CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GERHARD REISCHL presentadas el 21 de septiembre de 1978 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

El demandado en el procedimiento *a quo* que ha dado lugar a la presente petición prejudicial, ejerció desde 1968 las funciones de Director administrativo del Institut franco-allemand d'études scientifiques militaires en Saint-Louis (Haut-Rhin), donde residió desde el 1 de julio de 1968 hasta el 28 de julio de 1973.

Durante su estancia en Francia, el demandado encargó a la demandante que realizaba por su cuenta operaciones bursátiles a plazo; la intervención de la demandante consistía en transmitir las órdenes de compra y de venta del demandado al agente del banco en la Bolsa de París. Al vencimiento, las acciones compradas o vendidas no eran recuperadas o transferidas efectivamente, como tampoco había pago del precio íntegro de compra o ingreso en caja del precio íntegro de venta, sino que simplemente se procedía a la liquidación de la diferencia entre la cotización convenida de la acción y la cotización efectiva al término fijado. La demandante sentaba las ganancias o pérdidas de estas operaciones en el activo o en el pasivo de una cuenta abierta en su establecimiento a nombre del demandado. En el marco de su mediación en las operaciones a plazo y de la llevanza por ella de la cuenta referida, la demandante concedió además al demandado un crédito de descubierto.

El 31 de enero de 1975, el saldo deudor del demandado en la cuenta se elevàba a 852.620,39 FF y la demandante reclamó judicialmente el pago de esta suma, mediante una acción que interpuso el 22 de mayo de 1975 ante el Landgericht de Bonn. Mediante sentencia de 13 de enero de 1977, este Tribunal decidió que la suma de 473.937,47 FF, correspondiente a las operaciones bursátiles a plazo, no podía ser reclamada judicialmente a causa de la excepción de juego, regulada en los artículos 52 y siguientes de la Ley alemana en materia bursátil y en los artículos 762 y 764 del Código civil alemán (BGB).

En el recurso de apelación interpuesto por la demandante, el Oberlandesgericht de Colonia confirmó en lo esencial la decisión del Landgericht de Bonn, mediante sentencia en rebeldía de 11 de agosto de 1977. Aquél decidió que la excepción de juego

* Lengua original: alemán.

prevista por el Derecho alemán para las operaciones bursátiles a plazo era oponible en virtud de la cláusula de orden público del artículo 30 de la Ley de Introducción al Código civil alemán (EGBGB), incluso aunque el Derecho aplicable, como en el caso litigioso, fuera el Derecho francés, que no conoce dicha excepción. En la oposición formulada por el demandado contra esta sentencia en rebeldía, el Oberlandesgericht de Colonia, mediante resolución de 23 de enero de 1978, suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Deben interpretarse los artículos 59 y 60 del Tratado CEE en el sentido de que excluyen la excepción de juego prevista por el Derecho alemán [...] en caso de que, en virtud del Derecho francés, un banco francés reclame a su cliente de nacionalidad alemana el reembolso de un crédito concedido para operaciones bursátiles a plazo efectuadas en la Bolsa de París, conforme a lo que las partes habían convenido?

2) ¿La respuesta a la primera cuestión depende de que el cliente alemán estuviera o no facultado por el Derecho alemán para efectuar operaciones bursátiles a plazo, según el artículo 53 de la Börsengesetz?»

He aquí mis observaciones sobre estas cuestiones.

I. Para comenzar, es preciso examinar si en este asunto nos encontramos ante una prestación de servicios en el sentido de los artículos 59 y siguientes del Tratado CEE y, en tal caso, en qué consiste la misma.

La Comisión, especialmente en la audiencia, expresó serias dudas sobre la existencia efectiva de los requisitos previstos en el artículo 59. Estimo que esta cuestión debe ser examinada con mayor atención, por una parte, porque la demandante no se ha limitado a ejecutar una prestación para el demandado y, por otra parte, porque el elemento de «cruce de la frontera» no es evidente en el presente caso.

1. Como, en el caso de operaciones bancarias, las prestaciones de servicios por entidades de crédito van acompañadas, por regla general, de movimientos de capitales, la relación entre las disposiciones del Tratado sobre la libre prestación de servicios y sus normas sobre la libre circulación de capitales ha presentado, desde el principio, dificultades especiales de delimitación. Por ello se ha establecido una distinción entre las prestaciones de servicios bancarios «simples» y las prestaciones «vinculadas», solamente las primeras son consideradas como prestaciones de servicios en el sentido de los artículos 59 y 60 del Tratado y en tal concepto se las considera sometidas a las disposiciones del Capítulo relativo a los servicios, en tanto que las prestaciones bancarias «vinculadas» deben ser liberalizadas solamente en armonía con la liberación progresiva de la circulación de capitales, conforme al apartado 2 del artículo 61 del Tratado. La respuesta a la cuestión de si se trata de prestaciones de servicios bancarios simples o vinculadas o, por el contrario, de una pura circulación de capitales, varía en

principio según que las relaciones contractuales entre las partes giren o no en torno a un movimiento de capitales. Cuando en el centro de estas relaciones se encuentra un movimiento de capitales del tipo del que es contemplado en las Directivas referentes al artículo 67 del Tratado, nos encontramos *exclusivamente* en presencia de una circulación de capitales. Tal es, por ejemplo, el caso para los «créditos relacionados con transacciones comerciales en las que participe un residente, a corto y a medio plazo» (véase la lista A del Anexo I a la Primera Directiva para la aplicación del artículo 67 del Tratado, de 17 de mayo de 1960; DO 1960, 43, p. 921). Las prestaciones del banco que se incorporan (transferencias, ingresos de intereses en caja, etc.) no son consideradas como prestaciones de servicios *autónomas,* de manera que la liberalización de esta *clase* de movimientos de capitales opera únicamente conforme al artículo 67 del Tratado.

Por el contrario, se califican de prestaciones de servicios bancarios *simples* las operaciones que no tienen relación con movimientos de capitales como, por ejemplo, los contratos de depósito, los estudios de mercado y prestaciones similares.

Por último, como prestaciones de servicios bancarios *vinculadas,* en el sentido del apartado 2 del artículo 61 del Tratado, se consideran las prestaciones para las que el movimiento de capitales representa un complemento *necesario,* o al menos *típico.* Una enumeración *exhaustiva* de las prestaciones de servicios bancarios vinculadas, que deben ser liberalizadas, se da en la Directiva 73/183/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1973, sobre supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en materia de actividades por cuenta propia de los bancos y otras entidades financieras (DO L 194, p. 1; EE 06/01, p. 135). Esta enumeración demuestra que generalmente se trata de actividades no autónomas, que solamente son accesorias en relación con el movimiento de capitales subyacente.

Para saber si las actividades de la demandante en el presente asunto están en definitiva regidas por los artículos 59 y siguientes del Tratado, el criterio decisivo es, por consiguiente, el de saber si sus intervenciones y, en su caso, cuáles de sus actividades, pueden ser consideradas como *prestaciones de servicios bancarios simples* en beneficio del demandado. En mi opinión, la mediación en operaciones a plazo y la llevanza de una cuenta con este objeto constituyen prestaciones de servicios bancarios simples, a las que se aplican los artículos 59 y 60 del Tratado. El crédito de descubierto que se concedió en el contexto de estas prestaciones representa por tanto un crédito a corto plazo «vinculado», en el sentido de la lista A del Anexo I de la Primera Directiva de 1960 sobre circulación de capitales. Es absolutamente imposible pretender que la mediación en operaciones a plazo constituya un elemento necesario, o incluso solamente típico, de la concesión de un crédito de descubierto. Por tanto, es precisamente tal ausencia de autonomía lo que caracteriza de manera decisiva una prestación de servicios bancarios «vinculada», en el sentido del apartado 2 del artículo 61 del Tratado.

Una apreciación diferente tampoco resulta de la lista B del Anexo I de la Primera Directiva de 1960 sobre circulación de capitales, en la medida en que la misma habla de «operaciones con títulos negociados en bolsa con exclusión de las participaciones de fondos comunes de inversión». Entre las prestaciones de servicios bancarios «vinculados» a este género de movimientos de capitales figura también, según la Directiva de 1973, la «recepción de órdenes de compra o de venta». A este respecto, es preciso sin embargo significar que las operaciones del demandado no se inscriben en el marco de la circulación de títulos, en el sentido de la Directiva antes citada. Por circulación de títulos, en el sentido de esta Directiva es preciso entender solamente, según la definición dada en la lista B del Anexo I de la Primera Directiva de 1960 sobre circulación de capitales, la *adquisición* de títulos nacionales o extranjeros negociados en bolsa, así como la repatriación o la utilización del producto de la liquidación de tales títulos. Ahora bien, es indiscutible que las operaciones concertadas por mediación de la demandante no condujeron a tal circulación de títulos; los títulos constituían solamente el medio negociable de realizar ganancias especulativas, sin que se haya asistido nunca a una «adquisición» efectiva de títulos o a su «liquidación». La intervención de la demandante para la conclusión de operaciones a plazo no debe ser tampoco analizada como una prestación de servicios bancarios «vinculada» a un movimiento de títulos, en el sentido del apartado 2 del artículo 61 del Tratado.

2. Entiendo que otro factor importante, incluso decisivo, es el elemento de «cruce de la frontera», que es una condición necesaria de aplicabilidad de los artículos 59 y siguientes del Tratado. Como ya he dicho, la intervención de la demandante para la conclusión de operaciones bursátiles a plazo representa una prestación de servicios bancarios simple, a la que se une la concesión de un crédito. La prestación de servicios bancarios simple podría ser considerada en sí misma como un hecho nacional francés exhaustivo, sin elemento de cruce de la frontera, si el demandado –como debemos suponer– ha residido en Francia durante toda la duración de las operaciones a plazo. Podría ser de otra manera cuando la suma debida por esta prestación de servicios bancarios simple, es decir, las provisiones y los gastos, no hubiera sido pagada todavía. En este caso se podría sostener que el cambio de residencia del demandado antes del cumplimiento definitivo de las obligaciones nacidas de las prestaciones de servicios bancarios simples, hace nacer *a posteriori* el elemento necesario de cruce de la frontera. En mi opinión, esta cuestión puede no obstante quedar abierta aquí, puesto que el procedimiento *a quo* tiene solamente por objeto principal el reembolso del crédito a corto plazo concedido, es decir, un movimiento de capitales que está regulada no por los artículos 59 y siguientes, sino por el artículo 67 del Tratado; para la terminación de la relación de crédito en otro Estado miembro, el demandado se remite a la prestación originaria de servicios bancarios y deduce de ello la imposibilidad de que la demandante haga valer su derecho judicialmente. De ello resulta que la mediación en operaciones a plazo, como prestación bancaria simple, *no* debe ser considerada como un hecho nacional francés exhaustivo. Por tanto, aunque se parta de la suposición de

que el demandado ha tenido solamente residencia en Francia y que todas las órdenes han sido dadas por él mismo en este país, el *efecto persistente* de la simple prestación de servicios bancarios originaria es suficiente para someter las relaciones de negocios entre las partes a los artículos 59 y 60 del Tratado.

II. En el presente litigio, la restricción cuya compatibilidad con los artículos 59 y siguientes del Tratado debemos examinar reside en el hecho de que un derecho civil, útilmente adquirido por la demandante según el Derecho francés, no puede ser ejercitado judicialmente en la República Federal de Alemania porque los Tribunales alemanes, aun reconociendo el principio de aplicabilidad del Derecho francés al presente caso, aplican –directamente o por medio de la cláusula de orden público alemán (artículo 30 de la Ley de Introducción al Código civil)– ciertas normas de su derecho material sobre la imposibilidad de reclamar judicialmente el reembolso de créditos como los que aquí se discuten.

Mediante la primera cuestión, el Tribunal remitente solicita que se dilucide si esta declaración de inadmisibilidad, fundada en la concurrencia de la excepción de juego, es contraria a los artículos 59 y 60 del Tratado en un caso como el de autos.

Para decidir si la aplicación e interpretación dadas por el Tribunal remitente al Derecho alemán deben ser consideradas como una restricción a la libre prestación de servicios, prohibida por los artículos 59 y siguientes del Tratado, es preciso remitirse en primer lugar al Programa general para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios, de 18 de diciembre de 1961 (DO 1962, 2, p. 32; EE 06/01, p. 3), el cual, para los casos de libre prestación de servicios en materia de actividades por cuenta propia de los bancos y otras entidades financieras, como la que nos ocupa, fue desarrollado por la citada Directiva 73/183.

Para las prestaciones de servicios bancarios simples (véase el párrafo primero del artículo 2 de la Directiva), el párrafo primero del artículo 1 de la Directiva se remite a las restricciones contempladas en el Título III del citado Programa general, que los Estados miembros deben suprimir.

1. Como mejor pueden describirse la economía y el objetivo del Programa general es recordando las normas que el mismo enuncia en la Parte A del Título III; Partes B, C y D. El título de la Parte A del Título III prohíbe «toda prohibición u obstáculo a las actividades no asalariadas del prestador que consista en un trato diferenciado del mismo con relación a los nacionales propios [...]». Esta norma está concretada a continuación. Después, el párrafo segundo de la Parte A declara: «lo mismo se aplicará respecto de las disposiciones y prácticas que, *con relación solamente a los extranjeros,* excluyan, limiten o subordinen a condiciones la facultad de ejercer los derechos normalmente relacionados con la prestación de servicios [...]».

El título de la Parte B del Título III declara ilícita «toda prohibición u obstáculo al desplazamiento del objeto o del soporte de la prestación o del instrumento, máquinas, aparatos y otros medios auxiliares utilizados para el mismo».

Los títulos de las Partes C y D del Título III prohíben las restricciones a la transferencia de los medios financieros necesarios para la ejecución de la prestación y para su pago, cuando los intercambios de servicios únicamente estén limitados por restricciones a los pagos relacionados con los mismos.

Estas disposiciones muestran claramente que se trata, en primer lugar, de suprimir las restricciones a la libre prestación de servicios que derivan de disposiciones legales relativas a los *extranjeros,* es decir, de disposiciones que traten a éstos de manera distinta a los nacionales, o también –según las partes B a D– las restricciones derivadas de disposiciones que no sean de naturaleza económica, en particular disposiciones en materia de divisas.

Evidentemente, el presente asunto no tiene por objeto restricciones de este orden, puesto que la circunstancia de que la demandante sea una persona jurídica *extranjera* no tiene ninguna importancia.

2. El Programa general contiene además, en el último párrafo de la Parte A del Título III, una disposición de carácter residual, según la cual «tendrán el carácter de restricciones las condiciones con arreglo a las cuales una disposición [...] subordine la prestación de servicios y, aun siendo aplicables sin acepción de nacionalidad, obstaculicen exclusiva o principalmente la prestación de dichos servicios por parte de los extranjeros». Cabe preguntarse si la restricción comprobada en el presente asunto no representa una de las discriminaciones *de hecho* de los extranjeros, que está contemplada en este párrafo. Las normas del Derecho alemán en materia bursátil no deben, en mi opinión, ser analizadas como una condición puesta a la prestación de servicios que obstaculice exclusiva o principalmente a los extranjeros. En la medida en que las disposiciones alemanas someten también a la excepción de juego las operaciones efectuadas en bolsas extranjeras, afectan ciertamente en mayor medida a los extranjeros, pero la norma de la Parte A del Título III no debe ser interpretada en el sentido de que prescriba el sometimiento de las operaciones en el extranjero efectuadas por extranjeros al mismo trato que las operaciones efectuadas por nacionales en el territorio nacional. La situación sistemática de la norma del Título III demuestra en realidad que las restricciones prohibidas deben referirse a las *operaciones en el territorio nacional* efectuadas por extranjeros. La misma no contiene una *obligación* universal de trato igual.

3. En cuanto a la remisión que hace la Comisión a la Directiva 63/340/CEE del Consejo, de 31 de mayo de 1963, destinada a suprimir toda prohibición u obstaculización del pago de las prestaciones cuando los intercambios de servicios estén limitados únicamente por restricciones de los pagos correspondientes (DO 1963, 86, p. 1609; EE 06/01, p. 22), esta Directiva se refiere

exclusivamente, como sus considerandos y disposiciones demuestran, a determinadas restricciones de Derecho público a los pagos correspondientes a prestaciones de servicios –en particular, las restricciones derivadas de disposiciones distintas de las de Derecho económico o disposiciones en materia de divisas– y no a cuestiones de efectos en Derecho civil o de ejercicio de derechos nacidos de contratos de prestaciones de servicios. En realidad, la «comparación», que según el informe de la Comisión «se impone» no es por tanto posible.

4. Evidentemente, la Comisión no quiere aplicar directamente las disposiciones del Programa general y de las Directivas citadas, sino que las utiliza solamente como indicios, para así poder fundar directamente su opinión en el artículo 59 del Tratado, cuando pretende que las restricciones derivadas del Derecho alemán son incompatibles con esta disposición del Tratado.

En realidad, el trato diferente que resulta de la jurisprudencia alemana no constituye una restricción prohibida por los artículos 59 y siguientes del Tratado, puesto que estas disposiciones contemplan simplemente –como máximo– el trato de los nacionales. Por tanto, no es de esto de lo que se trata en el presente asunto. En una situación comparable, un banco alemán estaría tan expuesto a la excepción de juego como un banco francés. En la situación inversa de operaciones a plazo efectivamente concluidas en el territorio nacional, el especulador *no* podría prevalerse de la excepción de juego, aunque hubiera efectuado dichas operaciones por mediación de la filial nacional de un banco extranjero.

Los artículos 59 y siguientes del Tratado no exigen que se permita a los extranjeros efectuar prestaciones de servicios que están prohibidas a los nacionales, como lo demuestran de manera absolutamente clara el párrafo tercero del artículo 60 y el Programa general de 1961. La prohibición *específica* de discriminación de los artículos 59 y siguientes, que concretan la prohibición general de discriminación del artículo 7 del Tratado, no tiene como corolario una *obligación* de otorgar privilegios a los prestadores extranjeros de servicios, que conduciría efectivamente por su parte a una discriminación de los prestadores de servicios nacionales.

Este punto de vista es conforme con la opinión claramente predominante en la doctrina.

Es así que, en el comentario del Tratado de von Groeben-Boeckn-Thiesing (nota I, 2 b, sobre el artículo 59) se puede leer que la libertad total de las prestaciones, es decir, la posibilidad de ofrecer prestaciones en la misma forma en el territorio nacional y en el extranjero –lo que en definitiva es lo que la demandante reclama aquí–, no es realizable mediante una liberalización, sino que únicamente puede obtenerse mediante una aproximación de las legislaciones. En su obra sobre el Derecho comunitario europeo, Ipsen escribe (p. 645): «el establecimiento de libertades mira a la supresión de *discriminaciones* y no a la eliminación de las restricciones que, en cada Estado miembro, se aplican *también a los nacionales*. La liberalización en un Estado miembro no elimina, por tanto, las restricciones a una

libertad que el Derecho interno prevé *por su parte* para sus *propios* nacionales. Y en la medida en que existen *tales* restricciones, las mismas se aplican también lícitamente a los nacionales de los demás Estados miembros, sin que por tanto se les discrimine». La misma opinión mantiene también, a fin de cuentas, Maestripieri (La libre circulación de personas y de servicios en la CEE, 1972, pp. 47 a 53).

III. Todavía cabría preguntarse si la aplicación del Derecho alemán en materia bursátil, recurriendo a los medios del Derecho internacional privado alemán, no viola otras disposiciones del Tratado que los artículos 59 y siguientes. Como el artículo 7 no debe ya jugar por faltar los requisitos previstos en los artículos 59 y siguientes, no queda más que la cláusula residual del párrafo segundo del artículo 5 del Tratado, según la cual los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del Tratado.

Conforme a lo anterior, se trata en definitiva de saber si las discriminaciones que derivan necesariamente de la diversidad de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, comprendidas las diferencias entre sus sistemas de Derecho internacional privado, obstaculizan el funcionamiento del mercado común de tal manera que las restricciones que de ello derivan deben ser consideradas, sin más, como prohibidas. Este no es el caso. El Tratado parte de la existencia de ordenamientos jurídicos diferentes en los Estados miembros y prevé, especialmente en los artículos 100 y siguientes, la aproximación de las legislaciones para eliminar cualquier perturbación del funcionamiento del mercado común que con ello se cause. En el presente asunto, la «perturbación» resulta, por una parte, de las diferencias entre las disposiciones administrativas de los Estados miembros en materia bursátil y, por otra parte, del hecho que la República Federal de Alemania extienda unilateralmente su normativa bursátil, a través del Derecho internacional privado, a situaciones de hecho que se localizan en el extranjero. Esta «perturbación» puede, por tanto, ser eliminada solamente, en primer lugar, por una armonización de las legislaciones en materia bursátil y, en segundo lugar, mediante una uniformización del Derecho internacional privado.

Desearía, sin embargo, señalar que, cuando los Tribunales nacionales aplican su Derecho nacional y el Derecho internacional privado de su Estado, deben adoptar un comportamiento «inspirado en las normas del Tratado». Resulta así, por ejemplo, que una interpretación excesiva y, por tanto, inadecuada del principio de «orden público» podría constituir, a fin de cuentas, una violación del Tratado en virtud de la disposición fundamental del artículo 5, que se dirige a todos los órganos de los Estados miembros, comprendidos por consiguiente los Tribunales. El Oberlandesgericht de Colonia deberá tener esto en cuenta para adoptar su decisión.

IV. En resumen, es preciso destacar que la aplicación del Derecho alemán en materia bursátil y del Derecho civil alemán por

medio del Derecho internacional privado alemán, en un caso como el litigioso, no infringe *de por sí* la prohibición de discriminación enunciada en los artículos 59 y 60 del Tratado. Dentro de los límites que he indicado para la interpretación de las disposiciones alemanas, lo mismo debe decirse acerca del artículo 5 del Tratado.

Igualmente, la cuestión de en qué medida la capacidad de efectuar operaciones bursátiles a plazo, en el sentido del artículo 53 de la Ley alemana en materia bursátil, puede tener trascendencia, es una cuestión de interpretación del Derecho alemán aplicable en principio y esta tarea incumbe a los Tribunales alemanes.

En conclusión, propongo dar a las cuestiones planteadas por el Tribunal remitente la siguiente respuesta:

«Los artículos 59 y 60 del Tratado CEE no excluyen de por sí la aplicación al caso litigioso del Derecho alemán en materia bursátil y del Derecho civil alemán por medio del Derecho internacional privado alemán.»