

EL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y DE LIBRE PRESTACION DE SERVICIOS

En el presente trabajo de **Antonio Sainz de Vicuña Barroso** se hace un repaso de cómo afectará a España la aplicación de la normativa europea sobre el derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios.

Primeramente, se examinan las normas que regulan de manera general en España el establecimiento de empresas extranjeras, tanto las normas contenidas en varios tratados internacionales suscritos por España como las normas administrativas centradas en la legislación sobre inversiones extranjeras, hoy día en plena mutación. Se estudian, en segundo lugar, las normas especiales que, en diferentes sectores de la economía nacional, condicionan el establecimiento de empresas extranjeras en nuestro país. Para ello se ha seguido el criterio de distinguir entre el régimen aplicable a las personas físicas y el aplicable a las personas jurídicas. Y, desde otra perspectiva, distinguiendo entre los sectores primario, secundario y terciario de la economía nacional.

Por último, el trabajo alude a la libre prestación de servicios, concepto de perfiles más difuminados, y que en España carece de una regulación general o específica.

Por razones de distribución temática de los trabajos que integran este número de PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA, no son objeto de estudio los sectores de Banca y Seguros.

Sin necesidad de entrar en un análisis jurídico pormenorizado de toda la normativa española afectada por la aplicación del derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios de la CEE, este trabajo repasa los aspectos más significativos de las reformas o adaptaciones que necesariamente habrán de emprenderse, puntuando las de mayor entidad o urgencia.

I. LA NORMATIVA GENERAL ESPAÑOLA SOBRE DERECHO DE ESTABLECIMIENTO

El concepto de «derecho de establecimiento» es más propio del derecho internacional público que del dere-

cho interno. En nuestro ordenamiento no hay una ley de establecimiento, pero sí numerosos tratados internacionales que regulan el «derecho de establecimiento» en España de las personas físicas o jurídicas extranjeras. Es un concepto elaborado por la doctrina iusinternacional del derecho de extranjería,

y no un concepto del derecho administrativo o del derecho mercantil.

Podemos así ver, en primer lugar, que España mantiene en vigor algunos tratados internacionales que regulan de manera general el derecho de establecimiento en España de empresas o personas extranjeras:

- El Tratado hispano-francés de 7-2-1862, sobre derecho de establecimiento, cuyo artículo 1.º dice que los súbditos de ambos países podrán viajar y residir en sus territorios respectivos «como los propios nacionales», así como establecerse donde tengan por conveniente, y ejercer toda clase de industria y comercio, pagando las tasas o licencias que correspondan y observando las condiciones establecidas por leyes y reglamentos en vigor para los nacionales. Al amparo de dicho tratado, que está todavía en vigor, al no haber sido denunciado por ninguno de los Estados contratantes, se realizó gran parte de la importante presencia francesa en diversos sectores de nuestra economía, como la banca, las minas, los ferrocarriles, todo ello en el siglo pasado y a principios del presente siglo.

- El Tratado hispano-suizo de 14-11-1879, sobre establecimiento, que, de manera análoga, sienta el principio de la equiparación del suizo con el español para el establecimiento en España y el desarrollo de actividades empresariales. Un importante dictamen del Consejo de Estado, de fecha 25-9-1958, entendió que dicho tratado era de aplicación preferente a la normativa reglamentaria española limitativa de los derechos concedidos a los ciudadanos y empresas suizas por dicho tratado.

- Tratado hispano-griego de 23-9-1926 y 8-9-1926, consular, de navegación y de establecimiento, cuyo artículo 1.º, al establecer la cláusula de «nación más favorecida», ha permitido entender que los ciudadanos y empresas griegas tienen los derechos que los tratados hispano-francés e hispano-suizo conceden a franceses y suizos.

- Tratado hispano-alemán de 23-4-1970, sobre establecimiento, que regula de manera amplísima tanto el establecimiento como la libre prestación de servicios de personas físicas y jurídicas, así como el régimen de entrada y residencia, todo ello aplicando básicamente el principio de equiparación de los alemanes a los españoles.

A tales instrumentos internacionales, que afectan a la generalidad de la economía española, pueden sumarse numerosos tratados que regulan o afectan al derecho de establecimiento en determinados sectores concretos de la actividad económica, como, por ejemplo:

- En el sector de las actividades docentes y culturales: acuerdo cultural hispano-francés de 7-2-1969, hispano-argentino de 23-3-1971, etc., que prevén y regulan la prestación de servicios docentes y culturales lucrativos por personas o empresas de otros países en España

- En el sector de los transportes, los numerosos acuerdos bilaterales de establecimiento de líneas aéreas regulares y de líneas de navegación marítima (v. gr.: hispano-húngaro de 30-4-1974, etc.), que normalmente permiten y regulan el establecimiento en España de oficinas, sucursales o agencias de empresas de transporte del otro país.

En el ámbito concreto del acceso a España y realización de actividades económicas por las personas físicas, deben mencionarse los numerosos tratados de «doble nacionalidad» que España tiene suscritos con una docena de países latinoamericanos, así como el derecho de los «refugiados políticos» a establecerse en España al amparo de la Convención de Ginebra sobre Refugiados de 1951, de la que España es parte.

De lo expuesto anteriormente ya puede deducirse que la regulación en España del derecho de establecimiento, en instrumentos de derecho internacional, no afecta sino a una parte relativamente poco significativa de la vida económica. Lo cierto es que el establecimiento en España de empresas extranjeras tiene su regulación no en normas iusinternacionales, sino en normas de carácter administrativo interno. La más importante de las cuales es, naturalmente, la Ley de Inversiones Extranjeras, T. R. y Reglamento de 31-10-1974. La regulación del derecho de establecimiento en España curiosamente se hace en una norma cuyo título y pretensión es regular el aspecto económico del establecimiento extranjero en España, lo que pone de manifiesto la íntima conexión existente entre «establecimiento» y «libre circulación de capitales».

La Ley de Inversiones Extranjeras tiene «carácter horizontal», en la medida en que regula el establecimiento extranjero en España procedente de todos los países del mundo y afectante a todos los sectores, salvo los que la propia Ley salva por tener una regulación particular. Naturalmente, cuando la Ley entre en conflicto con lo dispuesto en un tratado internacional, por impe-

rativo del artículo 96 de la Constitución, prevalecerá el tratado. Por lo mismo, cuando la Ley entre en conflicto con lo dispuesto en el Tratado de Roma sobre establecimiento y servicios, prevalecerá este último Tratado. Ahora bien, como tiene señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la sentencia «Code Maritime» (4-4-1974, asunto 167/73), «el mantenimiento del texto de (la Ley de Inversiones Extranjeras) en lo que afecta a los nacionales de otros Estados miembros, sin adaptarlo al derecho comunitario, da lugar a una situación de hecho ambigua» que el Tribunal califica de infracción al ordenamiento comunitario. En otras palabras: al tratarse dicha Ley de un texto fundamental en la regulación del establecimiento en España de empresas extranjeras, su no adaptación al derecho comunitario podría suponer una infracción al ordenamiento europeo. Es preciso, por tanto, que España revise dicho texto legal; y, por otra parte, es también conveniente por exigencias internas, constitucionales, de seguridad jurídica.

La Ley de Inversiones Extranjeras contempla básicamente tres supuestos de establecimiento extranjero en España:

- Participación de capital extranjero en sociedades españolas, requiriendo autorización administrativa cuando dicha participación supere el 50 por 100 del capital.

- Apertura de sucursales en España de empresas extranjeras, siempre sujeta a previa autorización administrativa.

- Adquisición de inmuebles, exigiendo siempre que haya aportación dineraria exterior, de una u otra forma, y exigiendo previa

autorización administrativa cuando se trata de adquisición de:

a) Fincas rústicas de más de 4 Ha. de regadío o de 20 Ha. de secano.

b) Fincas urbanas, cuando la adquisición tiene carácter empresarial.

c) Toda clase de inmuebles, cuando se encuentren en zonas de interés militar o de interés turístico.

El solo hecho de sujetar a previa autorización administrativa el establecimiento en España de empresas extranjeras, en cualquiera de las modalidades examinadas, supone una discriminación por razón de nacionalidad incompatible con lo dispuesto en los artículos 7.º y 52 del Tratado de Roma, lo que conduce aquí a la necesidad de que la reforma de dicha ley suprima tal intervención administrativa.

La necesidad y conveniencia de la reforma de la Ley de Inversiones Extranjeras no debe de hacer olvidar que el Derecho comunitario europeo contiene importantísimas excepciones al derecho de establecimiento, cuales son las derivadas de los artículos 55 y 56 (actividades que participan del ejercicio de la autoridad pública; razones de orden público, seguridad pública y salud pública), las derivadas del artículo 57.2 (en la medida en que requieren acuerdos del Consejo de Ministros comunitario por unanimidad, que no siempre se han dado; v. gr.: la banca), las que se desprenden del artículo 90 (empresas con derechos exclusivos concedidos por el Estado —concesionarias, según terminología administrativa española— o titulares de un monopolio fiscal —que, en su caso, deberá adaptarse para no

perjudicar la libre circulación de mercancías, si se trata de un monopolio comercial), del artículo 223.1.b (industria militar y comercio de armamento), y las medidas de salvaguardia que eventualmente pueda España solicitar en caso de crisis en algún sector concreto, al amparo del artículo 226.

En el camino de la necesaria adaptación de la normativa española a la comunitaria se encuentra la reciente liberalización de inversiones extranjeras, aprobada por el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, que sustituye la autorización administrativa exigida con anterioridad para numerosos supuestos, por una simple «verificación», pudiendo excepcionalmente denegarse la inversión extranjera. Será preciso examinar el desarrollo reglamentario de este texto, así como la anunciada ampliación de la liberalización en un futuro próximo, para enjuiciar la adaptación del Derecho español al comunitario en esta materia. Hay que señalar que la reforma realizada por el reciente Real Decreto-Ley, si bien en la medida en que liberaliza se aproxima a la normativa comunitaria, mantiene un tratamiento administrativo diferenciado para los inversores extranjeros en general, sin asimilar plenamente a los comunitarios con el inversor nacional. En otras palabras, se mantiene un sistema basado en la discriminación por razón de la nacionalidad, incompatible con el Tratado CEE. Sería conveniente que se diera un distinto enfoque a la adaptación del Derecho español al comunitario, distinguiendo los conceptos de «establecimiento» en sus diversas modalidades, y de «inversión extranjera». Sobre el primer concepto no debe disponerse

otra cosa que no sea la asimilación de las empresas y particulares comunitarios con las empresas y particulares españoles, con las excepciones o salvedades que el Derecho comunitario permite y que ya quedaron expuestas. Lo que sí puede hacerse es una regulación específica del segundo concepto, adaptándolo a la normativa comunitaria en materia de libre circulación de capitales, y, consecuentemente, pudiendo atender al criterio de la residencia (no al de la nacionalidad) para instrumentar el sistema de aportaciones dinerarias, de modo que la repatriación de capitales y de beneficios quede asegurada. El error de origen del sistema español es confundir el tratamiento del «derecho de establecimiento» con el puramente dinerario, siendo así que en el Derecho comunitario requieren un tratamiento diferenciado. Por amplia que sea la liberalización del sistema, mientras subsista un diferente trato administrativo para las empresas o particulares comunitarios que quieran establecerse en España subsistirá una falta de adaptación al Derecho comunitario.

II. LA NORMATIVA ESPECIAL ESPAÑOLA SOBRE DERECHO DE ESTABLECIMIENTO

Procede primeramente señalar que, por razones de distribución temática de los artículos que aparecen en este número de PÁPELES, no va a ser aquí objeto de tratamiento el régimen de establecimiento en España de la banca extranjera ni de las empresas de seguros.

1. Régimen de entrada, establecimiento, residencia y salida de las personas físicas no asalariadas

La normativa comunitaria está constituida por las directivas 73/148, de supresión de restricciones al desplazamiento, y 75/34, reguladora del derecho de permanencia tras ejercer una actividad no asalariada.

En lo relativo a la entrada de nacionales de países comunitarios, el Derecho español no va a requerir modificaciones sustanciales, ya que España tiene suscritos acuerdos con todos los Estados miembros en los que:

- Se suprime el requisito de visado previo.
- Basta la presentación de documento de identidad o de pasaporte (con el Reino Unido, donde no existe documento nacional de identidad, hay un canje de notas que permite la entrada en España con la sola presentación del «pasaporte de visitante británico», de obtención más sencilla que el pasaporte normal).

Será preciso modificar la disposición adicional 1 del Real Decreto 1.874/1978, de 2 de junio, que permite a la Administración española exigir a los extranjeros que pretendan entrar en España la posesión y justificación de recursos económicos suficientes para garantizar su sostenimiento durante su estancia en España y su retorno al país de procedencia; la directiva 64/221 prohíbe, en efecto, denegar la entrada «por motivos económicos».

Igualmente será preciso acomodar a la normativa comunitaria

el decreto 522/1974, de 14-2-1974, sobre denegación de entrada y expulsión de extranjeros. Esta norma española regula también los «permisos de permanencia» ordinarios y especiales, así como las «autorizaciones de residencia». Y los Decretos 1.870/1968, de 27-7-1968 y 1.031/1980, de 3-5-1980, regulan los «permisos de trabajo». Pues bien, en la medida en que tales normas contienen discriminaciones por razón de nacionalidad, tendentes a proteger el mercado de trabajo nacional, son normas incompatibles con el Derecho comunitario que habrá, consiguientemente, que reformar. Y puesto que no se contienen normas transitorias en el Acta de Adhesión, tal reforma debería de producirse antes del 1-1-1986. La regla comunitaria es que no debe condicionarse el acceso a actividades económicas no asalariadas por la Administración pública, por lo que los «permisos de trabajo» y «autorizaciones de residencia» deben de suprimirse y sustituirse por las «cartas de estancia» reguladas en las directivas comunitarias anteriormente citadas.

Del mismo modo, deberá revisarse el elenco de profesiones prohibidas a los extranjeros, que actualmente facultan a la Administración española para denegar las solicitudes de «permiso de trabajo» respecto de tales actividades (v. gr.: trabajos en empresas concesionarias de servicios públicos, según decreto aún en vigor de 29-9-1944, y siempre y cuando no se realicen funciones propias de la autoridad pública).

Una disposición de gran importancia práctica, el Real Decreto 1.884/1978, de 26-7-1978, regulador de la apertura de establecimientos comerciales por

personas físicas de nacionalidad extranjera, y que se aplica a toda la gama de apertura de establecimientos comerciales, de comercio al por menor, de hostelería y restauración, etc., deberá ser objeto de profunda modificación. En efecto, en la medida en que faculta a la Administración a denegar la preceptiva autorización por motivos de índole económica, es radicalmente contrario a la normativa comunitaria, por discriminatorio y por proteccionista del mercado nacional.

Una norma de tan reciente elaboración como es la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, desafortunadamente no ha sido redactada a la vista de la normativa comunitaria. En la medida en que otorga a la Administración española un grado de discrecionalidad para admitir el establecimiento en España de los extranjeros, y podría suponer un instrumento para proteger el mercado nacional, es una ley contraria al Derecho comunitario; la mera alusión al respeto de lo que dispongan los tratados internacionales suscritos por España no es de por sí suficiente para obviar su reforma, por las razones ya citadas anteriormente recogidas en la sentencia «Code Maritime» del Tribunal Europeo.

2. Derecho de establecimiento en España de las personas jurídicas en general: el derecho de sociedades

España se comprometió en la Conferencia de Negociación a aplicar, desde el momento de la Adhesión, toda la normativa co-

munitaria en materia de derecho de sociedades. No vislumbraron entonces nuestros negociadores la trascendencia de dicho capítulo, ni la complejidad jurídica de atender en tan breve plazo una reforma de tal profundidad. Como no podía ser menos, seis meses antes de la fecha de Adhesión (1-1-1986), todavía no hay preparados textos de reforma de las leyes de sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, Código de Comercio y Reglamento del Registro Mercantil. El Ministerio de Justicia ha acelerado los trabajos de la Comisión General de Codificación al objeto de poder presentar al Parlamento los textos de reforma en el más breve plazo posible, pero, aun con la máxima celeridad, no parece ya posible que las Cortes aprueben dentro de plazo esta importante reforma. Por otra parte, textos de esta envergadura e incidencia en la vida económica y social no debieran de aprobarse sin amplia difusión y debate previo por amplias instancias de la sociedad española. Más que en otros casos, la prisa es aquí mala consejera. Debe, pues, censurarse la ligereza de los negociadores españoles al admitir la asunción en tan breve plazo de tan importante paquete normativo comunitario, cuando todos los demás Estados miembros dispusieron de plazos más amplios para aplicar las directivas comunitarias, así como la falta de previsión del Ministerio de Justicia, al no dirigir los trabajos de reforma del derecho societario español a la aplicación de las directivas comunitarias. El anteproyecto de reforma de la Ley de Sociedades Anónimas concluido en 1979, desgraciadamente, no se hizo con la perspectiva de asumir el acervo comunitario en esta materia.

No es éste el lugar adecuado para desarrollar todos los aspectos de la necesaria reforma de nuestro derecho societario, dados su tecnicismo y amplitud. Baste decir que deben ser objeto de revisión:

- El Código de Comercio, en lo que respecta a las sociedades comanditarias por acciones y a la publicidad de actos societarios.
- La Ley de Sociedades Anónimas de 1951, en gran parte de su contenido.
- La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, en su casi totalidad.
- El Reglamento del Registro Mercantil, poniendo, entre otras cosas, en funcionamiento el Boletín Oficial del Registro Mercantil.
- El Decreto de 26-4-1977 y Real Decreto de 24-9-1982, para contemplar la aplicación en España de la octava directiva (control de cuentas por empresas auditoras).
- Sin perjuicio de que diversos reales decretos y órdenes ministeriales hayan realizado una valuable tarea de adaptación del derecho bursátil español a las directivas comunitarias en estos últimos años, la adaptación no es aún total, y sería menester, además, incorporar la reforma al Reglamento de Bolsas Oficiales de Comercio.

Aunque no quepa aquí hacer un tratamientotécnico-jurídico de las reformas a introducir, ya puede observarse, por la mera enumeración de normas españolas afectadas, que se trata de una reforma en profundidad del marco normativo dentro del cual la economía española está acostumbrada a actuar. En el aspecto concreto de la contabilidad

empresarial, afortunadamente el Plan General de Contabilidad aprobado por Decreto 530/1973, de 22-2-1973, se hizo teniendo en cuenta la cuarta directiva, por lo que, para un importante sector de nuestra economía, la reforma no planteará grandes problemas. Distinto es el caso de la séptima directiva, reguladora de la consolidación de cuentas, que incide en una materia que carece en España de una regulación mercantil (sólo tiene un tratamiento fiscal, si bien, en el ámbito restringido del sector de la banca, una reciente circular del Banco de España ha impuesto a los bancos la obligación de elaborar y presentar balances consolidados, con criterios basados en la séptima directiva), aunque aquí los problemas de la adaptación se suavizan por el lapso de tiempo otorgado por la directiva a los Estados miembros para su aplicación (deberá introducirse en los derechos nacionales no después del 1-1-1988, y aplicarse a los ejercicios sociales que empiecen después del 1-1-1990).

3. El derecho de establecimiento en el sector primario

Por lo que respecta a la agricultura, si bien es cierto que la Ley de Inversiones Extranjeras contenía una disposición claramente discriminatoria y contraria al Tratado CEE, cual era la exigencia de autorización administrativa para la adquisición de fincas rústicas de más de 4 Ha. de regadío o 20 Ha. de secano, no es menos cierto que el Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, ha suprimido tal exigencia, liberalizando tales adquisiciones siempre que se realicen

con aportación dineraria exterior. Subsiste la discriminación, por razón de nacionalidad, de exigir, como requisito habilitante para la compra de fincas rústicas por nacionales de la CEE, que ésta se realice con aportación dineraria exterior, sin duda con el loable propósito de incrementar la inversión extranjera en España. El artículo 52 del Tratado exige claramente la plena asimilación del nacional comunitario a los nacionales del país de establecimiento, por lo cual, si a un español no se le exige aportación dineraria exterior, no debe de exigirse tal aportación a los nacionales de la CEE. De nuevo aquí el defecto radica en confundir «establecimiento» con «inversión extranjera», condicionando aquél a la realización de ésta. Ya ha quedado dicho que se trata de conceptos que requieren tratamiento diferenciado, atendiendo a los términos del Tratado.

Si los terrenos en los que se pretende realizar actividades agrarias por empresas comunitarias fueran objeto de alquiler, en vez de compra, no se aplicaría el requisito de la previa autorización administrativa. Pero otra discriminación les afectaría: la que contiene la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31-12-1980, que sujeta al requisito de reciprocidad la aplicación a los extranjeros de los beneficios que la ley establece para los arrendatarios. Tal condicionamiento, por discriminatorio, debería ser objeto de supresión o reforma.

En materia de pesca, el principio general de la legislación española es el de reserva para los españoles de los recursos pesqueros del mar territorial y de la zona económica (Ley 10-1977, de 4-1-1977, de mar territorial, y Ley 15/1978, de 20-2-1978, de

zona económica), salvando, naturalmente, lo dispuesto en los acuerdos internacionales suscritos por nuestro país. Consiguientemente, no será preciso hacer aquí adaptación normativa alguna, ya que el acceso de buques pesqueros de pabellón comunitario al mar territorial y zona económica española se basará en el Acta de Adhesión (que regula dicho acceso en los arts. 164 y 165). El acceso de buques españoles a zonas pesqueras de otros Estados miembros se regula también en el Acta de Adhesión (arts. 156 a 163) y Protocolo n.º 3 (zona pesquera de Portugal). La zona pesquera de Canarias queda fuera de la política común de pesca. Importa por último señalar que las zonas pesqueras bajo jurisdicción de otros países a las que tienen acceso buques de pabellón español, en virtud de acuerdos bilaterales (v. gr.: Marruecos), pasarán a gestionarse desde el momento de la Adhesión por las autoridades comunitarias, en virtud del artículo 167 del Acta de Adhesión.

Si pasamos al campo de las industrias extractivas, en el ámbito cubierto por la Ley de Minas de 21-7-1973 hay disposiciones discriminatorias y proteccionistas que resultan incompatibles con el Derecho comunitario. Así, la reserva de «derechos mineros» en favor de personas o empresas españolas (arts. 89 y 90), o la obligatoriedad de ciertos porcentajes de mano de obra española (art. 93), o las restricciones a la transmisión de derechos mineros (arts. 94 y 101). La reserva de la explotación del mercurio en favor de empresas totalmente españolas parece igualmente contraria al Tratado de Roma, aunque nada obstaría a encontrar fórmulas técni-

camente compatibles con dicho Tratado, como, por ejemplo, su calificación como zona de reserva del Estado, adjudicable por concursos a los que podrían acudir empresas extranjeras.

En el campo de los hidrocarburos, la Ley 21/1974, de 27-6-1974, sujeta a autorizaciones y controles administrativos la exploración y explotación de hidrocarburos por empresas extranjeras, y contiene normas discriminatorias atendiendo a la cantidad de técnicos y mano de obra española empleada. Todo ello debería de ser objeto de reforma antes del 1-1-1986 para adaptarse a la normativa comunitaria.

La reciente Ley de Fomento de la Minería n.º 6/1977, de 4-1-1977, que contiene una serie de ayudas estatales en beneficio de empresas españolas, debiera también ser objeto de adaptación al principio de no discriminación comunitario.

Por último, la prospección, investigación, explotación y comercio de minerales radioactivos, se regula en la Ley 25/1964, de 29-4-1964, de Energía Nuclear, que en gran parte se remite a lo dispuesto en la Ley de Minas. Hay toda una gama de preceptos que resultan discriminatorios para las empresas comunitarias (v. gr.: arts. 19 y 22) y que debieran ser objeto de revisión.

4. El derecho de establecimiento en el sector secundario

En general, la presencia de empresas extranjeras en el sector industrial no tiene otro tratamiento que el previsto en la Ley de Inversiones Extranjeras, texto

que, como ya antes se dijo, será preciso revisar en profundidad. En la normativa administrativa que regula la actividad industrial en España no se contiene normalmente disposición alguna que contemple un trato discriminatorio en perjuicio de empresas extranjeras.

Dicho esto, lo primero que hay que citar es que toda la gama de actividades industriales que participan del concepto de servicio público, como es el caso de las actividades de suministro de electricidad, agua y gas, tiene hoy en día limitada la presencia extranjera en los artículos 25 y 29 de la Ley de Inversiones Extranjeras. El Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, ha dejado fuera de la liberalización al amplio sector de los servicios públicos. Salvo que, por tratarse de empresas municipalizadas, o circunstancia análoga, puedan englobarse dentro del concepto «ejercicio de la autoridad pública» (en cuyo caso sería de aplicación la excepción prevista en el artículo 55 del Tratado CEE), en este punto también deberá terminar el proteccionismo que la Ley de Inversiones Extranjeras consagra. Conviene, sin embargo, anotar que el artículo 90 del Tratado de Roma permite a las empresas encargadas de la gestión de servicios *d'intéret économique général* quedar sujetas a las reglas del Tratado sólo dentro de los límites en los que la aplicación de tales reglas no perjudique el cumplimiento de la función que tienen encomendada; tal y como se aplica en la práctica este precepto, las empresas concesionarias de grandes servicios públicos pueden mantener su derecho exclusivo de realización de la actividad. Esta situación de privilegio, que nació histórica-

mente a petición de Francia para proteger la situación de las grandes compañías concesionarias francesas (v. gr.: Electricité de France, prácticamente monopolística en el suministro de electricidad), se encuentra condicionada por la última frase del artículo 90.2: «El desarrollo de los intercambios no debe quedar afectado en medida contraria al interés de la Comunidad». Quiere ello decir que las autoridades comunitarias no permitirían un uso abusivo del precepto para vulnerar los grandes principios de libre competencia en que se fundamenta el Mercado Común. Dado que la técnica de la concesión administrativa es muy normal en España para la gestión de servicios públicos, quede como conclusión que podrá, en su momento, mantenerse al amparo del artículo 90 citado, que, en una parte de los mismos, no será precisa la «apertura» del mercado a otras empresas, como es regla general en los demás sectores de la vida económica.

La industria cinematográfica es uno de los sectores industriales más dependientes hoy en día del proteccionismo oficial. La Ley 3/1980, de 10-1-1980, reguladora de la llamada «cuota de pantalla», es quizás el símbolo más llamativo de esta protección, que persigue loables objetivos culturales, más que de índole económica. Lo cierto es que a la industria cinematográfica le es de aplicación media docena de directivas comunitarias, cuya aplicación inmediata España consintió en la Conferencia de Negociación, que prohíben este tipo de proteccionismo. Y lo propio cabría decir respecto de las ayudas y subvenciones públicas a la producción de películas españolas, como son las

contempladas en la Orden Ministerial de 9-6-1981 y en el Real Decreto 1.465/1981, de 19-6-1981. Sin duda, cabrá encontrar métodos que permitan conseguir el fin cultural que se persigue de mantener vivo el séptimo arte español sin menoscabo de las normas comunitarias, que, en definitiva, no pretenden sino la no discriminación por razón de nacionalidad. La Comunidad tiene en avanzado estudio, por lo demás, normas de fomento de la producción cinematográfica comunitaria que también beneficiarán a la industria española.

5. El derecho de establecimiento en el sector terciario

No vamos a aludir en el presente trabajo a la Banca y los Seguros, que, si bien se clasifican dentro del sector terciario de la economía, son objeto de otros documentados estudios en este número de PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA.

El Derecho derivado comunitario contiene normas específicas para regular el derecho de establecimiento en el ámbito de las siguientes actividades:

- Mediación comercial.
- Hostelería.
- Agencias de viaje.
- Contratación pública.
- Profesiones liberales.

Respecto a las actividades de mediación comercial, hostelería y agencias de viaje, nada hay que decir de especial para España: en todos estos ámbitos rigen las reglas generales, esto es, la Ley de Inversiones Extranjeras y las disposiciones citadas más arriba sobre el esta-

blecimiento de las personas físicas, sin ningún tipo de especialidad. Las directivas comunitarias en estos ramos de la actividad económica, por otra parte, se limitan a la abolición de discriminaciones por razón de nacionalidad y han quedado obsoletas desde la sentencia «Reyners» del Tribunal Europeo (de 21-6-1974, asunto 2/74), que declaró la eficacia y aplicabilidad directa del artículo 52 del Tratado CEE, que es el que contiene la prohibición de discriminaciones por razón de nacionalidad. La previsible reforma de la Ley de Inversiones Extranjeras y legislación o reglamentación concordante serán, por tanto, suficientes para que exista plena libertad de establecimiento en el ámbito de las actividades de mediación comercial, agencias de viaje y hostelería.

Mención especial requiere la normativa sobre contratación pública. El volumen de la contratación de las administraciones públicas de obras, servicios y suministros, constituye una porción importante del producto interior bruto y es indudable instrumento de la política económica general. Por ello, las normas que regulan esta contratación, y su aplicación práctica, han sido normas y criterios proteccionistas de las empresas nacionales, de modo que sólo se ha contratado con empresas extranjeras cuando no había oferta de calidad por parte de empresas españolas, esto es, cuando se requería aportación de tecnología extranjera. Por otra parte, además de motivaciones proteccionistas o de índole económica, también han incidido motivaciones de índole política: evitar que en la prestación de servicios públicos de interés nacional hubiera empresas extran-

teras, lo que hubiera motivado una dependencia no admisible desde perspectivas políticas de soberanía nacional.

Conviene en este punto decir que la situación en los países del Mercado Común al iniciarse la andadura comunitaria era de todo punto similar, y de hecho, hoy día, los Estados miembros mantienen prácticas, ya que no legislación, de preferencias de la empresa nacional sobre la extranjera en los contratos públicos.

Muy resumidamente, la normativa comunitaria en esta materia consiste en la prohibición de todo tipo de discriminación por razón de nacionalidad en la admisión de empresas a licitaciones públicas, en el procedimiento licitatorio, y en la adjudicación de los contratos públicos; más aún, para los grandes contratos públicos, las directivas comunitarias obligan a insertar publicidad de las licitaciones en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, serie C, al objeto de que toda empresa comunitaria pueda acudir a la licitación.

Frente a esta normativa, España mantiene en vigor la vieja Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional de 24-11-1939, cuyo artículo 10 obliga, en toda contratación pública de cualesquiera administraciones públicas, a adquirir bienes o productos de fabricación española, amén de otros varios beneficios en favor de la industria nacional claramente discriminatorios respecto de las empresas extranjeras. Ley, por tanto, en principio, incompatible con el Tratado CEE, propia, además de una economía de guerra y basada en la autarquía, y que, por di-

versos motivos, convendría derogar formalmente.

El Reglamento de Contratos del Estado de 25-11-1985 regula, en su artículo 24, los requisitos formales para que empresas extranjeras puedan acudir a licitaciones públicas españolas. Se trata de un conjunto de requisitos que claramente dificultan, si no impiden, la presencia de empresas extranjeras en licitaciones públicas españolas, y de por sí discriminatorios. Será preciso aquí también adaptar nuestra legislación. El requisito de reciprocidad que dicho artículo contempla es un requisito discriminatorio, según doctrina del Tribunal Europeo, que no debe, por lo tanto, permanecer.

Pervive también el Decreto 3.740/1965, de 16-12-1965, que establece la preferencia en favor de empresas españolas en toda contratación pública en la que la oferta de empresas extranjeras no supere en un 10 por 100 el tipo ofrecido por empresa nacional. Contiene también dos importantes limitaciones para la empresa extranjera:

- La prohibición de que el importe de la obra, servicio o suministro contratado se exporte al exterior, al calificarse de «pesetas interiores», salvo autorización especial de la Dirección General de Transacciones Exteriores.

- La obligación de que la fianza del contrato consista en depósito en divisas de un 25 por 100 del presupuesto del mismo.

Fácilmente se observa que este tipo de norma proteccionista no resulta compatible con la normativa comunitaria y debería, en buena técnica, adaptarse a ella.

Por lo que respecta a la con-

tratación local, el artículo 3.º del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales se remite a lo dispuesto en la normativa estatal, que es la expuesta más arriba, y que se resume en la posibilidad teórica de que empresas extranjeras acudan a procedimientos licitatorios, pero con un cúmulo de requisitos y discriminaciones tal que, en la práctica, hacen estadísticamente muy escasa la participación extranjera en contratos públicos españoles.

Por lo que se refiere al derecho de establecimiento en materia de profesiones liberales, como es sabido, la normativa comunitaria solamente ha desarrollado los principios del Tratado de Roma en el ámbito de las profesiones médicas y paramédicas, a saber:

- Médicos de medicina general.
- Ayudantes Técnicos Sanitarios.
- Dentistas.
- Veterinarios.
- Comadronas.

Lo primero que hay que señalar es que en este tipo de profesiones hay libertad de establecimiento, aunque se trate de funcionarios públicos. La medicina se encuentra hoy día en todos los Estados miembros muy socializada, de modo que los profesionales de ella rara vez escapan a su clasificación como funcionarios públicos. Pues bien, no rige aquí la excepción del artículo 55 del Tratado CEE, ya que la naturaleza administrativa, y no laboral o civil, del vínculo contractual no es elemento suficiente para calificar la actividad médica como «partícipe del ejercicio de la autoridad pública». Salvo, naturalmente, aque-

llos casos en que sí lo sea, como v. gr.: los médicos forenses. No cabe, por tanto, escudarse en ello como excepción al derecho de establecimiento de médicos, enfermeros, dentistas, comadronas o veterinarios comunitarios.

Las directivas comunitarias conllevan el reconocimiento automático de los títulos académicos que habilitan en cada país para ejercer cada una de las profesiones mencionadas, sin necesidad de un acto formal de convalidación por las autoridades administrativas del país de establecimiento. Otra cosa es el requisito de colegiación. Rige en España la Ley de Colegios Profesionales de 13-2-1974, que no exige nacionalidad española para colegiarse. Pero ésta se remite a los estatutos de los diferentes colegios profesionales, y es aquí en donde se encuentra la restricción. En la casi totalidad de estatutos colegiales se requiere la nacionalidad española para acceder a la colegiación, además, naturalmente, de la titulación académica, que, por aplicación de las directivas, no sería aquí el problema. La Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25-11-1944 ya limitaba a los médicos españoles el acceso a la organización médica colegial. El reglamento de dicha organización, de 1-4-1967, limita a los españoles, consecuentemente, tal colegiación. Por su parte, la propia Ley de Colegios Profesionales (art. 7.º3) restringe a los españoles el acceso a los cargos directivos de los colegios profesionales. Lo cierto es que, por aplicación de determinados convenios internacionales, médicos de nacionalidad extranjera han podido colegiarse y ejercer en España, aunque son excepción a la norma general.

España deberá adaptar su normativa a los criterios de no discriminación por razón de nacionalidad, de modo que permita la colegiación de los profesionales de la medicina que sean nacionales de la CEE y estén en posesión de un diploma académico suficiente, en los términos de la correspondiente directiva comunitaria.

El requisito de conocimiento del idioma puede mantenerse para todas las profesiones médicas y paramédicas citadas, salvo la de veterinaria. En efecto, se consideró indispensable para el correcto ejercicio de la profesión médica la capacidad de comunicación con el paciente. Aunque la redacción dada a cada una de las directivas comunitarias no es muy concreta y taxativa, lo cierto es que se ha interpretado por los Estados miembros, con el beneplácito de la Comisión Europea, como permisiva de:

- Exámenes idiomáticos organizados por cada colegio profesional, o
- Aportación de titulación demostrativa del conocimiento del idioma local.

El requisito del permiso de trabajo y autorización de residencia, que de modo general exige el Real Decreto 1.031/1980, de 3-5-1980, para todo profesional extranjero que quiera establecerse en nuestro país, deberá sustituirse por la carta de estancia regulada por una directiva comunitaria, de expedición reglada.

El Consejo de Ministros de la CEE ha aprobado el pasado 10 de junio de 1985 la directiva 85/384/CEE sobre reconocimiento de títulos y derecho de establecimiento y de prestación de servicios en el ámbito de la archi-

itectura, que sigue para la profesión de arquitecto el mismo esquema que el establecido para las profesiones médicas y paramédicas.

A diferencia de la medicina, en la normativa colegial de los arquitectos no se exige la condición de español para la colegiación, por lo que, en principio, la aplicación de la directiva en cuanto a «derecho de establecimiento» no planteará especial problema. En este campo la importancia de la directiva radica en el reconocimiento de títulos extranjeros, más que en la supresión de normas discriminatorias.

Distinto es el caso de la libre prestación de servicios, para la cual la directiva suprime el requisito de la colegiación, debiéndose adaptar la normativa corporativa de los arquitectos españoles para permitir el ejercicio de esta libertad.

Para el resto de profesiones liberales, respecto a las cuales no hay Derecho derivado comunitario positivo, son de aplicación los artículos 52 y siguientes del Tratado CEE, que ya hemos señalado goza del carácter de «eficacia directa» en los Estados miembros. Quiere ello decir que todos los colegios profesionales deberían modificar sus normas estatutarias en el sentido de suprimir toda discriminación por razón de nacionalidad: suprimir la no admisión de extranjeros cuando se trate de nacionales de países de la CEE. Podrá seguirse manteniendo el requisito de la titulación académica adecuada, de modo que sólo accedan al colegio y al ejercicio profesional quienes tengan título español o título extranjero convalidado por las autoridades académicas españolas. También

podrá mantenerse la limitación de que los cargos directivos de cada colegio profesional sean exclusivamente para españoles, ya que los colegios profesionales son «administración pública» y, por tanto, sus cargos directivos participan del ejercicio de la autoridad pública.

Quedan dentro de la excepción del artículo 55 del Tratado CEE todos aquellos profesionales cuya profesión les hace partícipes, incluso ocasionalmente, del ejercicio de la autoridad pública. Entre ellos, por ejemplo, los agentes de cambio y bolsa, los corredores colegiados de comercio, los corredores intérpretes de buques, los notarios, etc.

El requisito de conocimiento del idioma local parece, en principio, exigible, por lo que nada obsta a que en las normas estatutarias correspondientes se precise que la colegiación queda supeditada a la aportación de prueba suficiente de dominio del idioma local, circunstancia que puede tener interés en los casos de profesionales con título extranjero convalidado que carecen de titulación española.

III. LA LIBRE PRESTACION DE SERVICIOS

Con cierta frecuencia, se suele asimilar por la doctrina el tratamiento del derecho de establecimiento con el de libre prestación de servicios. Responde, sin duda, a una misma idea: poder realizar actividades económicas en cualquier parte del Mercado Común. Gran parte del Derecho derivado comunitario positivo trata simultáneamente del derecho de establecimiento y del de libre prestación de ser-

vicios. Pero ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la que ha ido más allá del Derecho derivado, e incluso del mismo tenor literal del Tratado CEE (cuyo art. 60 señala como contenido básico del derecho de libre prestación de servicios el de «prestar el servicio en las mismas condiciones que el país de prestación impone a sus propios nacionales»), señalando, aquí y allá, qué condiciones son exigibles a los que están establecidos en el lugar de prestación, y que no son exigibles a quienes se desplazan temporalmente para una prestación concreta. Así, por ejemplo, en la sentencia «Seco» (de 3-2-1982, asunto 62-63/81), se ha considerado contraria al Tratado la obligación de ingresar la cuota patronal a la Seguridad Social de un empresario de la construcción extranjero que ya cotizaba a la Seguridad Social de su país de origen, y cuya empresa obtuvo un contrato de obras en otros Estados de la CEE. En las sentencias «Van Binsbergen» y «Coenen» (de 3-12-1974, asunto 33/74; y de 26-11-1975, asunto 39/75, respectivamente), el Tribunal consideró inaplicable a empresas extranjeras el requisito de tener domicilio en el lugar de la prestación del servicio, a pesar de que sea requisito exigible para los ya establecidos permanentemente en él (se trataba de la prestación de servicios de procurador de los tribunales, en el primer caso, y de agente de seguros en el segundo).

Quizás donde haya tenido más feliz consagración el criterio general del Tribunal europeo sea en la sentencia «Webb» (de 17-12-1981, asunto 279/80), en la que se discutía la licitud de exigir a una empresa extranjera de

colocación obrera, como requisito para actuar en otro país de la CEE, obtener una autorización administrativa e inscribirse en un registro administrativo especial, requisitos exigidos a las empresas nacionales de colocación obrera. Dice el Tribunal:

«la libre prestación de servicios, en tanto que principio fundamental del Tratado, no puede quedar limitada sino por reglamentaciones justificadas por el interés general, en la medida en la que dicho interés general no queda salvaguardado por las reglas a las que el prestatario de los servicios está sometido en el Estado en el que está establecido.»

Dado que la nota diferenciadora de la libre prestación de servicios con respecto al derecho de establecimiento es la de temporalidad (el establecimiento es por tiempo indefinido; la prestación de servicios es por el tiempo que dure la prestación), requisitos tales como colegiación, convalidación del título habilitante y tener domicilio o residencia, no son exigibles respecto de las empresas o profesionales extranjeros, nacionales de la CEE y establecidos permanentemente en un país de la CEE. Otros requisitos de mayor complejidad y que sería menester modular, según los casos y supuestos de prestación de servicios, como los de alta en Licencia Fiscal, alta en Seguridad Social, inscripción en registros administrativos o previa obtención de licencia o autorización administrativa, pudieran ser, en determinados casos, no exigibles a quienes se desplazan por tiempo breve a España para un servicio determinado, siguiendo el criterio jurisprudencial europeo expuesto.

El Derecho derivado comunitario en esta materia se limita normalmente a señalar que el Estado en el que el servicio se presta temporalmente puede comprobar que el prestatario de los servicios reúne en su país de origen y establecimiento los requisitos habilitantes para el ejercicio de la actividad.

Así, la directiva 77/249, de libre prestación de servicios de abogado, suprime el requisito de la convalidación del título, reconociendo la validez del que se ostenta en el país de origen; suprime el requisito de la colegiación, aunque permite comprobar la debida colegiación en el país de origen; y permite a los Estados miembros exigir ciertas obligaciones de contenido formal o incluso protocolario (presentarse ante el presidente de la jurisdicción local, actuar en concierto con un abogado local, etcétera). Precisamente esta directiva obligará a reformar algunos preceptos del Estatuto General de la Abogacía, además de las reformas que para el derecho de establecimiento se derivan de la eficacia directa del artículo 52 del Tratado CEE.

En el mismo sentido, la directiva 85/384, de derecho de establecimiento y libre prestación de servicios de los arquitectos, suprime el requisito de la convalidación del título, reconociendo la validez del que se ostenta en el país de origen, para la prestación ocasional y temporal de servicios profesionales en otro país de la CEE.

En ninguno de ambos casos las directivas aluden al requisito de conocimiento del idioma local, por lo que existe, si se quiere, un vacío normativo que es preciso suplir con normas de lógica. Así, para la prestación de

servicios de abogado, parece que el conocimiento del idioma del lugar de la prestación es exigencia de la propia naturaleza del trabajo a prestar: no se concibe el mundo del Derecho sin el uso del idioma. Las normas se dictan y publican en el idioma nacional, los contratos y actos jurídicos surten efectos ante terceros, ante las administraciones públicas y, en última instancia, ante la autoridad judicial nacional, y la interpretación «literal» de normas y contratos es básica para su cabal aplicación y ejecución. Consiguientemente, parece evidente que el conocimiento del idioma nacional pueda exigirse para quien pretenda prestar servicios profesionales de abogado, con independencia de su nacionalidad y lugar de colegiación, sin que ello pueda entenderse como norma discriminatoria contraria al Tratado CEE.

Puede sostenerse, por contra, que el ejercicio de la arquitectura no tiene esa estrecha vinculación con el uso del idioma local, por tratarse de una profesión técnica, lo que conduciría, de manera similar a lo ocurrido con los veterinarios, a considerar como exigencia desproporcionada la del conocimiento de la lengua local.

Sorprende, en cierta medida, la inexistencia de normas que regulen la prestación de servicios en España por empresas extranjeras. En la práctica son abundantes los casos y ejemplos de prestación de servicios por empresas extranjeras sin que existan mecanismos de control corporativos o administrativos. Así, v. gr.: servicios de ingeniería, proyectos arquitectónicos, asesoramiento jurídico y preparación de contratos por abogados extranjeros, servicios médico-quirúrgicos prestados por

profesionales extranjeros, etc., no tienen otro control administrativo que el de control de cambios (ya que se trata de pagos liberalizados pero supervisados por la Dirección General de Transacciones Exteriores, capítulo de «inversiones») en el momento de materializarse el pago al extranjero. Pudiéndose añadir los servicios que se prestan «en el extranjero» a empresas o personas españolas, que se desplazan al extranjero con ese objeto y pagan desde España tales servicios. De hecho, en un mundo con la facilidad de comunicaciones internacionales del actual continuamente se están prestando servicios transfronteros, sin otro control que el de las autoridades de control de cambios. Otros requisitos que la legislación nacional pueda imponer a los propios nacionales para que puedan prestar servicios profesionales (titulación académica, colegiación, inscripción en registros mercantiles o administrativos, afiliación a la Seguridad Social, Licencia Fiscal, etc.), de hecho no se exigen ni parece puedan exigirse a quienes, bien desplazándose físicamente a España por un corto tiempo, bien empleando los modernos sistemas de comunicaciones, prestan sus servicios profesionales en España, teniendo su establecimiento profesional o empresarial en el extranjero.

Por ello, no parece que la aplicación del Derecho comunitario europeo en esta materia vaya a producir cambios sustanciales e importantes en la situación actual. En algunos supuestos concretos en los que la prestación del servicio requiere una presencia física del prestatario, como en las profesiones médicas, los dentistas, o quizás los arquitectos, pueden darse desviaciones

de clientela, en ningún modo significativas.

Otros sectores en los que la libre prestación de servicios podría tener significación económica, como son la Banca, los Seguros y los Transportes, están excluidos de los preceptos del Tratado CEE sobre libre prestación de servicios, en su artículo 61.

Conviene, por último, citar que hay normativa comunitaria sobre libre circulación de capitales, que incide directamente en la libre prestación de servicios: el artículo 106 del Tratado y la lista A de las directivas de 11-5-1960 y 18-12-1962 obligan a liberalizar totalmente los pagos internacionales a que dé lugar la libre prestación de servicios. No tendrá su aplicación un alcance significativo, por estar actualmente liberalizados esta clase de pagos.