

**EL TRATADO DE ESTABLECIMIENTO  
ENTRE EL ESTADO ESPAÑOL Y LA  
REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA  
DE 23 DE ABRIL DE 1970**

**La situación del tratado con  
respecto al Derecho de la C. E. E.**

**por ANTONIO ORTIZ-ARCE (\*)**

**S U M A R I O**

I. Introducción.—II. Significación del tratado. 1. Emplazamiento del tratado: A) En el cuadro convencional de los Estados europeos de economía de mercado; B) En el cuadro de las relaciones bilaterales hispano-alemanas federales. 2. Concepto del establecimiento: A) La técnica utilizada; B) El alcance de la apertura en el establecimiento: las diferencias con el Derecho de la C. E. E. y la situación con respecto a éste; C) Los niveles de beneficiarios.—III. Análisis del tratado. 1. La situación del extranjero en el plano del Derecho público: A) Entrada, permanencia y expulsión; B) Libertades públicas; C) Cargas públicas. 2. La situación del extranjero en el plano del Derecho privado: A) Derechos privados admitidos; B) Reconocimiento de las sociedades. 3. Otras disposiciones: A) La tregua legislativa y el ámbito de aplicación del tratado; B) Procedimiento en la interpretación o aplicación del tratado; C) Materias excluidas.—IV. Conclusiones.

**I. INTRODUCCION**

**L**A aparición de este tratado (1) ha constituido una gran novedad en el repertorio convencional español relativo al régimen de extranjería, al ser por denominación el primero de establecimiento concluido después de 1939. Además, en relación con este dato de novedad, cabe señalar que en el periodo anterior han sido excepcionales los convenios internacionales que hayan adoptado semejante adjetiva-

---

(\*) Doctor en Derecho y profesor ayudante de Derecho internacional privado en la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid.

(1) El Tratado de establecimiento y Protocolo anejo entre el Estado español y la República Federal de Alemania fue firmado en Madrid, el 23 de abril de 1970, canjeándose las ratificaciones en Bonn, el 26 de octubre de 1972, y entrando en vigor el 26 de noviembre de 1972. Su texto, en «Boletín Oficial de las Cortes Españolas», núm. 1.101, de 29 de mayo de 1970, págs. 26823-26831, y «Boletín Oficial del Estado» (B. O. E.), número 286, de 29 de noviembre de 1972, págs. 21227-21231.

ción en la materia, ya que en general han revestido bien el carácter de consular, bien el de amistad, comercio y navegación (2). Aún mayor interés tiene el hecho de que se trata del primer tratado regulando las actividades económicas y profesionales de los nacionales de una Parte en el territorio de la otra, firmado por el Gobierno español con el de un Estado miembro de la C. E. E. De esta forma, el estudio del tratado sirve de adecuado pretexto para no sólo exponer el derecho comunitario en la materia del establecimiento, sino también para definir la relación entre ambas esferas convencionales.

## II. SIGNIFICACION DEL TRATADO

En la fase previa de toma de posición frente al tratado hispano-alemán federal entran en línea de cuenta dos series de consideraciones: unas, concernientes a la genealogía del tratado y a las relaciones bilaterales existentes en otros campos conexos; otras, de deslindamiento del concepto acogido del establecimiento en el tratado, con la definición de su situación frente al derecho comunitario, y de la amplitud de sus beneficiarios.

---

(2) Ajustados a la nomenclatura de «establecimiento» se cuentan en la práctica española el Convenio para determinar las condiciones de establecimiento de los súbditos de una nación en territorio de la otra entre España y la Confederación Suiza, firmado en Berna, el 14 de noviembre de 1879, en OLIVART (Marqués de), «Colección de los tratados, convenios y documentos internacionales», 1875-1879, Madrid, 1896, págs. 451-455; el Tratado consular, de navegación, de derechos civiles y comerciales y de establecimiento entre España y Grecia, firmado en Atenas el 8 de septiembre de 1928, en ALCUBILLA, «Apéndice», 1929, pág. 57, y el Acuerdo regulando las relaciones consulares, de navegación y establecimiento entre España y Rumania, firmado en Bucarest el 31 de marzo de 1934, *ibidem*, 1934, pág. 1006. Sobre el Convenio hispano-suizo, el Consejo de Estado emitió un dictamen el 25 de septiembre de 1958, en «Recopilación de Doctrina Legal», 1958-1959, Madrid, 1961, págs. 288-292.

Adoptando la forma consular, véanse, por ejemplo, el Convenio fijando los derechos civiles de los respectivos súbditos y las atribuciones de los agentes consulares destinados a protegerlo en España y Francia, entre Francia y España, firmado en Madrid, el 7 de enero de 1862, en OLIVART (Marqués de), *op. cit.* Tomo tercero, Madrid, 1894, págs. 280-303, cuya aplicación ha dado lugar a una amplia jurisprudencia francesa, en particular con respecto a la exigencia de la «carta de comerciante»; también, el Convenio consular entre España y Gran Bretaña, firmado en Madrid, el 30 de mayo de 1961, «B. O. E.», de 27 de abril de 1963. Como ejemplo de tratados con la forma de comercio y navegación, véase el Tratado de Comercio y Navegación entre España y Bélgica, firmado en Madrid, el 4 de mayo de 1878, en OLIVART (Marqués de), *op. cit.*, 1875-1879, Madrid, 1896, págs. 301-313.

Con Alemania se habían concluido anteriormente en la materia el Convenio consular entre España y la Confederación de la Alemania del Norte, firmado en Madrid, el 22 de febrero de 1870, en OLIVART (Marqués de), *op. cit.*, 1868-1874, Madrid, 1895, págs. 93-109, aplicado en el Imperio Alemán por Convenio firmado en Madrid, el 12 de enero de 1872, *ibidem*, págs. 325-326, y el Tratado de Comercio y Navegación entre España y el Imperio de Alemania, firmado en Berlín el 12 de julio de 1883, en OLIVART (Marqués de), *op. cit.*, 1880-1885, Madrid, 1897, págs. 341-362; este Tratado, de 23 artículos, y que ha permanecido en vigor cerca de noventa años, comprendía disposiciones en materia de adquisición y posesión de bienes muebles y raíces, ejercicio de la religión, acceso a los tribunales (artículo III), sociedades (artículo IV), marcas (artículo VII), importaciones y exportaciones (artículos VIII a XV) y navegación y cabotaje (artículos XVI a XVIII).

## 1. Emplazamiento del tratado.

A) En el cuadro convencional de los Estados europeos de economía de mercado.

Permaneciendo en un plano formal, se destaca en el tratado la fidelidad a cláusulas clásicas (por ejemplo, el goce de derechos civiles, el libre acceso a los tribunales, la estancia sometida a reservas, la exención de prestaciones personales...), junto a la acuñación de cláusulas de novedad en nuestro sistema (por ejemplo, las relativas a las extensas garantías en la hipótesis de expropiaciones, la relativa adopción del criterio del control en materia de sociedades...). Todo ello viene precisado en función del principal objetivo del tratado consistente en la liberalización para los extranjeros del acceso y ejercicio de las actividades reservadas en principio a los nacionales.

Dentro del panorama de los tratados de establecimiento concluidos por los Estados europeos de libre empresa después de 1945, el tratado hispano-alemán occidental tiene muy marcadas analogías con el tratado de amistad, comercio y navegación entre Italia y la República Federal de Alemania firmado en Roma, el 21 de noviembre de 1957, con respecto al ejercicio de las actividades económicas por las sociedades y las condiciones para la actuación de las prestaciones remuneradas dependientes, pero exceptuando a los empleados directivos de las exigencias temporales de residencia (así la semejanza es profunda entre los artículos 1, 9, 10, 13 y 14 del primero con los artículos 1, 8, 9, 10 y 6, respectivamente del segundo). El caso es que la mención de condiciones para el ejercicio de actividades remuneradas dependientes y la posibilidad de una lista de restricciones en profesiones o actividades (pormenorizada en los protocolos anejos número 7, b, del tratado hispano-alemán federal y número 8 del italo-alemán federal), proceden del Convenio europeo de establecimiento firmado en París el 13 de diciembre de 1955, en el marco del Consejo de Europa, concretamente de sus artículos 12 y 6, a) y b), aunque con la diferencia del que en el Convenio europeo no se establece un trato de favor para los empleados directivos.

Sin embargo, el tratado hispano-germano en cuestión se separa del propio Convenio europeo y de otras convenciones bilaterales concluidas por la República Federal de Alemania, como la ya mencionada con Italia y la de establecimiento y navegación con la República Francesa firmada en Luxemburgo el 27 de octubre de 1956, por la ausencia de expresas reservas en la modalidad de «serias razones de carácter económico o social» (3). En efecto, el tratado hispano-alemán federal se contenta con un

(3) Cfr. los siguientes artículos de la Convención de establecimiento y navegación entre la República Francesa y la República Federal de Alemania, firmada en Luxemburgo, el 27 de octubre de 1956 (en «Condition des étrangers en France. Conventions Internationales. II, Traités bilatéraux», *Juris Cl. Droit Int.*, fascículo 522, 1er cahier, 1962, págs. 1-5): artículo 2, «A reserva de las disposiciones del artículo 1, cada una de las Partes contratantes facilitará a los súbditos de la otra Parte su residencia prolongada o permanente en su territorio en toda la medida permitida por su estado económico y social», y artículo 5, párrafo 1, «Cada una de las Partes contratantes autorizará a los súbditos de la otra Parte a ejercer en su territorio en un pie de igualdad con los nacionales toda actividad profesional, asalariada o no, a menos que serias razones de carácter económico o social se opongan a la concesión de la autorización». Con respecto al Tratado franco-alemán occidental, véase: TOMASI (A.), «La Convention franco-allemande d'établissement du 27 de octobre 1956», *Journ. Clunet*, 1960, págs. 94-108, y PIOT (A.), «Du réalisme dans les Conventions d'établissement», *Journ. Clunet*, 1961, págs. 38-85; en general, en cuanto a los convenios bilaterales franceses, SIMON-DEPITRE (M.), «Condition des étrangers en France. Introduction à l'étude de la condition

menor «stock» de reservas, explícitas en materia de entrada y permanencia, expulsión, reconocimiento de sociedades, establecimiento de sociedades extranjeras e inversiones extranjeras mayoritarias en sociedades existentes; así, señala el artículo 9, párrafo 4, que «las disposiciones... no impedirán que una de las Partes pueda exigir requisitos especiales para el establecimiento en su territorio de una empresa controlada por extranjeros o para la adquisición del control por extranjeros de una empresa ya existente», pero cualificando las exigencias en el sentido de que «estas condiciones no deberán suponer limitaciones que afecten en lo esencial a los derechos reconocidos en los apartados... precedentes», Insistiéndose (Protocolo anejo número 6, b), en el trato benévolo.

La preocupación hecha presente en el tratado, por favorecer las inversiones de capitales y la existencia de garantías a las sociedades de una de las Partes operando en el mercado de la otra, recuerda no sólo diferentes disposiciones del tratado italiano-alemán occidental, sino también de la Convención de establecimiento entre Francia y los Estados Unidos de América, firmada en París el 25 de noviembre de 1959; sin duda se revelan semejanzas entre los artículos 8, 9, 10 y 14 del tratado hispano-alemán federal y los artículos IV, V y VI del franco-norteamericano. A su vez, aunque con un objeto más amplio, se constatan evidentes coincidencias entre el tratado de amistad, comercio y navegación entre los Estados Unidos de América y la República Federal de Alemania firmado en Washington el 29 de octubre de 1954 y la Convención de establecimiento franco-norteamericana ya aludida; así, en cuanto al rechazo de las medidas discriminatorias y el respeto de la propiedad privada (artículos IV de la convención franco-norteamericana y V del tratado norteamericano-alemán federal), trato nacional en el acceso a los tribunales y la aplicación de los laudos arbitrales (artículos III y VI, respectivamente), trato nacional en las actividades comerciales, industriales y financieras (artículos V y VII, respectivamente) y régimen de contratación de expertos contables o técnicos nacionales para la marcha de la sociedad de la misma Parte (artículos VI y VIII, respectivamente) (4). La mención del tratado norteamericano-germano occidental también interesa aquí por sus concomitancias con el tratado hispano-alemán federal; tales son las relativas al ya aludido régimen de contratación de expertos

des étrangers en France», *Juris Cl. Droit Int.*, fasc. 523, 1960, págs. 11-30, y BATIFFOL (H.) y LAGARDE (P.), «Droit International privé», quinta edición, París, 1970, vol. I, págs. 221-228.

Sobre el Convenio Europeo de Establecimiento, que entró en vigor el 23 de febrero de 1965, y del que es parte la República Federal de Alemania: RIGAUD (L.), «La Convention Européenne d'Établissement», *Rev. Gen. Dr. Int. Public.*, 1957, págs. 5-50, y KISS (A. Ch.), «La Convention Européenne d'Établissement et la clause de la nation la plus favorisée», *Ann. Fr. Dr. Int.*, 1957, págs. 478-489.

El texto del Tratado de amistad, comercio y navegación entre la República Italiana y la República Federal de Alemania, firmado en Roma, el 21 de noviembre de 1957, y ratificado el 19 de octubre de 1961, en *Riv. Dir. Int.*, 1962, págs. 151-169, y respecto a sus peculiaridades dentro del sistema convencional italiano, LANFRANCHI (F.), «Il trattamento dello straniero nelle clausole relative allo stabilimento degli accordi bilaterali in vigore tra l'Italia e gli Stati esteri», *Riv. Dir. Int. Pr. e Proc.*, 1968, págs. 331-350.

(4) El texto de la Convención de establecimiento entre Francia y los Estados Unidos, firmada en París, el 25 de noviembre de 1959, y ratificada el 21 de noviembre de 1960, en *Rev. Crit.*, 1961, págs. 229-239, y comentarlo, en LEPAULLE (P.), «Réflexions sur la Convention d'établissement franco-américaine du 25 novembre 1959», *Rev. Crit.*, 1961, págs. 291-304; el texto del Tratado de amistad, comercio y navegación entre los Estados Unidos de América y la República Federal de Alemania, firmado en Washington, el 29 de octubre de 1954, en DOMKE (M.), «American-German Private Law Relations Cases 1945-1955», *Bilateral Studies in Private International Law*, Nueva York, 1956, págs. 111-127.

contables o técnicos (artículos VIII, párrafo 1 del tratado norteamericano-alemán federal y 11 del hispano-alemán federal), a la cualificación de las limitaciones impuestas al trato nacional para el establecimiento de empresas controladas por extranjeros (artículos VII, párrafo 3 y 9, párrafo 4, respectivamente,) y, finalmente, al reconocimiento del trato nacional y de la «la cláusula de nación más favorecida para el ejercicio de su actividad en lo que se refiere a la religión, ciencia y educación», con el derecho a constituir asociaciones, pero con la excepción de las actividades políticas (así, artículos VIII, párrafo 2 y 12, respectivamente).

A la vista de esta coordenada genealógica, el tratado hispano-alemán federal no resulta un extraño dentro del complejo convencional en la materia entre los Estados europeos occidentales, aunque revista notas peculiares como por ejemplo la ausencia de grandes reservas generales. Sin embargo, el tratado, como concluido entre un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea con un tercer Estado, profesa un concepto mitigado de la equiparación del extranjero con el nacional, en cuanto que se encuentra al margen de todo proceso de integración económica entre las Partes, con las consecuencias que se señalarán posteriormente.

También en relación con la limitación del ámbito material contemplado en el tratado, resulta necesario señalar el campo regulado ya convencionalmente entre ambos Estados a escala bilateral.

B) En el cuadro de las relaciones bilaterales hispano-alemanas federales.

El tratado de establecimiento se inserta en una prolífica corriente de acuerdos, principalmente en los siguientes sectores: consecuencias generales derivadas de la segunda guerra mundial (así, los Convenios sobre ciertos efectos de la segunda guerra mundial, firmado en Madrid el 8 de abril de 1958 y para la rehabilitación de derechos de propiedad industrial, firmado en Madrid, el 8 de abril de 1958, en base al anterior); emigración (Acuerdo sobre migración, contratación y colocación de trabajadores españoles en la República Federal, concluido en Bonn el 29 de marzo de 1960); seguridad social (así, el Convenio general sobre seguridad social, el Acuerdo complementario del Convenio sobre seguridad social, el Protocolo final sobre seguridad social y el Acuerdo sobre seguridad social en caso de paro involuntario, firmados en Bonn el 29 de octubre de 1959); colaboración económica (Convenio de cooperación económica firmado en Madrid el 9 de mayo de 1961); préstamos económicos, en relación con el último (así, los Convenios de concesión de crédito y de procedimiento de arbitraje con el «Kreditanstalt für Wiederaufbau» de Frankfurt-Main, hecho en Bonn el 23 de febrero de 1962 y el Convenio entre ambos Gobiernos sobre financiación parcial del proyecto del trasvase Tajo-Segura, firmado en Bonn el 24 de junio de 1970, a partir del cual se concluyeron otros contratos de préstamo y de arbitraje entre el Estado español y la entidad bancaria anterior), y navegación (tratado sobre la navegación y Protocolo anejo firmado en San Sebastián, el 27 de agosto de 1968) (5).

(5) Los textos de los Convenios sobre ciertos efectos de la Segunda Guerra Mundial y para la rehabilitación de derechos de propiedad industrial, en *B. O. E.*, núm. 152, de 26 de junio de 1959, y *Aranzadi Rep. Leg.*, 1959, núms. 887 y 888; el Acuerdo sobre migración, contratación y colocación de trabajadores españoles, en *B. O. E.*, núm. 108, de 5 de mayo de 1960, y *Aranzadi Rep. Leg.*, 1960, núm. 689; el Con-

Junto a la extensa gama de materias objeto de las relaciones convencionales, que han limitado así el alcance del tratado de establecimiento, hay dos hechos subyacentes y evidenciados a partir de 1968, que no se pueden perder de vista en relación con este tratado; se trata, por un lado, del amplio montante de inversiones realizadas en España procedentes de la República Federal y, por otro lado, del gran número de trabajadores españoles residentes temporal o permanentemente en aquella República (6). Finalmente, otro hecho destacable en el momento de la entrada en vigor del tratado procede de las tentativas de clasificación de la posición de España frente a la C. E. E. en el contexto de «las relaciones económicas y comerciales con los países ribereños de la cuenca mediterránea» (7).

venio de Cooperación Económica, en B. O. E., núm. 127, de 29 de mayo de 1961, y Aranzadi Rep. Leg., 1961, número 752; los Convenios de concesión de crédito y arbitraje con el Kreditanstalt für Wiederaufbau, en B. O. E., núm. 290, de 4 de diciembre de 1962, y Aranzadi Rep. Leg., 1962, núm. 2174, y con la República Federal de Alemania sobre financiación parcial del trasvase Tajo-Segura, en B. O. E., núm. 236, de 2 de octubre de 1970, y Aranzadi Rep. Leg., 1970, núm. 1642, y, finalmente, el Tratado sobre la navegación, en B. O. E., núm. 10, de 12 de enero de 1971, y Aranzadi Rep. Leg., 1967, núm. 43.

(6) En cuanto al volumen de las inversiones de capitales procedentes de la República Federal de Alemania, se señalaba en la contestación del Gobierno a un ruego en relación con el capital extranjero en España, cánones por asistencia técnica y necesidades de nuestra investigación científica (Boletín Ofic. Cortes Esp., núm. 1069, de 17 de octubre de 1969, págs. 2691-2693), que la entrada de capital de la República Federal de Alemania a largo plazo en dólares por habitante y año (1964-1966) era de 12,1, representando un porcentaje sobre la formación bruta de capital fijo de 2,4. El total de las inversiones industriales de 1966 a 1969, procedentes de aquel Estado, ha sido del 13,21 por 100 del total, invirtiéndose más del 25 por 100 de esa cantidad en Cataluña, según datos de Banca Catalana, «Publicación de Información Económica», número 18, septiembre 1970, citado en Escuela de Administración de Empresas, de Barcelona, «Inversiones extranjeras. La realidad española», Barcelona, 1971, pág. 137, en donde se clasifica, pág. 225, a la República Federal de Alemania como tercer Estado inversor en proporción superior al 50 por 100 del capital de empresa autorizado a través de la Presidencia del Gobierno durante el período 1960-1970, representando el 10,82 por 100 del total; también se pueden consultar las cifras de la inversión total anual extranjera en la industria española durante 1964-1970, en Stanford Research Institut (International), y D. A. T. A., «Las inversiones norteamericanas en España», Barcelona, 1972, pág. 104. De una forma general, en cuanto a las inversiones alemanas en el extranjero y el reflejo en su balanza de operaciones de capital, véase O.C.D.E., Comité de Transactions Invisibles, «Le marché financier. Les mouvements internationaux de capitaux. Les restrictions sur les opérations en capital en Allemagne», París, 1969, págs. 13-15.

Respecto a los datos de la emigración de mano de obra española a la República Federal de Alemania, el Bundesanstalt für Arbeit, «Ausländische Arbeitnehmer, 1970», Nürnberg, 1971, señalaba un total de 165.854 trabajadores españoles, cifra muy próxima a la de 171.671 trabajadores españoles desarrollando su actividad en aquel país, según información del Instituto Federal de Colocación y Paro alemán, recogida en Instituto Español de Emigración, «Atlas de la Emigración, 1971», pág. 12, donde se evalúa la población allí residente en 245.400 personas, sin contar la importante emigración clandestina.

(7) Cfr. el Preámbulo del Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y España, hecho en Luxemburgo, el 29 de junio de 1970 (en Journ. Officiel, núm. 182, de 16 de agosto de 1970): «Considerando la preocupación de la Comunidad Económica Europea por desarrollar sus relaciones económicas y comerciales con los países ribereños de la cuenca mediterránea.» También la resolución del Parlamento Europeo, de 16 de noviembre de 1970, sobre el mencionado Acuerdo: «Desea que la política comercial de la Comunidad Económica Europea, relativa a los productos agrícolas originarios de la cuenca mediterránea, se inspire cada vez más en la necesidad de una visión unitaria y equilibrada de los problemas»; su texto, en Boletín Ofic. Cortes Esp., núm. 1.139, de 27 de febrero de 1971, págs. 27742-27743. Sobre el emplazamiento mediterráneo del Acuerdo, véase: J. B., «Deux éléments de la politique extérieure de la Communauté, les accords avec Israël et l'Espagne», Rev. Marché Comm., Julio-agosto 1970, núm. 135, págs. 337-340, y SALISBURY (W. T.), «L'Espagne et la Communauté Economique Européenne», en Institut d'Etudes Européennes, «La Communauté et les Pays Méditerranéens», Bruselas, 1970, págs. 101-118.

## 2. Concepto del establecimiento.

Según el tratado hispano-alemán federal el establecimiento se configura en términos tradicionales como relativo a la fijación, por un lado, de las condiciones de entrada y permanencia y, por otro lado, de las de acceso y ejercicio de las prestaciones económicas y profesionales por los nacionales de una parte en el territorio de la otra; más en concreto, cabe señalar que se acogen al tratado tanto las personas jurídicas —definidas con amplitud en el artículo 15— de las partes, recibiendo un trato nacional «para la celebración de actos jurídicos de cualquier clase» (artículo 8) y el desenvolvimiento de «actividades económicas y profesionales de cualquier clase» (artículo 9, párrafo 1), esencialmente en relación con sociedades (artículo 9, párrafo 2) o como directivos de empresas (artículo 10, párrafo 1), y reducidamente para las actividades remuneradas dependientes (artículo 10, párrafo 3). Así, se recogen disposiciones sobre la entrada, permanencia, realización de actividades no asalariadas y asalariadas, recurso a los órganos judiciales y administrativos, garantía de los bienes..., partiendo de una instalación con cierto carácter duradero para las actividades remuneradas por cuenta propia o ajena (artículos 2, párrafos 2 y 9, y 10, párrafo 3), o simplemente esporádico para las de dirección, administración; representación de sociedades y llevadas a cabo por expertos técnicos (artículos 9, párrafo 2; 10, párrafo 2, 7 y 8 y artículo 11). En otros términos, se admiten tres modos de ejercicio de las actividades acogidas en principio al trato nacional, dos expresamente señalados y con rasgos amplios —es decir, la instalación principal (mediante la fundación o participación en sociedades, acceso a las funciones directivas o de administración, según los artículos 9, párrafo 2 y 10, párrafo 2) y el establecimiento secundario (a través de la creación de sucursales, como señala el artículo 10, párrafo 7)— y otro con rasgos restringidos, relativo a las prestaciones profesionales y dependientes o por cuenta ajena (así, artículo 10, párrafos 1 y 3 y Protocolo anejo núm. 7 b).

### A) La técnica utilizada.

En cuanto al tipo de cláusula general para organizar el derecho de establecimiento (8), el tratado sigue en principio la de la asimilación nacional, obligándose un Estado contratante a tratar como nacionales a los súbditos del otro mediante la supresión de las medidas discriminatorias entre sí; de este modo, por el artículo 8 «se concederá a los nacionales y sociedades de una de las partes en el territorio de la otra parte, equiparación a los propios nacionales y sociedades para la celebración de actos jurídicos de cualquier clase», pero añadiéndose la precisión de reciprocidad, con la consiguiente delicada comparación, ya que «cada parte concederá a la otra parte el trato nacional de acuerdo con este tratado en virtud del hecho de que la otra parte concede el trato nacional en los mismos asuntos» (artículo 17). Se contiene la mención de otras técnicas

(8) En cuanto a la tipología y alcance de las principales técnicas, véase: LEVEL (P.), «Clause d'assimilation aux nationaux» y «Clause de la nation la plus favorisée»; en FRANCESCakis (Ph.) (ed.), «Répertoire de droit international», vol. 1, París, 1968, págs. 324-330 y 332-339, respectivamente; SIMON-DEPITRE (M.), «Condition des étrangers en France. Introduction à l'étude de la condition des étrangers en France», *Juris Cl, Droit Int.*, fasc. 523, 1960, págs. 24-30, y BATIFFOL (H.) y LAGARDE (P.), *op. cit.*, págs. 222-228.

en el artículo 12, por el cual «se reconocerá a los nacionales y sociedades de una parte en el territorio de la otra parte el mismo trato que a los nacionales y la cláusula de nación más favorecida para el ejercicio de su actividad en lo que se refiere a la religión, ciencia y educación»; también, en el artículo 14, párrafo 5, se advierte que «a los nacionales y sociedades de una parte se les concederá en el territorio de la otra trato nacional y de nación más favorecida en cuanto a los asuntos tratados en los párrafos 1, 3 y 4», es decir, en materia de protección de la propiedad. Respecto al supuesto de encuentro de técnicas, el artículo 19 dispone que «en todos los casos en que este tratado conceda simultáneamente la equiparación de trato a los propios nacionales y la cláusula de nación más favorecida, se aplicará el trato que resulte más favorable».

De esta forma, se precisa relativamente la vaga formulación de principio, contenida en el artículo 1, por la que «cada parte concederá en todo momento a los nacionales y sociedades de la otra parte, a sus bienes, a sus empresas y a todos sus demás intereses un trato justo y equitativo». No obstante, el alcance del nivel de liberalización en el establecimiento según el tratado, mediante el juego de las mencionadas cláusulas, quedará mejor definido a la luz del apartado siguiente.

- B) El alcance de la apertura en el establecimiento: las diferencias con el Derecho de la C. E. E. y la situación con respecto a éste.

En la medida en que el derecho de establecimiento de los nacionales de un Estado en el territorio del otro es regulado convencionalmente, fuera de todo desarrollo de integración económica entre las partes, se plantea la cuestión de la diferenciación entre las respectivas dosis de apertura en los marcos del tratado bilateral y del derecho comunitario fundado en el Tratado de Roma. La determinación de la medida del levantamiento de las discriminaciones entre nacionales y extranjeros en el contexto comunitario sirve de entrada para definir la situación en que permanece el tratado hispano-alemán occidental con respecto al Derecho de la C. E. E.

El Tratado de Roma instituyendo el Mercado Común general integra dentro del título III: «La libre circulación de las personas, de los servicios y de los capitales» —de su segunda parte—. «Los fundamentos de la Comunidad», tanto a «los trabajadores» como al «derecho de establecimiento», a «los servicios» y a «los capitales». La calificación de establecimiento que se adopta es restringida, concerniendo a las actividades independientes (así, el artículo 52, párrafo 3, habla de «las actividades no asalariadas»), por personas físicas y jurídicas con fines lucrativos y con vistas a la producción, distribución de mercancías o servicios en todos los sectores de la vida económica que suponen una instalación duradera efectiva o intencional y un desplazamiento de un Estado miembro a otro; no obstante, se advierte la excepción de las actividades que participan en el ejercicio de la autoridad pública (artículo 55, párrafo 1). Esta libertad, equivalente a «un derecho a la igualdad de trato en el establecimiento» (9)

(9) VIGNES (D.), «La Communauté Economique Européenne. Le droit d'établissement et la libre prestation de services», *Juris Cl. Droit Int.*, fas. 164 F, 1er. cahier, 1965, pág. 4.

Véanse, al respecto, además, dentro de una abundante literatura: SCHLACHTER (E.), «Le droit d'établissement dans le Marché Commun et ses problèmes», *Rev. Marché Comm.*, 1959, págs. 321-328; AUDINET (J.),

se concibe como un medio de realización de la unión económica. El derecho de establecimiento supone la instauración progresiva de un régimen común para los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad y la supresión de las discriminaciones generales y camufladas en el acceso y ejercicio de las actividades no asalariadas, todo ello a partir de los programas generales decididos por el Consejo de la C. E. E. el 18 de diciembre de 1961 y a través de numerosas directivas de aplicación del Consejo, tanto de orden general como sobre sectores determinados, y de recomendaciones y comunicaciones de la comisión (10).

Dentro del Tratado de Roma, cabe indicar, también, en segundo lugar que el concepto de servicios se aplica a las actividades económicas remuneradas, sin entrañar una instalación en el país de ejercicio y comprendiendo en particular las de carácter industrial, comercial, artesanal y de profesiones liberales (artículo 60). Sin embargo, el proceso de liberalización comunitaria en los planos del establecimiento y de los servicios se ha desarrollado estrechamente, tendiendo a la mencionada asimilación entre los súbditos comunitarios mediante una acción de coordinación de las legislaciones nacionales (artículo 57, párrafo 2). En tercer lugar, respecto a las actividades asalariadas, la libre circulación de los trabajadores en el tratado implica no sólo «la abolición de toda discriminación, fundada en la nacionalidad, entre los trabajadores de los Estados miembros, en lo que respecta al empleo, remuneración y las demás condiciones de trabajo», sino el derecho a ocupar los empleos efectivamente ofrecidos, a desplazarse libremente por el territorio de la comunidad y a permanecer y residir en el territorio de un Estado miembro después de haber ocupado un empleo (artículo 48, párrafos 2 y 3); junto a la plena igualdad de trato, la libertad programada relativa al empleo ha sido hecha efectiva en particular por diversos reglamentos del Consejo y de la Comisión, respaldados por la instauración de mecanismos de coordinación entre los Estados miembros y la Comisión (11).

«Le droit d'établissement dans la Communauté Economique Européenne», *Journ. Clunet*, 1959, págs. 982-1048; CHESNE (G.), «L'établissement des étrangers en France et dans la Communauté Economique Européenne», París, 1962; VAN GERVEN (W.), «Le droit d'établissement et la libre prestation de services», en VAN DER MEERSCH (G.) (ed.), «Droit des Communautés Européennes», Bruselas, 1969, págs. 739-753; LOUSSOUARN (Y.) y BREDIN (J. D.), «Droit du Commerce International», París, 1969, págs. 149-171; BONTEMPS (J.), «Droit du Commerce International», París, 1969, págs. 149-171; BONTEMPS (J.), «Droit d'établissement et prestation de services selon le traité de Rome», en «Droit des Affaires. Marché Commun. International C. E. E. Editions Jupiter», tome II, «Statut des personnes», núm. 52, septiembre 1970, París, págs. 21051-21052; VIGNES (D.), «Le droit d'établissement et la libre prestation des services», en MEGRET (J.) (ed.), «Le droit de la Communauté Economique Européenne», vol. 3, Bruselas, 1970, págs. 87-165, y GOLMAN (B.), «Droit Commercial Européen», segunda edición, París, 1971, págs. 125-217.

(10) Véase la enumeración y textos de los Programas generales para la supresión de las restricciones y de las Directivas de aplicación, en MEGRET (J.) (ed.), *op. cit.*, págs. 166-171, e *ibidem*, anexo, páginas 55-125.

Sobre la aplicación por los Estados miembros de las medidas de liberalización: OPPERMANN (Th.), «L'application des programmes généraux de la Communauté Economique Européenne concernant la liberté d'établissement et la libre prestation des services», *Rev. Marché Comm.*, 1964, págs. 544-560, y LOY (O.), «L'application de la liberté d'établissement dans les Etats membres de la Communauté Economique Européenne», *Journ. Clunet*, 1968, págs. 673-694, donde se critica, pág. 691, «la violación de las obligaciones suscritas por la República Federal —de Alemania— de proceder en su territorio a la liberalización del establecimiento y de las prestaciones de servicios».

(11) Se puede consultar al respecto, LYON-CAEN (G.), «Droit social européen», París, 1972, título I, «libre circulación de los trabajadores», págs. 159-287, y título II, «Política europea del empleo», págs. 289-

Tras este panorama del derecho de la C. E. E., relativo al establecimiento, servicios y libre circulación de trabajadores, queda por tratar, también brevemente, su posible extensión ventajosa a los nacionales de terceros Estados a la Comunidad y la relación existente entre las obligaciones derivadas del Tratado de Roma, por parte de la República Federal Alemana, en la materia y las procedentes del tratado hispano-alemán federal.

En cuanto a la primera cuestión se advierte que el Tratado de Roma sólo tiene en cuenta a los nacionales de los terceros Estados en el artículo 59, párrafo 2, dentro del capítulo de «los servicios», por el cual «el Consejo, decidiendo por unanimidad y previa propuesta de la Comisión, puede extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestatarios de servicios súbditos de un tercer Estado y establecidos en el interior de la Comunidad»; este texto, justificado «tanto para evitar distorsiones como por razones prácticas de vigilancia» (12) no ha sido puesto en aplicación todavía.

Más interesante es la segunda cuestión, relativa a la separación de los ámbitos del establecimiento entre ambos marcos convencionales, reposando en principio en la técnica de la asimilación nacional, con el posible juego adicional de la cláusula de la nación más favorecida. Esta posibilidad conflictiva surge en cuanto que la materia del establecimiento continúa estando dentro de la competencia de los Estados miembros de la C. E. E., aunque, a los efectos comunitarios, se vaya mejorando progresivamente el nivel de liberalización en conexión con la instauración de la unión económica; se presenta así esta eventualidad por la posible colisión de derechos y facultades entre el extranjero comunitario, beneficiario de la ya expuesta libertad de establecimiento, y el extranjero convencional, apoyado en un convenio como el hispano-germano.

Ahora bien, también como cuestión previa: ¿qué significado tiene la igualdad comunitaria de trato en el acceso y ejercicio del establecimiento y servicios?, ¿hacia qué fin se comprende? Resulta evidente que tal liberalización está inserta en una corriente de integración intensiva de los Estados interesados y que se agota con tal proceso, con la dotación a los órganos comunitarios de relevantes competencias y con la puesta en práctica de importantes compromisos, como el de la coordinación de sus legislaciones; instrumentalmente también supone desde la denuncia de las situaciones de discriminación abierta y camuflada hasta la exigencia de una ejecución satisfactoria a escala nacional de las correspondientes medidas comunitarias, con la puesta en

325; también, LOUIS (J. V.), «Libre circulation des travailleurs», en MEGRET (J.) (ed.), *op. cit.*, págs. 1-50, con la reproducción de los textos de aplicación en anexo, págs. 3-51.

(12) VIGNES (D.), «Le droit d'établissement et la libre prestation des services», en MEGRET (J.) (ed.), *op. cit.*, pág. 111: «Se comprende esta disposición; a partir del momento en que en el interior del mercado común se haya realizado enteramente entre nacionales de los Estados miembros la liberalización del establecimiento y de los servicios, parece necesario que los súbditos de terceros Estados establecidos en un Estado miembro puedan ser autorizados a entregarse en los otros Estados miembros a su actividad, tanto para evitar distorsiones como por razones prácticas de vigilancia. Se comprende así que esta autorización haya sido dada para, llegado el momento, permitir la realización del mercado común de los servicios... Sin embargo, se observará que tal autorización no ha sido formulada para permitir el establecimiento de sucursales y agencias a estos nacionales extranjeros en el capítulo sobre la libertad de establecimiento.»

orden de las disposiciones de orden público, seguridad pública y salud pública (13). Esta nota cualitativa del alcance de la liberalización comunitaria distingue netamente tal esfera de la del tratado bilateral, en la que el régimen concertado de establecimiento está presidido por una equilibradora reciprocidad en última instancia (artículo 17), evitándose toda concreción en el desmantelamiento de las discriminaciones en un sistema complejo como el de la Alemania Occidental: en efecto, a escala general se cuentan como tales, según las denuncias comunitarias, la obligación consistente en la posesión de una carta profesional de viajante de comercio para tratar con terceros y la exigencia de una autorización para las personas morales extranjeras que deseen ejercer una actividad profesional en el territorio federal (14). A escala más particular se ha de tener también en consideración la variada reglamentación al respecto de los Länder —lo cual refuerza la discrecionalidad administrativa de las autoridades centrales—, en cuanto que, según el artículo 74, párrafo 4, de la Ley Fundamental de la República Federal «el derecho de residencia y establecimiento de los extranjeros» es una materia sometida a la legislación concurrente de la Federación y de los Estados (15).

En función de las cláusulas de la equiparación nacional y de la nación más favorecida (16) del tratado hispano-alemán occidental, ¿en qué relación permanecen los

(13) Cfr. VIGNES (D.), «Le droit d'établissement et la libre prestation des services», en MEGRET (J.) (ed.), *op. cit.*, págs. 145-164, sobre «la supresión por los Estados miembros de las discriminaciones entre nacionales y súbditos de los otros Estados miembros» y «la coordinación de las disposiciones nacionales que interesan al ejercicio de las actividades profesionales», y GOLDMAN (B.), *op. cit.*, págs. 161-206.

(14) Artículo 5, número 2, de la Directiva del Consejo de la C. E. E., de 25 de febrero de 1964, 64/224, «concerniente a la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para las actividades de intermediarios de comercio, de la Industria y del artesanado»; su texto, en *Journ. Officiel*, número 56, de 4 de abril de 1964, reproducido en MEGRET (J.), *op. cit.*, anexo, págs. 91-95. El artículo 12 del Código de las profesiones industriales («Gewerbeordnung»), de 5 de febrero de 1960, mencionado en la Directiva, «no aplicable a las personas morales extranjeras fundadas conforme a la reglamentación de un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, y que tiene su sede estatutaria, su administración central o su principal establecimiento en el seno de la Comunidad» —según Ley de 13 de agosto de 1965, *Bundesgesetzbl.*, I, pág. 849—, establece, en efecto: «Toda persona moral extranjera debe beneficiarse de una autorización para ejercer una actividad industrial o comercial en el territorio nacional de la R. F. A. La autorización sólo puede ser negada cuando cabe temer que la actividad ejercida por la persona moral extranjera es contraria al interés público y, en particular, cuando: 1) no se concede el beneficio de la reciprocidad, y 2) la persona moral extranjera no responde en lo que respecta al montante del capital en análogas condiciones a las que el derecho alemán impone a personas morales nacionales comparables». Este precepto tiene aplicación cuando la sociedad extranjera solicita la creación en la República Federal de una agencia o sucursal, y se refleja parcialmente en el mismo tratado hispano-alemán occidental (artículo 9, párrafo 7). Por su parte, el artículo 13 del Tratado, en términos idénticos al 10 del Tratado Italiano-alemán federal de amistad, comercio y navegación, palía de una forma parcial las exigencias locales de la carta profesional de viajante de comercio por remisión al Convenio de Ginebra de 1923, para facilitar las formalidades aduaneras.

(15) Cfr. PIOT (A.), *op. cit.*, págs. 66 y 67.

(16) En el Tratado de comercio y navegación entre España y el Imperio de Alemania, hecho en Berlín, el 12 de julio de 1883, ya mencionado, la cláusula de la nación más favorecida estaba incluida en los artículos IV («las sociedades por acciones y las demás sociedades comerciales, industriales o financieras que se establezcan en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, con arreglo a las leyes que en él rijan podrán ejercer en el territorio de la otra los derechos que tienen las sociedades de esta misma

compromisos derivados de este tratado con los precedentes del Tratado de Roma instituyendo la C. E. E.? La respuesta se puede desglosar en los correspondientes planos de tales cláusulas. En un nivel general, el mismo Tratado de Roma advierte en su artículo 234, párrafo 1, el principio de la fidelidad a «los derechos y obligaciones que se deriven de convenios concluidos con anterioridad a la entrada en vigor» de la convención, pero señalando en el párrafo siguiente la obligación de suprimir «las incompatibilidades comprobadas», con la posibilidad de la concesión de una asistencia recíproca «siguiendo eventualmente una línea común de conducta», paralelamente al compromiso del artículo 111, párrafo 4, en la materia de política comercial de «adoptar los acuerdos aduaneros vigentes con terceros países a fin de que la entrada en vigor del arancel común no se retrase». Esta atención comunitaria, traducida incluso en un concurso mutuo para readaptar todo convenio incompatible con el Tratado de Roma, en base también al compromiso señalado en el artículo 5, párrafo 2 —por el cual los Estados miembros «se abstendrán de adoptar cualquier medida susceptible de poner en peligro la realización de los objetivos del presente tratado»—, resulta aplicable también a los convenios posteriores a 1957, concluidos por un Estado miembro con un tercer Estado, con el eventual recurso al Tribunal de Justicia de las Comunidades según el artículo 171 del Tratado de Roma; con una finalidad preventiva, se exige a escala comunitaria la necesidad de comunicarse recíprocamente y de informar a la Comisión sobre tales posibles acuerdos, además de, en el marco exclusivamente comercial, hacer insertar la llamada cláusula C. E. E. (17).

La delimitación de esferas resulta aún más evidente a escala de la operatividad de la cláusula de la nación más favorecida, ya que el Tratado de Roma, como establecedor de una unión aduanera y económica, está basado en la derogación expresa al

clase de la nación más favorecida», VIII, relativa a la libertad de importaciones y exportaciones y tránsito de mercancías, XI, en exportaciones, XIV, en materia aduanera, y XX, con referencia a los buques de guerra.

(17) Véase, al respecto, en general: PESCATORE (P.), «Les relations extérieures des Communautés Européennes. Contribution à la doctrine de la personnalité des Organisations internationales», *Rec. des Cours*, volumen 103, 1961-II, págs. 160-185; GIARDINA (A.), «Comunità Europee e Stati terzi», Nápoles, 1964, páginas 51-59; BENTIVOGLIO en QUADRI (R.), MONACO (R.) y TRABUCCHI (A.), «Trattato Istitutivo della CEE. Commentario», vol. III, Milán, 1965, págs. 1694-1695 y 1698-1699; REUTER (P.), «Rapports des trois traités avec les autres engagements Internationaux souscrits par les Etats membres», y VAN GERVEN (W.), «Le droit d'établissement et la libre prestation de services», ambos en VAN DER MEERSCH (G.), *op. cit.*, páginas 90-92 y 743, respectivamente; VIGNES (D.), «Le droit d'établissement et la libre prestation de services», *Juris. Cl. Droit Int.*, *op. cit.*, págs. 17-18.

Aunque Indirectamente cabe señalar que el artículo 234, párrafo 1, fue objeto hace años de una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sent. de 27 de febrero de 1962, Aff. 10-61, «Comisión de la C. E. E. c. Gobierno de la República Italiana», *Rec. Jurispr. Cour.*, vol. VIII, fasc. 1, páginas 1-24), en la que se afirmaba que «en virtud de los principios de Derecho internacional, un Estado, cuando asume una nueva obligación contraria a los derechos que le son reconocidos por un tratado anterior, renuncia por tal hecho a usar de estos derechos en la medida que resulta necesaria para la ejecución de su nueva obligación...; el Tratado C.E.E. tiene primacía en las materias que regula sobre los convenios concluidos antes de su entrada en vigor entre los Estados miembros...; que deriva del artículo 234 que los Estados miembros y los terceros Estados, partes en el mismo acuerdo de Ginebra de 1956, se ven aplicar diferentes tarifas; que se trata de los efectos normales del Tratado instituyendo la C. E. E.; que la forma como los Estados miembros proceden entre sí a la rebaja de los derechos aduaneros no puede ser criticada por los terceros Estados, en cuanto que este desarme aduanero se realiza en conformidad con las disposiciones del Tratado y no afecta a los derechos que los terceros Estados tienen procedentes de los Convenios en vigor».

trato de la nación más favorecida, de acuerdo con el mismo artículo XXIV del Acuerdo General sobre las Tarifas Aduaneras y el Comercio (G. A. T. T.). Así, para resaltar esta compatibilidad de las obligaciones comunitarias con las de no discriminación, el artículo 234, párrafo 3, señala que «los Estados miembros tienen en cuenta el hecho de que las ventajas consentidas en el presente tratado por cada uno de los Estados miembros forman parte integrante del establecimiento de la Comunidad, y por tal hecho están inseparablemente ligados a la creación de instituciones comunes a la atribución de competencias en su favor y a la concesión de las mismas ventajas por todos los demás Estados miembros»; de esta forma, no sólo se impiden los efectos de tales cláusulas en la extensión en que resultasen incompatibles con el tratado y los reglamentos posteriores, sino que también se limitan exclusivamente las ventajas y beneficios comunitarios a los Estados miembros (18).

Esta falta de extensión de las ventajas comunitarias viene señalada en el mismo tratado bilateral, en cuanto a la cláusula de la nación más favorecida, si resultaran concedidas tanto «en el marco de convenciones regionales relativas al derecho de establecimiento» como «en el marco de una unión económica, aduanera o zona de libre comercio» (artículo 16, apartados a y b). No obstante, se advierte fácilmente en el acuerdo hispano-germano la restricción del campo de materias sujetas a tal cláusula, ya que sólo está mencionada en el artículo 12 «para el ejercicio de su actividad en lo que se refiere a la religión, ciencia y educación», y en el 14, párrafo 5. En cuanto a la expresión de facilidades otorgadas «en el marco de convenciones regionales» se hace referencia con ella a los Convenios europeos de establecimiento de personas físicas y de sociedades de los que es parte el Estado de la República Federal de Alemania como miembro del Consejo de Europa (18 bis).

En resumen, se puede señalar la neta separación de las respectivas liberalizaciones en establecimiento en los planos comunitarios y convencional; si en el primero se configura ya el modelo del extranjero comunitario, beneficiario de una profunda asimilación, en el segundo plano, tal como es el caso englobado en el tratado bilateral, se advierte la subsistencia de la extranjería, aunque mitigada a unos efectos particulares, a los cuales se pasará revisión inmediatamente. En realidad, ambas esferas no se entremezclan, distinguiéndose por su respectiva naturaleza. En cuanto a la hipótesis de colisión, ésta solamente cabría, dada la superioridad del nivel comunitario, si un nacional del tercer Estado, es decir, España, intentara beneficiarse de una disposición comunitaria en la materia, pero tal pretensión resulta imposible de operatividad, no

(18) Véase, sobre esta restricción, basada en tal unión aduanera y económica, el alcance de la cláusula de la nación más favorecida: PESCATORE (P.), *op. cit.*, págs. 179-185; GIARDINA (A.), *op. cit.*, págs. 38-43, con muy interesantes apreciaciones sobre la naturaleza del nivel de la media aritmética de las tarifas aduaneras a los efectos de respetar el nivel anterior exigido por el mencionado artículo XXIV del G. A. T. T.; VIGNES (D.), «La clause de la nation la plus favorisée et sa pratique contemporaine. Problèmes posés par la Communauté Economique Européenne», *Rec. des Cours*, vol. 130, 1970-II, págs. 293-294, y VAN GERVEN (W.), *op. cit.*, pág. 744: «En efecto, los súbditos del tercer Estado que no participa en esta Comunidad, y que, por tanto, no ha suscrito las obligaciones inherentes a esta participación, no pueden prevalerse, en virtud de una cláusula de la nación más favorecida, de las ventajas resultantes de esta Comunidad.»

(18 bis) Con referencia a la Convención Europea de Establecimiento, de personas físicas, y defendiendo «la no aplicabilidad de las reglas referidas a la cláusula de la nación más favorecida a los casos de las convenciones de unificación regional», véase KISS (A. Ch.), *op. cit.*, págs. 478-489, espec. 488, y PIOT (A.), *op. cit.*, pág. 48.

sólo por la protección de que se dota el Tratado de Roma, sino también por la limitación que se impone el mismo convenio hispano-alemán en cuanto al juego de las cláusulas de asimilación y de nación, más favorecida. Así, la situación es de separación neta, la cual se hace aún más patente por la dosis de indiscriminación del último tratado, a la luz del estudio de sus categorías de beneficiarios.

C) Los niveles de beneficiarios.

Las anteriores observaciones, referidas al alcance del tratado, se conectan ahora con los diferentes sectores profesionales, laborales y de actividades económicas comprendidos en él, entre los que se revelan ostensibles diversidades.

En un régimen favorable se encuentran las personas físicas y sociedades de una parte para «ejercer actividades económicas y profesionales de cualquier clase; en el territorio de la otra parte, en las mismas condiciones que sus nacionales; si fuese necesario para ello obtener autorización administrativa previa, les será concedida en las mismas condiciones que a los nacionales» (artículo 9, párrafo 1). Esta disposición general resulta explícita en cuanto al derecho «a fundar sociedades..., participar en su fundación..., adquirir participación en las sociedades..., intervenir en la dirección y administración de tales sociedades de acuerdo con la legislación aplicable a los nacionales de la otra parte...» (artículo 9, párrafo 2), de forma que la posibilidad de «requisitos especiales para el establecimiento en su territorio de una empresa controlada por extranjeros, o para la adquisición del control por extranjeros de una empresa ya existente..., no deberán suponer limitaciones que afecten en lo esencial a los derechos reconocidos en los apartados 1, 2 y 3 precedentes» (artículo 9, párrafo 4). Evidentemente, se contempla aquí en un rango privilegiado la categoría de mayor peso económico y que representa mayor interés para la parte alemana occidental, a la vista de las inversiones ya realizadas por sus nacionales en el territorio español.

También favorecida es la segunda categoría de «los empleados directivos de una empresa que desarrolle sus actividades en el territorio de la otra parte» en cuanto que «recibirán, a petición suya, la autorización para actuar como tales sin limitación alguna de orden territorial, temporal o profesional» (artículo 10, párrafo 2); la única salvedad es con respecto a las «actividades relacionadas con los servicios públicos que no sean accesibles a los extranjeros, o lo sean limitadamente» (artículo 9, párrafo 6). Esta clase, calificada ampliamente al comprender a los representantes legales, a las personas con poder general o delegación y a los apoderados para la gestión de negocios en agencias o sucursales no independientes, goza así de un estatuto ventajoso, escapando a la disposición general del artículo 10, párrafo 1, que se menciona a continuación.

En efecto, según tal artículo «la iniciación y ejercicio de una actividad remunerada y por cuenta ajena por los nacionales de una de las partes en territorio de la otra, se regulará con arreglo a las disposiciones legales y administrativas sobre empleados y trabajadores extranjeros de esta última parte»; así, resultan poco afortunados los componentes de la tercera categoría, los trabajadores asalariados, para los que el tratado establece la posibilidad de obtener, «previa solicitud, un permiso de trabajo que con duración indefinida, sin limitación territorial y profesional —salvo lo dispuesto por el artículo 9, párrafo 6 (en materia de servicios públicos)— les autorice al ejercicio de

una ocupación por cuenta ajena», pero sometidos a las condiciones de que «reglamentariamente residan en el territorio de la otra parte y hayan ejercido por lo menos durante cinco años ininterrumpidamente una actividad remunerada dependiente o puedan acreditar una residencia reglamentaria ininterrumpida de ocho años por lo menos». De esta forma, aun satisfechas las rigurosas condiciones temporales, la Administración respectiva goza de un extenso margen de discrecionalidad que está tenuamente paliado por los compromisos derivados de los párrafo 4 y 5 del mismo artículo; según éstos, cabe la reducción de los plazos establecidos en el caso de que «suponga un rigor excesivo para los solicitantes» o con respecto «a las solicitudes de miembros de la familia del interesado». Esta disposición recuerda el artículo 12 de la Convención europea de establecimiento de las personas físicas, cuyas condiciones son más amplias, ya que para el ejercicio de «toda actividad de carácter lucrativo con el mismo título que los nacionales» se exige bien el período ininterrumpido de cinco años de ejercicio regular, bien el de la residencia habitual durante diez años, bien el de haber sido admitido la residencia permanente; sin embargo, en el Convenio europeo no se exceptúan de las mencionadas condiciones temporales a los empleados directivos de empresas que, junto con los «expertos técnicos o expertos en economía de empresas», del artículo 11 del tratado hispano-alemán occidental, se consideran beneficiarios del establecimiento como complemento del mejor funcionamiento y organización de las sociedades acogidas. Esta última justificación no se aplica para la mano de obra asalariada, respecto a la cual resulta obvio señalar que se trata de la categoría humana más importante para la parte española (19).

Finalmente, en cuanto a la cuarta categoría, el protocolo anejo al tratado comprende la enumeración de dieciocho profesiones y actividades en los que no se aplica el «trato de nacionales acordado en los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 9». Es significativo verificar que todas las restricciones están contenidas en la lista que la República Federal de Alemania comunicó al Secretario general del Consejo de Europa en el momento de la firma de la Convención europea de establecimiento, y de acuerdo con su artículo 14 (20), superando ampliamente el número de las expresadas en el sistema español. En relación con las excepciones del Tratado de Roma, resulta evidente que se rebasa la posición indicada en éste de exclusión de «las actividades que participan en cada Estado, incluso a título ocasional, en el ejercicio de la autoridad pública» (artículo 55), sin mencionarse tampoco la liberalización de las restricciones de reconocimiento alguno recíproco de los diplomas y títulos, ni la coordinación en las con-

(19) La vulnerabilidad de la situación de esta clase menos favorecida se evidenció a comienzos de este año 1973, ante el anuncio de medidas por las autoridades alemanas occidentales para reducir el número de los trabajadores no comunitarios en el país, habiéndose esgrimido extraoficialmente por parte española el propio tratado de establecimiento, a pesar de su timidez para con tal clase, escasamente beneficiada por el Tratado. A título comparativo, y en cuanto a la abrumadora importancia de la categoría de los trabajadores asalariados dentro del total de la emigración española a la R. F. A., se puede señalar que, según el Instituto Español de Emigración, «Emigración española asistida. Estadística del año 1971», Madrid, s. f., pág. 10, sobre una cifra total de 24.126 varones, sólo figuraba 1 en la categoría de «administradores, gerentes y directores», predominando la categoría no calificada, de «artesanos y trabajadores industriales, peones no incluido en otro grupo», con 15.350 personas.

(20) Cfr. VON HAEFTEN (G.), «La Convention Européenne d'établissement», en «Droit des Affaires. Marché Commun. International. Editions Juplter», tome II, «Statut des personnes», 1958, París, págs. 40-43.

diciones de ejercicio de las profesiones relacionadas con la medicina (artículo 57, párrafos 1 y 3, también del Tratado de Roma).

Así, se podría deducir, de todo lo anterior, que el margen franco de liberalización de las actividades está resuelto generalmente en función de la instalación y desenvolvimiento de las operaciones económicas de mercado previstas para ser actuadas, sobre todo por las sociedades de una parte en el territorio de la otra.

### III. ANALISIS DEL TRATADO

El tratado hispano-alemán federal comprende veintidós artículos y se acompaña de un Protocolo anejo dividido en once números; básicamente, se puede desglosar en tres planos de examen: el primero, el de la situación del extranjero, en relación con el derecho público, abarca la reglamentación de la admisión, estancia y expulsión, además de las libertades y obligaciones públicas; el segundo, el de la situación del extranjero en relación con el derecho privado, comprendiendo los derechos admitidos de tal naturaleza, con la protección a la propiedad privada y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades; por último, el tercero hace referencia al compromiso de «standstill», al ámbito de aplicación del tratado, a los procedimientos previstos en el caso de divergencias en su interpretación o puesta en práctica y al conjunto de materias no reguladas en el tratado.

#### 1. La situación del extranjero en el plano del Derecho público.

Aquí se reúnen las disposiciones relativas a la entrada, desplazamiento, salida, goce de las libertades públicas (esencialmente personal, de pensamiento y, como derivadas, de reunión y asociación) y afectación de las cargas públicas.

##### A) Entrada, permanencia y expulsión.

La declaración de buena voluntad de las partes en el artículo 2, párrafo 1, por el que cada una «se compromete a facilitar a los nacionales de la otra parte la entrada y permanencia en su territorio, así como la libre elección del lugar de residencia y desplazamiento» queda limitada no sólo por las disposiciones legales vigentes en cada territorio, párrafo 2, sino también «por razones de orden público, de seguridad o sanidad públicas o buenas costumbres», párrafo 3. Esta última restricción aparece también en el artículo siguiente, párrafo 2, como causas de expulsión para «los nacionales de una de las partes que residan legalmente en el territorio de la otra parte», aunque en tal caso se garantiza al interesado, «salvo motivos perentorios de seguridad del Estado que aconsejen otra cosa», la oportunidad de «presentar sus alegaciones y utilizar todos los medios y recursos previstos en la legislación, haciéndose representar ante las autoridades competentes si lo considera necesario». Finalmente, el mismo artículo 3, párrafo 1, señala el derecho de los nacionales de una parte de «abandonar, en cualquier momento el territorio de la otra parte, siempre que no existan responsabilidades penales o razones de sanidad pública que lo impidan».

En realidad, ambas disposiciones que se remiten a otras ya mencionadas en cuanto a la instalación para «el ejercicio de una actividad lucrativa por cuenta propia o ajena», no introducen grandes novedades respecto al derecho común de las partes. Así, en lo que concierne a la República Federal Alemana, la Ley sobre el estatuto de los extranjeros de 28 de abril de 1965 («Ausländergesetz») no sólo garantiza la autorización de estancia ilimitada por los extranjeros con residencia regular durante cinco años (artículo 8), sino que enumera limitativamente los motivos de expulsión de los extranjeros (artículo 10), restringiendo la discrecionalidad administrativa en la materia, y los de prohibición de salida del extranjero (artículo 19 de la ley). En el caso de España, las dispersas disposiciones aplicables en cuanto a la entrada, permanencia y expulsión de extranjeros son menos explícitas, contando con las servidumbres de las sucesivas Leyes de orden público de 1933 y 1959 y de la más reciente de peligrosidad social de 1970. Sin embargo, el tratado bilateral hispano-alemán federal en comparación con el Convenio europeo de establecimiento no precisa, ni tímidamente, los conceptos de las mencionadas reservas, salvo la de «sanidad pública», ni atempera la discrecionalidad de la Administración en el caso de expulsión mediante garantías de procedimiento en función de la amplitud de la residencia de la persona interesada; tampoco hace referencia a la necesidad de tener en cuenta la conducta del expulsado durante el período de residencia, a su situación familiar y a la puesta en práctica de la expulsión sólo en casos particulares. Con respecto al derecho de la C. E. E. se está lógicamente muy alejado de la puesta de los peldaños de una coordinación de las reservas y de la ordenación de las diferentes disposiciones internas en la materia, en la perspectiva de una total liberalización del establecimiento y de las prestaciones de servicios (21).

Si el tratado bilateral en cuestión se remite totalmente a las disposiciones locales de cada parte para la entrada y estancia, con todo lo que entraña para el ejercicio

(21) Véase la Ley alemana federal, de 28 de abril de 1965, de estatuto de los extranjeros («Ausländergesetz»), en *Bundesgesetzbl.*, I, núm. 19, pág. 353, y, parcialmente, en Cátedra de Derecho Internacional Privado. Universidad de Madrid, «Textos y Materiales de Derecho Internacional Privado», vol. I, Textos y Documentos, Madrid, 1970, págs. 183-193; su Decreto de aplicación, redacción de 12 de marzo de 1969, con disposiciones sobre la dispensa de la obligación del permiso de estancia y del pasaporte, esencialmente en *Bundesgesetzbl.*, I, núm. 22, aunque se modificó con posterioridad por el Decreto de 27 de febrero de 1970; con anterioridad a tal modificación, véase WEISSMANN (G.), «Ausländergesetz. Kommentar», Berlín, 1966, págs. 33-158, y también sobre la entrada, permanencia, realización de actividades laborales y salida, SCHILL (E. A.), «Das Recht der ausländischen Arbeitnehmer in Deutschland», Baden-Baden, 1965. Por otra parte, una somera exposición del sistema español, en MIAJA DE LA MUJELA (A.), «Derecho Internacional Privado», vol. II, Madrid, 1970, págs. 145-147 y 167-170.

En cuanto a la Convención Europea de Establecimiento —Conseil de l'Europe, «Série des Traités et Conventions Européens», núm. 19—, véase GOLMAN (B.), *op. cit.*, págs. 79-83, y VON HAEFTEN (G.), *op. cit.*, página 21; en su Protocolo anejo se indica que «corresponde a cada Parte apreciar si las razones que pueden motivar la expulsión revisten un carácter particular de gravedad», pero indicando que «en esta apreciación se tendrá en cuenta la conducta que ha tenido el interesado durante todo el período de su residencia» (sección I, b), que «la noción de orden público debe ser entendida en la acepción amplia admitida en general en los países continentales», que se tendrán en cuenta los vínculos familiares y que sólo puede ser ejercida la expulsión «en casos individuales» (sección III, a, b y c). Respecto al derecho comunitario relativo a la entrada, permanencia y expulsión, véase GOLDMAN (B.), *op. cit.*, págs. 172-175 y 183-185. Dentro del derecho convencional de la R. F. A., los artículos 2 y 3 del Tratado hispano-alemán federal guardan una cierta similitud con el artículo 2, párrafos 1, 2 y 3 del Tratado italiano-alemán federal, difiriendo de los correspondientes artículos 1, 2 y 3 de la Convención franco-alemana occidental de establecimiento y navegación, aludida también con anterioridad.

de actividades lucrativas por cuenta propia o ajena, manifestándose buena disposición al respecto, el caso es que ofrece ciertas garantías concretas ante la expulsión, con la posibilidad de recurso judicial y de intercesión ante las autoridades competentes.

#### B) Libertades públicas.

El tratado se muestra extensivo en cuanto a la regulación de la libertad personal y muy parco en cuanto a las libertades derivadas del pensamiento y a la de asociación.

El goce de la protección y seguridad de los nacionales de un Estado en el territorio del otro, mencionado en el artículo 4, se desarrolla en el artículo siguiente mediante las medidas de tutela de la libertad personal; en él se contiene una calificación de la licitud de «las medidas que adopten las Autoridades competentes de una parte para restringir la libertad o privar de ella a los nacionales de la otra parte», al estar condicionada a su puesta en práctica «sólo en virtud de una ley», a un reglamentado procedimiento judicial, «si la privación de libertad se produce por causas penales», con amplias garantías procesales (o a una revisión judicial en caso contrario), a una comunicación previa con el representante consular y al auxilio de un intérprete. Se destaca así, con rango de novedad en nuestro derecho convencional, la pormenorizada reglamentación de las limitaciones a la libertad personal, tendente a la defensa adecuada y a la celeridad en el proceso, con la comunicación con el cónsul de la circunscripción territorial competente, a los efectos también de facilitar un posible ejercicio de la protección diplomática por el Estado correspondiente. Se puede indicar, sin embargo, que en el precepto correspondiente del tratado italiano-germano occidental de 21 de noviembre de 1957, artículo 4, párrafos 2 y 3, de redacción muy semejante, el plazo de detención preventiva era tan sólo de cuarenta y ocho horas, ampliándose los derechos del interesado con el recurso al intérprete, incluso para los interrogatorios policiales y con el compromiso de «conceder al representante consular posibilidades adecuadas de acceso y de consulta con el arrestado».

En el artículo 12 se señala la extensión de las cláusulas de trato nacional y de nación más favorecida para el ejercicio de actividades «en lo que se refiere a la religión, ciencia y educación», teniendo «derecho a constituir asociaciones a estos fines», de acuerdo con la legislación interna respectiva. Tímidamente se deduce de aquí la libertad religiosa y de educación, con un correspondiente derecho de asociación, advirtiéndose que semejante disposición aparecía ya en el artículo VIII, párrafo 2, del Tratado norteamericano-alemán federal de 29 de octubre de 1954, junto a otra explícita de reconocimiento de las libertades de conciencia y religión (artículo II, párrafo 3), laguna evidente en el Tratado objeto de análisis en el que además no figuran las actividades filantrópicas junto a las de religión, ciencia y educación.

En cuanto a la posible extensión de la prohibición de desarrollar cualquier actividad política al amparo de tal precepto y de cualquier otro del tratado, se puede recordar en la jurisprudencia española la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1967, en la que se confirmaba la denegación gubernativa para constituir una asociación de víctimas de un campo de concentración alemán, como «centro de encauzamiento de

peticiones de compensación económica por pérdida de libertad y capacidad física», que resultaban reconocidas por la Administración alemana federal, so pretexto de la «posible inconveniencia» de sus fines y actividades, «como trascendente a otra nación», y apoyándose en el Decreto de 25 de enero de 1941 y en la Ley de 24 de diciembre de 1964, cuyo artículo 1, párrafo 3, calificaba con holgura los fines ilícitos (22). Una prevención similar, respecto a la aplicación de la mencionada norma convencional, se puede retener en cuanto a la libertad religiosa en el sistema español vigente, con la amplia operatividad del orden público en la materia y de severos criterios para la constitución de asociaciones confesionales no católicas (23).

En comparación con otros tratados de los que es parte la República Federal de Alemania, se omite en el tratado en cuestión una garantía total de «libertad de pensamiento, conciencia, culto, reunión y asociación» y de información (artículo 3, párrafos 1 y 2, respectivamente, del tratado de amistad, comercio y navegación con Italia, ya mencionado), y de participación «en las mismas condiciones que los nacionales en las elecciones en el seno de los organismos de carácter económico o profesional», de «ejercicio de las funciones arbitrales» y de «acceso a la enseñanza» (artículos 18, 19 y 20 de la Convención europea de establecimiento).

### C) Cargas públicas.

En el artículo 6, párrafos 1 y 2, se deslinda claramente, dentro de las obligaciones relativas a la defensa del Estado por parte del extranjero que resida en él, por un lado, la de contribuir a la defensa nacional mediante el servicio militar y «la prestación personal de carácter público», de los que están exentos, aunque no de «la obligación de prestaciones materiales de carácter público, como requisas...», y, por otro lado, las conectadas con «prestaciones civiles de carácter general, previstas para la protección civil, incluida la ayuda en caso de catástrofes naturales y defensa contra las mismas». El tratamiento nacional se aplica en la forma de garantías jurídicas en la indemnización y en los posibles beneficios a conceder como afectados por catástrofes naturales y otras semejantes (párrafos 3 y 4).

Aunque muy parecida esta disposición a la del artículo 5 del Tratado italiano-alemán federal, sin embargo, incorpora una norma en materia de servicio militar para los que ostentan la doble nacionalidad, en el sentido de que lo deben cumplir en el Estado de su residencia habitual en el momento de ser llamados a filas; semejante precepto deja de regular tanto el supuesto de que el doble nacional resida en un tercer Estado, como la edad precisa que se ha de tomar en consideración y si se aplica en todo caso a los naturalizados.

(22) La sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1967, «Amical de Mauthausen», en *Aranzadi Rep. Jurispr.*, 1967, núm. 986, y un breve comentario en AGUILAR NAVARRO (M.), «Lecciones de Derecho Internacional Privado», Madrid, 1966-1967, pág. 252. El texto de la Ley de 24 de diciembre de 1964, en *Aranzadi Rep. Leg.*, 1964, núm. 2842.

(23) Cfr. GONZALEZ CAMPOS (J.), «Jurisprudencia española sobre cuestiones de Derecho internacional público», *Rev. Esp. Der. Int.*, 1965, págs. 544-551, con anterioridad a la reforma, y MARTIN RETORTILLO (L.), «Libertad religiosa y orden público. (Un estudio de jurisprudencia)», Madrid, 1970, espec. págs. 30-60, con posterioridad a la Ley que regula el Derecho civil de libertad religiosa de 28 de junio de 1967, cuyo texto, en *B. O. E.*, de 1 de julio de 1967, y *Aranzadi Rep. Leg.*, 1967, núm. 1278.

## 2. La situación del extranjero en el plano del Derecho privado.

En este campo se advierte netamente la vertiente de protección y fomento del ejercicio de las actividades económicas y comerciales, verificando las diferencias ya señaladas en cuanto a los niveles de beneficiarios en el tratado; así, se concede especial relieve a las garantías de la propiedad privada y a las facilidades de operatividad de las sociedades nacionales en el territorio del otro Estado.

### A) Derechos privados admitidos.

Respecto al trato o equiparación nacional «para la celebración de actos jurídicos de cualquier clase», indicado en el ya aludido artículo 8, párrafo 1, y ejemplificado en el párrafo 2 («derechos de celebrar contratos, asumir obligaciones, así como adquirir bienes o derechos e intereses de todas clases por actos «inter vivos» o «mortis causa», enajenándolos o poseyéndolos o disponiendo de ellos en cualquier forma»), la principal restricción está contenida en el párrafo 3, en cuanto que cada parte podrá, por motivos de seguridad del Estado o defensa nacional, reservar la adquisición, posesión o utilización de terrenos para sus propios nacionales o someter la posibilidad de que los adquieran, posean o utilicen los nacionales de la otra parte, a requisitos especiales establecidos para extranjeros. Esta tradicional reserva en nuestro sistema de extranjería había sido recordada en los últimos años por la jurisprudencia, ante la intensificación de las transacciones inmobiliarias en las zonas de auge turístico (24); en el Protocolo anejo, número 4, se admite la posibilidad de que los buques y aeronaves no sean «propiedad nacional o de sociedades de un Estado extranjero».

El artículo 9 reviste el significado de una auténtica carta magna en la liberalización del ejercicio de las actividades económicas y profesionales, no caracterizadas por cuenta ajena ni contenidas en la lista del número 7 del Protocolo anejo. Las limitaciones a los derechos de fundación, participación, dirección y administración de sociedades están determinadas en los párrafos 4, 5 y 6, referidos a la posibilidad de exigir requisitos especiales limitados en su alcance, cuando se trate de empresas controladas por extranjeros y, en particular por sectores, a las «empresas relacionadas con la defensa nacional, la información y los servicios de utilidad pública», junto con «las actividades relacionadas con los servicios públicos».

De esta forma, del lado de las inversiones alemanas en España, y en base al mencionado artículo 9, párrafos 1 y 2, ¿debe ser suprimida toda «autorización administrativa previa» respecto a los movimientos de capitales dentro de los sectores no liberalizados según el Decreto 701/1963, de 18 de abril, y que no estuvieran en relación con «la defensa nacional, la información y los servicios de utilidad pública», ni con las operaciones inmobiliarias sobre bienes de superficies de 4 ó 20 hectáreas, según sean de regadío o de secano? Igualmente, ¿debe ser eliminada tal exigencia con respecto a las transferencias del producto de la liquidación de inversiones direc-

(24) Así, por ejemplo, se pueden señalar las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1967, en *Aranzadi Rep. Jurispr.*, 1967, núm. 4490, y de 10 de marzo de 1965, *ibidem*, 1965, núm. 1.523. Véase, en general, sobre la normativa vigente, LUCAS FERNANDEZ (F.), «La contratación en España por personas naturales y jurídicas extranjeras», Madrid, 1969, págs. 118-147.

tas efectuadas en España por no residentes con anterioridad a 1950, o en otra fecha cualquiera, por un medio diferente al de capitales importados, o inclusive para la emisión de títulos extranjeros en el mercado interior de capitales, o para la introducción de títulos extranjeros en una bolsa española...? En realidad, el mismo artículo 9, párrafo 4, establece simplemente la subsistencia de requisitos especiales para el establecimiento de empresas controladas por extranjeros, calificando con holgura el concepto del «control», pero sin que ello suponga limitaciones sustanciales de los derechos admitidos en los párrafos anteriores; en puridad, una limitación esencial supone un control restrictivo y una falta de autorización administrativa, por lo que, en base a tales disposiciones, parece que el capítulo de las operaciones restringidas en el sistema español desaparece en una amplia medida para tales inversiones procedentes de la República Federal de Alemania.

En un sentido opuestos, del lado de las eventuales inversiones españolas en Alemania Occidental, y sobre la base de la general reciprocidad del artículo 17, se deberán atenuar ciertas medidas de disuasión adoptadas a partir de 1968 por el Bundesbank con el objeto genérico de impedir entradas de capitales especulativos, aunque en realidad no parece que aumenten en el futuro tales inversiones, incluso tras las nuevas disposiciones de estímulo, concretamente del Decreto 487/1973, de 1 de marzo (24 bis). No obstante, resulta evidente que el artículo 9, con el compromiso de liberalización, se refiere directamente al régimen de las sociedades extranjeras en el territorio nacional, dejando de mencionar las disposiciones monetarias, de cambios..., cuya incidencia puede resultar imprevisible; el caso es que, aun en este supuesto, está presente en el tratado la necesidad de poner en práctica un trato benévolo, como se expondrá a continuación.

Sin embargo, en la sujeción de las actividades económicas y profesionales independientes a las exigencias normativas existentes en cada parte, la determinación de las nociones de «empresa controlada por extranjeros», «adquisición del control» y la de oportunidad de actuación de «los requisitos especiales para el establecimiento en su territorio de una empresa controlada por extranjeros, o para la adquisición del control por extranjeros de una empresa ya existente», se incluye en el número 6 del Protocolo anejo; por los términos de éste, «son controladas por extranjeros las empresas en las que la participación del capital extranjero excede del 50 por 100», con el compromiso de conducta de que «las autoridades de una de las partes tratarán benévolamente las solicitudes de nacionales y sociedades de la otra parte para la fundación de empresas, así como para la adquisición del control de empresas existentes, rechazándolo únicamente cuando lo exijan razones de orden público, de seguridad o

---

(24 bis) Véase el Decreto 487/1973, de 1 de marzo, sobre inversiones directas en el extranjero, en *Boletín Oficial del Estado*, de 21 de marzo de 1973, pág. 5508; sobre su escaso grado en la actualidad se puede consultar, por ejemplo, VARELA PARACHE (F.), «Las inversiones españolas en el extranjero», *Economía Industrial*, núm. 104, agosto 1972, págs. 59-64. En cuanto a la actual reglamentación española de los movimientos internacionales de capitales, con la correspondiente referencia en el Código de la O. C. D. E. de tales movimientos, véase O. C. D. E., Comité des Transactions Invisibles, «Le marché financier. Les mouvements internationaux de capitaux. Les restrictions sur les opérations en capital en Espagne», París, 1971, págs. 27-31 y 63-68; desde la óptica del derecho de sociedades, véase también, LUCAS FERNANDEZ (F.), *op. cit.*, págs. 179-229. Respecto a la reglamentación alemana federal, véase O. C. D. E., Comité des Transactions Invisibles, «Le marché financier. Les mouvements internationaux de capitaux. Les restrictions sur les opérations en capital en Allemagne», París, 1969, págs. 9-12.

de sanidad pública». En esta especificación, se adopta un margen cuantitativo muy amplio para constatar la existencia del control extranjero, con unas reservas muy definidas para rechazar la fundación por extranjeros de empresas y la adquisición por extranjeros del control de empresas existentes; dentro de los motivos excluyentes, según el protocolo anejo número 6, aplicables también para la entrada de extranjeros, el concepto de «sanidad pública», se define como comprensivo de «la protección de la vida y de la salud de personas, animales y plantas», resultando evidente que mediante el «orden público» se hace referencia aquí al orden público interno, de contenido esencialmente económico (25), cuyo recurso se hace restringido en una situación de apertura del mercado y de fomento de las inversiones extranjeras, como es la actual española.

Finalmente, el párrafo 7 de este artículo 9, explicable en la equiparación de las sociedades de un Estado en el territorio del otro, indica la vigencia de «las obligaciones que se exijan a las sociedades semejantes nacionales y en particular las referentes a capital, responsabilidad y contabilidad social», a los efectos de su funcionamiento; tales condiciones se superponen así a las facilidades en el reconocimiento de las sociedades de la otra parte, si su legislación nacional no las demandara, marcándose la distinción entre el establecimiento y el reconocimiento, reducido al estatuto jurídico de las sociedades extranjeras, es decir, a su existencia y personalidad. Resultará, sin embargo, difícil el juego de este precepto de garantía discreta en la actividad de las sociedades extranjeras mediante disposiciones generales de ámbito territorial, para el caso de las sociedades alemanas no semejantes a ninguna del Derecho español, como ocurre con la sociedad «de una sola persona».

Respecto del acceso a los tribunales, el artículo 7 reconoce el ejercicio de derechos «ante cualquier órgano judicial o administrativo, en las mismas condiciones y gozando de los mismos beneficios establecidos para los nacionales», pero remitiéndose, para las cuestiones relativas a la «cautio judicatum solvi» y al beneficio de pobreza, al Convenio de La Haya sobre procedimiento civil, de 1 de marzo de 1954, en vigor para ambos Estados.

Un último aspecto, dentro de los derechos privados admitidos, es el concerniente al régimen de garantías de los derechos y actividades económicas; aquí, el tratado ampara, por un lado, las inversiones efectuadas en sociedades, de forma que «las empresas no podrán ser objeto de un trato menos favorable, en el territorio de una parte, por el hecho de ser propiedad, en todo o en parte, o de encontrarse bajo la influen-

(25) Véase, respecto a esta noción, en la doctrina española, DIEZ-PICAZO (L.), «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», vol. I, Madrid, 1970, págs. 42-48, y, en general, FARJAT (G.), «L'ordre public économique», París, 1963, espec. págs. 109-125, sobre sus diferentes categorías.

Sobre una aplicación del orden público en materia económica, pero de carácter internacional, haciendo descartar la aplicación de la ley extranjera de acuerdo con la cual se había registrado una marca industrial y al amparo del Convenio de la Unión de París de 1883, cabe recordar en nuestra jurisprudencia la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1933, en la que tal noción servía para reforzar su calificación como denominación genérica de una marca industrial extranjera; el «orden público... se refiere al complejo de normas reguladoras y tutelares del interés público, que comprende a toda organización social en sus aspectos múltiples, políticos, económicos y jurídicos, y encierra primordialmente el principio de la libertad del comercio y el fomento de la riqueza nacional, consagrado en nuestro derecho, que se lesionarían con enorme agravio mediante una eliminación irregular de sus actividades, frente a la de Intereses extranjeros concurrentes y privilegiados»; en **Colección Leg. Jurispr. Civ.**, 1933-I, págs. 134-152, espec. 151.

cia de nacionales y sociedades de la otra parte» (artículo 9, párrafo 3), y establece directamente, por otro lado, que «la propiedad y demás derechos de los nacionales y sociedades de una de las partes gozarán en el territorio de la otra parte de una protección igual a la otorgada por las Leyes de la otra parte a la propiedad y demás derechos de sus nacionales» (artículo 14, párrafo 1). Mientras la primera garantía se extiende «a la participación en concursos o subastas convocados por una de las partes», la segunda llega a comprender «las medidas, investigaciones, inspecciones y otras intervenciones de carácter oficial», desembocando en la determinación de las condiciones de una eventual expropiación: «la propiedad y demás derechos de los nacionales y sociedades de una de las partes sólo podrán ser objeto de expropiación en el territorio de la otra parte por causa de utilidad pública o interés social y mediante indemnización», debiendo ésta «corresponder al valor de lo expropiado, ser efectiva y satisfecha sin demora innecesaria», con la posible comparación en proceso judicial de la legalidad de la expropiación y del importe de su indemnización» (artículo 14, párrafo 3); también se agilizan «las medidas necesarias para la fijación y pago de la indemnización», afirmándose su libertad de transferencia, «con respecto a aquella parte que corresponda al valor del capital importado y de los rendimientos que, de acuerdo con la legislación interna, hubieran podido ser transferidos hasta el momento del pago de la indemnización» (párrafo 4). Se acusa así, en el extenso artículo 14, una amplia protección a la propiedad privada ante las medidas desposesorias, concibiendo la indemnización en términos generosos, semejantes a los del artículo 6 del tratado italiano-germano occidental, ya repetido en múltiples ocasiones, y fijando rapidez en su pago; la cuantía de la indemnización comprende no sólo el «valor del capital importado», sino también los posibles rendimientos producidos, conjunto que se considera como libremente transferible; esta posición general, explicable en la línea de amparo e intensificación de las actuales corrientes de capitales, evidencia un cierto contraste con la contemporánea gradación de la indemnización en el Derecho de las Naciones Unidas, centrado en «la soberanía permanente sobre los recursos naturales» (26).

(26) Cfr. la Resolución de la Asamblea General 1803/XVII, de 14 de diciembre de 1962, «Declaración relativa a la soberanía sobre los recursos naturales», indicaba, respecto a la indemnización, que debía ser «adecuada, conforme a las reglas en vigor en el Estado que adopta estas medidas en el ejercicio de su soberanía y de conformidad con el Derecho Internacional»; también, la Resolución I/A de la propia Comisión de la soberanía permanente sobre los recursos naturales, indicaba que «la nacionalización, la expropiación o la requisición deberán fundarse en razones o motivos de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional, los cuales se reconocen como superiores al mero interés particular: o privado, tanto nacional como extranjero... se dará al dueño la indemnización correspondiente, de acuerdo con las normas en vigor en el Estado que adopta estas medidas en ejercicio de su soberanía y en conformidad con el Derecho internacional» (en A/AC. 97/5/rev. 2, E/3511, A/AC. 97/13: «I. Estado de la soberanía permanente sobre las riquezas y los recursos naturales. Estudio preparado por la Secretaría. II. Informe de la Comisión de la soberanía permanente sobre los recursos naturales», Nueva York, 1962, págs. 276-277); en general, se puede ver, GESS (K. N.), «Permanent sovereignty over natural resources: an analytical review of the United Nations Declaration and its genesis», *Int. Comp. Law Quart.*, 1964, págs. 308-449. Por su parte, la Convención Europea de Establecimiento indica, en su artículo 23, que «en caso de expropiación o de nacionalización de sus bienes, los súbditos de las Partes contratantes tendrán derecho a un trato al menos tan favorable como los nacionales», señalando la compatibilidad con el artículo 1 del Protocolo adicional a la Convención de salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, hecho en París, el 20 de marzo de 1952; véase, sobre éste, SCHWELB (E.), «The protection of the right of property of nationals

## B) El reconocimiento de las sociedades.

En materia de sociedades, el tratado en cuestión contiene dos series de disposiciones; unas, relativas a la calificación de las empresas como controladas por extranjeros, mediante la medición de la propiedad del capital invertido, que pueden ser sometidas a requisitos especiales, y, otras, concernientes al reconocimiento del estatuto jurídico de las sociedades.

En el primer plano se retienen las conexiones del lugar de la constitución y del control para la determinación de las sociedades susceptibles de realizar actividades económicas en el territorio de la otra parte respectiva. La posibilidad establecida en el artículo 9, párrafo 4, de que cualquier parte exija «requisitos especiales para el establecimiento en su territorio de una empresa controlada por extranjeros o para la adquisición del control por extranjeros de una empresa ya existentes», se aplica indistintamente a las empresas controladas por súbditos de una de las partes y por súbditos de terceros Estados, aunque tenga la nacionalidad de una de aquéllas; no obstante, en el último caso no se aplica, evidentemente, la moderación contenida en el mismo precepto, en el sentido de que «estas condiciones no deberán suponer limitaciones que afecten en lo esencial a los derechos reconocidos...» Se advierte también que los conceptos de empresa y sociedad, como propietaria de aquel conjunto personal y patrimonial, se consideran equivalentes, en la misma línea que en otros tratados bilaterales concluidos por la República Federal de Alemania (así, artículos 8, párrafo 3, y 9, párrafo 4, del tratado con Italia), y que en el mismo derecho comunitario derivado de los tratados de París y de Roma (27).

En el plano del reconocimiento del «estatuto jurídico de las sociedades de una de las partes... en el territorio de la otra parte», el artículo 15 advierte, en su primer párrafo, de la desmesurada amplitud del término «sociedades» utilizado, en cuanto que «se refiere no solamente a las sociedades comerciales o de otra clase, sino también a todas las personas jurídicas, de derecho privado o asociaciones, aun cuando no tengan personalidad jurídica, siempre que hayan sido fundadas con arreglo al derecho vigente en el territorio de una de las partes». El reconocimiento sólo puede ser negado «cuando la sociedad afectada infrinja con su finalidad social o actividad realmente ejercida los principios o disposiciones que esta parte considere como parte del orden público, en el sentido de su derecho internacional privado»; esta excepción repite los términos del artículo 9, párrafo 1, de la Convención sobre el reconocimiento mutuo de las sociedades y personas morales, hecho en Bruselas, en el marco de la C. E. E., el 29 de febrero de 1968 —en base al artículo 220, en relación con el 58, párrafo 2, del Tratado de Roma—, aunque reducida a las sociedades que tienen «por objeto una actividad económica ejercida normalmente contra remuneración» (artículo 2 de la Convención de Bruselas); sin embargo, el mencionado artículo 15 no incluye el objeto de la sociedad como motivo para rehusar el reconocimiento,

under the first protocol to the European Convention on Human Rights», *Amer. Journ. of Comp. Law*, 1964, páginas 518-541.

(27) Cfr. GOLDMAN (B.), «La nationalité des sociétés dans la Communauté Economique Européenne», informe de 18 de enero de 1969, «Travaux du Comité Français de Droit International Privé, 1966-1969», París, 1970, págs. 216-219, y SCHAPIRA (J.), «Concepts économiques et droit européen», *Journ. Clunet*, 1972, páginas 10-12.

lo cual supone una reducción del campo hipotético de aplicación del orden público (28); se han de tener en cuenta al respecto que, por ejemplo, el Derecho alemán, a diferencia del español, admite la existencia de la sociedad «de una sola persona» («Die Einmanggesellschaft») (29).

(28) El texto de la Convención sobre el reconocimiento mutuo de las sociedades y personas morales hecho en Bruselas, el 29 de febrero de 1968, en *Rev. Trim. Dr. Europ.*, 1968, págs. 405-409, y en Cátedra de Derecho Internacional Privado. Universidad de Madrid, *op. cit.*, págs. 342-344, parcialmente, y LOUS-SOUARN (Y.) y BREDIN (J. D.), *op. cit.*, págs. 844-847. Véase, sobre tal Convención, en particular, GOLDMAN (B.), «Droit commercial européen», *op. cit.*, págs. 601-612; mismo autor, que presidió el grupo de expertos de redacción del proyecto, «Le projet de convention entre les Etats membres de la C. E. E. sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales», *Rechts Zeitschrift*, 1967, págs. 201-232; LOUS-SOUARN (Y.) y BREDIN (J. D.), *op. cit.*, págs. 502-507; CEREXHE (E.), «La reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales dans la Communauté Economique Européenne», *Rev. Marché Comm.*, 1968, páginas 578-590; RENAULD (J.), «Droit européen des sociétés», Bruselas, 1969, págs. 6.12-6.43, y LOUS-SOUARN (Y.), «Les sociétés et la Communauté Economique Européenne», *Rev. Marché Comm.*, 1971, páginas 64-67.

Las críticas a la formulación de la excepción del orden público en el artículo 9 de la Convención de Bruselas —que, sin embargo, reduce la fórmula general del artículo 8 de la Convención de La Haya, de junio de 1956, por la cual la aplicación de sus disposiciones «puede ser descartada por un motivo de orden público», han sido fuertes en la doctrina italiana: así, CAPOTORTI (F.), «Il problema del reciproco riconoscimento delle società nella Comunità Economica Europea», *Riv. delle Soc.*, 1966, pág. 982, y SANTA MARIA (A.), «Problemi Interpretativi della Convenzione CEE sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche», *Comunic. e Studi*, vol. XIII, 1969, págs. 308-316, aunque reconociendo la importancia de la definición negativa hecha por su artículo 10. En una posición favorable, RENAULD (J.), *op. cit.*, págs. 6.39-6.41, y GOLDMAN (B.), *op. cit.*, págs. 609-610, insistiendo en que escapan a la reserva «las reglas de constitución o de funcionamiento» y que «en las relaciones entre los Seis difícilmente cabe imaginar que la ley de uno de ellos sea contraria al orden público de otro de esta forma definido».

(29) En cuanto a la sociedad «de una sola persona», en el derecho de la República Federal, véase, por ejemplo, HEFERMEHL (W.), «Allemagne-Deutschland», tomo I-Band. I, «Droit des sociétés. Gesellschaftsrecht. Jura Europae», págs. 10.00-12. La mencionada Convención de Bruselas se define al respecto suprimiendo tal hipótesis como afectable por el orden público (artículo 9, párrafo 2 de la Convención). Con referencia a su no contradicción con el orden público de otros Estados de la C. E. E., véase, por ejemplo, SANTA MARIA (A.), *op. cit.*, págs. 316-317, cabiendo retener dentro de la jurisprudencia francesa, *Cour de Cass. Ch. Civ.*, sentencia de 17 de junio de 1958, «Dlle. Peugeot c. Consorts Peugeot-Friedel», *Journ. Clunet*, 1959, págs. 148-150, nota de SIALELLI (J. B.), y *Rev. Crit.*, 1958, págs. 704-712, nota de FRANCESCAKIS (Ph.); por el contrario, en la jurisprudencia belga, se sostiene tal oposición, como revelan, por ejemplo, *Cour de Cass.*, sentencia de 5 de enero de 1911, «Soc. an. de Sopron c. Soc. an. de Clausenbourg», *Journ. Clunet*, 1912, págs. 912-914, nota de J. P., y, mismo tribunal, sentencia de 12 de noviembre de 1935, *Rev. Prat. Sociétés*, 1936, núms. 3493-3494.

El sistema español exige la pluralidad de participantes en la constitución de cualquier forma de sociedad: Cfr. URÍA (F.), «Derecho mercantil», Madrid, 1972, págs. 120-121; DE CASTRO (F.), «Temas de Derecho Civil», Madrid, 1972, pág. 81, y RUBIO (J.), «Curso de Derecho de Sociedades Anónimas», Madrid, 1964, páginas 431: «Toda sociedad mercantil, tanto como organización apoyada en un contrato como en su condición de persona jurídica, descansa sobre el supuesto de dos o más personas que ponen en común bienes o industria. No hay sociedad sin pluralidad, ni hay persona jurídica apoyada en una asociación de interés particular, sea civil, mercantil o industrial (artículo 35 C. Civ.), sin sociedad... si cesa la pluralidad personal desaparece uno de los supuestos esenciales de la sociedad como organización y como persona jurídica.»

Por ello, ante el reconocimiento de la sociedad de una sola persona, aunque rodeada de garantías, como ocurre en el Derecho alemán federal, se plantea la cuestión de si la limitación de los riesgos del empresario único en la forma de sociedad de responsabilidad limitada es contraria a los principios que informan el Derecho español de sociedades, concretamente al principio de la responsabilidad limitada mediante su propio patrimonio de las deudas de la sociedad (apoyada en el artículo 1911 del Código Civil), con la suficiente intensidad como para justificar la negativa a aplicar la ley extranjera. Si parece que la contradicción no llega a tener tal consecuencia, en base a que el artículo 15, párrafo 2 del Tratado admite la falta de

Junto a la relativa indeterminación de la excepción del orden público internacional, se destaca en el tratado la extensa concepción del término «sociedad», bien alejada de las calificaciones nacionales respectivas, en cuanto que no se exigen fines lucrativos ni personalidad jurídica, incluyéndose a las fundaciones, tan importantes por sus actividades económicas en el derecho alemán, y a la sociedad «comercial abierta» (o también sociedad «de nombre colectivo», «Offene Handels Gesellschaft», O. H. G.), como no dotada de personalidad moral, pero con patrimonio propio y capacidad de acceder a los tribunales. También se advierte en el tratado la adopción del amplio criterio del lugar de la constitución, bastando para beneficiarse del reconocimiento con que «hayan sido fundadas con arreglo al derecho vigente en el territorio de una de las partes»; aunque muy parecido al artículo 33 del tratado italiano-alemán federal, nuestro artículo 15 se distingue por olvidar el criterio de la sede social al respecto, siendo también ostensible la diferencia con el Convenio de Bruselas de 1968, en el que el principio general de la ley de la constitución (artículo 6) cede en favor de la ley de la sede real (artículo 4), todo lo cual resulta peculiar si se tiene en cuenta que también en el derecho alemán se acoge el criterio de la sede real para el reconocimiento de las sociedades extranjeras (30); otros aspectos en el derecho de sociedades, como el de la transferencia de la sede social, queda sin regulación alguna, pero cabe recordar que en el derecho alemán resulta imposible la subsistencia de la personalidad jurídica de una sociedad en tal supuesto (31).

### 3. Otras disposiciones.

En este apartado se hace referencia a las reglas concernientes al «statu quo» legislativo a que se compromete cada parte respecto de los nacionales de la otra,

reconocimiento por el orden público internacional, salvando de esta reserva a las reglas de la constitución de la sociedad, sin embargo, resulta claro que el sistema español es reticente a aceptar gratuitamente, en el plano de las sociedades de capitales, la limitación de la responsabilidad, tanto en el momento de la constitución como posteriormente si la sociedad llega a tener sólo un socio; así, con respecto a la sociedad anónima, RUBIO (J.), *op. cit.*, págs. 432-433, señalando el reducido alcance de la Res. Dir. Gen. Reg. Not., de 22 de noviembre de 1957 (*Aranzadi Rep. Jurispr.*, 1957, núm. 3386), establece que «la responsabilidad limitada de la sociedad anónima es un privilegio que el ordenamiento jurídico no concede sin un contrapeso de especiales necesidades y garantías... Nuestro Derecho vigente... si ha entendido debía al menos contar con la colaboración de tres patrimonios individuales... Para el supuesto de sociedad de hecho de un solo socio vendrán asimismo las consideraciones anteriores, que habrán de aplicarse conjugadas con la doctrina de la simulación y con arreglo a los principios del abuso de derecho y de la buena fe».

(30)- Cfr. GROSSFELD (B.), «Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer personen», *Rechts Zeitschrift*, 1967, págs. 10-14, y, más moderado, HEFERMEHL (W.), *op. cit.*, págs. 10.80-1 y 2; aunque no hay unanimidad en la doctrina alemana al respecto, sin embargo, se admiten los inconvenientes de la sede ficticia.

La posición favorable al criterio de la sede social, matizada incluso de carácter real, había sido ya admitida en la Convención de La Haya, de 1 de junio de 1956, artículos 1 y 2, tenuemente (cfr. LOUS-SOUARN (Y.) y BREDIN (J. D.), *op. cit.*, págs. 319 y 326), pero más fuertemente en la Convención Europea de Establecimiento de Sociedades, abierta a la firma el 20 de enero de 1966, artículo 1, párrafo 2 (cfr. GOLDMAN (B.), *op. cit.*, págs. 119-121), y, sobre todo, en la ya mencionada Convención de Bruselas, de 29 de febrero de 1968, sobre el reconocimiento mutuo de las sociedades y personas morales, artículos 1, 3 y 4 (cfr. GOLDMAN (B.), *op. cit.*, págs. 606-608). Si bien España firmó la Convención de La Haya sin ratificarla, sólo resulta clara en nuestro derecho la adopción de la conexión domicilio-constitución a los efectos de la determinación de la ley aplicable, en el plano así del conflicto de leyes, pero no del reconocimiento: cfr. AGUILAR NAVARRO (M.), *op. cit.*, pág. 202, y URÍA (R.), *op. cit.*, págs. 133-135.

(31) Cfr. HEFERMEHL (W.), *op. cit.*, págs. 10.80-5.

al ámbito personal y territorial del tratado, al procedimiento instaurado para su interpretación o aplicación y al complejo de materias excluido.

A) La tregua legislativa y el ámbito de aplicación del tratado.

Para el período de vigencia del tratado, fijado en diez años (artículo 22), operan dos preceptos de armisticio legislativo, en los que se indica la prohibición de adoptar medidas más severas a partir de la situación existente (cláusulas de «standstill» del artículo 9, párrafo 6, respecto a las actividades relacionadas con los servicios públicos y otras profesionales excluidas según el protocolo anejo, y del artículo 14, párrafo 2, sobre participaciones existentes en empresas de la otra parte respectiva). En realidad, constituye un fuerte compromiso de las partes, que, aunque no llegue al rango normativo comunitario de «obligación... completa, jurídicamente perfecta» (32), sin embargo, era desconocido en convenios de establecimiento anteriores suscritos por la República Federal de Alemania; así, el artículo 9, párrafo 6, del tratado con Italia señala que «las restricciones legales que puedan introducirse en el futuro» no tendrán aplicación únicamente para «la actividad legítimamente ejercida en el momento de la entrada en vigor de estas restricciones», y el artículo 4, párrafo 2, de la Convención con Francia, también mencionada con anterioridad, indica la posibilidad de que las partes introduzcan, tras la entrada en vigor, «nuevas restricciones de los derechos... por razones dependientes de la seguridad o de la defensa nacional o si se ven en la necesidad de hacerlo por razones imperiosas de carácter económico o social o para impedir el acaparamiento de los recursos vitales del país».

Respecto del ámbito de aplicación del tratado, se considera en la perspectiva personal que el término de nacional significa, «por lo que se refiere a la República Federal de Alemania, todos los alemanes, en el sentido del artículo 116, apartado 1 de la Ley Fundamental» (protocolo anejo, núm. 11, b), esto es, todos los que posean tal nacionalidad o se hubieran «acogido en el territorio del Reich alemán del 31 de diciembre de 1937 con carácter de refugiado o expulsado perteneciente al pueblo alemán, o de cónyuge o descendiente de aquél», teniendo así en cuenta como referencia las fronteras del Tratado de Versalles. Mientras esta calificación tiene sólo consecuencias personales, el «tratado se aplicará también al "Land" Berlín» (artículo 21), en las perspectivas personal y territorial, como formando parte así de la República Federal; este artículo (cláusula Berlín) resulta también corriente en los tratados concluidos por tal Estado en la materia, figurando así, por ejemplo, en uno de los canjes de notas acompañando al tratado de amistad, comercio y navegación con Italia y en

(32) «Considerando que en los términos del artículo 53, los Estados miembros se comprometen, a reserva de las disposiciones previstas en el tratado, a no introducir nuevas restricciones al establecimiento en su territorio de los súbditos de los otros Estados miembros; que la obligación así suscrita por los Estados se traduce jurídicamente en la de una simple abstención; que no está acompañada de ninguna condición, ni está subordinada en su ejecución o en sus efectos a la intervención de ningún acto, de los Estados ni de la Comisión; que es de esta forma completa, jurídicamente perfecta, y, en consecuencia, susceptible de producir efectos directos en las relaciones entre los Estados miembros y sus justiciables.» (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 15 de julio de 1964, Aff. 6/64, «Flaminio Costa c. ENEL», Rec. Jurispr. Cour, vol. X, págs. 1162-1163.)

el artículo XXVI, párrafo 2, del tratado de amistad, comercio y navegación con los Estados Unidos; en el marco comunitario se puede recordar que fue objeto de una de las dos Declaraciones del gobierno de la República Federal hechas al firmar los tratados de Roma, creando la C. E. E., y el Euratom, el 25 de marzo de 1957, produciendo efecto en tal contexto.

B) Procedimiento en la interpretación o aplicación del tratado.

Tiene interés el artículo 20, que anuncia la creación de un Tribunal de Arbitraje, a solicitud de una de las partes, en el caso de no llegar a una solución amistosa tras las consultas obligatorias, «si se produjeran divergencias de opinión en la interpretación o aplicación de este tratado» (párrafos 1 y 2). En el mismo artículo se establece la composición del tribunal —cuyo tercer miembro, en última instancia, «será nombrado por el presidente del Tribunal Internacional de Justicia o por el vicepresidente» (párrafo 3, apartados c y d)—, el derecho aplicable (así, «resolverá con arreglo a las disposiciones de este tratado, así como según las normas generales del Derecho Internacional», párrafo 4)—, las reglas de procedimiento y los gastos de sostenimiento. El precepto es semejante al artículo 14 del tratado concluido por ambos Estados sobre navegación, hecho en San Sebastián el 27 de agosto de 1968; no obstante, desde el lado español la disposición en cuestión tiene un marcado carácter de novedad.

En comparación con otros tratados de la República Federal, se distingue tal artículo 20 del 39 del tratado con Italia, en cuanto que se excluye el no siempre fácil sometimiento por las dos partes al Tribunal Internacional de Justicia; también, del XXVII, párrafo 2, con los Estados Unidos, en la medida en que éste sólo se refiere vagamente a la sumisión al arbitraje, y, finalmente, de los artículos 18 y 19 de la Convención con Francia, dado que en ésta se crea no sólo una semejante Comisión de conciliación, que llega a asumir la función de un tribunal de arbitraje, sino una previa Comisión consultiva mixta, con una misión más amplia.

C) Materias excluidas.

Ante la enumeración ya realizada en la primera parte del amplio volumen convencional entre los dos Estados, se puede sostener que el tratado de establecimiento ha venido a cubrir, en términos más generales, las acentuadas relaciones de cooperación económica y de emigración laboral, pero favoreciendo más fuertemente las actividades económicas independientes, y previstas para sociedades de una parte en el territorio de la otra, que las simples asalariadas. El respaldo y apoyo a la cooperación económica se hace explícita en el corto preámbulo tipo, al señalar el deseo recíproco «de reglamentar la situación de sus nacionales que se encuentran en el territorio del otro Estado, conforme a las relaciones amistosas existentes entre los dos Estados, de fomentar la cooperación económica y de contribuir al bienestar social de ambos pueblos».

La existencia de otros tratados ya concluidos en sectores particulares muy relacionados con el establecimiento (propiedades especiales, navegación, exclusión de la doble imposición internacional...), han restringido necesariamente el alcance material del tratado; éste señala, en ocasiones, tal exclusión, como, por ejemplo, en materia fiscal: así, en el protocolo anejo números 5 y 9, se expresa que tanto el trato de nacional en el ejercicio de actividades económicas y profesionales, como tal trato, y la cláusula de nación más favorecida para el ejercicio de actividades, «en lo que se refiere a la religión, ciencia y educación», no hacen referencia «al sector de la tributación fiscal». La explicación, evidentemente, estriba en el ya vigente tratado «para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio»; de 1966 (33), cuya conclusión se preveía ya en el artículo 6 del Convenio de cooperación económica, firmado en Madrid el 9 de mayo de 1961. La mención de este último convenio interesa con respecto al ya advertido fundamental «leit motiv» en el tratado de establecimiento, de las facilidades para desarrollar actividades económicas independientes, dado que ya en ese Convenio de 1961 se mencionaba la futura «participación de capital alemán en empresas actualmente existentes en España o que se creen», con «la concesión de garantías para las inversiones de capital privado alemán en España» (artículo 1), la realización de «proyectos de inversión» por la República Federal (artículo 2), de «ayuda técnica» (artículo 3) y con la financiación de «determinados proyectos a fijar por el Gobierno español, dentro del marco y según las normas vigentes que regulan la prestación de capitales a largo plazo por la República Federal a países en vías de desarrollo» (artículo 4).

#### IV. CONCLUSIONES

Las conclusiones a que ha conducido el presente trabajo pueden formularse en la forma siguiente, de acuerdo con las partes seguidas en la exposición:

1. El tratado de establecimiento entre el Estado español y la República Federal de Alemania resulta francamente importante en el contexto convencional español, escaso en convenios de toda índole sobre todo a partir de 1939. Inmediatamente adquiere un gran relieve al haber sido concluido con un Estado miembro de la C. E. E., con el que ya existían intensas relaciones en cuanto a movimientos de trabajadores

---

(33) El texto del Convenio entre España y la República Federal de Alemania, para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio, hecho en Bonn, el 5 de diciembre de 1966, canjeándose las ratificaciones en Madrid, el 14 de febrero de 1968, en B. O. E., de 8 de abril de 1968, y también en, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, «Doble Imposición Internacional», Madrid, 1972, págs. 415-435; al seguir muy de cerca el proyecto de Convenio de doble imposición, relativo a la renta y a la fortuna, redactado por el Comité fiscal de la O. C. D. E., se puede ver, al respecto, en general, ALBIRANA GARCIA-QUINTANA (C.), «El Derecho tributario español y el modelo de Convenio de la O. C. D. E.: Comparación», *ibidem*, págs. 589-624, reteniendo también las observaciones de PALAO TABOADA (C.), *ibidem*, pág. 630: «Sería sumamente interesante estudiar hasta qué punto los convenios suscritos por España garantizan un tratamiento fiscal justo de las rentas provenientes de inversiones y de la utilización de patentes y de técnicas extranjeras, de las que nuestro país es notoriamente deudor. En este aspecto, nuestra posición es más próxima a los países en vías de desarrollo, para los cuales los principios adoptados por los modelos de la O. C. D. E. no son plenamente satisfactorios.»

y de capitales para la inversión, corrientes que se han producido en sentido opuesto. El tratado en cuestión se funda muy de cerca en otros de los que era parte la República Federal de Alemania, como en el italiano-germano occidental de amistad, comercio y navegación de 1957, en la Convención europea de establecimiento de 1955, dentro del marco del Consejo de Europa, y más remotamente en el norteamericano-alemán occidental de amistad, comercio y navegación de 1954.

Comprende este tratado disposiciones de variada naturaleza (desde la entrada, permanencia y expulsión, hasta las garantías para el desarrollo de actividades por nacionales de un Estado en el territorio del otro), basándose en el principio de la asimilación nacional, con reciprocidad, aunque con excepciones, y en el de la nación más favorecida; se establece en él el compromiso de eliminación de discriminaciones, casi exclusivamente para la realización de actividades relacionadas con sociedades, calificadas con mucha amplitud (así, las actividades de fundación, participación en empresas existentes, intervención en su dirección y administración...), con menor alcance para las profesiones independientes y sobre todo para las asalariadas, remitidas a las disposiciones locales sobre trabajadores extranjeros; de esta forma, tiene el significado de una mejor cobertura para las actuales corrientes, sin apenas afectar a las de naturaleza emigratoria, las más interesantes, lógicamente, para la parte española.

Ante la pertenencia a la C. E. E. de la República Federal de Alemania, el tratado ofrece la ocasión de comparar su objeto y el grado de liberalización de éste con el existente en el Derecho comunitario derivado del tratado de Roma; así, se comprueban mejor sus límites y el relieve de los artículos 59, párrafo 2, y 234, en los que únicamente el tratado instituyendo la C. E. E. menciona a los terceros Estados al respecto, advirtiendo de la íntima trabazón de sus ventajas con el proceso de integración en el seno de la Comunidad. Así, la situación en que permanece el tratado bilateral con respecto al tratado de Roma y posteriores disposiciones es de absoluta separación, tal como reconoce, además, el propio artículo 16 del convenio hispano-alemán federal, en cuanto al juego de la cláusula de la nación más favorecida; en un plano general, se destaca que los niveles de liberalización en tales contextos no sólo son diferentes, en beneficio de los súbditos del tercer Estado, por la implícita consideración de que los Estados de la Comunidad están comprometidos en tal liberalización, en conexión con el desarrollo de su integración económica, no cabiendo que goce de aquélla un Estado extraño a los sacrificios y compromisos motivados y consentidos por este desarrollo. También se señala mediante tal comparación una cierta recepción terminológica en nuestro tratado (como, por ejemplo, en la formulación de la reserva de «razones de orden público, de seguridad o de sanidad pública» o en la del «orden público en el sentido de su derecho internacional privado» a los efectos del reconocimiento de sociedades), y la existencia de discriminaciones generales y estatales del sistema alemán occidental, derogadas tan sólo a efectos comunitarios y subsistentes así en las relaciones con un tercer Estado a la C. E. E.

2. Dentro del estudio pormenorizado del Tratado, en materia de Derecho público, se indica tan sólo una buena disposición de las partes en cuanto a la entrada, estancia y expulsión, reforzada con vistas a las actividades económicas independientes, siguiendo de cerca el derecho común respectivo: si en cuanto a la expulsión apenas se templa el margen de discrecionalidad administrativa, esto ocurre,

sin embargo, en relación con la tutela de la libertad personal, que resulta bien extensa, en ostensible contraste con otras libertades (religiosa, de asociación...). En cuanto a la exención del servicio militar, el tratado se refiere al supuesto de los doble-nacionales con una regulación fragmentaria, al no referirse al caso de residencia en un tercer Estado, ni a la edad que se ha de tomar en consideración.

En materia de Derecho privado, se constata que en la acogida de los *nacionales* y sociedades, extensamente entendidas, de una parte en el territorio de la otra, hay un importante margen de liberalización y de favor para el desenvolvimiento de actividades económicas de carácter independiente, aunque se indiquen restricciones normales en función del criterio del control para las sociedades. Si en el plano del establecimiento se indica para las sociedades extranjeras la vigencia de las obligaciones aplicables a las nacionales, en otro plano, en el del reconocimiento, definido con amplios rasgos, se adopta el frágil criterio del lugar de la constitución de tales sociedades, con la inclusión de la excepción del orden público internacional como correctivo limitado; a partir del Derecho español suscita evidentemente problemas el reconocimiento de la extraña sociedad «de una persona», con la consiguiente limitación de responsabilidad, y de la sociedad «comercial abierta», sin personalidad jurídica, aparte del de las personas morales no sociedades, es decir las fundaciones y asociaciones. Además del libre acceso a los tribunales, el tratado establece un extenso régimen de garantías de los derechos y actividades económicas, prohibiendo las discriminaciones respecto a las inversiones extranjeras, de una parte, en las sociedades de la otra y señalando la igualdad de protección en la propiedad y demás derechos, con unas rigurosas condiciones de legalidad ante eventuales medidas expropiatorias.

3. El tratado tiene otras disposiciones de relativa novedad, incluso desde el derecho convencional alemán federal, en cuanto a la tregua legislativa concedida recíprocamente por las partes para no adoptar medidas más severas y en cuanto a la instancia arbitral que se anuncia para cada supuesto de divergencia en la interpretación o aplicación del tratado. Finalmente, las normas fiscales y de navegación, que eran incluidas en otros tratados de la República Federal de más amplio contenido, se omiten por la existencia de acuerdos particulares al respecto.

Madrid, mayo 1973.

