

**A. LIBERTAD DE CIRCULACION DE PERSONAS,  
SERVICIOS, BIENES Y CAPITALES**

**LAS ADAPTACIONES DEL DERECHO ESPAÑOL  
EXIGIDAS POR LA APLICACION DEL DERECHO  
COMUNITARIO EUROPEO EN MATERIA DE  
LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO  
Y DE PRESTACION DE SERVICIOS (I)**

Por ANTONIO SAINZ DE VICUÑA Y BARROSO

*Sumario:* Introducción.—Generalidades.—Desplazamiento y establecimiento de personas físicas no asalariadas.—Agricultura.—Pesca.—Industrias Extractivas.—Electricidad, Agua y Gas.—Banca.—Seguros.

**Introducción**

El presente trabajo se concreta a describir las discordancias básicas o esenciales que presenta el Derecho español respecto del Derecho Comunitario Europeo en materia de Libertad de Establecimiento y Prestación de Servicios. No pretende ni puede ser un análisis exhaustivo de ambos ordenamientos. El punto de partida es que el lector conoce los rasgos básicos del Derecho Comunitario en esta materia, y que igualmente conoce los criterios básicos del Derecho español, y puede conocer a través de un estudio detallado, la normativa reglamentaria de desarrollo o ejecución de tales criterios básicos.

No se va a tener en cuenta el régimen transitorio que el Tratado de

Adhesión otorgue a España para adaptar el Derecho español al Comunitario. Es éste un análisis estático, que parte de los Ordenamientos español y comunitario tal y como se encuentra en la fecha en que dicho análisis se realiza. Compara, valga la expresión, dos fotografías, y no una realidad viva y mutante.

Por sistemática con otros trabajos de la presente edición, no son objeto de estudio diversos capítulos del Derecho comunitario pertenecientes o relacionados con la Libertad de Establecimiento y de Prestación de Servicios. Quedan fuera del presente estudio las normas relativas a la Libre Circulación de Capitales, íntimamente vinculadas al Libre Establecimiento y Servicios, ya que no cabe establecerse en otro país sin poder invertir en él ni repatriar los beneficios de la inversión, ni cabe prestar servicios en otro país sin poder repatriar el producto del servicio prestado. Queda fuera del presente estudio la normativa referente a la Libre Circulación de Trabajadores, igualmente vinculada al Derecho de Establecimiento y Servicios, y que tiene un paralelismo indudable con las normas referentes a la entrada y permanencia de personas físicas no asalariadas que sí serán objeto de análisis en este estudio, ya que ambas normativas forman parte del Estatuto del Extranjero.

Se deja fuera de este trabajo la posible incidencia en el ámbito de la Libertad de Establecimiento y Servicios de los Tratados, Convenciones y Acuerdos que conforman el capítulo de Relaciones Exteriores de la CEE, y que modulan el Estatuto del Extranjero aplicable a los nacionales de países terceros.

Igualmente se excluye del presente estudio la normativa CECA y EURATOM, aun a sabiendas que inciden en el ámbito de la Libertad de Establecimiento y de Prestación de Servicios. El trabajo se circunscribe a la normativa CEE.

Queda fuera también del presente trabajo la cuestión de los monopolios legales, que, si bien inciden en el Derecho de Establecimiento, se ubican sistemáticamente en el capítulo de Derecho de Libre Competencia o, en su caso, en el de Libre Circulación de Mercancías.

Por último, la relación obligada de exclusiones se completa con la del Derecho de Sociedades. La importancia y complejidad jurídica de la armonización legislativa llevada a cabo por la CEE en materia de Derecho de Sociedades, que abarca cuestiones propias de Derecho Contable y de Derecho Bursátil además de las propiamente societarias, aconseja tratar separadamente este capítulo.

### **Generalidades**

Las adaptaciones que el Derecho Comunitario va a exigir al Derecho español tienen una raíz común y única: la obligación de eliminar toda discriminación, salvo las excepcionalmente autorizadas, entre los españoles y los nacionales de la CEE. La supresión de toda discriminación se deriva del artículo 7.º del Tratado de Roma (en lo sucesivo TCEE), ubicado en la Parte que enumera los Principios del Orden Comunitario, y, en materia de Establecimiento y Servicios, de los artículos 52 y 59 del TCEE.

Conviene recordar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo TJCE), desde la Sentencia *Reyners* (21-6-1974, Asunto núm. 2/74, *Reyners vs. Bélgica*, Recueil 1974, p. 631 y ss.) considera directamente aplicables los artículos 52 y 59 referidos, sin necesidad de que exista una norma, comunitaria o nacional, de aplicación.

Por consiguiente, puede sentarse ya una primera conclusión: deben de adaptarse todas aquellas normas españolas que contengan una discriminación en contra de los nacionales, personas físicas o jurídicas, de los Estados Miembros (en lo sucesivo EM) de la CEE, salvo las excepciones autorizadas.

En segundo lugar, atendiendo a la doctrina sentada por el TJCE en el asunto *Van Binsbergen* (núm. 33/74), será preciso eliminar como requisito para la libre prestación de servicios el requisito de residencia en España.

Importa también precisar que tanto para el Derecho de Establecimiento como para el de libre Prestación de Servicios, el TCEE, artículos 52 y 59, delimitan su alcance subjetivo señalando que solamente pueden prevalerse del mismo «los nacionales de Estados miembros establecidos en el territorio de un Estado miembro». Consiguientemente, no bastará distinguir tan sólo en razón a la nacionalidad, sino que habrá que atender como criterio cumulativo al criterio de la residencia o establecimiento.

Como resumen de lo anterior, el Derecho español deberá adaptar sus normas distinguiendo los siguientes grupos de personas:

Grupo I. Nacionales españoles.

Grupo II. Nacionales de EM de la CEE, establecidos en un EM, respecto de las materias regidas por el TCEE y no excepcionadas por éste.

Grupo III. Extranjeros no incluidos en el Grupo II anterior.

A su vez, el Grupo III tendrá diversas subclasificaciones, principalmente atendiendo a los Tratados, Acuerdos o Convenios internacionales.

que incidan en el Derecho de Establecimiento o de Libre Prestación de Servicios, ya sean los suscritos por la CEE con terceros países, a los que se adherirá España, ya sean los suscritos por España con anterioridad a la Adhesión a la CEE y que, en los términos del artículo 234 TCEE, no deban de denunciarse como incompatibles con la CEE al producirse la Adhesión.

Conviene recordar rápidamente que las excepciones previstas por el TCEE al Derecho de Establecimiento y Libres Prestación de Servicios son:

1. Artículo 55 TCEE.—Actividades que participan del ejercicio de la autoridad pública, concepto a definir por el Consejo CEE (véase Directiva 75/34) o por el propio EM (sujeto a control por el TJCE).
2. Artículo 56.1 TCEE.—Restricciones derivadas de razones de orden público, seguridad pública y salud pública, conceptos definidos o a definir por el Consejo CEE (véase Directivas 64/221 y 75/35, así como Sentencia TJCE Asunto Van Duyn, núm. 41/74).
3. Artículo 223.1 b) TCEE.—Restricciones respecto actividades relacionadas con la Defensa Nacional.
4. Artículo 226 TCEE.—Medidas de salvaguardia que pueda adoptar España respecto de sectores económicos en situación de crisis grave (tales medidas se admitieron para los nuevos EM en las dos ampliaciones de la CEE —véase artículo 130, Documento de Adhesión de Grecia— y es de esperar se admitan para España).

Además de la abolición de las discriminaciones existentes en el Derecho español, en los casos en que proceda, según lo expuesto anteriormente, deberá además iniciarse por el Estado español la tarea de armonizar, atendiendo a las directivas comunitarias en vigor, la normativa legal y reglamentaria reguladora de las condiciones de acceso o desempeño de una determinada actividad económica.

Conviene tener en cuenta que en el TCEE se prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad en las materias a las que afecta el propio TCEE (art. 7.º TCEE). Este principio general resulta especialmente de aplicación a la normativa española referente a la adquisición y al arrendamiento de inmuebles, materia esta que se encuentra íntimamente relacionada con el Derecho de Establecimiento ya que un elemento esencial de todo establecimiento es el local o inmueble en el que se pretende realizar la actividad económica; por tratarse de una materia que afecta tanto a las personas físicas o jurídicas, y a cualquier actividad que se pretenda

desarrollar, es decir, por tratarse de una materia «horizontal», va a ser examinada aquí.

Por lo que se refiere a la adquisición de inmuebles, las restricciones de nuestro Derecho establecidas a los extranjeros afectan, de un lado, a la adquisición de fincas rústicas; y de otro, a la adquisición de fincas o inmuebles sitios en zonas de interés militar o de interés turístico.

Con relación a las fincas rústicas, será preciso revisar el artículo 18 de la Ley de Inversiones Extranjeras, que sujeta a autorización administrativa previa, de carácter discrecional, la adquisición por extranjeros de fincas rústicas cuya extensión supere las cuatro hectáreas de regadío o las veinte de secano, o cuando se adquieran por persona que complete tales extensiones agrupando todas las fincas rústicas que posea en España.

De la misma manera, será preciso revisar el artículo 20 de la mencionada Ley de Inversiones Extranjeras, que sujeta también a previa autorización administrativa la adquisición por extranjeros de inmuebles, rústicos o urbanos, sitios en Zonas de Interés Turístico.

Por lo que respecta a la adquisición de inmuebles sitios en zonas de interés militar, puede perfectamente mantenerse que la excepción de «seguridad pública» que contienen el artículo 56 del TCEE resulta de aplicación, ya que la «seguridad militar» es un concepto potenciado de «seguridad pública». En este sentido podría mantenerse la exigibilidad de previa autorización administrativa, del mismo modo que realizan la casi totalidad de países miembros de la CEE (v.gr.: Grecia, donde el territorio insular tiene calificación de «estratégico» a estos efectos). La disposición más genérica del artículo 223 TCEE pudiera también coadyuvar a esta interpretación. Y ello sin perjuicio de lo que proceda por la aplicación de las Directivas en materia de Libre Circulación de Capitales, que aluden a la adquisición de inmuebles.

No se oculta, no obstante, que el tema puede ser controvertido, y quizás la Adhesión a la CEE sea el momento para revisar esta legislación, no tanto por las exigencias del TCEE, donde puede mantenerse lícitamente la tesis de la aplicación *a fortiori* de la excepción de «seguridad pública», como por diversos factores que inciden en este campo:

- El hecho de que la casi totalidad de EM pertenecen a la Alianza Atlántica, y, por consiguiente, resulta difícilmente sostenible vedar a ciudadanos de países aliados derechos admitidos a los connacionales.
- El hecho de que la casi totalidad de los EM de la CEE pertenecen a la Alianza Atlántica.

- El hecho cierto de que la conexión de los conceptos «seguridad militar»-«nacionalidad» ha perdido actualmente su sentido, debiendo bastar la sujeción a la previa autorización militar la adquisición de inmuebles en determinadas zonas, cualquiera que sea la nacionalidad del adquirente.

La Ley de Inversiones Extranjeras contiene también el mandato de sujetar siempre a previa autorización administrativa la adquisición de inmuebles por extranjeros, cuando dicha adquisición «constituya en sí misma una actividad empresarial» (arts. 19 y 13). Esta disposición deberá igualmente ser objeto de revisión y adaptación al TCEE.

También deberá revisarse la Ley de Inversiones Extranjeras (arts. 14 y 16.2) en cuanto impone el requisito de previa autorización administrativa para la utilización de «pesetas interiores» por no residentes, para adquisición de inmuebles.

En el supuesto de que el establecimiento en España se realice mediante el arrendamiento del inmueble en donde se ubicará tal establecimiento, y no mediante su adquisición en propiedad, también deberá revisarse la legislación española. En efecto, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964 (art. 7.º), y la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 (art. 14) condicionan al requisito de reciprocidad el otorgamiento del «tratamiento nacional» a los extranjeros. Pues bien, aunque por la sola aplicación del TCEE puede mantenerse que siempre se cumplirá el requisito de reciprocidad entre los EM, lo cierto es que la exigencia de esa condición es de por sí una discriminación incompatible con el TCEE, y debiera suprimirse.

Ahora bien, toda la exposición anterior conduce a la siguiente apreciación: el derecho de establecimiento de extranjeros en España tiene su regulación principal en la Ley de Inversiones Extranjeras, que, bajo una apariencia de regulación de los aspectos monetarios o dinerarios de dicho establecimiento, lo que hace es establecer diversos mecanismos de intervención administrativa en el establecimiento en España de personas físicas y jurídicas extranjeras, así como en el desarrollo de actividades en España de los no residentes, extranjeros o españoles.

De ahí que, fundamentalmente, lo que proceda es elaborar una nueva y entera disposición que sustituya a la Ley de Inversiones Extranjeras, adaptada a las exigencias del TCEE, en donde queden suprimidos los mecanismos de intervención administrativa aplicables a los nacionales de EM establecidos en la CEE, salvo en los casos excepcionalmente permiti-

dos. Y, junto con ello, la necesaria revisión de la extensa relación de normas dictadas en desarrollo de la Ley de Inversiones Extranjeras.

### **Desplazamiento y establecimiento de 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.

El Derecho español regulador de la entrada de extranjeros no va a requerir modificaciones sustanciales, ya que con relación a los EM de la CEE está suprimido el requisito del visado previo, y mediante Canje de Notas con diversos países comunitarios se ha suprimido el requisito de presentación del pasaporte, bastando la presentación de un documento oficial de identidad (con la República Federal de Alemania, con Francia, con Bélgica, con Holanda, con Luxemburgo, con Italia y con Portugal). En el Reino Unido (donde no existe un documento oficial de identidad) resulta de aplicación un Canje de Notas de 1961, que habilita a los súbditos británicos a entrar en España con un pasaporte simplificado, no ajustado al modelo internacional, denominado «pasaporte de visitante británico», que es de fácil obtención.

Será preciso modificar la disposición adicional 1.<sup>a</sup> del Real Decreto 1874/1978, de 2 de junio, que permite a la administración española exigir a los extranjeros que pretendan entrar en España la posesión de recursos económicos suficientes para garantizar su sostenimiento durante su estancia en España, así como su retorno a su país de origen. La Directiva 64/221 prohíbe denegar la entrada «por motivos económicos».

Igualmente será preciso acomodar a la normativa comunitaria, las disposiciones españolas sobre denegación de entrada y expulsión de extranjeros (básicamente el Decreto 522/1974, de 14 de febrero).

Por lo que respecta a la permanencia y establecimiento en España de extranjeros, igualmente será preciso adaptar a la normativa comunitaria el régimen establecido en el Decreto 522/1974, regulador de los «permisos de permanencia» ordinarios y especiales, y de las «autorizaciones de residencia», así como los Decretos 1870/1968, de 27 de julio, y 1031/1980, de 3 de mayo, reguladores de los «permisos de trabajo». En efecto, en tales normas se contienen previsiones discriminatorias, particularmente en las relativas a los permisos de trabajo, tendentes a proteger el mercado de trabajo nacional. Del mismo modo que no se exige el permiso de trabajo

a nacionales hispano-americanos, brasileños, portugueses, filipinos y andorranos (Ley 118/1969, de 30 de diciembre, y Orden Ministerial de 15 de enero de 1970), habrá que reformar la normativa para que los nacionales de los EM de la CEE puedan establecerse en España para ejercitar actividades económicas no asalariadas sin sujetarse al previo «permiso de trabajo» de la Administración española. Y los permisos y autorizaciones de residencia deberán contemplar la «Carta de Estancia» regulada por la normativa comunitaria.

Del mismo modo, deberá revisarse el elenco de profesiones prohibidas a los extranjeros, que facultan actualmente a las autoridades españolas a denegar los permisos de trabajo que se soliciten respecto de tales actividades (v.gr.: trabajos en empresas concesionarias de servicios públicos, según Decreto aún en vigor de 29 de septiembre de 1944, en la medida en que no se realicen funciones de autoridad pública —art. 55 TCEE—).

Una disposición de gran importancia, el Real Decreto 1884/1978, de 26 de julio, regulador de la Apertura de Establecimientos Comerciales por Personas Físicas de Nacionalidad Extranjera, deberá ser objeto de profunda modificación, al tratarse de una norma discriminatoria y cuyo objeto es la protección del mercado nacional.

Ha sido remitido por el Gobierno a las Cortes Generales, en el momento en que se redacta el presente trabajo, un Proyecto de Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, en el que se contiene una nueva regulación de la entrada, estancia, permanencia y trabajo, y expulsión de los extranjeros, y que, desafortunadamente, no se ha redactado a la vista de la normativa comunitaria. En particular, se trata de una norma protectora del mercado nacional y que otorga un grado de discrecionalidad importante a la Administración española a la hora de admitir extranjeros para realizar actividades económicas en España. El mero respeto a lo que dispongan los Tratados internacionales no debería de ser excusa para que la nueva ley hubiera contemplado la normativa europea en la regulación material que en la misma se hace del Estatuto del Extranjero.

Por último, y aunque no se trata propiamente de Derecho de Establecimiento, España podrá adaptar el formato exterior de sus pasaportes, al formato homogéneo previsto para los EM de la CEE por el Consejo de Ministros de las Comunidades.



### Agricultura

La mayoría de disposiciones comunitarias referentes al Derecho de Establecimiento en la Agricultura han quedado obsoletas tras la doctrina jurisprudencial de la aplicabilidad directa de los artículos 52 y 59 TCEE (Directivas 63/261, 63/262, 65/1, 67/530, 67/531, 67/532, 67/654, 68/192, 68/415 y 71/18).

Mantienen su importancia las siguientes:

- 65/531, de no discriminación en materia de arrendamientos rústicos.
- 67/532, de no discriminación en materia de condiciones de acceso a las cooperativas rurales.
- 68/192, de no discriminación en las condiciones de acceso al crédito agrícola.
- 68/415, de no discriminación en las condiciones de otorgamiento de ayudas y subvenciones.

En materia de arrendamientos rústicos ya hemos señalado la conveniencia de no hacer depender de la reciprocidad la capacidad para ser arrendatario de fincas rústicas, como ordena el artículo 14 de la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos. Los nacionales de EM de la CEE deberían estar, ex lege, equiparados a los nacionales españoles en cuanto a dicha capacidad.

En materia de cooperativas, la Ley 52/1974, de 19 de diciembre, de Régimen General de Cooperativas, no contiene discriminación alguna respecto de los extranjeros.

En general, la normativa agraria española tiene por objeto no tanto las personas, los agricultores o empresarios agrarios, como las propias fincas o explotaciones agrarias. De ahí que rara vez se encuentren normas discriminatorias por razón de la nacionalidad. En materia de crédito agrícola, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973 no contiene criterio de limitación de ayudas o facilidades crediticias a los españoles. Se habla siempre de agricultores o de explotaciones agrarias pero sin prever supuestos de extranjería.

Un rápido repaso de las principales leyes del sector agrario (Ley 29/1972, de 22 de julio, sobre Agrupaciones de Productores Agrarios; Ley 26/1968, de 20 de junio, del FORPPA; Ley 34/1979, de 16 de noviembre, de Fincas Manifiestamente Mejorables; Ley 87/1978, de 28 de diciembre, sobre Seguros del Campo; Ley 5/1977, de 4 de enero, de Fomento de la Producción Forestal; Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de Montes Veci-

nales en Mano Común; Ley 49/1981, de 24 de diciembre, Estatuto de la Explotación Familiar Agraria; Ley 19/1982, de 26 de mayo, de Contratación de Productos Agrarios; Ley 25/1982, de 30 de junio, de Agricultura de Montaña) pone de manifiesto lo cierto de la anterior consideración: se contemplan las explotaciones agrarias, y no las personas, por lo que en ninguna de ellas se reservan los beneficios legales a quienes tengan la cualidad de españoles. No parece que en el Sector Agrario, por tanto, deban de revisarse las normas existentes en lo que afectan al Derecho de Establecimiento en la Agricultura.

Quizás la única limitación importante establecida al Derecho de Establecimiento de los extranjeros en la Agricultura sea la ya mencionada del requisito de la previa autorización administrativa para adquisición de fincas rústicas de extensión suficiente para su explotación agraria, requisito establecido en la Ley de Inversiones Extranjeras. Tal requisito, en la medida en que puede suponer la denegación por razones económicas, debería de quedar suprimido en el caso de adquisiciones por parte de nacionales de la CEE establecidos en la CEE.

No debe, por último, olvidarse que la Agricultura es materia normalmente transferida a las Comunidades Autónomas, por lo que sería menester comprobar que las leyes autonómicas no introducen discriminaciones incompatibles con el TCEE.

### **Pesca**

El principio general de la legislación española sobre el ejercicio de la actividad de pesca, es el de reserva para los españoles de la pesca que se realice en el mar territorial o en la zona económica (Ley 10/1977, de 4 de enero, de Mar Territorial; Ley 15/1978, de 20 de febrero, de Zona Económica). No obstante, la legislación española salva de dicho principio general lo dispuesto o lo que se disponga en los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, sean bilaterales o plurilaterales. Por consiguiente, en sentido estricto no parece necesaria ninguna labor de adaptación de nuestra legislación para permitir el acceso a la actividad de pesca a los nacionales de EM, establecidos en la CEE. Naturalmente que dicho acceso vendrá condicionado al reparto de capturas que anualmente fije la CEE en el marco de la conservación de recursos pesqueros, que es uno de los capítulos de la «Europa Azul». Pero no hay obstáculo jurídico a re-

mover de nuestra legislación, para permitir a los nacionales de EM la actividad de pesca en nuestras aguas.

Sería menester, no obstante, un repaso en profundidad de las disposiciones aplicables al Sector Pesquero (crédito pesquero, cooperativas y cofradías, abanderamiento de buques, transmisión de buques a extranjeros, seguridad social...) para constatar que no existen impedimentos al libre establecimiento de nacionales CEE en la actividad de pesca incompatibles con el TCEE.

Del mismo modo, sería menester repasar la multiplicidad de disposiciones administrativas dictadas para promover la reconversión y modernización de la flota pesquera, que introducen diversas medidas de apoyo público, por cuanto todas ellas quedan limitadas a la flota pesquera nacional. La existencia de ayudas públicas, de por sí sujetas al control y fiscalización de las autoridades comunitarias (arts. 92-93 TCEE), no debe discriminar por razón de la nacionalidad a los beneficiarios de las mismas.

### **Industrias extractivas**

La Disposición Final Primera de la Ley de Inversiones Extranjeras, señala que las empresas mineras y las empresas dedicadas a la investigación y explotación de hidrocarburos sujetarán el régimen de inversiones extranjeras a lo dispuesto en su regulación específica, siendo la mencionada Ley de Inversiones Extranjeras de aplicación supletoria.

Pues bien, la Ley de Minas de 21 de julio de 1973, aplicable a las actividades de investigación y aprovechamiento de yacimientos minerales y «demás recursos geológicos, cualesquiera que fueren su origen y estado físico», con exclusión de los hidrocarburos líquidos o gaseosos, y de lo referente a los materiales radiactivos, contiene diversas normas que es de interés examinar.

El artículo 89.1 de la Ley dice que «Para ser titular de derechos mineros es necesaria la nacionalidad española». Esta disposición es naturalmente contraria al TCEE y deberá ser objeto de revisión. Igualmente deberán ser objeto de revisión los artículos 90 y siguientes, que regulan los supuestos de que la titularidad de derechos mineros la tenga una persona jurídica española, pero con participación de capital extranjero; el artículo 89, párrafos 2 al 5, reguladores de la comunidad de bienes o derechos mineros, deberá revisarse también; el artículo 93, que impone la obligación

de que el personal de las empresas titulares de derechos mineros sea en un 80 por 100 de nacionalidad española, como mínimo, es igualmente incompatible con el TCEE; y los artículos 94 a 101 reguladores de la transmisión de derechos mineros, contienen una serie de discriminaciones por razón de nacionalidad incompatibles con el TCEE.

Por contra, parece que el sistema de Reservas del Estado, regulado en los artículos 7.º a 15 de la Ley de Minas, aunque limita el acceso a la actividad minera en las Zonas que el Estado se haya reservado, no es incompatible con el TCEE, ya que tal limitación es aplicable tanto a empresas españolas como extranjeras, y a éstas se les reconoce expresamente la posibilidad de participar en los concursos que el Estado realice para la concesión o consorcio de aprovechamiento de los recursos de las Zonas de la Reserva del Estado.

En este sentido, sería aconsejable que la explotación de mercurio, reservada para empresas totalmente españolas (art. 90.3), pasara a formar parte del sistema de Reserva del Estado. La mera prohibición de participación de empresas extranjeras en la explotación de dicho mineral es incompatible con el TCEE; por contra, si el Estado se reservase dicha explotación, no habría tal incompatibilidad, por afectar tanto a empresas españolas como a las extranjeras, y ello sin perjuicio de que la explotación fuera objeto de concurso o consorcio con empresas, sean de capital público (Consejo de Administración de las Minas de Almadén y Arraizanes, Ley 16 de septiembre de 1932) o de capital privado.

Por lo que se refiere a los hidrocarburos líquidos y gaseosos, es de aplicación la Ley 21/1974, de 27 de junio, de Régimen Jurídico para la Exploración, Investigación y Explotación de Hidrocarburos. La realización de tales actividades por parte de empresas extranjeras se regula en los artículos 6.º a 10 de dicha Ley, que sujeta a autorizaciones y controles administrativos la eventual intervención de empresas extranjeras. Tales preceptos deberán revisarse para su adaptación al TCEE. Igualmente existen en la Ley preceptos discriminatorios que procede revisar, como por ejemplo la preferencia, en caso de concurso, en favor de las empresas con mayor participación de personal de nacionalidad española (art. 20.f); o la imposición de un cierto número de técnicos de nacionalidad española (disposición adicional 2.ª).

La reciente Ley 6/1977, de 4 de enero, de Fomento de la Minería, contiene una serie de ayudas estatales que quedan limitadas a empresas españolas (subvenciones de capital y créditos), produciéndose aquí una

discriminación por razón de la nacionalidad incompatible con el TCEE, por lo que deberían de revisarse.

Por lo que se refiere a las actividades de extracción de minerales o materiales radiactivos, resulta de aplicación la Ley 25/1964, de 29 de abril, Reguladora de la Energía Nuclear. Aun cuando en ella se declara la libertad de prospección, investigación y explotación de minerales radiactivos, lo cierto es que se hace una remisión a lo dispuesto en la Ley de Minas, por lo que las empresas extranjeras son objeto de discriminación legislativa. Igualmente, al sujetarse la exportación de minerales radiactivos a previa licencia administrativa (art. 22), y requerirse igual licencia para el comercio interior de tales minerales si en él participa una empresa extranjera, se incurre en una discriminación por razón de nacionalidad incompatible con el TCEE. Los artículos 19 y 22 deberían revisarse.

### **Electricidad, agua y gas**

La producción y distribución de energía eléctrica tiene en España una normativa de rango reglamentario múltiple, asistemática y desigual. En general puede decirse que se trata de una actividad sujeta a control administrativo en todas sus fases, por entenderse que el suministro de energía eléctrica, además de servir los intereses particulares, es un servicio público.

Es norma básica en esta materia, a pesar de su rango reglamentario, el Decreto 2617/1966, de 20 de octubre, que aprueba las Normas para el otorgamiento de autorización administrativa en materia de instalaciones eléctricas. En él se enumeran los requisitos para que las Delegaciones provinciales de Industria, la Dirección General de la Energía o el Ministerio de Industria, según los casos, concedan las autorizaciones. Pues bien, nada se dice respecto de los posibles solicitantes extranjeros. Parece que, en esta materia, las únicas limitaciones legislativas existentes son las generales de la Ley de Inversiones Extranjeras. La reciente nacionalización de la Red de Alta Tensión no contiene ningún precepto discriminatorio incompatible con el TCEE.

Por lo que respecta a las actividades de explotación o aprovechamiento de las aguas públicas, la venerable Ley de Aguas de 1879, fiel reflejo de la filosofía económica liberal de la época, no establece limitación o condicionamiento alguno para que los extranjeros se aprovechen económicamente de las aguas españolas. Fue el Real Decreto de 14 de junio de 1921 el que limitó la posibilidad de aprovechamiento por extranjeros de

nuestras aguas, al señalar que las concesiones para usos industriales sólo podían concederse a españoles o a sociedades constituidas y domiciliadas en España. Tal Decreto fue derogado más recientemente por el Decreto 672/1966, de 17 de marzo, declarado vigente por la Ley de Inversiones Extranjeras, que autoriza las concesiones de aprovechamientos para usos industriales en beneficio de extranjeros, con tres únicas limitaciones:

- Abastecimiento de poblaciones.
- Aprovechamientos hidroeléctricos.
- Actividades relacionadas con la defensa nacional.

En estos tres casos, sólo pueden concederse los aprovechamientos a empresas españolas. El primero y el último, parece podrán mantenerse tras la Adhesión de España en la CEE, por ser el primero un supuesto de «servicio público», y el último un supuesto de «seguridad pública», ambos exceptuados de la libertad de establecimiento por el artículo 56 TCEE. Pero, sin duda, el segundo supuesto deberá revisarse.

Por cuanto hace referencia al Gas, habría que distinguir dos supuestos:

a) *Gases derivados del petróleo.*—Quedan sujetos a lo dicho anteriormente al referirnos a los hidrocarburos (Ley 21/1974), ya que la legislación de hidrocarburos extiende su efecto a los hidrocarburos líquidos y gaseosos. Por otra parte, las actividades no extractivas sino de importación, distribución y comercialización de gases derivados del petróleo, entran dentro del ámbito del Monopolio de Petróleos, y por lo tanto, son actividades reguladas por la normativa propia del mismo (que ha permitido no sólo la intervención de la Compañía arrendataria en esta actividad —Campsa—, sino, por medio de concesión administrativa, la de Butano, S. A., y la de la Empresa Nacional del Gas, S. A. —Enagás—). La adaptación del Monopolio de Petróleos a las exigencias de los artículos 37 y 90 del Tratado de Roma, ya iniciada por el Estado español, no debe de analizarse aquí, por consideraciones de índole sistemática, y por razones de espacio.

b) *Gas natural.*—Las actividades extractivas de gas natural quedan sujetas a la Ley de Minas, aplicable a todos los recursos geológicos cualquiera que sea su estado físico. La importación, distribución y comercialización de gas natural, son actividades industriales sujetas a previa autorización del Ministerio de Industria y Energía, en los términos del Decreto 1775/1967, de 22 de julio; la intervención del Ministerio de Industria y Energía no lo es tanto para proteger a la industria nacional frente a empresas extranjeras, cuando de velar por la seguridad de las instalaciones

y por el interés de los consumidores o usuarios. De ahí que no contemple el referido Decreto el caso de empresas extranjeras, ni contenga consecuentemente normas discriminatorias: las empresas extranjeras quedan sujetas al mismo régimen que las nacionales. Existe, por lo demás, un amplísimo cuerpo reglamentario aplicable a las condiciones de suministro de gas natural para usos industriales y para usos domésticos, sin interés para la cuestión que aquí examinamos de Derecho de Establecimiento. Por ello, de nuevo aquí vemos que no hay otra normativa aplicable que la de Inversiones Extranjeras, en lo que respecta a Derecho de Establecimiento. Y conviene señalar que la mayor parte de la actividad de suministro de gas natural participa del carácter de servicio público, cuando menos en todo lo que se refiere al suministro de poblaciones para usos domésticos. Por ello rige lo establecido en los artículos 25 y 29 de la Ley de Inversiones Extranjeras, que sujetan a autorización del Consejo de Ministros las inversiones extranjeras superiores al 25 por 100 del capital, en empresas de prestación de servicios públicos. He ahí de nuevo preceptos que será necesario revisar tras la Adhesión de España al Mercado Común.

### Banca

La actividad bancaria es de las sujetas a reglamentación específica según la Ley de Inversiones Extranjeras. Tal reglamentación específica, aplicable al Derecho de Establecimiento en España de bancos extranjeros, es:

- El artículo 40 de la vieja Ley de Ordenación Bancaria de 1946, que mantiene la presencia de aquellos bancos extranjeros establecidos en España con anterioridad, y que quedan sujetos a la normativa general de banca. El Gobierno puede, no obstante, aplicarles restricciones basadas en el tratamiento recíproco que tengan los bancos españoles en los países de origen de tal banca extranjera.
- El Decreto 2246/1974, de 9 de agosto, sobre Creación de Bancos Privados, que limita a un 15 por 100 la posible participación en el capital de bancos privados de nueva creación, de capital extranjero.
- El Decreto 1388/1978, de 23 de junio, regulador del Establecimiento de la Banca Extranjera en España, modificado por el Real Decreto 677/1983, de 25 de marzo.

De acuerdo con tal normativa, la presencia de la Banca extranjera en España puede revestir las siguientes formas:

- a) Banca establecida con anterioridad a la Ley de Ordenación Bancaria de 1946: se encuentra plenamente asimilada a la banca española, salvo algunas distinciones de índole formal (tienen un número de registro especial en el Banco de España, forman grupo en el Consejo Superior Bancario, etc.); el Gobierno retiene potestad normativa para aplicar criterios de reciprocidad en su tratamiento.
- b) Participación de hasta un 15 por 100 en el capital de bancos españoles: está liberalizada en los bancos de nueva creación.
- c) Participación superior al 15 por 100 en el capital de bancos españoles: susceptible de autorización administrativa, según el artículo 29 de la Ley de Inversiones Extranjeras. De hecho, en fechas recientes el Gobierno ha autorizado la adquisición de un 100 por 100 del capital de bancos anteriormente nacionales, en situación de crisis, bajo administración del Fondo de Garantía de Depósitos. A través de este sistema, los bancos extranjeros que han adquirido así un banco nacional, quedan sustraídos a las limitaciones que en general se imponen a la Banca Extranjera por el Decreto 1388/1978, por lo que tales autorizaciones del Gobierno han sido objeto de crítica fundada.
- d) Filiales españolas de bancos extranjeros: requieren autorización del Consejo de Ministros, y tienen importantes limitaciones operativas y de crecimiento, derivadas de lo dispuesto en el Decreto 1388/1978 que las regula.
- e) Sucursales de Bancos Extranjeros: requieren autorización del Consejo de Ministros, y tienen las mismas limitaciones que las filiales de bancos extranjeros, establecidas por el Decreto 1388/1978.
- f) Oficinas de Representación de bancos extranjeros: carecen de facultades operativas; su apertura requiere autorización administrativa, en los términos del Decreto 1388/1978.

El Derecho de Establecimiento en actividades bancarias, incluido dentro de las materias «sensibles» que exigen la regla de la unanimidad del Consejo de Ministros comunitario, según el artículo 57.2 del Tratado de Roma, se regula básicamente por la Directiva 77/780, de 12 de diciembre, norma que establece unos generosos períodos transitorios a los Estados miembros, en los cuales pueden mantenerse discriminaciones en el tratamiento de la banca extranjera. Para España, la Conferencia de Negocia-



ción, en su sesión de 22 de marzo de 1982, se admitió un período transitorio de siete años, a contar desde la Adhesión, en el transcurso del cual debían de reducirse las discriminaciones existentes para la banca extranjera en España, para llegar a su supresión total al fin de dicho período. El calendario acordado es el siguiente:

- a) España podrá utilizar el criterio de «necesidad económica» para denegar la autorización de apertura de nuevos bancos extranjeros durante un período de siete años desde la Adhesión.
- b) En cuanto al número de agencias, actualmente limitado a un máximo de tres, incluida la oficina principal, podrán los bancos pertenecientes a los Estados miembros de la CEE abrir una sucursal más el quinto año después de la Adhesión, dos más en el sexto año, y en el séptimo y sucesivos años, quedan equiparados a las normas y criterios vigentes para la banca española en cuanto a expansión bancaria.
- c) Por lo que se refiere a las limitaciones de captación de recursos ajenos en pesetas, actualmente cifrados en un 40 por 100 de su cifra de inversión crediticia sin computar los recursos procedentes del mercado interbancario, se prevé una supresión progresiva según el calendario siguiente:
  - el límite se eleva al 50 por 100 el 2.º año tras la Adhesión,
  - al 60 por 100, al tercer año,
  - al 70 por 100, al 4.º año,
  - al 80 por 100, al 5.º año,
  - al 90 por 100, al 6.º año,
  - séptimo año, el 100 por 100,
  - sucesivos años, sin limitación.

Naturalmente, el Decreto 1388/1978 mantendrá su vigencia y será aplicable a la banca extranjera no comunitaria.

### Seguros

En materia de Seguros, España ha venido adaptando su normativa interna a la evolución de la normativa comunitaria, que, en gran medida, es una normativa de armonización. Fruto de esta tarea española de adaptación son:

- el Real Decreto 478/1978, de 2 de marzo, sobre márgenes de solvencia de las entidades aseguradoras,

- la Ley 50/1980 sobre Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980,
- la Orden ministerial de 30 de julio de 1981 sobre Plan de Contabilidad de las entidades aseguradoras,
- diversas disposiciones recientes en materia de Seguro Obligatorio del automóvil.

No obstante, persisten problemas para la admisión por España de algunas directivas comunitarias:

A) La Directiva 72/166 sobre Seguro de Responsabilidad Civil derivada de la Circulación de Vehículos de Motor, que tiende a la eliminación del control en frontera de la llamada «Carta Verde», mediante la garantía de las oficinas nacionales de seguros, del pago de la indemnización derivada de siniestros asegurados aunque ocurran fuera del país de matriculación del automóvil. El problema que se plantea para su aplicación a España es doble:

- Por un lado, el problema económico de que la ampliación geográfica del riesgo a asegurar, supone una elevación de las primas en las coberturas obligatorias, y normalmente, en gran parte de las voluntarias.
- Por otro lado, el problema jurídico de adaptar el sistema español de responsabilidad por culpa en el seguro voluntario (en el obligatorio ya rige la responsabilidad objetiva: véase Real Decreto de 4 de julio de 1980), al sistema europeo de responsabilidad objetiva; además, es preciso extender el seguro obligatorio a los daños materiales (actualmente sólo se extiende a los daños personales).

Dado que en la Conferencia de Negociación no se ha llegado a ningún período transitorio para España, será preciso adaptar antes de la Adhesión toda la normativa española a esta Directiva.

B) La Directiva 78/473 sobre Coaseguro Comunitario, que obliga a los Estados miembros a adaptar su legislación al objeto de permitir el coaseguro comunitario, esto es, la cobertura de un riesgo por dos o más empresas aseguradoras, una de las cuales al menos es de un país CEE distinto del país de la entidad contratante del seguro. En definitiva, para España supondría la posibilidad de que empresas aseguradoras extranjeras cubran riesgos «españoles», junto con empresas españolas que actuarían como «abridoras».

Para obviar tales problemas, España solicitó y obtuvo de la Conferencia Negociadora un período de adaptación de seis años, en el transcurso del cual disminuye progresivamente la «reserva a aseguradores nacionales»:

- los tres primeros años después de la Adhesión, España mantendrá su sistema actual,
- el 4.º año, la reserva en favor de aseguradores nacionales tendrá el límite del 75 por 100 del riesgo,
- el 5.º año, el 40 por 100 del riesgo a cubrir,
- el 6.º año, el 20 por 100.
- a la expiración del 6.º año, España aplicará íntegramente la Directiva 78/473.

Por lo que se refiere a las restantes directivas comunitarias, España ya ha admitido su plena aplicación en España desde la Adhesión: Directiva 73/239, Directiva 79/267, referentes a márgenes de solvencia y fondos de garantía.

Con independencia de las adaptaciones normativas que exigen las Directivas reseñadas en la regulación de la actividad aseguradora en España, el puro establecimiento de sucursales o filiales de empresas aseguradoras extranjeras se encuentra hoy día regulado en la vieja Ley de Ordenación del Seguro Privado de 16 de diciembre de 1954, que contiene diversas disposiciones discriminatorias respecto de las empresas extranjeras, que será preciso revisar.

