

LAS CLAUSULAS ECONOMICAS EXTRATERRITORIALES EN EL TRAFICO PRIVADO INTERNACIONAL

M^a del Carmen Vaquero López

1. INTRODUCCION

A) LAS RAZONES ECONÓMICAS EN LA ORDENACIÓN DE LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES

El pasado 19 de julio de 1993 entró en vigor en España el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales¹. La principal aportación del nuevo régimen conflictual que el Convenio instaura en materia de contratos, es sin duda la flexibilidad del conjunto de sus disposiciones, lo que permite la búsqueda de la justicia material en el resultado, mediante la preferencia por el punto de conexión «*ley del país que presente los vínculos más estrechos*» (clara manifestación de lo que Paul LAGARDE denomina principio de proximidad)² y que se completa con la inclusión de «*cláusulas de escape*» que reflejan la incidencia de lo que se ha venido en denominar «*crisis del método conflictual*»³, al permitir al juez derogar la aplicación de la norma de conflicto excepcionalmente y tras un análisis del conjunto de las circunstancias, cuando la localización concreta de la situación no presenta más que una débil conexión con el litigio, por lo que su aplicación conduce a una situación injusta o engañosa, y existe en el supuesto de hecho una localización más estrecha con la causa del litigio⁴.

1 Abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980. Vid. DOCE N^o L 266 de 9 de octubre de 1980, pp. 1 y ss.

2 Vid. Lagarde, P.: «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours Général de droit international privé», en R. des C., 1986-I, t. 196, pp. 13 y ss.

3 Expresión acuñada por Kegel en «The crisis of conflict laws» en R. des C., 1964-II, t. 112, pp. 102 y ss.

4 Sobre las funciones de la cláusula de escape, vid. Vischer, F.: «Général course on private international law», en R. des C. 1992-I, t. 232, pp. 108 y ss.

Pero quizás una de las cuestiones más polémicas, ha sido la introducida por el art. 7 del Convenio que, bajo el título genérico de «*leyes de policía*» permite al juez, en su apartado 1^º, aplicar las disposiciones de un tercer Estado vinculado con el contrato (distintas de las de la ley del foro —«*lex fori*»— y de las de la ley aplicable al fondo del litigio —«*lex causae*»—), si según el ordenamiento al que pertenecen deben ser imperativamente aplicadas a ese supuesto. De esta forma se positiviza en el ámbito de la contratación internacional un importante punto de tensión en el conflicto entre justicia y seguridad jurídica⁵, garantizando así la eficiencia de las normas reguladoras del tráfico internacional que deben caracterizarse igualmente por los principios de neutralidad y racionalidad normativa⁶; esto es, se trata de garantizar mediante este tipo de disposiciones, la necesaria incidencia del poder del Estado en las relaciones privadas pero en una forma limitada, acorde con la sociedad liberal en que nos movemos. La inclusión de esta cláusula judicial (la decisión corresponde al juez, en la medida en que el legislador se contenta con dar indicios jurídicos) posibilitará al juez español, la aplicación de numerosas reglas imperativas que se han ido incorporando en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos como consecuencia del desarrollo del control del Estado, para favorecer su política social y económica⁷. Ello supone, pese a que las condiciones a las que se subordina su aplicación permiten al juez descartarla fácilmente y a la posibilidad de reserva que el propio Convenio establece en su art. 22, dar un paso adelante en la cooperación jurídica entre los Estados, que debe encuadrarse dentro de la tendencia hacia la materialización del Derecho Internacional Privado⁸, aunque ese derecho material especial de las relaciones internacionales del que son exponente las normas imperativas en cuanto normas materiales de aplicación necesaria, «*nunca podrá sustituir*

5 «Positiviza» pero no lo origina: aunque no se podrían impedir diversas interpretaciones en los distintos Estados en los que el art. 7 esté en vigor, su mera existencia reduce considerablemente los inconvenientes derivados de la ausencia de toda referencia a la cuestión en el Derecho positivo vigente. Vid. Calvo Caravaca, A. L. en Guardans Cambó, I.: *Contrato internacional y derecho imperativo extranjero*, Pamplona, 1992, p. 12.

6 Sobre las diferencias entre seguridad jurídica y seguridad del tráfico —referidas respectivamente al titular del derecho subjetivo y al adquirente del mismo— desde el punto de vista de la eficiencia de las normas, vid. Paz-Ares, C.: «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», en *Revista de Derecho Mercantil*, n^º 175-176, enero-junio de 1985, pp. 7 y ss., en particular pp. 19 a 27. Partimos también aquí, de la idea del limitado rol del Estado en la sociedad liberal construida sobre los principios de neutralidad y racionalidad normativa tal y como lo concibe Bruce Ackerman en su libro *La justicia social en el Estado liberal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. En concreto, pp. 37 y 43.

7. Vid. Pérez Beviá, J. A.: «Disposiciones imperativas y leyes de policía en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», en *R.E.D.I.*, 1982, vol. XXXIV, n^º 1, p. 101.

8 Partiendo de este mismo punto de vista el prof. Lagarde calificaba la disposición contenida en el art. 7,1 del Convenio de Roma de «progresista». Vid. *Ann. Suisse Dr. Int.* 1979, p. 88.

a la norma de conflicto, nunca podrá prescindir de una idea de conexión especial»⁹; y así ocurre en efecto, en el caso de estas cláusulas judiciales, donde la aplicabilidad de la norma imperativa al caso concreto siempre presupone la existencia de una vinculación, estrecha, entre la situación jurídica y la legislación en la que está contenido ese «*ius speciale*»¹⁰.

Sin duda tomando como punto de referencia la promulgación de esta disposición en el ámbito contractual el legislador comunitario posibilita de nuevo la aplicación de las normas imperativas de un ordenamiento jurídico vinculado con el litigio y distinto del foro y del Estado al que pertenece la «*lex causae*», en otros dos sectores importantes de la vida económica de la Comunidad como son la protección del consumidor o la del mercado bursátil, intentando con ello lograr un equilibrio entre libertad contractual y autoridad del Estado, que corresponde al juez establecer, tal y como se consagra en el propio art. 7,1 del Convenio de Roma¹¹. Por otra parte, también en el seno de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, el realismo más elemental ha motivado que en los trabajos realizados en materia de relaciones de carácter económico, en particular los que pretenden la codificación de las normas de conflicto en este campo, se recojan, junto a la norma de conflicto, ciertas categorías de disposiciones cuya aplicación resulta obligada y perfectamente legítima¹².

La inclusión en los diferentes ordenamientos jurídicos de estas normas, unilaterales, que deben ser aplicadas con independencia del derecho que regule la situación jurídica esto es, cualquiera que sea la ley designada por la norma de conflicto, a través de las que el Estado protege los intereses que considera fundamentales, resulta particularmente clara en los contra-

9 Vid. Ferrer-Correia, A.: *¿Nuevos rumbos para el Derecho Internacional Privado?*. Cuadernos de la Cátedra «J.B. Scott». Universidad de Valladolid, 1978, p. 34.

10 Debe tratarse de un vínculo «*real*», no eventual. Desde este punto de vista el Informe que acompaña al Convenio cita como ejemplos de vínculos de esta naturaleza, los existentes entre el contrato y el lugar donde éste deba ejecutarse o entre aquél y el país donde una de las partes tuviera su residencia; vid. Giuliano/Lagarde: Rapport concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, DOCE N^o C 282 de 31 de octubre de 1980, p. 27.

11 En general toda la estructura del Convenio de Roma de 1980 expresa la tensión dialéctica entre el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes en un contrato y el respeto de la autoridad estatal, que se manifiesta precisamente en la aplicación de las disposiciones materiales imperativas. Vid. González Campos, J. D.: «Cuestiones de Derecho Internacional Privado en las Comunidades Europeas», en *I Symposium sobre España y las Comunidades Europeas*. Facultad de Derecho de Valladolid. Departamento de Derecho Internacional. Valladolid, 1982, pp. 126 a 128.

12 La inclusión en los distintos Convenios de la Conferencia de La Haya de estas disposiciones imperativas responde a lo que Jacquet denomina «*el arte de la moderación*», en base al cual el codificador internacional, que debe elaborar convenios que constituyan conjuntos homogéneos susceptibles de integrarse en ordenamientos jurídicos internos de los Estados contratantes, cuida de ciertos intereses y particularidades nacionales: los representados por las disposiciones imperativas de aplicación necesaria. Vid. Jacquet, J. M.: «Aperçu de l'oeuvre de la Conférence de La Haye de droit international privé dans le domaine économique», en *J.D.I.*, 1994, pp. 36 y 54.

tos celebrados con consumidores, caracterizados por la presencia de una parte económicamente más débil y por ello especialmente necesitada de protección, mediante la promulgación de normas especiales que, incidiendo directamente sobre la relación interna de los contratantes, tutelan a esa parte más débil. De esta tendencia se hace eco el legislador comunitario, en general en el propio Tratado de la Unión Europea al introducir la política de protección de los consumidores en su art. G 129A, y en particular mediante la promulgación de la Directiva 93/13 de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores¹³, cuyo art. 6 extiende la aplicación de las disposiciones imperativas de la propia Directiva incluso a los contratos sometidos a la legislación de un Estado no miembro de la Comunidad.

Junto a ello, otra manifestación típica del fenómeno de intervención estatal lo constituyen las normas que protegen el modelo económico constitucional, basado en el mercado y la libre competencia. Es el caso de la regulación del mercado bursátil, constituida por normas de carácter imperativo que cumplen una función básicamente institucional; no operan sobre el contrato a causa de la relación interna entre las partes, como en el supuesto anterior, sino a causa de sus eventuales efectos externos, en concreto, sobre la economía del país¹⁴. En este ámbito es preciso tener igualmente presente la incidencia de la Comunidad en los diferentes sistemas de Derecho Internacional Privado de los Estados miembros sobre la base de la «globalización de los mercados nacionales y del desarrollo de áreas de integración económica y política que están acabando con los modelos de Constitución económica de los Estados-nación diseñados a partir de fórmulas y reglas abiertas en un contexto de economía de libre mercado»¹⁵. Desde este punto de vista interesa igualmente el estudio de la Directiva 85/611 por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM)¹⁶, así como el de la Directiva 89/592 sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada¹⁷, por cuanto establecen normas imperativas

13 Vid. DOCE N^o L95 de 21 de abril de 1993, pp. 29 y ss.

14 Vid. Virgós Soriano, M. en González Campos, J. D. y otros: *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Madrid, 1993, p. 265. En este sector la toma en consideración de disposiciones imperativas extranjeras, en el sentido del art. 7,1 del Convenio de Roma, sobre transacciones bursátiles, podría ser «un medio para desalentar a las jurisdicciones de los países que dictan tales reglas de extender demasiado su competencia»; vid. Von Overbeck, A. E.: «Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents», en *Rec. des C. 1982-III*, t. 176, p. 185.

15 Vid. Adrián Arnáiz, A. J.: «Las relaciones entre los ordenamientos nacional y comunitario». Ponencia presentada en las XVI Jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado sobre la Constitución española y el ordenamiento comunitario europeo (I). Madrid, diciembre de 1993. En Prensa.

16 Vid. DOCE N^o L375 de 31 de diciembre de 1985, pp. 3 y ss.

17 Vid. DOCE N^o L334 de 18 de noviembre de 1989, pp. 30 y ss.

por las que se ordena el planteamiento del mercado bursátil en el interior de los Estados miembros de la Comunidad Europea.

B) SOBRE LA APLICABILIDAD DE LAS DISPOSICIONES IMPERATIVAS EXTRANJERAS POR EL JUEZ DEL FORO

En general, no se plantea ningún problema cuando se trata de aplicar las normas imperativas del foro, por las que el juez está obligado: el juez debe obedecer a su legislador, que hace prevalecer la aplicación de la «*ley de policía*» —de aplicación inmediata— sobre la ley designada por sus propias normas de conflicto¹⁸. La cuestión se vuelve controvertida cuando de lo que se trata es de aplicar las normas imperativas extranjeras, ya pertenezcan a la «*lex causae*», o a un tercer Estado vinculado con la situación jurídica, distinto del designado por la norma de conflicto del foro. En efecto, si la norma de conflicto del foro conlleva la aplicación de una ley extranjera a una determinada relación jurídica, esta designación no puede tener por objeto más que las normas de derecho privado material, con excepción por tanto de las «*leyes de policía*», cuyo ámbito de aplicación se determina en función de los objetivos de organización estatal que reflejan¹⁹; por tanto la aplicación de las normas imperativas que pertenecen a la «*lex causae*», sólo puede derivar de la existencia de una disposición expresa que así lo permita²⁰. El art. 7 del Convenio de Roma guarda absoluto silencio sobre la aplicabilidad de las normas imperativas de un Estado extranjero cuyo derecho material es declarado aplicable a la situación jurí-

18 Vid. Mayer, P.: «Les lois de police étrangères», en *J.D.I.*, 1982, p. 306; y von Overbedk, A. E.: «Les questions générales...», cit., p. 178. La filosofía que subyace en la «ley de policía» es la de aplicarse inmediatamente, al margen de toda intervención de la norma de conflicto, tal y como se deduce de la propia literalidad del art. 7,2 del Convenio de Roma, en el que sin embargo no se contiene ninguna definición o criterio, para localizar esas leyes de policía en el ordenamiento interno, de forma que cada juez estatal se verá obligado a indagar en su propio sistema jurídico sobre el carácter imperativo de cada disposición; en este sentido vid. Gaudemet-Tallon, H.: «Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles», en *Rev. trim. dr. eur.*, 1989, p. 17.

19 Vid. Struycken, A. V. M.: «Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé», en *R. des C. 1992-I*, t. 232, p. 370. En Alemania se utiliza la expresión, afortunada, de «*Sonderanknüpfung*» —conexión especial, excepcional— para referirse a las leyes de policía en general, con lo que se evita este problema; vid. Vischer, F.: «General Cours on Private International Law», en *R. des C. 1992-I*, t. 232, p. 168.

20 La disposición más clara en este sentido está contenida en el art. 15 del Convenio de La Haya de 1985 relativo a la ley aplicable al trust, por el que se permite de manera expresa la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley designada por las normas de conflicto del foro en las materias que enumera. En particular sobre este Convenio, vid. Jauffret-Spinosi, C.: «La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1.^{er} juillet, 1987)», en *J.D.I.* 1987, pp. 23 y ss.; y Beraudo, J. R.: «La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance», en *Trav. Com. fr. dip. 1985-86*, pp. 21 y ss.

dica por la norma de conflicto; aunque quizás la laguna podría cubrirse, aplicando por analogía lo dispuesto en el apartado 1^o de dicho artículo sobre las leyes de policía de un tercer Estado²¹.

Si entendemos que la «*ley de policía*» tiene un carácter de orden público positivo, de ley de orden público, a los ojos del Estado extranjero que la dicta²², cuando el Estado del foro da efecto a la ley de policía extranjera, no lo hace porque esté obligado a respetar el orden público extranjero, sino por un espíritu de colaboración internacional²³. Aunque inicialmente los tribunales no consideraban las leyes de policía (normas imperativas) extranjeras, al entender que eran inaplicables por naturaleza en tanto que leyes de derecho público o leyes políticas, este dogma de la territorialidad quiebra actualmente, tras haber sido condenado por el Instituto de Derecho Internacional, en 1954 para las leyes políticas y en 1975 para las leyes de derecho público²⁴.

Resulta necesario determinar, con carácter previo, el significado y alcance que tales disposiciones tienen en Derecho Internacional Privado²⁵. Efectivamente, junto a la norma de conflicto —técnica de reglamentación indirecta— existen otras normas, unilaterales, de aplicación directa que condicionan, limitan o complementan el juego de aquéllas. Estas normas reciben diferentes denominaciones según los autores y dependiendo de que lo que pretendan enfatizar sea su naturaleza imperativa o su ámbito de aplicación. De esta forma, se habla indistintamente de «*normas de aplicación necesaria*», «*normas materiales imperativas*», «*leyes de policía*»,

21 Sin embargo, algunos autores defienden que la no aplicación de las disposiciones imperativas que pertenecen a la «*lex causae*», supondría una desnaturalización de la propia norma de conflicto. En este sentido, vid. Von Overbeck, A. E.: «Les questions générales...», cit., 178; y Miaja de la Muela: «El derecho público extranjero en el tráfico privado internacional», en *R.E.D.I.*, 1972, vol. XXV, n^o 1-4, pp. 254 y 274.

22 Vid. García Rodríguez, I.: «Derecho aplicable y orden público comunitario», en *R.I.E.*, 1993, vol. 20, n^o 3, p. 931.

23 Vid. Von Overbeck, A. E.: «Les questions générales...», cit., p. 179 y Virgós Soriano, M. en González Campos, J. D. y otros: *Derecho Internacional...*, cit., p. 271.

24 Vid. Mayer, P.: «Les lois de police...», cit., p. 278; y Carrillo Salcedo, J. A.: *Derecho Internacional Privado*, 3^a ed., Madrid, 1983, pp. 34 y 35. De hecho, en el Preámbulo de las dos resoluciones de Wiesbaden se afirma que esta evolución hacia la aplicabilidad de las normas imperativas extranjeras se inscribe en «*los cambios producidos en los hechos y en las ideas en cuanto al papel del Estado en la reglamentación y la protección de los intereses de los individuos y la gestión de la economía*». La resolución del Instituto de Derecho Internacional aparece publicada en l'Annuaire de l'Institut de Droit International, vol. 56, 1975, pp. 550-553.

25 Tal y como señalaba Franciscakis —el principal promotor del método de las leyes de policía en la doctrina francesa— «hay que comenzar por reflexionar sobre la naturaleza de estas leyes en nuestro propio sistema. Esta naturaleza nos iluminará sobre la suerte que debe reservarse a las leyes extranjeras del mismo tipo. Vid. Franciscakis, Ph.: «Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflict», en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, p. 12.

etc.²⁶. Cualquiera que sea la terminología utilizada para referirse a estas disposiciones, debemos partir de la consideración de las leyes de policía como una determinada categoría de normas en virtud de su método de aplicación (directo o inmediato y necesario), no de su contenido (de derecho público o de derecho privado), y ello porque la aplicación inmediata del derecho material extranjero puede ser tanto de derecho público como de derecho privado²⁷. El verdadero planteamiento de la cuestión no debe ser por tanto el de la calificación de la regla como pública o privada para hacer depender de ello su aplicabilidad, sino atender al mecanismo de funcionamiento de la propia norma.

Es cierto que el límite al empleo generalizado de la norma de conflicto inicialmente ha venido dado por la división tradicional entre derecho público y derecho privado, de forma tal que se asocia a la norma de conflicto con el derecho privado, mientras que la incidencia internacional del derecho público se conecta con un procedimiento diferente, según el cual cada Estado determina el ámbito de aplicación de sus propias leyes de derecho público. Sin embargo, la correspondencia de esta construcción doctrinal con la práctica contemporánea ha sido claramente superada. En primer lugar, y fundamentalmente, porque la distinción derecho público-derecho privado resulta del todo incierta y carente de utilidad en el derecho interno, y sería equivocado preservar esta distinción e incluso intensificarla en el Derecho Internacional Privado²⁸; y en segundo lugar, porque los supuestos que se sitúan «a caballo» entre ambas ramas del derecho se han multiplicado y obligan a conjugar reglas privatísticas con otras que pueden ser calificadas como administrativas²⁹: se trata de aquellos supues-

26 Resulta significativo observar cómo el art. 7 del Convenio de Roma en su apdo. 2º, al disponer la aplicación de las leyes del país del juez que regulen imperativamente la situación cualquiera que sea la ley aplicable al contrato, no contiene el término «leyes de policía» (salvo en el título general del propio art. 7), lo que evita tener que distinguir entre «leyes de policía», «normas imperativas internacionales» o «leyes de derecho público». Sobre esta observación, vid. Foyer, J.: «Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 9 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles», en *J.D.I.*, 1991, nº 3, p. 629.

27 Vid. Marín López, A.: «Las normas de aplicación necesaria en el Derecho Internacional Privado», en *R.E.D.I.*, vol. XXIII, 1970, p. 34; Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Curso de Derecho Internacional...*, cit., p. 407; Sperdutti, G.: «Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public», en *Rev. crit. dr. int.* 1977, p. 264; *ibidem* «Droit international privé et droit public étranger», en *J.D.I.* 1977, pp. 9 y 10; y Lalive, P.: «Le droit public étranger et le droit international privé», en *Trav. Com. fr. dip.*, 1973-1975, p. 216.

28 Vid. Francescakis, Ph.: «Lois d'application immédiate et règles de conflit», en *Riv. dir. intr. pr. e proc.*, 1967, p. 695 y Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Curso de Derecho Internacional...*, cit., p. 491.

29 Tanto en los trabajos de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya posteriores a la segunda Guerra Mundial como en las concepciones doctrinales de la misma etapa, se observa una clara tendencia hacia la ampliación del ámbito del DIPr., hasta entonces reducido al planteamiento del conflicto de leyes; uno de los factores conducentes a superar aquella limitación de enfoque lo constituye precisamente la intensificación progresiva de la intervención del Estado en determinados aspectos de las relaciones huma-

tos que reflejan la impronta de la intervención del derecho público en sectores tradicionalmente sometidos al derecho privado³⁰. Para estos supuestos, la práctica internacional razona de la misma forma que para el derecho público, procediendo mediante la determinación unilateral del ámbito de aplicación de las normas, al margen de toda concurrencia con las leyes extranjeras³¹; la reglamentación directa es pues el cauce preferido de la intervención del Estado en la actividad de los particulares³².

Finalmente, es importante señalar que no toda norma imperativa que lo es en el Derecho interno, tiene ese mismo carácter en el orden internacional. En efecto, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, cuando hablamos de normas imperativas, lo hacemos sólo respecto de aquellas normas que cumplen una función social de tal importancia que ésta no puede ser sacrificada ni siquiera en las situaciones jurídicas internacionales³³; porque lo que subyace en el fondo de estas disposiciones es el fenómeno de organización estatal que pretenden salvaguardar y tienen por ello necesidad de un ámbito de aplicación que asegure su eficacia³⁴. Se trata de ciertas normas de imperatividad reforzada, «*doblemente imperativas*» en palabras del prof. VIRGOS SORIANO³⁵; es a estas normas a las que el Convenio de Roma se refiere con el término «*leyes de policía*». Estamos ante disposiciones que asumen una función especial: por medio de ellas el Estado manifiesta que no se contenta con asegurar la regulación de las relaciones sociales entre los particulares, sino que debe orientar, intervenir e incluso dirigir esas actividades³⁶.

Partiremos para nuestro análisis de la distinción entre las normas imperativas, según que defiendan un interés estatal o colectivo como es el caso de las Directivas comunitarias sobre la regulación de determinados aspectos del mercado bursátil, integradas fundamentalmente por disposiciones más propias del derecho administrativo, de naturaleza pública, y normas

nas tradicionalmente encuadrados en el derecho privado; vid. Miaja de la Muela, A.: «El derecho público extranjero...», cit., pp. 247 y 248.

30. Podemos hablar aquí de la incidencia de lo que Schultsz denominaba «*règles de planning*»: aquellas en que interfiere el Estado, ya sea para tutelar intereses privados, ya sea en su propio interés; vid. Schlustz, J. C.: «Les lois de police étrangères», en *Trav. com. fr. dip.*, 1982-83, p. 42.

31. Vid. Francescakis, Ph.: «Lois d'application immédiate...», cit., p. 695; *ibidem* «Quelques précisions...», cit., p. 15; y Mayer, P.: «Les lois de police...», cit., p. 301.

32. Vid. Virgós Soriano, M. en González Campos, J. D. y otros: *Curso de Derecho Internacional*, cit., p. 265. Sobre la interferencia de los instrumentos del derecho público en el orden económico, vid. Vischer, F.: «General Cours...», cit., pp. 150 y 151.

33. Vid. de Winter, citado por Schultsz, J. C.: «Les lois de police...», cit., p. 42.

34. Vid. Francescakis, Ph.: «Lois d'application immédiate...», cit., p. 697; *Ibidem* «Quelques précisions sur les lois...», cit., p. 66.

35. Vid. Virgós Soriano, M.: «Obligaciones contractuales», en González Campos, J. D. y otros: *Derecho Internacional...*, cit., p. 265.

36. Vid. Jacquet, J. M.: «La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international», en *J.D.I.*, 1985, p. 343.

imperativas cuyo objetivo es la corrección de los desequilibrios en las relaciones entre los particulares por las que el legislador interfiere en la relación privada pero sin llegar a salir del todo de los principios característicos y los métodos propios del derecho privado, a las que nos referiremos como normas imperativas de tutela de intereses privados, en concreto de los intereses de los consumidores frente a las cláusulas abusivas incluídas en los contratos -fundamentalmente de adhesión- en los que aparecen como la parte económicamente más débil³⁷.

2. LAS NORMAS IMPERATIVAS QUE TUTELAN AL CONSUMIDOR EN LA DIRECTIVA COMUNITARIA SOBRE CLAUSULA ABUSIVAS

La legislación sobre consumidores está constituida básicamente por normas imperativas que pretenden la tutela de intereses privados, en particular de los intereses de quien se presenta como la parte contractualmente más débil, el consumidor, cuya posición de adquirente de un bien para su uso particular se define por relación a un titular del derecho —de propiedad— que actúa en el marco de la posición de superioridad que le confiere su carácter de profesional³⁸; estas normas contienen un importante ingrediente de intervención estatal, aunque «*a priori*» podrían ser calificadas como normas de derecho privado, en cuanto tratan de regular una relación entre particulares, lo que las diferencia de las normas que se dirigen a la

37. Tomamos del prof. Guardans Cambó, la clasificación de las normas imperativas en función de los intereses que tutelan; desde este punto de vista distingue la legislación imperativa dictada en interés del Estado (Derecho público de la economía), de las normas imperativas que tutelan intereses privados. Vid. *Contrato internacional...*, cit., pp. 230 y ss.

38. La propia Directiva define al consumidor como «*toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su voluntad*» (art. 2,b). La noción de consumidor queda también delimitada por la definición que el art. 5 del Convenio de Roma de 1980 establece para los contratos celebrados por consumidores a los que define como aquellos que «*tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros*». Igualmente, el modelo de protección diseñado por el Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE Nº C189/3 de 28 de julio de 1990) —arts. 13 a 15— parte de una noción precisa del contrato de consumidores, vinculando la existencia de este tipo de relación contractual a la participación en el mismo de una parte débil —el consumidor— que por sus circunstancias personales y económicas, es merecedora de protección. Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha precisado el significado del concepto de «consumidor» en su sentencia de 19 de enero de 1993 en el asunto 89/91 Shearson Lehmann Hutton Inc. c. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH. Sobre la noción de consumidor contenida en el Convenio de Bruselas tal y como ha sido interpretada por el TJCE, vid. Esplugues Mota, C. A.: «Noción de Consumidor. Delimitación de la misma en el artículo 13 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», en *Comunidad Europea Aranzadi*, Año XX, nº 12, Dic. 1993, pp. 31 y ss.

tutela de intereses públicos, de la colectividad en cuanto tal (como es el caso de las normas sobre el mercado bursátil). Los contratos de consumidores constituyen por tanto, el prototipo de relaciones entre particulares en las que el Estado interviene para proteger los intereses privados de una parte de la relación contractual³⁹. En términos generales, la legislación relativa a las relaciones de consumo se mueve en cuatro grandes áreas⁴⁰: regulación del mercado; el derecho de los contratos, la responsabilidad civil y las reglas de competencia judicial. En materia contractual —que es la que aquí nos interesa— el Derecho de Consumo ha introducido en el ámbito interno una gran cantidad de normas imperativas que persiguen aquella finalidad protectora que justifica la intervención del Estado, intervención que en el Derecho interno español adquiere incluso rango constitucional a través de la obligación que el art. 51 CE impone a los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios y que nuestro legislador lleva a cabo mediante la promulgación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁴¹.

Esta política legislativa del derecho interno se refleja igualmente en el Derecho Internacional Privado, en el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad, principio universalmente admitido en el ámbito contractual y exigido por los propios intereses del comercio internacional⁴², pero que debe quebrar en el caso de los contratos de consumidores, especialmente en los denominados contratos de adhesión, donde la parte más poderosa de la relación contractual estipula de forma unilateral las condiciones que más le benefician ofreciéndose al consumidor bajo la máxima de «o lo toma o lo deja»⁴³. Por otra parte hay que tener en cuenta que las disposiciones que protegen al consumidor en el ámbito interno no tendrían ninguna validez práctica en el comercio internacional si, en virtud

39 En el mismo sentido se pronuncia el prof. Adrián Arnáiz, para quien «la consolidación del derecho del Estado social penetra en los presupuestos de base del sistema conflictual». Vid. Adrián Arnáiz, A. J.: «La protección de los consumidores en el tráfico internacional: la Ley 26/1984 de 18 de julio y los problemas derivados del tráfico externo», en *Anales de estudios Económicos y Empresariales*, 1990, nº 5, p. 249.

40 Vid. Guardans Cambo, I.: *Contraton internacional...*, cit., p. 319.

41 Para un análisis de esta ley desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado y en particular sobre la dimensión legislativa de la protección de los consumidores en el ámbito de nuestra asignatura, vid. Adrián Arnáiz, A. J.: «La protección de los consumidores...», cit., pp. 254 y ss.

42. Sobre el significado y alcance del principio de autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado y en particular sobre la distinción entre autonomía material y autonomía conflictual, vid. Virgós Soriano, M. en González Campos, J. D. y otros: *Derecho Internacional...*, cit., pp. 202 y ss.

43. El consumidor se limita a firmar un contrato previa y unilateralmente redactado por el titular del bien, sin más posibilidades que las de aceptar las condiciones que generalmente se le imponen en la contratación, si quiere adquirir el bien de que se trata. Vid. Alfaro Aguila Real, J.: *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, 1^a ed., pp. 252 y ss.

de las normas de Derecho Internacional Privado por las que se determina el derecho aplicable a la cuestión litigiosa, pudiera hacerse caso omiso de su contenido porque en defecto de elección, la ley estableciera como punto de conexión subsidiario la aplicación de la ley del país del establecimiento del vendedor o del prestatario del servicio en cuanto parte que realiza la prestación característica, tal y como establece con carácter general para las obligaciones contractuales el art. 4 del Convenio de Roma.

Resulta por tanto necesario buscar una forma de determinar el derecho aplicable a esta clase de contratos acorde con su particular naturaleza, es decir, una respuesta adecuada del Derecho Internacional Privado que tutele los intereses de los consumidores en los contratos internacionales, que tenga presente junto a los intereses particulares, los intereses del comercio internacional, lo que exige una consideración suficiente del derecho extranjero y aboga por la búsqueda de una armonía internacional de soluciones⁴⁴.

El debate ha girado en torno a estos dos aspectos: el establecimiento de un punto de conexión objetivo que permita la aplicación de la ley más protectora para el consumidor y la determinación del papel que debe jugar la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable. En cuanto al primer punto, la doctrina se inclina por conectar el contrato con el ordenamiento perteneciente al medio social y jurídico en el que se desenvuelve el consumidor⁴⁵. Desde este punto de vista, los contratos de consumidores han constituido un claro exponente de la tendencia hacia la orientación material de la norma de conflicto mediante la toma en consideración de intereses materiales en la propia norma, a través de la aplicación de la ley más familiar a la persona a la que se quiere proteger, es decir la ley perteneciente al medio socio-jurídico en el cual se desenvuelve el consumidor y cuyo conocimiento se revela por lo general más plausible y menos gravoso para él⁴⁶. En los contratos de consumidores se considera que esta ley es la de la residencia habitual del consumidor⁴⁷. Pero tratándose de contratos,

44 Sobre los intereses, valores y objetivos de política legislativa en la selección del derecho aplicable, vid. Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lozano, S.: *Curso de Derecho Internacional...*, cit., pp. 388 y ss.

45. Sobre la protección de la parte débil en el ámbito contractual, vid. Pocar, F.: «La protection de la partie faible en droit international privé», en *Rec. des C.*, 1984-V, t. 188, pp. 362 y ss.

46 No se pretende la aplicación en este supuesto de la ley que presente los vínculos más estrechos por las dificultades que de ello pueden derivar en la medida en que este punto de conexión flexible, designa leyes diferentes según se tome en consideración al comprador —consumidor— o al vendedor —parte que realiza la prestación característica—. Vid. Overbeck, A. E.: «Les questions générales...», cit., p. 75.

47 Así lo han puesto de manifiesto el Convenio de Roma —art. 5—, o la Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987 —art. 120— (texto publicado en *Le nouveau droit international privé suisse. (Travaux des Journées d'étude organisées par le Centre du droit de l'entreprise les 9 et 10 octobre 1987 à l'Université de Lausanne)*. Lausana, 1989, pp. 267 y ss.

donde el reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad alcanza su máxima expresión, la conexión objetiva con la ley de la residencia habitual del consumidor no es suficiente para conseguir aquella finalidad protectora: la tutela del consumidor resultaría ficticia si pudiera ser privado de la protección que le confiere esta ley por el juego del principio de autonomía de la voluntad, que en este supuesto operaría bajo la forma de una condición general de la contratación unilateralmente dispuesta por la parte económicamente más fuerte del contrato⁴⁸. Para ello, la mayor parte de los textos legislativos, prescriben la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley de la residencia habitual, como límite a la elección por las partes del derecho aplicable⁴⁹.

Siguiendo esta misma tendencia de limitación de la autonomía conflictual en aras de una tutela efectiva de los intereses del consumidor en el ámbito internacional, el art. 6 de la Directiva sobre cláusulas abusivas dispone que *«los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad»*⁵⁰. Reconoce por tanto el legislador comunitario, como no podía ser de otro modo, la primacía de la ley elegida por las partes sobre cualquier otro punto de conexión al admitir la posibilidad de que el contrato quede sometido a una ley de un tercer Estado, pero limita el juego del prin-

48 En este sentido, vid. Zabalo Escudero, E.: «Aspectos jurídicos de la protección al consumidor contratante en el Derecho Internacional Privado», en *R.E.D.I.*, 1985, vol. XXXVII, nº 1, pp. 114 y 122.

49 Vid. Overbeck, A. E.: «Les questions générales...», cit., p. 76. Esta es la solución dada por el art. 5 del Convenio de Roma que, además de establecer la aplicación subsidiaria de la ley de la residencia habitual del consumidor si concurren determinadas circunstancias que indican una especial vinculación del contrato con ese Estado, dispone que, en caso de elección, ésta no podrá vulnerar las disposiciones imperativas de dicho Estado si concurren las mismas circunstancias. Por su parte la Conferencia de La Haya adoptó un texto sobre la ley aplicable a ciertas ventas de consumidores inspirado en principios prácticamente idénticos a los del Convenio CEE (arts. 6 y 7) pero sin condicionar a ningún requisito la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley de la residencia habitual del consumidor regulando así todos los supuestos prácticos posibles en los que es necesaria igualmente la tutela del consumidor y que no cubre el Convenio de Roma; vid. Conférence de La Haye de DIPr. Actes et Documents de la XIV Session (1980), t. II. La Haye, 1982, pp. 177 y ss.

50 Esta incidencia de las formas de protección legislativa del consumidor en los sistemas estatales de DIPr. incide en la visión del legislador comunitario y viene a completar el proceso iniciado por las instituciones de la CE que, en repetidas ocasiones se han planteado la necesidad de establecer mecanismos que permitan a los Consumidores injustamente perjudicados en sus intereses el acudir a la justicia para ver reparada su situación. En este sentido pueden citarse la Comunicación de la Comisión sobre el acceso de los consumidores a la justicia (Doc. COM [87] 210 final. Bruselas, 7 de mayo de 1987) y la Resolución (87/C 176/02) del Consejo de 25 de junio de 1987 sobre el acceso de los consumidores a la justicia (DOCE C 176, de 4 de julio de 1987).

cipio de autonomía conflictual por la aplicación imperativa de las disposiciones comunitarias que prohíben las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores en el ámbito de la Comunidad. La protección del consumidor, se justifica no sólo por el contenido abusivo de las cláusulas sobre las que el consumidor no puede influir y que forman parte del contrato, sino por referencia al profesional con el que contrata y al que corresponde la elaboración previa y unilateral de tales cláusulas (art. 2,c)⁵¹.

La redacción del art. 6 de la Directiva que parece coincidir íntegramente con el art. 7,1 del Convenio de Roma, induce a pensar que de nuevo nos encontramos ante las denominadas «*leyes de policía*». Aparentemente lo que la Directiva prescribe es la aplicación, a un contrato sometido a una ley extranjera, del derecho de un tercer Estado estrechamente vinculado con dicho contrato, con lo que parecen cumplirse todos los elementos integrantes de aquella disposición. Sin embargo, lo que en realidad establece el legislador comunitario en este supuesto, no es la aplicación del derecho de un tercer Estado, sino del Derecho privado comunitario, tal y como ha sido unificado en la propia Directiva⁵², esto es de las disposiciones que prohíben en un contrato celebrado con consumidores, aquellas «*cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente (...)*⁵³, si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato» (art. 3,1 de la Directiva)⁵⁴. No se trata por

51 A diferencia del art. 5 del Convenio de Roma y del art. 13 del Convenio de Bruselas de 1968, donde se omite toda referencia expresa al cocontratante del consumidor, la Directiva sobre cláusulas abusivas define al profesional como «*toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva actúe dentro del marco de su actividad profesional ya sea pública o privada*». De la misma forma el Proyecto de Convenio de La Haya de 1980 sobre ley aplicable a ciertas ventas a los consumidores, al delimitar su ámbito de aplicación lo hace por referencia a un vendedor que actúe en el cuadro de su actividad comercial o profesional (art. 1).

52 Sobre las fuentes del Derecho privado comunitario, y en particular sobre el papel de la Directiva como instrumento de coordinación y de armonización de los derechos privados nacionales, vid. Struycken, A.V.M.: «*Les consequences de l'intégration européenne...*», cit., pp. 288-290.

53 El art. 3,2 de la Directiva establece que «*se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión*». Además, el profesional que afirme que una cláusula de las que el art. 3,2 define como abusiva, se ha negociado individualmente, asumirá plenamente —de acuerdo con lo dispuesto en el mismo art. 3,2— la carga de la prueba.

54 En otras palabras, en virtud del art. 7,1 del Convenio de Roma, los tribunales de un país (A) que conozcan de un contrato sometido a la ley de otro país (B), podrían dar efecto a las disposiciones imperativas de un tercer Estado (C) con el que el contrato presente los vínculos más estrechos. Por contra, el art. 6 de la Directiva 93/13 describe una situación sustancialmente diferente: los tribunales de un Estado miembro de la Comunidad (A) aplicarán a un contrato sometido al derecho de un Estado no comunitario (B) las disposiciones imperativas sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores vigentes en todo el territorio comunitario, tal y como han sido unificadas por la propia Directiva..

tanto de estudiar la aplicabilidad de las disposiciones imperativas de un tercer Estado, sino la de una norma de Derecho privado comunitario que unifica el Derecho de los Estados miembros en una concreta materia, la prohibición de cláusulas abusivas, tal y como han sido definidas, en los contratos celebrados con consumidores.

El art. 6, al exigir a los Estados miembros la adopción de medidas que garanticen el cumplimiento efectivo de las normas de Derecho privado por las que se prohíben aquellas cláusulas, no hace sino poner de manifiesto la repercusión que la integración en la CE tiene en la configuración de los sistemas de Derecho Internacional Privado de los Estados miembros⁵⁵; repercusión que se deja sentir de forma particular en este sector, el del derecho aplicable, generando un sistema de Derecho Internacional Privado intracomunitario que se erige por encima de cada sistema estatal de DIPr., con autonomía propia, en especial respecto a las fuentes normativas. En concreto, y en el supuesto que estamos estudiando, es la directiva el cauce jurídico utilizado por el legislador comunitario para introducir estas normas materiales que resultan imperativas en el sentido de Derecho Internacional Privado, mediante lo dispuesto por el art. 6 de la norma comunitaria; la utilización de esta técnica normativa que únicamente obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado, tal y como prescribe el art. 189 TCE, plantea serios problemas derivados de la consiguiente necesidad de su transposición al Derecho interno para que tenga eficacia jurídica directa. Es cierto efectivamente, que las directivas en general pueden ocasionar problemas en función de su diferente incorporación a los distintos ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro, o incluso de la incorrecta o en su caso, nula transposición por uno de ellos; por ello de esta circunstancia se deriva la necesidad de distinguir dos situaciones diferentes:

a) Por un lado, si la transposición llevada a cabo es correcta y uniforme en toda la CE, y en la medida en que su contenido pasa a formar parte del ordenamiento interno de cada Estado miembro, la Directiva integra la «*lex fori*» de ese Estado y se convierte en una norma imperativa del foro, aplicable con independencia de la ley que rija el fondo del asunto⁵⁶.

b) Por el contrario, si la transposición no se hubiera producido o en el supuesto de que fuera incorrecta, incluso cuando se produjeran diferencias importantes en el contenido de la normativa que en cada Estado miembro implique la incorporación de las disposiciones comunitarias, podemos ase-

55 Sobre este aspecto vid. Desantes Real, M.: «España ante el proceso de elaboración del Derecho Internacional Privado Intracomunitario», en *España y la codificación internacional del derecho internacional privado. Terceras jornadas de Derecho internacional privado*, Madrid, 1993, p. 205.

56. El Informe que acompaña al Convenio de Roma, al explicar el significado de la reserva de orden público contenida en su art. 16, parte ya de la presunción de que la expresión «orden público del foro» engloba el orden comunitario que se convierte en parte integrante del orden público de los Estados miembros de la Comunidad Europea. Vid. Giuliano/Lagarde: *Rapport concernant...*, cit., p. 37.

gurar la aplicación de las disposiciones imperativas de que se trata, si consideramos que la Directiva, por sí misma, integra una «*lex fori comunitaria*» oponible a la ley procedente de un tercer Estado⁵⁷.

En ambos casos, y si lo que el art. 6 prescribe es por tanto la aplicación imperativa de la legislación sobre cláusulas abusivas en cuanto «*lex fori*», resulta al menos significativo, por no decir sorprendente, la exigencia de un vínculo estrecho del contrato con la Comunidad, y ello por una doble razón: por un lado, porque el vínculo se presume cuando es el juez de un Estado miembro quien debe aplicar la norma comunitaria, y por otro, porque el juez del foro está obligado por sus propias normas imperativas. Desde esta doble perspectiva, el Convenio de Roma, cuando establece la aplicabilidad de las normas imperativas del foro, no la condiciona a ninguno de los requisitos a los que subordina la aplicación de la norma imperativa extranjera, limitándose a ordenar la aplicación de «*las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato*» (art. 7,2). Por tanto, el paralelismo debe establecerse entre el art. 6 de la Directiva y el art. 7,2 del Convenio de Roma; sin embargo en el marco de la Directiva sobre cláusulas abusivas no será necesaria, como ocurre en el ámbito contractual regulado por el Convenio de Roma, la investigación del juez sobre las normas que en su propio ordenamiento tienen ese carácter de «*policía*», porque la imperatividad de la normativa comunitaria se deriva del propio art. 6 y es consecuencia igualmente de la uniformización que se pretende en la CE en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

La redacción del art. 6 de la Directiva resulta por consiguiente engañosa, por cuanto de ella se deriva la existencia, que debería ser ficticia, de diferencias entre el contenido de las distintas legislaciones sobre cláusulas abusivas vigentes en el Estado al que pertenece el juez que conoce del asunto, es decir, aquél que ha de adoptar las medidas necesarias —imperativas— para garantizar la protección del consumidor frente a la inclusión de las cláusulas que hacen uso de la posición dominante del vendedor en la relación contractual, y en cualquier otro Estado miembro con el que el contrato presente otro tipo de vínculo —por ejemplo, con aquel donde el

57 Vid. García Rodríguez, I.: «Derecho aplicable y orden público...», cit., pp. 993 y 934. En cualquier caso, los particulares podrán invocar directamente el contenido de la Directiva en función de la eficacia jurídica directa que el TJCE ha venido confiriendo a esta fuente del Derecho comunitario; en este sentido vid. Galmot y Bonichot: «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la transposición de las Directivas al derecho nacional», en *Noticias CEE*, 1989, pp. 11 y ss. Por otra parte, las relaciones entre el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro y el ordenamiento jurídico comunitario se articulan a través de los principios jurisprudenciales de primacía y eficacia directa del Derecho comunitario por los que se perfila el marco constitucional del derecho institucional comunitario a través del que se inicia el proceso de constitucionalización de los tratados originarios; en este sentido, vid. Adrián Arnáiz, A. J.: «Las relaciones entre...», cit.

consumidor tiene su residencia habitual—. La existencia de tales diferencias es sin duda contraria con los objetivos propios de la Directiva que establece un contenido mínimo que las legislaciones estatales deben respetar. La norma imperativa que tutela al consumidor frente a las cláusulas abusivas adoptada en el Estado del foro en cumplimiento de las exigencias del mercado interior que prescribe la propia Directiva, coincidirá al menos en la finalidad, con la norma que haya sido adoptada en cualquier otro Estado miembro de la CE, incluido aquél que presente un vínculo estrecho, cualquiera que sea, con el contrato. De forma que, basta exigir el cumplimiento de una de las dos normas para garantizar la efectividad de la tutela dispensada por la Directiva al consumidor en los contratos de adhesión, frente a las cláusulas que mantienen el desequilibrio real de las partes en el contrato en el plano jurídico, sobre la base de su redacción unilateral y su imposición forzosa. Es por ello por lo que las medidas adoptadas por los Estados miembros para garantizar el cumplimiento de las prohibiciones contenidas en la Directiva, deberían adoptar la forma imperativa, obligando al juez a su aplicación más allá de la mera posibilidad de «dar efecto» a tales disposiciones (tal y como prescribe el art. 7,1 del Convenio de Roma).

La exigencia de este vínculo entre el contrato y el territorio de la Comunidad tendría un mayor sentido si el legislador comunitario estableciera la extensión de la protección conferida al consumidor en cada Estado miembro, no sólo por relación al mínimo exigido por la Directiva, sino respecto a una protección más elevada que, dentro del respeto al TCE, establecieran disposiciones más restrictivas. Nada impide que los Estados establezcan una regulación más tuitiva y por consiguiente más restrictiva de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, de tal forma que en la práctica -respetado el mínimo exigido por el contenido de la Directiva- podrían darse diferencias incluso sustanciales respecto al contenido de las diferentes legislaciones nacionales sobre el significado y alcance de la prohibición de este tipo de cláusulas. Si el legislador comunitario, más allá de la unificación pretendida, y en aras de lograr la mayor protección posible dentro de la CE del consumidor en las relaciones contractuales, predicara la aplicación necesaria de las disposiciones imperativas de un Estado miembro con cuyo territorio el contrato mantenga un vínculo estrecho —más protectoras que las del foro—, el art. 6 sí entraría dentro de lo que hemos venido denominando «leyes de policía» en el sentido del art. 7,1 del Convenio de Roma. En este hipotético supuesto, se plantearían un nuevo problema en el ámbito comunitario: el derivado de la obligación del Estado miembro del foro de garantizar la aplicación de una disposición imperativa extranjera, no obstante la obligación de cooperación existente entre los Estados miembros de la CE⁵⁸; sin duda esta cir-

58 El principio de cooperación del art. 5 TCE constituye junto a los principios de eficacia directa y de primacía, uno de los principios fundamentales de articulación de las rela-

cunstancia ha movido al legislador comunitario a exigir únicamente la aplicación imperativa de las disposiciones por él armonizadas, por tanto con el mismo contenido y alcance en cada uno de los Estados miembros de la Comunidad, porque en este supuesto la normativa comunitaria se impone necesariamente a todos los Estados miembros que se verán obligados a garantizar su aplicación en tanto «lex fori».

3. LAS NORMAS IMPERATIVAS DICTADAS PARA LA PROTECCION DEL MERCADO BURSÁTIL EN EL AMBITO COMUNITARIO

Bajo este epígrafe analizaremos dos Directivas comunitarias que afectan al mercado bursátil y son consecuencia de la moderna concepción funcional del derecho de sociedades y sus vinculaciones institucionales con el mercado de valores⁵⁹, en las que se contienen diversas disposiciones imperativas que el legislador comunitario dicta para la ordenación interna de la economía dentro de la CE; normas elaboradas por la Comunidad para ordenar su propio ámbito interno y que resultan englobables en la figura del Derecho económico, entendido como «*el derecho que sirve de cauce normativo al instrumento de política económica, es decir, el conjunto de normas jurídicas adoptadas para alcanzar distintas finalidades de política económica -legislación sobre precios, legislación antitrust, legislación sobre competencia desleal, (o como es el caso, legislación para la protección del mercado bursátil), etc.*»⁶⁰.

Se trata en ambos casos de disposiciones caracterizadas por su naturaleza de derecho público, dictadas en aras del interés público, de la colectividad en cuanto tal, y en las que la CE aparece como guardián del orden económico en la medida en que lo que se pretende es la protección del mercado bursátil directamente, mediante el control de las condiciones de competencia, e indirectamente, protegiendo también los intereses de los particulares. Por ello y por cuanto persiguen la consecución de la libertad

ciones de derecho material entre los ordenamientos nacionales y comunitario que opera sobre las cláusulas constitucionales materiales de orden económico relativas al comercio —público o privado— internacional: vid. Adrián Arnáiz, A. J.: «Las relaciones entre...», cit.

59 En este sentido vid. Fernández de la Gándara, L. F. y Calvo Caravaca, A. L.: *Derecho Mercantil Internacional*, Madrid, 1993, pp. 49 y ss.

60 Vid. Adrián Arnáiz, A. J.: Notas de apuntes del curso de Doctorado del Departamento de Derecho Mercantil, Derecho de Trabajo y Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de Valladolid, sobre grupos de empresa, correspondientes al curso 1993-1994. El prof. Adrián distingue además el Derecho económico del Derecho de la economía al considerar que «*el Derecho no cumple sólo la función de cauce normativo, sino que en parte conforma la propia actividad económica en cuanto determina los principios a través de los cuales deberá desarrollarse*». Desde este punto de vista el epíteto «*económico*» debe entenderse como un «*proyecto global de organización colectiva cuya puesta en práctica es más política que jurídica*», vid. Rigaux, F.: «*Droit économique et conflicts de souverainetés*», en *Rabelsz*, 1988, p. 108.

comercial en el mercado bursátil, estas normas se incluyen dentro de la categoría más amplia de normas de Derecho público económico, imperativas por consiguiente, que interfieren el normal desarrollo de las relaciones jurídicas privadas⁶¹.

Efectivamente, una característica esencial e ineludible de las normas reguladoras del mercado bursátil en general, es su imperatividad y la necesidad de control público o de supervisión de su aplicación por los diversos operadores en el mercado a cargo de un organismo público⁶³. Esta imperatividad se ve reforzada por la incidencia en la legislación española del mercado de valores, de las directivas comunitarias con las que se pretende afrontar el desafío del mercado interior prevenido en el art. 8A, lo que implica la total liberalización del mercado de capitales, consecuencia del nacimiento de instituciones y formas jurídicas de organización empresarial de carácter comunitario así como de la formación de un cuerpo de normas armonizadas con las que se pretende la eliminación de las disparidades legislativas nacionales susceptibles de perturbar el correcto funcionamiento de ese mercado⁶⁴.

A) EL ART. 44,1 DE LA DIRECTIVA 85/611 DE 20 DE DICIEMBRE DE 1985 POR LA QUE SE COORDINAN LAS DISPOSICIONES LEGALES, REGLAMENTARIAS Y ADMINISTRATIVAS SOBRE DETERMINADOS ORGANISMOS DE INVERSIÓN COLECTIVA EN VALORES MOBILIARIOS (OICVM)⁶⁵

La adopción de la Directiva sobre OICVM en 1985 constituye el primer paso en la coordinación de las disposiciones relativas a determinados organismos de inversión⁶⁶. Se trata fundamentalmente de que los organis-

61 Vid. Guardans Cambó, I.: *Contrato Internacional...*, cit., p. 256. En general, la actividad de las empresas aparece sometida a normas comunitarias imperativas que según Laurence Idot «responden a la calificación de 'leyes de policía' y cuyo objetivo es regular el mercado». Cita recogida en *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1994, p. 227.

63 De esto se deriva por ejemplo, la necesidad de autorización administrativa para el funcionamiento de las Entidades de crédito. Vid. Vicent Chuliá, F.: *Compendio de derecho Mercantil*, T. II, Barcelona, 1990, p. 380.

64 Vid. Fernández de la Gándara, L. y Calvo Caravaca, A. L.: *Derecho Mercantil Internacional...*, cit., p. 13.

65 DOCE N^o L 375 de 31 de diciembre de 1985, pp. 3 y ss. En general sobre la Directiva 85/611/CEE, vid. Tapia Hermida, A. J.: «Modificaciones en la política de inversión de los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios en el marco del Derecho comunitario y del Derecho español», en *R.D.B.B.*, 1988, n^o 2, pp. 928 y ss.; Fornies Baigorri, A.: «Sobre la Directiva del Consejo de la CEE sobre organismos de inversión colectiva en lo relativo a la política de inversión de los mismos», en *Noticias CEE*, 1989, n^o 48, pp. 61 y ss.; y Tapia Hermida, A. J. y Sánchez-Calero Guilarte, J.: «La adaptación del derecho español del mercado de valores al derecho comunitario», en *R.D.B.B.*, 1991, n^o 4, pp. 967 y ss., en especial, pp. 1003 a 1007.

66 En concreto, la Directiva comprende dentro de su ámbito de aplicación aquellos organismos con forma contractual o fundacional (fondos comunes de inversión gestionados por una sociedad) o de trust (unit trust), o bien con forma societaria o estatutaria (socieda-

mos ofrezcan sus participaciones en venta al público en la CE y que tengan por único objeto la inversión en valores mobiliarios oficialmente cotizados en bolsa o en mercados regulados de la misma naturaleza⁶⁷.

El legislador comunitario se ha visto obligado a armonizar las disposiciones reguladoras de este sector, con el fin de eliminar las alteraciones del juego de la competencia derivadas de las importantes diferencias existentes entre las legislaciones de los Estados miembros en esta materia, en particular por lo que se refiere al tratamiento y régimen de estos organismos, sobre todo respecto a la aprobación, control, estructura, actividad e informaciones que deben ser publicadas. Con ello se consigue ofrecer una protección equivalente a los partícipes, más efectiva y uniforme, y se permite que los organismos de inversión colectiva situados en un Estado miembro puedan comercializar más fácilmente sus participaciones en otro Estado miembro, con lo que se contribuye a la creación de un verdadero mercado europeo de capitales⁶⁸. Además la Directiva sobre OICVM establece por vez primera en el sector financiero, el principio del reconocimiento mutuo, en la medida en que se garantiza el que un OICVM autorizado en un Estado miembro pueda comercializar sus participaciones en otros Estados miembros de la CE sin necesidad de obtener otra autorización, siempre que cumplan los requisitos establecidos en la norma comunitaria.

El derecho comunitario deja a los Estados miembros, a través de las disposiciones de la presente Directiva, libertad para determinar las condiciones que han de reunir las Entidades de Crédito para su aprobación, pero señala sin embargo, unas condiciones generales mínimas sobre fondos

des de inversión) que tengan como objeto exclusivo la inversión en valores mobiliarios de los capitales obtenidos del público, siempre que su funcionamiento esté sometido al principio de reparto de riesgos y que sus participaciones sean, a petición de los tenedores, vueltas a comprar o reembolsadas, directa o indirectamente, a cargo de los activos de estos organismos (art. 1.2). Se excluyen por tanto los OICVM de tipo «cerrado» así como aquellos que obtengan capitales sin promover la venta de sus participaciones entre el público de la CEE o cuya venta de participaciones esté reservada por el reglamento del fondo o por los documentos constitutivos de la sociedad de inversión al público de terceros países (art. 2). Respecto a la comercialización de los fondos de inversión que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 85/611, la Comisión de la CEE ha elaborado una Propuesta de Directiva que constituye una segunda fase en el proceso de coordinación de las legislaciones nacionales por las que se rigen los organismos de inversión colectiva, mediante la inclusión de los fondos del mercado monetario y los fondos de inversión en participaciones en otros OICVM; vid. COM 93 (37) de 9 de febrero de 1993.

67 Vid. Considerando sexto de la Directiva OICVM.

68 Las disposiciones comunitarias que regulan el sistema financiero de los Estados miembros pretenden en todo caso «una actuación libre de las Instituciones en el mercado, compatible con la seguridad de los inversores, a la vez que fomentan y facilitan las relaciones de complementariedad entre los diversos mercados y activos financieros»; vid. Fornies Baigorri, A.: «Sobre la Directiva...», cit., p. 63. En el mismo sentido el Libro Blanco de 1985 señalaba, a propósito de los OICVM que «en lo que se refiere a los valores mobiliarios, la coordinación de las normas aplicables a los OICVM trata de ofrecer a los inversores una protección equivalente en lo que se refiere a las participaciones emitidas por los OICVM sea cual fuere el Estado miembro en que estos últimos tengan su sede».

propios de dichas entidades, que el legislador español recoge en el Real Decreto 1393/1990 de 2 de noviembre por el que se modifica el Reglamento de 17 de julio de 1985 de desarrollo de la Ley 26/1984 de 26 de diciembre reguladora de las inversiones colectivas y modificada por la DA 6^a de la Ley del Mercado de Valores, que trata de adaptar las normas legales del ordenamiento jurídico español en materia de Establecimientos de Crédito, al derecho comunitario⁶⁹. El legislador unifica en la Directiva 85/611 las normas reguladoras de los OICVM que operan en el interior de la Comunidad a los que somete al cumplimiento de determinadas obligaciones aplicables bien con carácter general (arts. 36 a 43), bien de forma particular a los OICVM que comercialicen sus participaciones en Estados miembros diferentes de aquellos en que están situados (arts. 44 a 52); la Directiva además, establece una serie de reglas respecto a la estructura de los fondos comunes de inversión (arts. 5 a 11), a las sociedades de inversión y su depositario (arts. 12 a 18) y a la política de inversión de los OICVM (arts. 19 a 26) así como a las obligaciones relativas a la información de los partícipes (arts. 27 a 35) y a las autoridades encargadas de la autorización y control (arts. 49 a 52).

Se configura por tanto de esta forma, un Derecho privado comunitario relativo a este aspecto del derecho bursátil, de forma que cualquier OICVM, autorizado por un Estado miembro de la CE, quedará sometido a la normativa configurada en la Directiva por la que se coordinan las disposiciones que en cada Estado miembro regulan la actuación de estas Entidades de Crédito. De nuevo el contenido de la Directiva opera como «*lex fori*», tanto si la transposición de la misma a los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado miembro ha sido correcta —en cuyo caso pasa a formar parte de la ley interna de cada Estado y opera como «*lex fori*» estatal—, cuanto si la incorporación al derecho interno no se hubiera realizado o fuera incorrecta, lo que daría lugar a la aplicación de la Directiva en cuanto «*lex fori comunitaria*», oponible frente a las normas de terceros Estados.

Sin embargo, cuando estos Organismos comercialicen sus participaciones en Estados miembros diferentes de aquéllos en que están situados, deberán respetar, tal y como prescribe el art. 44,1 «*las disposiciones lega-*

69 La regulación de las Instituciones de Inversión Colectiva y, en particular, de los OICVM arranca de la Ley de 15 de julio de 1952 sobre régimen jurídico-fiscal de las Sociedades de Inversión Mobiliaria que fue posteriormente derogada por la Ley de 26 de diciembre de 1958. Posteriormente el legislador español, hasta diciembre de 1985, ha venido dictando numerosas disposiciones que prestan atención al fenómeno de la inversión colectiva, entre las que cabe destacar el primer lugar el Decreto-Ley 10/1959 de 21 de julio por el que se autoriza la regulación de sociedades anónimas españolas cuyo objetivo exclusivo fuera la tenencia de acciones de sociedades extranjeras, regulación que se lleva a cabo por Decreto 2305/1959 de 17 de diciembre actualizado y adaptado en 1966 a la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1963. En segundo término destaca el Decreto-Ley 7/1964 de 30 de abril sobre Sociedades y Fondos de Inversión y Bolsas de comercio, normativa por la que se regulan tanto las condiciones jurídico-fiscales de las Sociedades de Inversión Mobiliaria como los Fondos de Inversión.

les, reglamentarias y administrativas en vigor en tal Estado y que no entren en el ámbito regulado por la presente Directiva». Se somete por tanto, para este concreto supuesto, la actuación de los OICVM a la ley del Estado en cuyo mercado produzcan sus efectos, abandonando así la regla tradicional de aplicación de la ley del país que presente los vínculos más estrechos (tal y como ocurre en el ámbito contractual) e incorporando el principio de los efectos en el mercado, principio que se construye sobre la idea directriz de ordenación económica, de organización del propio mercado⁷⁰. Por consiguiente, el art. 44, 1 de la Directiva sobre OICVM, contiene una norma de conflicto de leyes bilateral, con un único punto de conexión que conlleva la aplicación de la ley del Estado en cuyo mercado los OICVM despliegan sus efectos⁷¹.

Pero un análisis detallado de la norma exige distinguir dentro del propio sistema que configura de Derecho Internacional Privado comunitario, la dimensión intracomunitaria y la dimensión extracomunitaria, es decir, las relaciones de Derecho Internacional Privado ad intra y ad extra.

Por lo que se refiere a las relaciones «ad intra», producidas en el interior de la CE, el ordenamiento jurídico comunitario (la «*lex fori comunitaria*») está integrado por todos aquellos aspectos que han sido unificados por la Directiva sobre OICVM, así como por los Derechos autónomos de los Estados miembros elaborados en el desarrollo de la propia Directiva, pero no así por las disposiciones que sean de competencia exclusiva de los Estados, sobre las que el legislador comunitario no ha pretendido la unificación y a las que se refiere el art. 44,1 como aquellos aspectos «*que no entren en el ámbito regulado por la presente Directiva*»; de forma que cada Estado miembro se verá compelido a delimitar el ámbito de aplicación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que en su propio ordenamiento regulen la actuación de los OICVM situados en otro Estado miembro, por referencia a los efectos que dicha actuación produzca en su mercado, sin duda mediante la promulgación de una norma de carácter unilateral, cuya función se limite a determinar el ámbito de aplicación del Derecho de cada Estado, y ello porque las disposiciones reguladoras de la actuación de estos organismos forman parte del ordenamiento económico y explican el interés político-económico de todo Estado en fijar y controlar las condiciones bajo las que se desarrolla la lucha concurrencial de los OICVM en el mercado⁷².

70 Sobre el principio de los efectos en el mercado como punto de conexión, vid. Virgós Soriano, M.: *El comercio internacional en el nuevo derecho español de la competencia desleal*, Madrid, 1993, pp. 17 y ss.; y Guardans Cambó, I.: *Contrato Internacional...*, cit., pp. 264 y ss.

71 Karl Kreuzer se refiere a este punto de conexión, de forma simplificada, como «*derecho del mercado*»; vid. «*Lex Communis Europaea de collisione legum: utopie ou nécessité?*», en *España y la Codificación Internacional...*, cit., p. 236.

72 La formulación de esta norma unilateral en el ordenamiento interno de los Estados miembros, sería sin duda muy similar al art. 4 de nuestra Ley de Competencia Desleal de

Por otra parte la utilización del criterio de los efectos en el mercado como índice de localización de la norma contenida en el art. 44,1 de la Directiva sobre OICVM supone evitar los problemas derivados de la aplicación extraterritorial de este tipo de disposiciones imperativas por las que se ordena el funcionamiento del mercado bursátil en el interior de cada Estado miembro; es decir, se resuelve la cuestión de la posibilidad de aplicación de este tipo de disposiciones, que forman parte de la organización económica de cada país, a hechos o actos cuyos elementos se han desarrollado o están localizados parcialmente fuera de la esfera territorial o personal del Estado de que se trate⁷³. Pero en cualquier caso, la incidencia de la CE debe constituir un punto de referencia necesario al adoptar cualquier norma de Derecho Internacional Privado en el interior de los Estados miembros, de forma que en base al principio de confianza comunitaria del art. 5 TCE que impone una obligación de cooperación de los Estados para la realización de los fines del TCE, los problemas de la aplicación extraterritorial de las normas imperativas que regulan los mercados internos no podrán ser significativos.

Por contra y respecto a las relaciones «*ad extra*» —tal es el caso por ejemplo, de los OICVM cuya nacionalidad sea la de un Estado no miembro y que haya sido autorizado para su actuación dentro de la CE por un Estado miembro—, y por cuanto se trata de la regulación del mercado bursátil que afecta a los principios y objetivos del Derecho Comunitario⁷⁴, la «*lex fori comunitaria*» incluye, no sólo la propia Directiva y la normativa que en cada Estado miembro implique su transposición al Derecho interno, sino además, la normativa de los Estados miembros —de cada Estado miembro—, que no haya sido unificada, en virtud de la obligación de solidaridad que debe existir entre los Estados miembros y porque la CE representa una asociación de los Estados para conseguir unos fines comunes⁷⁵. En este supuesto hablaremos simplemente de la aplicación imperativa de la «*lex fori*» por el juez de un Estado miembro, no condicionada a ningún presupuesto y al margen de los problemas de aplicación extraterritorial planteados.

10 de enero de 1991, en el que el legislador español fija el alcance en el espacio de la propia Ley, que será de aplicación a los actos de competencia desleal que desplieguen efectos sustanciales en el mercado español.

73 Este punto de vista es confirmado por el prof. Virgós respecto a la aplicación del principio de los efectos en el ámbito de la competencia desleal, que prefiere al principio de territorialidad en sentido estricto por cuanto este supondría poner en manos de las empresas multinacionales un instrumento jurídico que les serviría para limitar el poder estatal en el marco económico internacional; vid. Virgós Soriano, M.: *El comercio internacional...*, cit., p. 32. En general, sobre el origen y la evolución ulterior del criterio de los efectos en el mercado nacional, vid. Guardans Cambó, I.: *Contrato Internacional...*, cit., pp. 264 y ss.

74 Vid. Considerandos segundo y tercero de la Directiva 85/611.

75 Sobre la diferenciación entre relaciones *ad intra* y *ad extra* y las consecuencias que de ello se derivan para la configuración de la «*lex fori comunitaria*», vid. García Rodríguez, I.: «Derecho aplicable...», cit., pp. 933 y 934.

B) LA DIRECTIVA 89/592/CEE SOBRE COORDINACIÓN DE LAS NORMATIVAS RELATIVAS A LAS OPERACIONES CON INFORMACIÓN PRIVILEGIADA, EN PARTICULAR SU ART. 5

La protección del mercado bursátil exige un control sobre las normas de conducta y de actuación en el mismo, control que la Directiva 89/592 hace efectivo mediante la prohibición de esta forma de actuación, sobre la base del respeto a los principios de transparencia de los mercados y de protección de los inversores⁷⁶: la transparencia del mercado deriva del hecho de que cada sujeto económico que en él opera conozca las propuestas de los demás, de modo que todo comprador o vendedor pueda elegir la propuesta más favorable⁷⁷. Se trata por tanto de asegurar las mismas condiciones de acceso de los inversores y de protegerlos contra el uso ilícito de la información privilegiada, en un mercado cuyo buen funcionamiento depende en gran medida de la confianza que inspire a tales inversores. Por otra parte la protección del inversor o ahorrador, cuando no se trata de un empresario, resulta equiparable a la protección del consumidor o usuario final, lo que justifica la intervención del Estado, o como es el caso, de la CE, de la misma forma que se justificaba en el ámbito de los contratos privados celebrados con consumidores⁷⁸.

La ausencia en numerosos ordenamientos de una legislación que prohibiera este tipo de prácticas y las profundas diferencias de trato que presentan las regulaciones existentes en algunos Estados miembros, han supuesto un obstáculo en la lucha por combatir operaciones transfronterizas de este tipo y justifican la promulgación de la presente Directiva, en la que se parte de la definición previa de «información privilegiada»⁷⁹ y de la determinación de quiénes, por su condición de «iniciados», están sujetos a la prohibición del *insider trading*⁸⁰, excluyendo formalmente la posibilidad

76 La vinculación entre ambos principios se manifiesta en la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de octubre de 1981 referente a la creación de un sistema de mercado europeo de valores mobiliarios donde la transparencia del mercado aparece como un objetivo esencial para la igualdad y confianza de los inversores en el mercado. Publicada en *Revista de Derecho Bursátil y Bancario*, 1982, p. 190.

77 Vid. Nieto Carol, V.: *El Mercado de Valores. Organización y funcionamiento*, Madrid, 1993, p. 88.

78 Sobre la consideración del inversor no empresarial como merecedor de la protección especial exigida en el art. 51 de nuestra Constitución, vid. Bercovitz, A.: «El Derecho del mercado de capitales», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 29. enero-marzo 1988.

79. *Información que no se haya hecho pública, de carácter preciso, que se refiera a uno o varios emisores de valores negociables o a uno o varios valores negociables y que, de hacerse pública, podría influir de manera apreciable sobre la cotización de ese o esos valores»* (art. 1,1).

80 El art. 2,1 de la Directiva 89/592 establece que «cada Estado miembro prohibirá a las personas que: —por su condición de miembros de los órganos de administración, de dirección o de control del emisor, —por su participación en el capital del emisor, o —por tener acceso a dicha información debido al ejercicio de su trabajo, de su

de revelar dicha información privilegiada a un tercero salvo en el ejercicio normal de su trabajo, su profesión o sus funciones, así como de recomendar al tercero que adquiera o ceda, o que haga que un tercero adquiera o ceda, basándose en dicha información privilegiada, valores admitidos a negociación en sus mercados (art. 3)⁸¹.

El ámbito de aplicación de la normativa que imperativamente impone a los Estados miembros la Directiva 89/592, aparece claramente delimitado por su art. 5 al disponer que «*cada Estado miembro aplicará las prohibiciones que establecen los artículos 2, 3 y 4 por lo menos a los actos que tengan lugar en su territorio, en la medida en que los valores afectados se admitan a negociación en un mercado de un Estado miembro*». Por consiguiente, y en cuanto las disposiciones de la Directiva, pretenden la armonización de las diferentes normativas existentes en los Estados miembros sobre este tipo de operaciones, lo que hace el art. 5 es delimitar el ámbito de aplicación de la «*lex fori comunitaria*».

Cada Estado miembro deberá por tanto aplicar las prohibiciones contenidas en la Directiva, por lo menos a las transacciones efectuadas en un mercado situado en su territorio o que opere en él, siempre que se trate de transacciones sobre valores que se admitan a negociación en un mercado de un Estado miembro. El art. 5 contiene por consiguiente una norma de conflicto de leyes bilateral que permite explicar el ámbito de aplicación de las normas de derecho comunitario comercial armonizadas, de forma que las prácticas a que se refiere la Directiva estarán sometidas a la ley del Estado en cuyo territorio se produzcan. No parece sin embargo muy claro, si el legislador comunitario se refiere a que los actos, las transacciones efectuadas como consecuencia de la disposición de una información privilegiada, se realicen efectivamente en el territorio de un Estado o produzcan efectos en su mercado. Si entendiéramos que al referirse a «*los actos que tengan lugar*» en el territorio de un Estado miembro de la CE, el legislador ha querido decir, que se lleven a cabo efectivamente en ese territorio, se estaría utilizando un criterio de territorialidad material que implicaría la aplicación de las normas imperativas de DIPr. comunitario en materia de información privilegiada a los hechos localizados sobre el territorio del

profesión o de sus funciones, dispongan de una información privilegiada, adquirir, o ceder por cuenta propia o ajena, ya sea directa o indirectamente, los valores del emisor o de los emisores afectados por dicha información privilegiada explotándola con conocimiento de causa», sin perjuicio de que cada Estado miembro extienda esta prohibición a otras personas en posesión de información privilegiada (art. 4) o adopte disposiciones más restrictivas (art. 6).

81 En el Derecho español la problemática derivada de la utilización de información privilegiada en el mercado bursátil se planteó por primera vez en el Informe de 1978 elaborado por la Comisión para el Estudio del Mercado de Valores, pero habrá que esperar a la promulgación de la Ley del Mercado de valores de 28 de julio de 1988 para encontrar una prohibición expresa de esta forma de actuación. Así, el art. 81 de la ley determina de forma exacta a quién se dirige la prohibición y el art. 82 enumera taxativamente las conductas que aquellos deberán abstenerse de ejecutar.

Estado en cuyo ordenamiento jurídico se integran⁸². No obstante, este retorno al dogma de la territorialidad de las normas imperativas vendría matizado por la expresión «*por lo menos*»: el legislador no impide que la norma imperativa comunitaria se aplique más allá del territorio del Estado en el que se produce efectivamente el acto.

Sin embargo, y teniendo presentes los problemas derivados de la utilización del principio territorial respecto a estas disposiciones que contienen un marcado carácter de derecho público, sin duda el legislador comunitario ha pretendido utilizar, como en la regulación de los OICVM, el criterio de los efectos que sobre el mercado bursátil de un Estado miembro, puedan producir las transacciones efectuadas vulnerando las normas de conducta que contiene la Directiva, para delimitar el ámbito de aplicación de la Directiva. Esta teoría viene además confirmada por el último inciso del propio art. 5 al disponer que «*en cualquier caso, cada Estado miembro considerará que las transacciones se efectúan en su territorio cuando se efectúen en un mercado (...) situado en dicho territorio o que opere en él*», esto es, siempre que se lleven a cabo efectivamente en su territorio o produzcan efectos sobre su mercado.

En cualquier caso, será necesario que los valores afectados por esta forma de actuación se admitan a negociación en un mercado de un Estado miembro: se exige por tanto que se produzca un cúmulo de puntos de conexión, pero sin necesidad de que coincida el Estado donde se produce el acto prohibido y aquel donde los valores objeto de esa transacción son admitidos a cotización, lo que sin duda se explica por el principio de solidaridad que rige el funcionamiento de la Comunidad. No obstante, cuando se trate de la protección de un inversor o ahorrador cuya actuación en el mercado no tenga el carácter de profesional o empresario, el art. 5 de la Directiva resulta del todo insuficiente por relación a la extensión con la que en materia de cláusulas abusivas, donde prevalece la posición del profesional con el que contrata el consumidor, se reconoce a la aplicación de las disposiciones imperativas de cualquier Estado miembro vinculado con el contrato. Conforme a lo dispuesto en el art. 5 de la Directiva 89/592, el inversor particular sólo se ve protegido en el mercado bursátil frente a los actos del profesional que se lleven a cabo en el territorio del Estado del foro y respecto a aquellos que realizados en otro Estado, incluso un Estado tercero, tengan efectos en el territorio de la CE siempre que se admitan a negociación en otro Estado miembro, con lo cual se exige un doble vínculo —mediante puntos de conexión cumulativos— con la CE, exigencia muy superior por tanto a la prescrita en materia de cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados con consumidores, en la que sencillamente se hablaba de una «*estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad*».

82 Sobre la territorialidad en sentido material, vid. Rigaux, F.: «Droit économique et conflicts...», cit., pp. 111-113.

3. CONCLUSIONES

En el ámbito del Derecho privado comunitario, tal y como se ha puesto de manifiesto, se deja sentir de la misma forma que en el Derecho interno de los diferentes Estados miembros, la incidencia de la intervención de los poderes públicos en sectores tradicionalmente sometidos al derecho privado, lo que implica la aparición de numerosas reglas imperativas que pretenden la tutela tanto de los intereses privados como de los intereses públicos en juego. Esta tendencia se refleja igualmente en el sistema de Derecho Internacional Privado comunitario mediante la promulgación de normas materiales imperativas aplicables cualquiera que sea el derecho regulador del litigio. Pero desde esta perspectiva, la del Derecho Internacional Privado comunitario, la exigencia de aplicación de estas disposiciones, que en los sistemas de Derecho Internacional Privado estatales podría dar lugar a la aparición de las denominadas «*leyes de policía*» por las que se posibilita al juez interno la aplicación de una norma imperativa de un tercer Estado vinculado con la situación jurídica de que se trate, adquiere un cariz diferente por cuanto debemos tener presente que nos movemos dentro de un sistema, el comunitario, que se impone sobre los ordenamientos internos de los Estados miembros y se presenta frente a terceros Estados (no comunitarios) como un todo, unificado por sus propios instrumentos legislativos. Cada Estado miembro, aplicará por tanto las normas de Derecho privado comunitario tal y como han sido unificadas por el legislador comunitario (por sus Directivas, en los supuestos analizados), no como disposiciones de un tercer Estado diferente al suyo, sino como disposiciones propias, integradas en su propio ordenamiento a través de la transposición de la Directiva al Derecho interno, o en su caso, cuando la transposición efectuada no fuera correcta o no se hubiera llevado a cabo, como disposiciones pertenecientes a la «*lex fori comunitaria*», la cual se erige por encima de los ordenamientos internos de los Estados miembros, siendo oponible frente a terceros Estados y aplicable con independencia del derecho que rija la cuestión litigiosa. Por consiguiente, y en las denominadas relaciones extracomunitarias —en las que interviene un Estado no miembro de la CE— las disposiciones de Derecho comunitario armonizadas en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores o respecto a la protección del mercado bursátil se aplican como norma imperativa del foro por el juez del Estado miembro que conozca del asunto, sin subordinar su aplicación a ningún otro requisito, y ello porque el juez está obligado por las normas que, en su ordenamiento, tienen ese carácter de imperatividad, en el sentido de Derecho Internacional Privado.