre estas disposiciones no puede ser formal sino que «los artículos 30 y 59 requieren la aplicación del derecho nacional que favorezca más el flujo transnacional de productos y servicios», de modo que el principio de reconocimiento mutuo en esta sede hallaría su término exacto de comparación con las llamadas «normas de conflicto alternativas» (28), al designar tanto la ley del país de origen como la ley del país de destino del producto o de la prestación. No parece posible, sin embargo, identificar en el principio del reconocimiento mutuo una norma de conflicto «oculta» o «implícita» construida a partir de una técnica similar a las llamadas «normas de conflicto alternativas». No es tanto la estructura como su propio alcance o funcionamiento lo que permite llegar a la conclusión anterior.

Si centramos el análisis en la 2.^a Directiva bancaria, es obvio que la ley del país de origen adquiere un papel preponderante frente a cualquier otro ordenamiento jurídico: la autorización para el desarrollo de la actividad en cuestión (art. 4) —aunque dentro de unas condiciones y requisitos armonizados—, la aprobación de la decisión de actuar en país distinto de aquel en el que se halla establecida la entidad (art. 15), así como las actividades para las que dicha autorización le es otorgada a la entidad de crédito (art. 18), o los requisitos a cumplir según que la actividad se ejerza en régimen de establecimiento (art. 19) o en libre prestación de servicios (art. 20) son cuestiones todas sujetas inicialmente al control por el país

(27) J. BASEDOW, «Das kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis», *Rabels'Z.*, 59, 1995, pp. 1-55 (recorro a las conclusiones en inglés, p. 54); *vid. asimismo*, en torno a la concepción de este autor, P. LAGARDE, «Nota» en *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1996, 4, pp. 853 y ss.

(28) J. BASEDOW, *ibid.*; *vid. asimismo*, M. FALLON, «Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne», *R. des C.*, vol. 253, 1995, pp. 9-282, espec. pp. 141 y 143.

de origen. Un sólo ordenamiento —el del *país de origen*— absorbe y centraliza la regulación de las actividades bancarias previstas en el Anexo, sorteando los obstáculos derivados de las disparidades legislativas vigentes en el conjunto de los ordenamientos de los EM. Sólo excepcionalmente interviene la *ley del país de destino* de la prestación o país de acogida (29).

4. Es cierto también que exige un razonamiento de tipo conflictual pues hay un reparto de cuestiones, una *atribución*, al ser sometidas unas cuestiones a la ley del país de origen y otras a la ley del país de destino. Ahora bien, los términos de comparación se agotan a partir de los siguientes datos (30):

5. [1] La dualidad país de origen v. país de destino rompe con el principio de paridad entre ordenamientos jurídicos, rasgo de la clásica *norma de conflicto bilateral* (31), al potenciar un ordenamiento jurídico —de país comunitario— frente a otros —de países terceros—. El criterio del país de origen no designa *cualquier* ordenamiento sino sólo ordenamientos de EM. [2] Además, el principio de reconocimiento mutuo impone, ante todo, un mandato de aplicación de la ley del país de origen para la actividad armonizada. No hay que hacer una búsqueda y averiguación del contenido del derecho extranjero: basta con que el prestador haya obtenido en el país de origen la autorización —conforme a los mínimos armonizados— para que pueda desarrollarse la actividad en los demás EM. Luego se simplifican los problemas de aplicación propias de la norma de conflicto, tales como la alegación y prueba del derecho extranjero designado. Bastaría aportar la prueba de la autorización otorgada por el EM de origen para poder actuar en los demás EM.

(29) 1) En régimen de *establecimiento* para organizar la supervisión de la entidad de crédito e incluso para exigir el cumplimiento de normas nacionales justificadas por razones de «interés general» (art. 19.4); 2) en *establecimiento* y en *libre prestación de servicios*, cada vez que se incumplan las disposiciones legales adoptadas en ejecución de la Directiva, el EM de destino podrá exigir que se ponga fin a la situación irregular (art. 21.2), siendo tal ordenamiento asimismo competente en orden a prevenir o reprimir las irregularidades contrarias a normas nacionales del «país de destino» dictadas por razones de «interés general» (art. 21.5) y en concreto, en materia de publicidad (art. 21.11). No obstante, *vid. infra*, 2, núms. 11 y 23.

(30) Que no hay una norma de conflicto en el texto de la 2.^a Directiva lo confirma una lectura «histórica», pues así se indicaba en el propio Proyecto de Comunicación de la Comisión relativo a la interpretación de esta 2.^a Directiva bancaria (*loc. cit.*, *supra*, nota 31, espec. p. 19).

(31) *Cfr.* W. WENGLER, «The General principles of Private International Law», *R. des C.* 1961-III, vol. 104, pp. 273 y ss. espec. pp. 322 y 324.

6. [3] Razón de más para negar la virtual existencia de una *norma de conflicto de estructura alternativa*. Bien es cierto que, quienes establecen el parangón entre la norma de conflicto alternativa y el principio de reconocimiento mutuo se sitúan en el plano estrictamente jurisprudencial (32). 1) Si en la teoría general de DIPr se afirma que la norma de conflicto alternativa se caracteriza por anteponer la consecución de un resultado material a la localización mecánica de la situación, dejando al juez o a las partes la libertad para comparar, primero, y escoger, después, el ordenamiento que facilita la realización del objetivo de política legislativa subyacente (33), sería preciso identificar el fin o interés en función del cual opera el principio del reconocimiento mutuo. ¿La agilización de la libre circulación de ciertos servicios financieros? Seguramente sea éste. Pero tal objetivo no es ilimitado. Al contrario, la libertad de los operadores no es irrestricta y tropieza con las limitaciones que, por razones de «interés general» puede oponer el EM de destino de la prestación. Además, coexiste con otros objetivos comunitarios: por ejemplo la protección de los consumidores (art. 129 A TUE). 2) En última instancia, en DIPr la norma de conflicto alternativa nos sitúa ante una técnica de reglamentación que exige del aplicador una comparación global de los ordenamientos retenidos a partir de las conexiones de la norma; mientras que en el principio de reconocimiento mutuo simplemente hay un mandato de aplicación de la ley del país de origen y solo excepcionalmente interviene la ley del país de destino.

7. 2.^a Tesis: Desde otros planteamientos —fundados en la negación de la autonomía de un DIPr comunitario— la cuestión no es tanto reconducir el principio de reconocimiento mutuo a las categorías de DIPr como escrutar la norma interna de DIPr a la luz del ordenamiento comunitario. Y así, otros autores verían en la intervención del TJCE aplicando el principio de reconocimiento una norma material comunitaria, de origen

(32) Así M. FALLON al defender la sumisión a control comunitario (principios de no discriminación y proporcionalidad) de las normas de conflicto internas de DIPr. Aparentemente el TJCE recurre en estos casos a un *razonamiento* de tipo conflictual (*cfr.* M. FALLON, «Les conflits de lois et de juridictions...», *op. cit.*, pp. 119 ss. espec. pp. 136-139) que, a nuestro modo de ver, no sería suficiente para establecer una identidad absoluta entre esta técnica de reglamentación y la dualidad ley país origen v. ley país destino.

(33) *Vid.* A. BUCHER, «Sur les règles de rattachement a caractère substantiel», *Liber Amicorum A. Schnitzer*, Genève, 1979, pp. 37-55.

jurisprudencial, cuyo *contenido* sería la resultante de la ponderación efectuada (34).

8. En esta misma línea y habida cuenta del estado actual de desarrollo del DIPr comunitario quizá el punto de partida correcto sea el que se acaba de señalar. A nuestro modo de ver, el principio del reconocimiento mutuo es un *principio estructural del DC* en esta sede. Afecta al DIPr interno pues 1) impone contrastar la *idoneidad* de la norma de conflicto interna y la *localización* que ésta realiza; 2) de modo que la ley designada sea descartada cuando impida la realización de las libertades comunitarias conforme a los parámetros del ordenamiento del país de origen. Potencia un DIPr *intra* comunitario anclado en la idea de *reconocimiento*.

9. La acción del principio del reconocimiento mutuo tiene resonancias norteamericanas, tanto más evidentes si aceptamos que se tiende hacia un mercado «único» en cierto modo similar al norteamericano.

En la literatura científica se diría que un tema objeto de atención recurrente es el referente a la comparación de los modelos norteamericano y europeo, unas veces desde una panorámica ambiciosamente general (35), otras desde el ángulo estricto del funcionamiento de cada uno de estos mercados (36) o contrastando las diferentes competencias atribuidas al juez del TJCE frente a las ostentadas por el juez del Tribunal Supremo de

(34) H. DUINTJER TEBBENS, «Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire», *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1994, pp. 451 y ss. espec. pp. 478-479. En la doctrina alemana, H. J. SONENBERGER parece mostrarse también partidario de contrastar la norma de conflicto interna con el DC, rechazando implícitamente la identificación de una norma de conflicto en el principio del reconocimiento mutuo (*cfr.* P. LAGARDE, «Nota» en *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1996, núm. 4, p. 856). A idéntica conclusión llega, en la doctrina española, P. DE MIGUEL, «Integración europea y Derecho internacional privado», *Rev. D. Com. eur.*, 1997, 2, pp. 413 y ss., espec. pp. 436-438 (trabajo que hemos consultado cuando éste ya estaba cerrado).

(35) AAVV (ed.) M. CAPPELLETTI/M. SECOMBE/J. WEILER, *Integration Through Law. Europe and American Federal Experience*, vol. I., ed. Walter de Gruyter, Berlin, 1985.

E. STEIN/T. SANDALOW (eds.), *Courts and Free Markets. Perspectives from the United States and Europe*, Clarendon Press, Oxford, 1982. Asimismo, M. BALLBE/C. PADROS, *Estado competitivo... op.cit.supra*, nota 6, espec. pp. 248-252, comparando precisamente el sistema bancario europeo y norteamericano.

(36) *Vid* : I. BORRAJO INIESTA, *Federalismo y unidad económica. La cláusula de comercio en la Constitución de EEUU*, ed. INAP, Madrid, 1996, espec. pp. 35-101; M. LÓPEZ ESCUDERO, *Los obstáculos técnicos al comercio en la C.E.E.*, Univ. de Granada, 1991, espec. pp. 131-202; Lord MACKENZIE STUART, «Problems of the European Community-Transatlantic Parallels», *ICLQ*, 1987, pp. 183 y ss.

EEUU (37). Quizá porque las afinidades entre ambos provoquen la búsqueda de las diferencias.

En ambos «modelos», pese a las disparidades materiales o sustantivas, brilla por su ausencia un *sistema conflictual uniforme*. En el caso americano esta situación probablemente trae causa de la sentencia del Tribunal Supremo de 1938 en el famoso caso *Erie Railroad c. Tompkins* en la que se afirma que : 1) «No hay un <federal common law> y sería inconstitucional que los tribunales federales crearan tal derecho»; 2) «excepto en materias reguladas por la Constitución o por leyes del Congreso, la ley aplicable en cada caso es la ley del estado» o derecho material del Estado en el que se halla situado el tribunal. Decisión a la que sigue en 1941 la sentencia en el caso *Klaxon c. Stentor Electric Mfg. Co* en la que el Tribunal Supremo incluye dentro de la categoría anterior las normas de conflicto, bien sean de origen legal o jurisprudencial (38). Esta jurisprudencia implica históricamente un giro radical en las técnicas de solución de los conflictos interterritoriales pues, hasta entonces, los tribunales federales eran libres para formular su propio derecho («federal common law»). *Primer elemento de comparación* con el actual marco europeo: tampoco aquí contamos con un sistema conflictual uniforme y supranacional, resultando asimismo dudoso que la UE ostente competencias normativas suficientes en este punto (39).

Con la jurisprudencia *Erie/Klaxon* se acentúa la falta de uniformidad de resultado en las soluciones de un Estado a otro, incluso se refuerza (40). Aun cuando en ocasiones desde la doctrina se defiende y se reclame la unificación del sistema conflictual, como también se intenta desde instancias más sólidas (p.ej. Restaments of the Law), la realidad es que el DIPr norteamericano discurre por la senda de la diversidad. Dato que explica

(37) I. BORRAJO INIESTA, *Federalismo y unidad económica...*, *op.cit.*, apart. II; J. C. COHEN, «The European Preliminary Reference and U.S. Supreme Court Review of State Court Judgments: A Study in Comparative Judicial Federalism», *AJCL*, 44, 1996, pp. 421 y ss; K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution aux Etats Unis d'Amérique et dans l'ordre européen*, Bruylant, Bruselas, 1988.

(38) Los extractos más relevantes pueden consultarse en L. BRILMAYER/J. A. MARTIN, *Conflicts of Laws. Cases and Materials*, 3.ª ed., ed. Advisory Board, Boston/Toronto/London, pp. 625 y ss.

(39) *Vid. infra*, notas 73 y 74.

(40) *Cfr.* en este sentido, C. H. PETERSON, «Federalism and the Elusive Goal of Uniformity in American Conflicts Law», en *Liber Memorialis Fr. Laurent*, ed. Bruselas, 1989, pp. 943 y ss. espec. p. 948.

—como señala K. LIPSTEIN—, la centralización de la reflexión doctrinal de aquel país, en torno a los *límites espaciales* del derecho material y en la elaboración de criterios para determinar tales límites (41); o a la inversa, con la finalidad de contrarrestar la acción de la *lex fori* y lograr que normas dictadas por otros Estados tengan efectos fuera del ámbito espacial para el que fueron dictadas. *Segundo elemento de comparación* con el actual marco europeo: cómo aplicar o dar efecto en el foro a la regulación de una actividad que, más allá de los límites mínimos impuestos por el DC vía armonización, ha sido diseñada por un Estado extranjero.

En el sistema norteamericano esta operación se halla siempre sujeta a control constitucional (42) y, más exactamente, subordinada a la «Full Faith and Credit Clause» cláusula a la que —tras la sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *Hague*—, se le asigna el papel de exigir del foro «el respeto a los legítimos intereses de otros Estados...». Constituye así un elemento «federal» o «federalizador» pues está destinada a transformar a los distintos Estados con distintas soberanías en uno solo (43) de modo que cada Estado tenga una cierta deferencia hacia las leyes de otros Estados. *Tercer elemento de comparación* con el actual marco europeo: quizá es el principio del reconocimiento mutuo —principio estructural del DC a falta de una «Constitución europea»—, el vehículo a través del cual se pretende modular la acción de leyes extranjeras de países comunitarios (44).

(41) Cfr. «Private International Law with a Social Content. A Super Law?», en *Festschrift für K. Zweigert*, 1981, pp. 179 y ss. espec. p. 183. A modo de síntesis, son ilustrativos el trabajo de E. PÉREZ VERA en torno a las doctrinas de B. CURRIE y D. CAVERS (cfr. *Intereses del tráfico jurídico externo y Derecho internacional*, Univ. de Granada, 1973, espec. pp. 48-57 y 61-67) y desde una perspectiva más general, el de A.T. von MEHREN («Une esquisse de l'évolution du droit international privé aux Etats Unis», *J. Clunet*, 1973, pp. 116-157).

(42) Vid. P. HAY, «Full Faith and Credit Federalism in Choice of Law», *Mercer L. Rev.*, 34, 1983 pp. 709 y ss.; asimismo R. LEFLAR, «Constitutional Limits on Free Choice of Law», *Law and Contemp. Problems*, 28, 1963, pp. 706 y ss.

(43) Cfr. P. HAY, *ibid.*, pp. 717 y 712. Su función actual parece ser la que se proyecta en la siguiente situación: cabe invocar la inconstitucionalidad de una solución cuando el foro deniega tutela a una parte porque la reclamación admitida bajo la ley de otro estado no es reconocida en el foro; un campo abonado para estas situaciones son las normas referentes a indemnización de trabajadores (*vid.* respecto de esta función, P. HAY/O. LANDO/R. ROTUNDA, «Conflict of Laws as a Technique for Legal Integration», en *Integration Through Law*, vol. I: *Methods, Tools and Institutions*, Berlín-New York, 1986, pp. 161 y ss, espec. pp. 215-227).

(44) Y ello es compatible con un *modelo federal* de integración de mercados si se entiende por esto que la apertura de fronteras sugerida por el Acta Unica Eu-

En este sentido, es posible que nos hallemos ante un incipiente sistema de DIPr basado en la *idea de reconocimiento* —de un derecho o de una situación consolidada en el extranjero— que, potenciado por la falta de normas comunitarias de DIPr, responde a exigencias propias del Mercado interior y viene a abrir una brecha en los sistemas clásicos de DIPr contruidos sobre el eje competencia judicial internacional + normas de conflicto de base legal o jurisprudencial susceptibles de provocar la aplicación de un derecho extranjero (45).

ropea (art. 8A) no elimina las diferencias en cuanto a niveles e intensidad de las regulaciones nacionales, (cfr. N. REICH, *Internal Market and Diffuse Interests*, 1990, p. 10).

(45) Desde la perspectiva estatal, la consolidación del Mercado Interior tiene imperativos propios que quizá requirirían la «codificación» y «reconstrucción» de los sistemas nacionales de DIPr a partir de una concepción más abierta hacia lo exterior —siempre que por exterior entendamos «comunitario»—. Así parece recobrar vigor un sistema como el inglés, tradicionalmente reacio a la aplicación de derecho extranjero, como consecuencia de la práctica ausencia de normas de conflicto y, por tanto, caracterizado por una tendencia *legeforista* —que se explica por razones históricas— pero, en contrapartida, generoso en cuanto al reconocimiento de decisiones extranjeras (vid. O. KAHN-FREUND, *The Growth of Internationalism in English Private International Law*, ed. Jerusalem, 1960, pp. 12-13; W. WENGLER, «The General Principles...», *op. cit.*, pp. 313-314 y 443-450). Más aún, el principio del reconocimiento mutuo despierta viejos fantasmas o métodos que todos creímos parte del patrimonio de la Historia del Derecho, como la *teoría de los derechos adquiridos*. Pues, en el fondo, se pretende la realización del mismo objetivo que hacia 1885 expresara A. DICEY: «...las normas de DIPr están basadas en el reconocimiento de derechos realmente adquiridos, esto es, derechos que una vez adquiridos sólo pueden ser ejecutados por el Soberano del estado en el que tienen su origen». Teoría sostenida también por la doctrina y la práctica norteamericana alrededor de los años cincuenta (cfr. K. SIEHR, «Da Livermore a Rabel: tradizione europea e tradizione americana del Diritto internazionale privato», *Riv.dir.int.p.p.*, 1988, num. 1, pp. 17 y ss. espec. pp. 42-44). Pues bien, la idea de reconocer en el foro todo hecho constitutivo o modificativo de una situación jurídica que ha tenido lugar conforme a las disposiciones de una ley extranjera, la expresa perfectamente el *unilateralismo* como método o técnica de reglamentación. De tal modo que existiendo una vinculación entre la situación a regular en el foro y la ley extranjera, el criterio de elección de la ley extranjera no lo suministra el DIPr del foro (en nuestro caso, ley del país de destino de la prestación): el fundamento sólo puede encontrar-se en la voluntad de aplicación de la ley extranjera (en nuestro caso, ley del país de origen), (cfr. A. FERRER-CORREIA, «La Doctrine des Droits Acquis dans un Système de Règles de Conflit Bilaterales» en *Estudios vários de Direito*, ed. Coimbra, 1982, pp. 59 y ss. espec. p. 65). Desde el plano de las construcciones teóricas quizá nada es nuevo.

Así, el reconocimiento mutuo en el ámbito que nos ocupa, siendo un principio estructural del ordenamiento jurídico comunitario, actúa como un «puente» entre el artículo 59 del TCE y las normas de conflicto internas de los EM.

2. INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO SOBRE EL DIPR DE LOS CONTRATOS

10. La 2.^a Directiva bancaria contempla en Anexo el catálogo —cerrado— de actividades (46) que los operadores pueden realizar desde el EM de su establecimiento en otro EM. El principal vehículo de desarrollo de la actividad será el contrato. Sin embargo, la agilización de la Libre prestación de servicios financieros por la introducción del principio de reconocimiento mutuo no implica que la Directiva acabe con las fronteras jurídicas existentes entre los EM. Es la pervivencia de tales fronteras unido a la ausencia de una norma de DIPr en la Directiva (47) lo que

(46) A saber: 1. Recepción de depósitos o de otros fondos reembolsables. 2. Préstamos (crédito al consumo, crédito hipotecario, «factoring» y financiación de transacciones comerciales). 3. Arrendamiento financiero («Leasing»). 4. Operaciones de pago. 5. Emisión y gestión de medios de pago (tarjetas de crédito, cheques, cartas de crédito). 6. Concesión de garantías y suscripción de compromisos. 7. Transacciones por cuenta propia de la entidad o por cuenta de su clientela que tengan por objeto: a) instrumentos de mercado monetario; b) mercados de cambios; c) instrumentos financieros a plazos y opciones; d) instrumentos sobre divisas o sobre tipos de interés; e) valores negociables. 8. Participaciones en emisiones de títulos y prestaciones de los servicios correspondientes. 9. Asesoramiento a empresas en materia de estructura de capital, estrategia industrial y cuestiones afines, así como asesoramiento y servicios en el ámbito de la fusión y compra de empresas. 10. Intermediación en los mercados interbancarios. 11. Gestión o asesoramiento en la gestión de patrimonios. 12. Custodia de valores negociables. 13. Informes comerciales. 14. Alquiler de cajas fuertes.

(47) A lo que hay que agregar el mutismo de la Comisión en torno a este punto concreto a la vista de la *Comunicación interpretativa* referente a la «Libre prestación de servicios e interés general en la segunda directiva bancaria» (DOCE, núm. C 209, de 10 de julio de 1997, pp. 6 y ss.), en contraste con el *Proyecto de Comunicación* de 1995 en donde se afirmaba que la 2.^a Directiva bancaria «no contiene principios específicos que permitan designar la ley aplicable a las obligaciones contractuales» (JOCE, núm. C 291, de 4 de noviembre de 1995, p. 19), rechazándose de tal modo que el principio de reconocimiento mutuo pudiera servir para la localización de los contratos afectados.

provoca la insoslayable entrada en escena del *Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales* (48).

11. Pero la incidencia del principio reconocimiento mutuo sobre el DIPr de los contratos está condicionada por la posición que se adopte en cuanto al *ámbito material* sobre el que se proyecta. Es cierto que la Directiva regula la *dimensión jurídico-pública* de las actividades bancarias referidas en el Anexo (asimismo art. 52 Ley 3/1994). Excluida de su ámbito la *dimensión jurídico-privada* de la actividad, como también los contratos o las cláusulas contractuales más frecuentes, una vez que el país de origen concede la autorización, la ley de dicho país se extiende casi inexorablemente a la *dimensión jurídico-privada* al menos en libre prestación de servicios. Distintas razones nos conducen a esta conclusión. En primer lugar, el propio texto inicial de la Directiva era más audaz en este punto al señalar que el EM de acogida o destino debía velar por que las actividades pudieran ser ejercidas «conforme a las técnicas financieras en uso en el Estado miembro de origen», expresión de significado menos neutro que la que finalmente triunfó. En segundo término, con independencia de planteamientos dogmáticos (49) y, aun cuando la materia armonizada es la referente a control y vigilancia de las entidades, en la lógica está pensar que la sumisión a control por el país de origen depende en buena medida del régimen en que se desarrolle la actividad. Así, tendencialmente, la apertura de establecimiento secundario conlleva la sumisión de la actividad a las exigencias del país de destino, mientras que en régimen de Libre prestación de servicios los operadores aspiraran a que su actividad se desarrolle conforme al patrón legal del país de origen. Ahora bien, en tercer lugar, si en el estado actual de evolución del Mercado interior tal aspiración es perfectamente coherente con la libre circulación de servicios, también es cierto que sobre los contratos que el operador concluya en el

(48) *Loc. cit. supra* nota 1.

(49) En la doctrina la cuestión no es tan clara: en *favor* de la postura defendida *cfr.* W. H. ROTH, «The Influence of Community Law on Private International Law», *Rabels*, Z, 55, 1991, p. 673 (se manejan las conclusiones en inglés); en *contra*, sobre la base de la distinción entre las normas sobre vigilancia y el derecho privado bancario, H. J. SONNENBERGER, «Europarecht und internationale Privatrechts», *Zeitschrift für Vergleichende Rechts wissenschaft*, 1996, pp. 3-47 (manejo el resumen de P. LAGARDE, en *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1996, 4, pp. 885-886); L. G. RADICATI DI BROZOLO, «L'ambito d'applicazione della legge del paese di origine nella libera prestazione dei servizi bancari nella CEE», *Il Foro italiano*, 1990, IV, pp. 454-477, espec. p. 463.

país de destino, algún tipo de incidencia tiene que tener la ley del país de destino de la prestación.

Un ejemplo clarificará la cuestión: si el país de origen permite la venta por teléfono —o, al menos, la incitación a comprar— de servicios financieros («cold call») y el país de destino prohíbe esa técnica de comercialización —por razones de «interés general»— obviamente tal prohibición tiene que tener algún tipo de incidencia sobre la validez de los contratos concluidos en esas condiciones en el país de destino (50).

12. Una dificultad adicional surge al detectar una disparidad de objetivos entre la norma del TCE y las normas de conflicto internas potencialmente competentes en la regulación de ciertas cuestiones vinculadas con la actividad bancaria. Pues mientras que el *objetivo* del artículo 59 TCE —y el del DC derivado que lo desarrolla— consiste en la realización de la Libre prestación de servicios, las normas de conflicto nacionales reguladoras de los contratos son las contenidas en el *Convenio de Roma*. Unificador de las normas de conflicto de leyes en los contratos internacionales, su *objetivo* esencial estriba en dotar al tráfico económico de una mayor seguridad jurídica permitiendo que los operadores conozcan de antemano la norma de conflicto aplicable independientemente del tribunal —intra-comunitario— ante el que se plantee la demanda. La seguridad ju-

(50) Es el problema que da lugar a la *STJCE* en el *as. Alpine Investments BV c. Minister van Financiën*, de 10 de mayo de 1995 (*Rec.* 1995, 5-I, pp. 1141 y ss.). Sin embargo, la competencia del país de destino de la mercancía para decidir en torno a las técnicas de comercialización de productos, es el nudo gordiano en la *STJCE* de 24 de noviembre 1993, en el *as. Keck-Mithouard* (*Rec.* 1993, pp. 6097 y ss.). Desde entonces, es jurisprudencia reiterada del TJCE el reconocimiento de la competencia normativa de los EM para mantener o introducir normas referentes a la comercialización de los productos aun cuando éstas puedan generar Medidas de efecto equivalente; *vid.* por ejemplo, las *SSTJCE*, de 15 de diciembre de 1993, en el *as. Hünermund* (*Rec.* 1993-I, p. 6816) y de 2 de junio de 1994, en el *as. Punto Casa* (*Rec.* 1994-I, p. 2363). Decisiones que han recibido una acogida desigual pero, particularmente críticas en torno a la diferenciación utilizada por el TJCE en cuanto a características y comercialización de los productos, para someter las prácticas y normas reguladoras de lo segundo a la competencia de los EM (*vid.* en la doctrina española, M. LÓPEZ ESCUDERO, «La jurisprudencia Keck y Mithouard: una revisión del concepto de medida de efecto equivalente», *RIE*, 1994, 2, pp. 379 y ss., espec. pp. 412-415; *idem*, «La jurisprudencia sobre la prohibición de las medidas de efecto equivalente tras la sentencia Keck y Mithouard», *Gaceta J.*, Serie D-28, 1997, pp. 47 y ss., espec. pp. 89-90. En la doctrina extranjera, N. REICH, «The November Revolution...», *op. cit.*, en nota 26, espec. pp. 470-473).

rídica se fomenta a partir de la conexión básica del Convenio: la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

Así, para diferentes objetivos, el legislador ha utilizado distintas técnicas que potencialmente pueden conducir a resultados materiales dispares. Ello provoca una asimetría en la regulación de la actividad según que se retenga la dimensión jurídico-pública o la vertiente jurídico-privada.

13. La opción por la Tesis 1 o la Tesis 2 —a las que hemos hecho referencia en el epígrafe anterior— no es baladí. Pues si se entiende el principio de reconocimiento mutuo como una *norma de conflicto implícita* estará asegurada su primacía sobre la norma de conflicto convencional, conforme a lo dispuesto por el artículo 20 del Convenio de Roma. Por el contrario, si se concibe como un *principio estructural* del DC el principio de reconocimiento mutuo se erige en parámetro de control de conformidad de la norma de DIPr, en la medida en que éstas pueden constituir un obstáculo a la libertad de circulación (51). Nosotros vamos a optar por la Tesis 2 (52).

A) *Imbricación del principio de reconocimiento mutuo
con el Convenio de Roma: zonas de ajuste
y potenciales desajustes*

14. ¿Hay un problema real de ensamblaje? La dualidad país de origen v. país de destino establecida por la 2.^a Directiva puede romperse cuando interviene el principio de la autonomía de la voluntad, ampliamente reconocido, como expresión de la prolongación al plano internacional del reconocimiento a los particulares de un poder de autocomposición de sus propios intereses. Además, el mismo Convenio dota de una tutela especial a determinadas modalidades contractuales concluidos por consumidores, respecto de los que el poder de autorreglamentación se mueve dentro

(51) Que la norma de conflicto puede constituir un obstáculo a la libre circulación, lo anticipaba ya el Abogado General Reischl en sus Conclusiones en el *as. Koestler* que dio lugar a la *STJCE* de 24 de octubre de 1978 (*Rec.* 1978, pp. 1971 y ss., espec. p. 1988). En torno al control comunitario de las normas de conflicto, *vid.* M. FALLON, «Les conflits de lois et de juridictions...», *op. cit.* pp. 119-148.

(52) Este es el planteamiento de la Comisión en la *Comunicación* interpretativa de 1997 (*loc. cit.*, *supra* nota 47, espec. p. 20). *Vid.* asimismo, Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «Proyecto de Comunicación de la Comisión: Libre prestación de servicios e interés general en la segunda Directiva bancaria», de 24 de abril de 1996, *CES* (96) 542, núm. microficha ES-96-15.

de los márgenes fijados por las normas imperativas de la ley del país de la «residencia habitual del consumidor». Fácilmente este criterio de conexión coincidirá con el «país de destino» de la prestación financiera vulnerando el mandato de aplicación de la ley del «país de origen».

15. Ante todo, es preciso decidir cuándo las normas de DIPr interinas constituyen un obstáculo a la prestación de servicios financieros. La noción clave es la de «*obstáculo*».

Los contornos de la noción de «obstáculo» están claramente perfilados en el ámbito del comercio internacional por lo que su transposición al ámbito intracomunitario resulta sumamente útil en esta sede. Viene entendiéndose por obstáculo técnico el «originado por las divergencias entre las disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados destinados a regular la producción y comercialización de mercancías, que obligan a una *adaptación* de las mercancías importadas o exportadas» (53) tanto si el obstáculo fuere de naturaleza pública como privada. Los servicios financieros no son otra cosa que «productos financieros». Hay un obstáculo a su prestación cada vez que el prestador debe alterar su «producto» para adaptarse a las exigencias del país de destino de la prestación.

En principio, la norma de conflicto constituye un obstáculo potencial: 1) cada vez que localice el contrato bajo el ámbito del ordenamiento del país de destino o, en general, de un ordenamiento distinto del país de origen; y 2) cuando en el ordenamiento del país de destino de la prestación, bien exigencias de naturaleza *privada* o *pública* pero con una clara repercusión sobre los contratos (p.ej. prohibición de la tasa de interés sobre interés o la prohibición de la tasa de interés variable para el crédito hipotecario o las normas que imponen tasas de interés mínimas o máximas, etc.), bien exigencias de naturaleza estrictamente *públicas* (p.ej. la prohibición de una técnica de comercialización o la normativa sobre horarios de apertura, días festivos) *obligan al prestador a adaptar su producto a la exigencias de tal ordenamiento* (normas imperativas).

Las segundas estarían justificadas: implican en definitiva, que el operador debe respetar la normativa social, laboral, fiscal y, en general, las normas de funcionamiento de ese mercado. Las primeras, pueden suscitar mayores dificultades de calificación: ¿tienen cabida bajo la excepción de

(53) Cfr. M. LÓPEZ ESCUDERO, *Los obstáculos técnicos al comercio en la CEE*, op. cit., nota 36, p. 48. Sobre la noción de obstáculo y su incidencia sobre el DIPr, vid. M. FALLON, «Les conflits de lois et de juridictions...», op. cit., pp. 59-90.

«interés general» de la 2.^a Directiva y la Ley 3/1994? La respuesta la tiene en última instancia el TJCE (54). Mientras tanto, la actividad crediticia o financiera —desarrollada conforme al patrón legal del país de origen— debe *compatibilizar* al tiempo las normas imperativas del país de destino ofreciendo un servicio diferente al que las entidades financieras locales vengán dando hasta el momento en dicho país (55). Es en este punto donde el reconocimiento mutuo cobra todo su vigor: cuanto más permisivo resulte el ordenamiento del país de destino, mayor volumen de operaciones atraerá y más competitivo resultará su mercado. Solo así aumenta la competencia y la eficiencia del Mercado interior en concordancia con el objetivo impuesto por el artículo 8A TCEE.

B) Posibles técnicas de ajuste

16. En principio hay motivos para sospechar que pueden darse dificultades de imbricación entre el Convenio de Roma y la 2.^a Directiva Bancaria o, al menos, así lo cree en la Comisión europea como se pone de relieve en la *Comunicación*. Bien que en conjunto el método de interpretación propuesto en ésta merezca una valoración positiva, más exacto era el *Proyecto* al entender que la Directiva en cuestión no contiene «principios específicos que permitan designar la ley aplicable a las obligaciones contractuales» (56). Pero precisamente la falta de esta precisión pue-

(54) En LCM la compatibilidad con el DC de las normas reguladoras de las técnicas de comercialización, siempre que sean indistintamente aplicables, ha sido claramente afirmada por el TJCE a partir de la *STJCE* de 24 de noviembre de 1993, en el *as. Keck-Mithouard* (*Rec.* 1993, pp. 6097 y ss). Con anterioridad existía ya toda una línea jurisprudencial afirmando la competencia del EM de destino de la mercancía para dictar normas en materia de horarios comerciales (*vid.* las *SSTJCE*, de 14 de julio de 1981, en el *as. Oebel* y de 23 de noviembre de 1989, en el *as. Torfaen*).

(55) *Vid.* L. RADICATI DI BROZOLO, «L'ambito di applicazione della legge del paese di origini...», *op. cit.*, espec. pp. 459-460. En esta materia, la tensión es máxima respecto de las normas nacionales que protejan contra la *usura*; consideradas por algunos autores como de «interés general» serían invocables contra las actividades financieras de bancos extranjeros (*cfr.* N. REICH, «The Evolution of Community Law on Services, with Special references to Financial Services», en *International Insurance Contract Law* (ed. F. REICHERT-FACILIDES/H. JESSURUN D'OLIVEIRA), Kluwer, 1991, pp. 145 y ss. espec. p. 157).

(56) *Loc. cit.* nota 47.

de perturbar el funcionamiento del Convenio de Roma. Todo lo cual, nos llevaría a la conclusión, quizá, de que pese al declarado carácter universal del Convenio de Roma (*ex art. 2*) éste no puede operar por igual según que las relaciones contractuales de tráfico externo contempladas se localicen exclusivamente en el ámbito del mercado *intra* comunitario o se conecten con el mercado mundial.

17. En el examen de las técnicas de acomodo cabe recurrir a una aproximación *formal* o *sustancial*. Desde un *planteamiento formal*, la imbricación Directiva v. Convenio de Roma deja de suscitar tensiones si se atiende al tenor literal del artículo 20 del Convenio de Roma, cláusula de compatibilidad que consagra la prioridad de las «normas que regulen los conflictos de leyes» contenidas en actos del DC derivado (57). Adoptar esta perspectiva formal implicaría aceptar la Tesis 1 o, lo que es igual, la naturaleza conflictual del principio de reconocimiento mutuo.

18. En una *aproximación sustancial* o material, el análisis reviste mayor complejidad pues con carácter previo se impone contrastar las hipótesis de existencia de una incompatibilidad real entre ambos instrumentos a la vista del resultado material al que conduzca cada uno de ellos. En el bien entendido de que pese a su común origen «comunitario» responden, como se ha indicado, a objetivos diversos.

19. Tomemos como «caso-tipo» el contrato de préstamo. El tomador del préstamo puede ser un consumidor final o un operador económico cualquiera (p. ej. un comerciante o un fabricante).

El préstamo lo concede un banco sueco, que actúa en España en régimen de libre prestación de servicios ofertadas desde el país de origen. Es su práctica habitual la inclusión de una cláusula de sumisión a su propio derecho para este tipo de contratos, toda vez que ello le permite racionalizar su actividad de cara a los mercados extranjeros, evitando así la sumisión de sus múltiples operaciones a ordenamientos distintos. Cabe una segunda variable determinada por los casos en que el prestador sujeta sus operaciones a un ordenamiento distinto del propio; p. ej. a derecho inglés, pues aquel ordenamiento permite imponer la tasa de interés sobre el interés devengado en caso de mora del deudor y así se refleja en las condiciones generales del contrato. Tal recargo resulta sin embargo contrario a derecho español.

(57) *Vid.* «Informe oficial», *loc. cit.*, p. 38. P. LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1991, 2, pp. 287 y ss. espec. p. 337.

Contrastemos cómo funciona el reconocimiento mutuo según el régimen dentro del que se ubique el contrato.

a) Derecho aplicable a ciertos contratos concluidos por consumidores

20. En esta primera hipótesis, planteada la demanda por *consumidor* ante juez español, el artículo 5 del Convenio de Roma exige en el supuesto de la norma la presencia de unos elementos subjetivos (58) y objetivos (59). En cuanto a las actividades contempladas en Anexo de la 2.^a Directiva, sólo las mencionadas en los números 8, 9,10 y 11 no van a tener por destinatarios a un consumidor «final». Excluidas éstas, son los préstamos y figuras afines (p.ej. «leasing») los que suscitan el problema de su inclusión si se obtienen «desvinculados» de la adquisición de un bien de consumo en el sentido del Convenio (60). Todas las demás activida-

(58) Es clave la presencia de un consumidor *final*, definido como la persona que adquiere un bien o un servicio para un *fin* que puede ser considerado como *ajeno* a su actividad profesional (sobre la noción de consumidor y contrato de consumo en el Convenio de Bruselas de 1968, en su versión de 1978, inmediato precedente del art. 5 Convenio de Roma, las *SSTJCE* en el *as. Bertrand*, (Rec. 1978, pp. 1431 y ss.); en el *as. Shearson Lehman Hutton Inc.*, de 19 de enero de 1993, (Rec. 1993-I, pp. 139 y ss.); y, por último, en el *as. Wolfgang Brenner*, de 15 de septiembre de 1994, (Rec. 1994-I, pp. 4275 y ss.). Sobre el tema, además de las referencias en las siguientes obras generales (P. KAYE, *The New Private international law of Contract*, ed. Dartmouth, 1993, pp. 203 y ss; R. PLENDER, *The European Contracts Convention*, ed. Sweet and Maxwell, London 1991, pp. 126 y ss); en la *doctrina española* C. ES-PLUGUES MOTA/G. PALAO MORENO, «Las Comunidades Europeas y la protección del consumidor», *R.G.D.*, 1993, núm. 586-587, pp. 6761 y ss.; en relación con el Convenio de Bruselas, R. ARENAS GARCÍA, «Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros de protección en materia de contratos de consumidores del Convenio de Bruselas de 1968», *REDI*, 1996, núm. 1, pp. 39 y ss; mi trabajo, «Cesión de crédito y noción de consumidor: Segunda decisión del TJCE sobre la competencia judicial internacional en materia de contratos de consumo en el Convenio de Bruselas», *La Ley. Comunidades Europeas*, 30 de noviembre 1993, pp. 1-8.

(59) A destacar la *exclusión* de los contratos que tengan por objeto bienes inmuebles o inmateriales, así como la *dudosa inclusión* de los contratos de financiación desvinculados de la adquisición de un bien.

(60) Esta cuestión debiera ser clarificada por el TJCE; mientras tanto, frente al mutismo general en los trabajos específicos (es una lástima que, pasados los años, R. ARENAS GARCÍA, en su reciente comentario, no haya enfocado el caso *Shearson*

des bancarias en el Anexo pueden tener por destinatario sin duda un consumidor final. Es necesario además que el contrato se celebre en el marco de unas *circunstancias objetivas* (61). Si se dan los elementos subjetivos y objetivos y el contrato se celebra dentro de las circunstancias exigidas por la norma, por la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable no se podrá privar al consumidor de la protección que le dispense la ley del país de su residencia habitual (art. 5.2) —que coincidiría con la del *país de destino de la prestación* bancaria—. La ley de la residencia habitual opera como un mínimo irrenunciable por encima del cual cabe resolver el caso.

El artículo 5 del Convenio de Roma constituye pues un obstáculo a la Libertad de circulación conforme a los parámetros del país de origen. Primero, al designar la ley de la residencia habitual del consumidor como conexión en defecto de pacto. Segundo, dado que por la autonomía de la voluntad el contrato puede quedar localizado en la *ley del país de origen del prestador* —*in casu* derecho sueco— o romper con la dualidad país de origen v. país de destino para sujetar el contrato a un ordenamiento distinto de éstos —*in casu* el derecho inglés—. Tercero, porque en el país de destino (=residencia habitual del consumidor) pueden existir normas

Lehman Hutton desde el ángulo de los contratos de financiación y las operaciones en Bolsa, habiéndose limitado a la noción de «pequeño ahorrador» (*vid.* «Tratamiento jurisprudencial...», *ibid.*); algunos autores se muestran reacios a incluir los contratos de financiación independientes (*cfr.* M. VIRGOS SORIANO, en *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6.ª ed. rev., Madrid, 1995, p. 168), mientras otros entienden que sí tiene cabida bajo la norma de protección [*cfr.* H. GAUDEMET-TALLON, «Le nouveau droit international privé européen des contrats», *Rev.tr.dr.eur.*, 1981, pp. 215 y ss. espec. p. 253; y en lo referente al Convenio de Bruselas, aunque la norma tenga otra redacción, L. CARRILLO POZO, en *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (ed. A. L. CALVO CARAVACA), Madrid, 1994, p. 282]. Dos elementos llevan al A. G. DARWAN en sus «conclusiones» en el *as. Shearson Lehman Hutton* a propugnar esta misma interpretación: 1) El art. 13 del CB se refiere literalmente a «cualquier otro contrato»; 2) el «carácter especulativo» —*in casu* adquisición de valores en una bolsa extranjera— no es determinante de la exclusión. A nuestro modo de ver el elemento determinante de su inclusión es la adquisición del bien o servicio y la no reintroducción del bien —o servicio— adquirido en el mercado.

(61) A saber: que la celebración del contrato haya sido precedida en el país de la residencia habitual del consumidor de una oferta especialmente hecha o una publicidad o, cuando menos, que el encargo haya sido realizado en ese mismo país.

Se protege en definitiva a un consumidor sedentario al tratarse de una situación esencialmente conectada con un único Estado.

imperativas que, en beneficio del consumidor, dificulten la actividad del prestador. Ahora bien, para que haya obstáculo: 1) no basta la distinta localización del contrato que efectúan Directiva y Convenio. 2) El obstáculo surge cuando la ley del país de origen —o la ley de un tercer EM designado— comporte el desarrollo de una actividad contraria al «interés general» del EM de destino (p. ej. normas imperativas que regulen las ofertas de contratos por teléfono) o cuando aquel permita cláusulas contractuales también contrarias al «interés general» del EM de destino. 3) Recuérdese que para que prospere dicha excepción han de darse al menos tres condiciones: a) *no duplicidad de controles* —es decir, el país de destino no puede tratar de defender exigencias que se satisfacen correctamente conforme a la ley del país de origen—; b) *proporcionalidad* entre la medida y el fin perseguido; c) por lo demás, la medida ha de ser *indistintamente* aplicable a operadores nacionales y extranjeros.

Una lectura que permita compatibilizar el reconocimiento mutuo y el artículo 5 del Convenio, llevaría a mantener el juego de la ley del país de origen, limitada por la ley del país de destino cada vez que, por razones de «interés general» se justifique la aplicación de normas imperativas de protección del consumidor.

No se pretende defender la identidad entre «normas imperativas contenidas en la ley de la residencia habitual del consumidor» (ex. art. 5 CR) y «normas de interés general contenidas en la ley del país de destino de la prestación», sobre todo porque las primeras hacen referencia a normas imperativas de naturaleza privada que penetran en el contrato vía *lex contractus* en tanto que dentro de la segunda tipología tendrían cabida todo tipo de norma o práctica nacional que obstaculice la libertad de circulación.

En virtud del principio de la primacía del DC, el Convenio queda subordinado al principio de reconocimiento mutuo en el marco de la Directiva. Y esto, en el bien entendido de que estamos primando el objetivo *agilización de la libertad de circulación* en detrimento del objetivo *protección del consumidor*.

Cabe otra lectura. La optimización del criterio de conexión puede lograrse también haciendo una lectura del artículo 5 del Convenio en *clave alternativa* (62), una vez admitido que la ley de la residencia habitual del

(62) Por todos, P. MAYER, para quien nos hallaríamos ante una norma de conflicto de contenido sustancial en función del objetivo protección del consumidor, lo que justificaría una lectura alternativa de la norma (cfr. «Les lois de police étrangères», *J. Clunet*, 1981, pp. 295 y 319, nota 122).

consumidor, no por ser la geográfica e intelectualmente más próxima al entorno de la persona protegida, ha de ser la más protectora (63). Al contrario, no hay razón para presumir de antemano que el derecho sueco (país de origen) o inglés (país tercero), en el ejemplo retenido, sean menos favorables al interés del consumidor que el derecho material español (país destino). Pero, insisto, la clave es la noción de obstáculo: la ley del país de destino (coincidente con la ley de la residencia habitual del consumidor) sólo puede imponerse en la medida en que cumpla las condiciones del «interés general».

21. Por último, hay que tener en cuenta, junto a los supuestos de consumidor *pasivo* o *sedentario*, aquellos otros en los que es el consumidor quien se desplaza a otro país y allí recibe el servicio (64), excluidos sin embargo del ámbito de protección del artículo 5 del Convenio de Roma. Pues bien, en estos casos, si se desplaza al país de origen, el contrato quedará necesariamente sujeto a la ley del país de origen. Si se dirige a país distinto del de origen o del de destino (entendido éste como el coincidente con su residencia habitual), estará cuando menos protegido por las normas nacionales de «interés general» vigentes en ese tercer EM y, por tanto, mejor tutelado que por la Directiva que por el Convenio.

También respecto de los supuestos de contratos de consumo excluidos del ámbito del artículo 5 (p.ej. contratos de financiación desvinculados de la adquisición de un bien) y por tanto sujetos al régimen general del Convenio (arts. 3 y 4) la Directiva funciona mejor que el Convenio, al asegurar la aplicación de la ley del país de origen de la prestación limitada por las normas que tutelen el interés general en el país de destino.

b) Derecho aplicable en el régimen general

22. Segunda hipótesis: la *autonomía de la voluntad*. El contrato de préstamo puede tener por destinatario a un profesional o comerciante

(63) Permitiría elegir la ley que más eficazmente proteja al consumidor y, en este sentido se ha señalado también que resulta más adecuada a las exigencias del principio de proporcionalidad (cfr. M. FALLON, «The Law Applicable to Compulsory Insurance and Life Insurance: Some Peculiarities» en *International Insurance Contract Law*, op. cit. en nota 93, pp. 113 y ss. espec. pp. 134-135).

(64) Hipótesis perfectamente imaginable una vez que el TJCE ha admitido que bajo el régimen de LPS quedan también comprendidos los supuestos en los que es el destinatario del servicio quien acude al país del prestador (vid. STJCE de 31 de enero de 1984, en el as. *Luisi/Carbone*, Rec. 1984-I, pp. 377 y ss.)

—o, simplemente, pueden faltar cualquiera de las exigencias del artículo 5 impidiendo la calificación de una operación de consumo como supuesto protegido por el artículo 5—. En tales supuestos hay que estar al régimen general del Convenio (art. 3), en el que la autonomía de la voluntad se concibe con amplio alcance (65).

Potencialmente el artículo 3 del Convenio es un obstáculo a la libre circulación a un doble nivel. Primero, al permitir la libertad de pacto y por tanto la elección de un derecho distinto al del país de origen. La Directiva no prohíbe a las partes designar el derecho aplicable. No hay problema si prestador y destinatario del servicio se muestran de acuerdo. Tampoco si las partes no se ponen de acuerdo. El principio de reconocimiento mutuo exhibe en este caso toda su potencia en orden a fomentar la competencia entre sistemas jurídicos/mercados nacionales: al destinatario le queda la posibilidad de no contratar y buscar la satisfacción de sus expectativas con otro operador en el mercado.

Luego el obstáculo se materializa cada vez que el prestador pretenda actuar conforme al patrón legal del país de origen —o de un país tercero— (p. ej. por la admisión del interés variable en un crédito hipotecario) y detecte en el ordenamiento del país de destino una reglamentación de naturaleza imperativa contraria al contenido material de la ley del país de origen en ese punto (p. ej. prohibición de la estipulación de interés variable en un crédito hipotecario).

Operación que no modifica la localización inicial. A la ley del país de destino le corresponde decidir la sanción (p. ej. la nulidad del contrato). Pero las consecuencias de la nulidad las decide la *lex contractus* conforme a lo dispuesto por el artículo 10.1 e) del Convenio de Roma.

23. Se objetará que el recurso a la cláusula de «interés general» —y, por tanto, la afirmación de la primacía de la Directiva— resulta superfluo en esta sede, pues la función de excepción a la *lex contractus* designada por las partes viene asegurada en el artículo 7 del Convenio de Roma, que permite al juez *aplicar* las normas imperativas del foro o *dar efecto* a las contenidas en un tercer ordenamiento vinculado con el contrato. Dicho

(65) Optimizada por la no exigencia de vinculación especial alguna entre la ley elegida y contrato, así como por la no imposición de un sólo ordenamiento como derecho rector de la totalidad del contrato o cadena de contratos. Ello revierte en un alto grado de seguridad jurídica para las partes (respecto al «dépêcheage» J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 247.

de otro modo, el artículo 7 puede servir como vehículo de penetración en el contrato de las normas imperativas en materia bancaria previstas por la ley del país de destino. La cuestión ofrece un innegable interés teórico. La identificación entre la cláusula de «interés general» y el artículo 7 del Convenio parece insostenible. 1) En primer lugar, por el ámbito de aplicación respectivo: mientras el artículo 7 hace referencia a las normas nacionales de naturaleza pública (66), la cláusula de «interés general» es un filtro para asegurar la aplicación de toda norma o práctica nacional que, susceptible de obstruir la libertad de circulación, se halle justificada por razones superiores a la luz del ordenamiento comunitario. 2) En segundo lugar, ambas difieren también en sus condiciones de aplicación: el artículo 7.1 permite al juez «dar efecto» mientras que la cláusula de «interés general» permite a las autoridades «aplicar» dentro de ciertos límites (no duplicidad de controles, indistintamente aplicable a operadores nacionales y extranjeros comunitarios y proporcionalidad de la medida). 3) Pero la diferencia esencial estriba en los distintos valores latentes tras una y otra, una vez se admita que el artículo 7 tutela los intereses particularistas de cada Estado, frente a la cláusula de «interés general», llamada a defender los intereses superiores del ordenamiento comunitario. O lo que es igual, el artículo 7 asegura la realización de los intereses estatales, en tanto que la cláusula tiende a modular los intereses estatales en el Mercado interior. Por consiguiente ésta se superpone a la noción de norma imperativa en el sentido del artículo 7.

No solo falta identidad entre ambas cláusulas, sino que el propio artículo 7 —al no asegurar los objetivos del Mercado interior— *fomenta los obstáculos* a la libertad de circulación, cada vez que posibilite la aplicación de normas imperativas nacionales contenidas en ordenamientos distintos de la ley del país de origen. Así, el artículo 7 ha de operar con distinto alcance según que se proyecte sobre relaciones intracomunitarias —en cuyo caso está subordinado a las exigencias del interés general— o relaciones vinculadas con el mercado mundial.

(66) Pues las normas imperativas de naturaleza privada penetran por la *lex contractus* designada por la norma de conflicto (Vid. U. DROBNIG, «Comments on Article 7 of the draft Convention in European Private international Law of Obligations», ed. O. LANDO/B. von HOFFMAN/K. SIEHR, Tübingen, 1975, p. 88; asimismo, F. J. GARCIMARTIN Alferez, «Las consecuencias contractuales de las sanciones económicas comunitarias: un modelo de análisis», *Gaceta J*, serie D, núm. 110, pp. 221 y ss. espec. p. 229).

También las normas imperativas que penetren en el contrato por estar contenidas en la *lex contractus* están sujetas a control de la cláusula general. Pues como quedó patente en la *STJCE* en el caso *Alshtom*, no parece que una restricción impuesta por el EM a la producción nacional e importada —a la sazón, la regla jurisprudencial francesa por la que se presume *iuris et de iure* que el fabricante o vendedor profesional está obligado a conocer los vicios que afecten a la cosa, en interpretación del artículo 1643 del «Code civil»— constituya automáticamente un obstáculo a la LCM. Al contrario, el TJCE confirma la posibilidad de escoger la ley de otro EM en tanto que ley rectora del contrato, como vehículo para sortear la restricción al comercio impuesta por un EM (67).

24. Quedaría aún por hallar una justificación para sostener la subordinación del Convenio a la Directiva. 1) La cláusula de compatibilidad del artículo 20 del Convenio, resulta insuficiente en una interpretación literal, pues subordina las normas convencionales a las «normas de conflicto» susceptibles de aparecer en actos de DC derivado. Y hemos visto cómo el principio de reconocimiento mutuo que inspira la Directiva no posee naturaleza conflictual. 2) A menos que se dote a dicha cláusula de compatibilidad de una interpretación amplia y se entienda que su función última radica en asegurar el principio de la primacía del DC.

25. En consecuencia 1) la localización efectuada a partir de la conexión autonomía de la voluntad del Convenio, se halla subordinada a la cláusula de «interés general» prevista por la 2.^a Directiva bancaria. 2) La elección de la ley del país de origen puede verse obstaculizada por la presencia de normas imperativas vigentes en el país de destino. 3) Siendo éstas las que pueden obstaculizar la LPS, y 4) teniendo en cuenta que el artículo 7 es su vehículo de penetración en el contrato, es ésta una disposición inadecuada a las exigencias del Mercado interior. 5) Son estas mismas exigencias las que obligan a contrastar la aplicabilidad de las normas imperativas nacionales a la luz de la cláusula de «interés general». 6) La primacía de la Directiva en este punto encaja con lo dispuesto en la cláusula de compatibilidad del artículo 20 del Convenio. 7) En consecuencia,

(67) *Vid. STJCE* de 17 de enero de 1991 (*Rec. 1991-I*, pp. 107 y ss, espec. Cdo. 15). Jurisprudencia que permite deducir, por lo demás, la imposible identificación entre *normas imperativas* en el sentido del DIPr e *interés general* en el sentido del DC (*vid. M. FALLON*, «Les conflits de lois et de juridictions...», *op. cit.*, pp. 260-261; asimismo B. SMULDERS/P. GLAEZENER, «Harmonization in the Field of Insurance Law...», *op. cit.*, espec. p. 792).

no hay un problema real de compatibilidad entre la Directiva y el Convenio, pero sí un incremento de la complejidad en la solución de las controversias.

26. 3.^a hipótesis. *El derecho aplicable a falta de elección*. Si no hubo declaración de voluntad o tal declaración resulta inoperante, el contrato quedará sujeto a la ley que presente los vínculos más estrechos (art. 4.1); criterio que se acompaña de una presunción objetiva conforme a la cual dicha vinculación se establece sobre el lugar del establecimiento de la parte que debe cumplir la prestación característica (art. 4.2) (68). En los contratos sobre servicios financieros el prestador característico se identifica con el prestador de los servicios, toda vez que es esa la prestación que caracteriza el contrato pues permite diferenciar unas modalidades contractuales de otras. Este criterio no impide la acción del reconocimiento mutuo.

Zona de ajuste que halla su explicación en la identidad de razón a que responden la presunción del artículo 4 y el principio del reconocimiento mutuo. 1) Obedecen a un objetivo de racionalización del tráfico jurídico, al centralizar bajo un mismo ordenamiento todas las operaciones —contractuales— que asume el empresario, la entidad financiera o el comerciante en la contratación internacional. 2) La norma convencional retiene el ordenamiento jurídico del «establecimiento principal» o del «establecimiento secundario» (art. 4.2) del prestador característico, al ser la obligación de esa parte la de más compleja realización y sobre todo, la correspondiente al lugar donde el contrato ha sido preparado (69).

Incluso se adecúa al diferente régimen en que potencialmente puede desarrollarse la actividad. Así, rige la ley del «establecimiento principal» del prestador (coincidente con la ley del país de origen) cuando el operador desarrolle su actividad en Libre prestación de servicios (art. 4.2 Convenio de Roma). Pero rige la ley del «establecimiento en otro país» (art. 4.2 *in fine*) cuando la actividad se desenvuelva en el marco de un establecimiento secundario (sucursal): p. ej. abierto en el país de destino o acogida. Y

(68) En este sentido, M. VIRGOS SORIANO, «La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor A. Menéndez*, IV, ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. y P. de MIGUEL ASENSIO, «La ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el artículo 4 del Convenio de Roma», *La Ley. Comunidades Europeas*, 4 de abril de 1995. Una lectura matizadamente distinta, L. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: la prestación característica*, ed. Real Colegio de España, Bolonia, 1994, pp. 73 y ss.

(69) Vid. P. HAY/O. LANDO/R. ROTUNDA, «Conflict of Laws...», *op. cit.*, p. 244.

es que responde a una cierta lógica que si el prestador opera mediante establecimiento secundario en el país de destino de la prestación, también sea éste el rector de los contratos que concluya. En todo caso, sirvan aquí las consideraciones vertidas en torno a las normas imperativas: la localización efectuada sobre la base del artículo 4 puede verse corregida por las normas imperativas vigentes en la ley del país de destino.

III. OBSERVACIONES FINALES

1.^a) A modo de conclusión, cabría afirmar que el principio de reconocimiento mutuo como criterio regulador de la actividad bancaria suscita fricciones respecto de las normas de conflicto convencionales referentes a los contratos. Las zonas de ajuste entre la Directiva y el Convenio son más numerosas que aquellas en las que pueden darse dificultades de imbricación entre ambos instrumentos.

Las dificultades más serias planean en torno a ciertos *contratos concluidos por consumidores*. Tratándose de supuestos protegidos por el Convenio, el ensamblaje Directiva v. Convenio manifiesta una contraposición de intereses contemporánea dentro de las propias Instituciones comunitarias: cómo lograr el *doble objetivo* de abrir los mercados nacionales, garantizando al tiempo un mínimo de protección efectiva para los consumidores (70). Frente a los supuestos no protegidos por el artículo 5 del Convenio, quizá la Directiva aporta un «plus» de protección para algunos de estos casos: la garantía de la aplicación de la ley del país de destino —por el cauce de la cláusula del «interés general»— en los contratos de financiación desvinculados de la adquisición de un bien o servicio y/o en los supuestos de consumidor «activo». Siempre y cuando se entienda que la definición de los supuestos protegidos no es obligatoriamente la del Convenio: la aplicación directa de la Directiva no está o no debe estar condicionada por el Convenio de Roma. En el *régimen general* la acción de normas imperativas contenidas en la ley del país de destino de la prestación, no modifica la localización pactada por las partes o la que se deduzca de la ley designada por el criterio de los vínculos más estrechos. Las dificultades se polarizan en torno a las normas imperativas naciona-

(70) Cfr. a este respecto, N. REICH, «The Evolution of Community Law on Services with special references to Financial Services and Consumer protection», en *International Insurance Contract Law*, op. cit., pp. 143 y ss. espec. p. 145.

les a las que da entrada el artículo 7 del Convenio. Siendo ésta una disposición que defiende los intereses estrictamente estatales, la viabilidad de aquéllos está subordinada al cumplimiento de las exigencias de la cláusula de «interés general» de la Directiva, llamada a tutelar los objetivos del Mercado interior.

2.^a) La falta de uniformidad material y la renuncia abierta a proseguir por la vía de la armonización de legislaciones que traduce la introducción del principio del reconocimiento mutuo en el Derecho derivado implica, de una parte, fomentar la competencia entre sistemas jurídicos impidiendo la consecución de un Mercado único de servicios bancarios. Es más que dudoso que la Directiva facilite la aplicación del Derecho extranjero frente a la técnica conflictual del Convenio de Roma. Al contrario, la solución de los supuestos de tráfico externo pertenecientes al ámbito del Mercado interior alcanza en esta sede altas cotas de complejidad. Pero esta es sólo la visión —quizá sesgada— de los internacionalprivatistas (71).

3.^a) La expansión del principio de reconocimiento mutuo como criterio rector de la dimensión pública de la actividad concernida pero susceptible de incidir sobre los contratos, implica en última instancia que el Convenio de Roma no puede ser aplicado por igual en las situaciones *intra* y *extra* comunitarias (72). El tema así planteado posee un interés teórico y práctico que se sitúa dentro del debate abierto en torno a la necesidad o no de formular un *DIPr propio para las situaciones intracomunitarias* (73). Su codificación constituiría una solución radical.

(71) En este sentido, por ejemplo, M. FALLON, «The Law Applicable to Compulsory Insurance...», *op. cit.*, p. 134 y O. LANDO, «Mandatory Rules governing Insurance Contracts and Private international Law», *ibid.*, p. 107.

(72) No es este el único frente abierto por el Derecho derivado en el Convenio de Roma. Las soluciones están también socavadas por la Directiva de 1993 sobre *cláusulas abusivas* en los supuestos de remisión a la ley de un país tercero y por la segunda y tercera generación de Directivas en materia de *seguros*.

(73) La constatación de dos planos geográficos sobre los que el DC tendría una potencial incidencia lleva a cuestionar si, en atención a esta dualidad, sería necesaria establecer una dualidad de régimen jurídico. Hasta tiempos recientes no había duda de que formalmente bastaba un único cauce de positivación (en este sentido, I. FLETCHER en *Conflicts of laws and European Community Law*, ed. North Holland, Amsterdam, 1982, p. 52; H. DUINTJER TEBBENS, «Private International Law and Single European Market: Coexistence or Cohabitation? en *Forty Years On: the Evolution of Post War Private international law in Europe*, ed. Kluwer, Deventer, 1990, pp. 49 y ss.). En el momento actual, se detecta una tendencia de signo contrario, por la que a la vista de las complejas relaciones entre el DIPr convencional

De cara al futuro y a tenor de lo dispuesto en el artículo 73 M del Tratado de Amsterdam, no hay que excluir que la construcción de un DIPr propio para las situaciones intracomunitarias halle en el principio de reconocimiento mutuo el criterio delimitador de competencias legislativas estatales en materias sujetas a unificación (74). Y nos aproximaríamos a un DIPr basado en la idea de reconocimiento de leyes extranjeras de factura similar al norteamericano. Desde la perspectiva estatal se complicaría sin duda el proceso de solución de controversias. Pero la complejidad es el signo de este fin de siglo.

ABSTRACT

The mutual recognition principle introduced in Cassis de Dijon decision has been used by the EEC Commission as an alternative to the harmonization of laws since the European Single Act. In the present article we shows it's implications: deregulation and competition between legal orders.

In Private international law these means that maybe we walk to a new system based on the idea of recognition of foreign —EEC countries— laws, similar to the USA system in a certain way. Anyway we reject the thesis that the application of mutual recognition principle to articles 30 and 59 should be understood as alter-

y el DIPr institucional o derivado, se sugiere la formulación de un DIPr *ad hoc* para las relaciones intracomunitarias en materias sujetas al proceso de integración, cuya base jurídica hasta ahora podría anclarse, bien en sede del art. K 1. num 6 del TUE relativo a la cooperación judicial en materia civil (en este sentido E. JAYME/Ch. KOHLER, «L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome», *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1995, núm.4, pp. 1 y ss. espec. p. 39), bien sobre la base del art. 100 A (en este sentido J. BASEDOW, «The Impact of free movement...», *loc. cit.* y L. RADICATI DI BROZOLO, «L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation», *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1993, núm. 3, pp. 401 y ss. espec. p. 423).

(74) Cuando estas páginas ya estaban cerradas, se ha firmado el *Tratado de Amsterdam*, por el que por tercera vez se modifican los Tratados constitutivos de la Unión Europea. Por lo que se refiere a la cuestión aquí aludida, una novedad se halla en el nuevo artículo 73 conforme al cual, podrán adoptarse medidas «en la medida necesaria para el buen funcionamiento del Mercado interior... b) que promuevan la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros relativas al conflicto de leyes y de jurisdicciones». Con una fórmula deiberadamente ambigua, las Instituciones europeas se están atribuyendo la facultad para dictar normas de DIPr, evidentemente vía Reglamentos o Directivas, en las materias sujetas al proceso de integración. Es un planteamiento sin duda superador del artículo 220 TCE y quizá, la primera piedra de un verdadero *DIPr intracomunitario*.

native conflict rule. Moreover we try to demonstrate that national conflict rules and mandatory rules are submitted to EC law and Internal market policies.

Frictions can be generated while Banking Services must be performed through contracts. EEC Directive is based on the mutual recognition while the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations is based upon party autonomy. National conflict rule became an obstacle, although we face a sort of false conflict. The true conflict appear while bankers find in the host country a mandatory rule which doesn't exist in the home country (country of origin). In this case we agree that primacy EC Law should be ensured. So the Rome Convention should be readed in the light of Internal market objectives. This means that Rome Convention should be interpreted in different way depending that judges face an the intra or extra Community situation.

RÉSUMÉ

Le principe de la reconnaissance mutuelle introduit par la CJCE dans l'arrêt sur le *Cassis de Dijon* a été utilisé par la Commission CE comme un moyen alternatif au rapprochement des législations depuis l'Acte Unique Européen. Dans cet article nous analysons ses conséquences: dérégulation et concurrence entre systèmes juridiques nationaux.

En Droit international privé l'extension de ce principe pourrait être la base pour un nouveau système de droit international privé basé sur l'idée de reconnaissance similaire aux systèmes des Etats Unis. En tout cas, nous rejetons la thèse selon laquelle le principe de la reconnaissance mutuelle dans sa projection sur les articles 30 et 59 du TCE veut dire qu'il faut lui qualifier comme une règle de conflit alternative. Par contre, nous avons suivi la thèse selon laquelle les règles de droit international privé sont soumises au Droit communautaire et plus largement aux exigences du Marché intérieur.

Des frictions peuvent naître, étant donné que l'activité bancaire se développe surtout par contrat. La Deuxième Directive en matière bancaire s'appuie sur le principe de la reconnaissance mutuelle, tandis que la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles introduit le principe de l'autonomie de la volonté comme règle de rattachement, permettant aux parties de choisir une loi différente de celle du pays d'origine de l'activité. La règle de conflit nationale devient un obstacle, mais il ne s'agit que d'un obstacle apparent. Le vrai conflit surgit au moment où la loi du pays de destination du service contient des règles d'application immédiate inconnues par la loi du pays d'origine de l'activité. Dans ce cas il faudrait assurer la primauté du DC. Donc, la Convention de Rome devrait être interprétée à la lumière des objectifs du Marché intérieur, ce qui veut dire que la Convention de Rome doit être interprétée différemment, selon que le juge se trouve dans une situation intra ou extra communautaire.