

Derecho comunitario e Inversiones extranjeras directas: Libre circulación de los capitales vs. Regulación no discriminatoria del establecimiento. De la *golden share* a los nuevos *open skies*

Ramón Torrent

Universidad de Barcelona. Coordinador de la Cátedra Internacional
OMC/Integración Regional (UB/UAM). Ex Director de Relaciones
Exteriores en el Servicio Jurídico del Consejo de la UE

RESUMEN	ABSTRACT
<p>El presente trabajo introduce el problema de las inversiones extranjeras directas en términos político-económico-institucionales. A continuación se expondrán fundamentos analíticos para discutir los distintos capítulos del Tratado CE aplicables a las inversiones extranjeras, y luego se planteará dicha discusión, señalando las diferencias entre el capítulo sobre movimiento de capitales y el capítulo sobre derecho de establecimiento. Tras esta discusión, expondré y criticaré la jurisprudencia «<i>golden share</i>» del Tribunal de Justicia. Finalmente, se presentarán unas conclusiones que advierten de los grandes riesgos de seguir avanzando por el camino emprendido por la Comisión y defienden la necesidad de que el Tribunal acometa, en materia de inversiones extranjeras directas entre Estados Miembros, un cambio jurisprudencial tan valeroso como el que llevó a cabo en su sentencia «Keck».</p> <p>Palabras clave: <i>golden shares</i>, inversiones extranjeras directas, libertad de establecimiento, libertad de circulación de capitales.</p> <p>Keywords: <i>golden shares</i>, direct foreign investments, freedom of establishment, movement of capital.</p>	<p>This paper introduces the issue of direct foreign investments in political-economic-institutional terms, followed by a description of the analytical foundations that explain how different chapters of the EC Treaty apply to foreign investments. This argument will be developed pointing out the differences between the chapters on freedom of capitals and freedom of establishment. I will then display and criticize the Court of Justice's <i>golden share</i> case law. Finally, several conclusions will be outlined and I will alert of the grave dangers in continuing along this path, supporting the need for the Court to develop, in the area of direct foreign investments among member States, a change in its case law as brave as the one envisaged in Keck.</p>

RAMÓN TORRENT

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. POLÍTICA ECONÓMICA GENERAL VS. POLÍTICAS ECONÓMICAS SECTORIALES
 - III. LOS INSTRUMENTOS BÁSICOS DEL ANÁLISIS: TRES TIPOS DE REGLAS Y DOS TÉCNICAS PARA PRODUCIRLAS CON EL OBJETIVO DE GARANTIZAR CINCO LIBERTADES
 - IV. EL MARCO JURÍDICO DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS
 - V. LA JURISPRUDENCIA «GOLDEN SHARE» DEL TJCE
 - VI. CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA
 - VII. CONCLUSIONES
-

I. INTRODUCCIÓN¹

1996 fue un año decisivo para la historia más moderna del derecho comunitario en materia de inversiones extranjeras directas (IED). En efecto, dos negociaciones internacionales de suma importancia ponían sobre la mesa cuestiones básicas en materia de interpretación y aplicación de esa área del derecho comunitario: las del Acuerdo Multilateral de Inversiones en el seno de la OCDE –AMI/OCDE– y las relativas a servicios básicos de telecomunicaciones en el seno de la OMC, una de las cuatro negociaciones sectoriales pendientes después del cierre de la Ronda Uruguay.

En este contexto, un dictamen del Servicio jurídico del Consejo de abril de 1996 (documento del Consejo 6393/96)² produjo una enorme conmoción en los círculos más informados no sólo de Bruselas y algunas capitales de Estados Miembros, sino de Washington (donde fue inmediatamente conocido) así como de París (donde se desarrollaban las negociaciones AMI-OCDE) y de Ginebra, sede de la OMC. La causa de la conmoción será discutida con más detalle en un próximo artículo a publicar en esta misma revista. Basta ahora con apuntar que la discusión del dictamen permitió comprobar (descubrir, para la gran mayoría) la falsedad del pretendido dogma según el cual las empresas establecidas en los Estados Miembros y controladas por capitales de países terceros (en otras palabras, las inversiones extranjeras directas –IED– de países terceros) gozarían, en virtud del derecho comunitario y, en particular, del antiguo artículo 58 TCE (actual artículo 48), del derecho al trato nacional. En efecto, quedó claro que dicha tesis era empíricamente falsa (porque muchas normas, ya no nacionales sino comunitarias, trataban, y siguen tratando, a las IED de terceros países de manera menos favorable que a las empresas controladas por capitales nacionales –o de otros Estados Miembros–) e infundada analíticamente porque ninguna regla del Tratado (ni ninguna interpretación jurisprudencial del TJCE) concede ese derecho.

La conmoción no sólo afectó al desarrollo de las referidas negociaciones (potenciando el «leverage» de la Comunidad y los Estados Miembros, que

¹ Una primera versión de este capítulo fue presentada en una sesión del Programa Avanzado en Derecho Económico Internacional que la Cátedra Internacional OMC/Integración Regional (UB-UAM) organizó en febrero de 2007 en el marco del Instituto de Empresa. Agradezco los comentarios de todos los participantes en la sesión y, en particular, los de Carlos ESPÓSITO, director de la sede de Madrid de la Cátedra.

² Como es sabido, los dictámenes del Servicio jurídico del Consejo son documentos reservados y, por tanto, no pueden ser citados. No obstante, sin citarlo explícitamente, buena parte de los argumentos del dictamen están recogidos en el capítulo 3 de TORRENT, R.: *Derecho y práctica de las relaciones económicas exteriores en la Unión Europea*, CEDECS, Barcelona, 1998.

ahora podían jugar con la posibilidad de mantener, con toda legitimidad, dicho trato menos favorable a empresas controladas desde países terceros) sino que llevó al Servicio Jurídico de la Comisión a revisar su doctrina sobre dicho pretendido dogma. La revisión desembocó en la surrealista tesis según la cual el artículo 58 TCE (actual artículo 48) impondría dicha obligación de trato nacional a los Estados Miembros pero no a la Comunidad cuando ésta produjera derecho secundario. Esta tesis, mantenida en el frigorífico durante unos años, resucitó en el contexto de las últimas negociaciones para la ampliación de la Unión a los 12 nuevos Estados Miembros y se plasmó en el *Understanding Concerning certain U. S. Bilateral Investment Treaties, signed by the U. S., the European Commission, and acceding and candidate countries for accession to the European Union (September 22, 2003)*³ firmado en el marco de la OCDE entre la Comisión, los Estados Unidos y los países de Europa Central y del Este que estaban en trámite de adhesión a la Unión Europea. Este Entendimiento, de gran importancia política y jurídica, sobre todo por su valor de interpretación y/o aplicación de disposiciones del Tratado, ha pasado completamente desapercibido, lo cual quizá no sea sorprendente pero sí es bien significativo⁴.

La discusión del referido dictamen del Servicio jurídico del Consejo obligaba a adentrarse en un terreno que, en aquellos momentos al menos, cuarenta años después de la firma del Tratado de Roma, era prácticamente virgen: el del análisis de conjunto de los distintos capítulos del Tratado aplicables a las inversiones extranjeras, lo cual conducía necesariamente a discutir la delimitación entre sus respectivos ámbitos de aplicación. Esta cuestión ha acabado siendo, en unos pocos años, la más candente, tanto en términos estrictamente jurídicos como en relevancia política y económica, en materia de interpretación y aplicación del derecho comunitario. En efecto, es la cuestión en torno a la cual giran las controversias sobre «golden shares, ofertas públicas de adquisición (OPAs) y, en general, el régimen jurídico aplicable en cada Estado Miembro a las IED de otros Estados Miembros, en particular en los ámbitos de servicios públicos. Como veremos, esta cuestión también ha surgido en el marco del último acuerdo de *open skies* negociado por la Comisión, en nombre de la Comunidad y de los Estados Miembros, con Estados Unidos.

Este es el tema de este artículo, que retoma los argumentos desarrollados

³ La referencia que yo conozco es la de la página web del Departamento de Estado de Estados Unidos: <http://www.state.gov/s/1/2003/44366.htm>. No conozco ninguna publicación de dicho Entendimiento por el lado de la Unión Europea a pesar de que la propia Comisión informó de su firma en un comunicado de prensa de fecha 23 de septiembre de 2003.

⁴ Las únicas referencias a este Entendimiento que conozco son las de trabajos promovidos por el International Institute for Sustainable Development (<http://www.iisd.org/investment/>), centro canadiense especialmente activo en temas relativos a acuerdos internacionales de inversiones. Una reseña de L. E. PETERSON (en el *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin* de 19 de septiembre de 2003) y el trabajo de K. VON MOLTKE «Investment after Cancún» mencionan el Entendimiento.

en el libro mencionado en la segunda nota a pie de página, coincidentes con los que fundamentan el referido dictamen del Servicio jurídico del Consejo. Comenzaré con una presentación del problema en términos político-económico-institucionales. A continuación expondré los fundamentos analíticos que utilizaré para discutir los distintos capítulos del Tratado CE aplicables a las inversiones extranjeras y luego plantearé dicha discusión, señalando las diferencias entre el capítulo sobre movimiento de capitales y el capítulo sobre derecho de establecimiento. Tras esta discusión, expondré y criticaré la jurisprudencia «golden share» del Tribunal de Justicia; ésta es la parte central del artículo. Y, finalmente, someteré al lector unas conclusiones que advierten de los grandes riesgos de seguir avanzando por el camino emprendido por la Comisión y defienden la necesidad de que el Tribunal acometa, en materia de inversiones extranjeras directas entre Estados Miembros, un cambio jurisprudencial tan valeroso como el que llevó a cabo en su sentencia «Keck»⁵ (pero de aún mayor significación política porque el terreno de las inversiones extranjeras está plagado de minas mucho más peligrosas, política, jurídica y económicamente, que las que están sembradas en el campo del comercio de bienes). Algunos de los argumentos desarrollados a lo largo del artículo resultarán casi obvios y ofensivamente sencillos a muchas de las personas que lo lean. Sin perjuicio de pedir disculpas por ello, tengo la esperanza de que las conclusiones a extraer de los mismos sean novedosas, interesen y susciten la reflexión.

II. POLÍTICA ECONÓMICA GENERAL VS. POLÍTICAS ECONÓMICAS SECTORIALES

La distinción a establecer entre política económica general y políticas económicas sectoriales es bien conocida. La primera, denominada a menudo «política macroeconómica», se plantea objetivos referidos a lo que en la jerga de los economistas se denominan «grandes magnitudes agregadas»: crecimiento de los niveles agregados de producción e ingresos (y, eventualmente, distribución de los mismos), niveles de precios, equilibrios/desequilibrios en la balanza de pagos, etc. Las segundas se plantean objetivos muy diversos que pueden ir desde la organización y gestión del territorio (en ámbitos como el urbanístico o el del transporte) a la seguridad y universalidad del abastecimiento (en el ámbito de muchos servicios considerados esenciales o «públicos»), pasando por consideraciones ambientales que vayan más allá de la simple gestión del territorio y muchísimas otras. La distinción entre tipos de políticas se traduce necesariamente en una distinción entre tipos de normas y de actuaciones de los poderes públicos así como entre los enfoques de todas ellas.

Muy a menudo, la diferencia de enfoque surge de (o acaba convirtiéndose

⁵ Sentencia «Keck y Mithouard» de 24 de noviembre de 1993, asuntos acumulados 267/91 y 268/91, Rec. P. I-6097. Como es sabido, esta sentencia restringió explícitamente el campo de aplicación de la jurisprudencia «Cassis de Dijon» y se presenta también explícitamente como un cambio de jurisprudencia.

en) una diferencia ideológica entre los altos funcionarios encargados de las políticas y la legislación. En general, quienes se encargan de la definición y la gestión de la política económica general están muy imbuidos de los enfoques y modelos dominantes en el mundo académico-político (tan dominantes que muy a menudo se afirma –y la gente ha sido llevada a creer– que sólo hay una política macroeconómica posible: afirmación bien contradicha en la realidad cuando se constata la oposición radical que existe, por ejemplo, entre las políticas de déficit público de Estados Unidos y Japón, por un lado, y la que el Tratado de Maastricht incorpora como norma en el Tratado, por otro). En cambio, quienes se encargan de las políticas sectoriales deben encarar mucho más de frente (por suerte más que por desgracia) la realidad y sus urgencias y necesidades.

Es también conocido que esta distinción entre políticas y las correspondientes normas y actuaciones engendra tensiones en el seno de los gobiernos. De hecho, estas tensiones no sólo son el pan de cada día sino que su aprendizaje constituye un ABC del aprendizaje de la política. Y sigue siendo bien conocido que una de las funciones principales del jefe de todo gobierno (y aún de la propia existencia del Gobierno en tanto que órgano colectivo) es el arbitraje entre estas tensiones.

Pero a veces se quiere olvidar que estas distinciones (y las correspondientes tensiones) también deben establecerse y existen en el marco de la Comunidad Europea. En primer lugar, en su vertiente jurídica, ya que, como veremos a continuación, el Tratado CE siempre ha dedicado capítulos distintos, con lógicas distintas, a estos distintos ámbitos. En segundo lugar, en la vertiente político-práctica. Las burocracias encargadas de la gestión de las distintas políticas y del diseño y aplicación de las reglas jurídicas emanadas de (y aplicables a) todas ellas son también distintas.

De hecho, al no existir, en el marco de la Comunidad Europea, el equivalente de un Gobierno y un Jefe de Gobierno (ambos términos en singular), estas burocracias adquieren en dicho marco una autonomía mucho mayor (rayana en ciertos casos en la independencia) que en el plano nacional. El mejor ejemplo de ello lo ha constituido siempre el Comité Monetario (transformado en Comité Económico y Financiero en aplicación del artículo 114.2 TCE introducido por el Tratado de Maastricht), que también desde siempre se ha apropiado en exclusiva de lo que pueda haber de política económica general en el plano comunitario (hasta que un ámbito esencial de la misma, la política monetaria, se ha desgajado del resto y se ha atribuido al Banco Central Europeo). En este sentido, se ha ironizado insuficientemente sobre la ridícula actitud del Comité Monetario que, para demostrar su «independencia» respecto al Consejo (es decir, respecto al colectivo de Gobiernos a los que ellos sirven en el plano nacional), se ha reunido siempre (y sigue reuniéndose, en tanto que Comité Económico y Financiero...) ¡en los locales de la Comisión!

Amparándose en esta deslocalización que tanto reforzaba su independencia respecto a los Gobiernos y el Consejo (y su dependencia de la Comisión),

el Comité Monetario se prestó con gran diligencia a ser influido por la Comisión en la defensa de la tesis sobre la articulación entre los capítulos relativos a movimientos de capitales y derecho de establecimiento que discutiré y criticaré más adelante. Así, a los miembros del Comité Monetario no les sonrojaba lo más mínimo incluir en sus Informes Anuales una condena⁶, por violación del Tratado, de toda una serie de legislaciones legítimamente aprobadas y vigentes en sus propios Estados. Por ello, la discusión sobre el referido dictamen del Servicio Jurídico del Consejo también desembocó en una crítica de estas tesis avaladas por el Comité Monetario.

III. LOS INSTRUMENTOS BÁSICOS DEL ANÁLISIS: TRES TIPOS DE REGLAS Y DOS TÉCNICAS PARA PRODUCIRLAS CON EL OBJETIVO DE GARANTIZAR CINCO LIBERTADES

Para abordar el tema central de este artículo, la delimitación entre los capítulos del Tratado dedicados a capitales y a derecho de establecimiento, en cuanto aplicables a la IED, conviene discutir previamente algunos instrumentos analíticos bien sencillos. Las distinciones entre tipos de reglas y técnicas para producirlas proceden de un trabajo ya publicado⁷ y, por tanto, sólo las trataré brevemente. En cambio, la aplicación de estas dos distinciones a las cinco (sic) libertades básicas definidas por el Tratado es nueva y servirá también para aclarar su sentido.

Reglas de liberalización del acceso, reglas de trato nacional y reglas de derecho uniforme

El análisis de las reglas jurídicas como instrumentos de las relaciones económicas internacionales (incluyendo la integración regional) debe referirse a tres principales enfoques o «tipos de reglas»: a) reglas de acceso al mercado; b) reglas de derecho uniforme y c) reglas de no discriminación. Efectivamente, un primer enfoque consiste en imponer obligaciones a las partes en materia de liberalización del acceso a los mercados. Un segundo enfoque consiste en crear una normativa uniforme que cree un marco jurídico común (o único, incluso) para algunas de las transacciones y operaciones cubiertas por el acuerdo internacional de que se trate. Un tercer enfoque consiste en imponer ciertas obligaciones de no discriminación (trato nacional o no discriminación entre extranjeros –principio de la nación más favorecida–) en materia de normas aplicables a las transacciones y operaciones cubiertas por el acuerdo pero sin pretender armonizar o unificar el derecho

⁶ Ver, por ejemplo, su Informe de 1996 (documento del Consejo 4851/96 ECOFIN 21 MDC 1, en particular los puntos 2.5 and 2.7).

⁷ R. TORRENT, «Regional Integration Instruments and Dimensions: An Analytical Framework», en R. DEVLIN y A. ESTEVADEORDAL, eds., *Bridges for Development. Policies and Institutions for Trade and Integration*, IADB, Washington D.C., 2003. Las distinciones han sido ya aplicadas también a distintos estudios relativos al MERCOSUR así como en el artículo «¿Cómo gobernar aquello que se desconoce?: el caso de la Comunidad Europea como Unión Económica y Monetaria», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, enero-abril de 2005.

aplicable por cada Estado. Todos estos tres enfoques y tipos de normas son necesarios, en una combinación adecuada, para conducir las relaciones económicas internacionales, pero estos tres enfoques difieren mucho entre ellos, tanto legalmente como en sus implicaciones económicas y políticas.

Las reglas de acceso al mercado tienen un ámbito de aplicación estrictamente limitado a las transacciones internacionales. En cambio, las normas de derecho uniforme así como las de trato (salvo si sólo se refieren a un trato no discriminatorio entre extranjeros en el acceso al mercado) se aplican sobre todo a transacciones internas. Así, son mucho más «intrusivas» en las políticas internas (y, en consecuencia, mucho más difíciles de abordar) que las primeras.

Las reglas de acceso son fáciles de concebir y de comprender (otra cosa es que sus efectos económicos sean difíciles de evaluar) sobre todo porque, como acabamos de indicar, tienen un ámbito limitado (transacciones y operaciones internacionales). Tienen también una ventaja nada despreciable: existe en cada Administración estatal un equipo de funcionarios expertos para aplicarlas y negociarlas, el equipo que administra y contribuye a definir las normas internas a las que se refieren las obligaciones impuestas por las reglas internacionales. Pero su mayor inconveniente es que, en muchas circunstancias, resultan del todo insuficientes para conseguir el fin que normalmente se pretende con ellas: la liberalización/integración de los mercados. En efecto, la realidad de los hechos demuestra que el acceso a los mercados está dificultado no sólo, y en ocasiones no tanto, por la existencia de unas normas específicas que lo limitan sino por las divergencias en las normas aplicables internamente en cada mercado.

Los otros dos tipos de reglas plantean unos dilemas políticos muy difíciles de resolver.

Las reglas de derecho uniforme son extremadamente útiles para clarificar y simplificar las relaciones económicas internacionales y el derecho aplicable a ellas (algo en principio atractivo: ¿qué puede parecer mejor que «a problema común, solución uniforme»?); pero tienen una serie de inconvenientes extremadamente importantes (mencionaré tan sólo dos que precisamente se intentan prevenir, en derecho comunitario, al menos en teoría, mediante el principio de subsidiariedad): En primer lugar, un crecimiento de su número agrava la tensión siempre existente entre permanencia del derecho internacional y alternancia democrática en el poder en el plano interno. En segundo lugar, si bien estas reglas tienen la virtud incuestionable de dar estabilidad a las relaciones económicas internacionales y a la integración regional, si su número es excesivo o no seleccionan bien las cuestiones que abarcan, pueden amenazar la capacidad de adaptación a nuevas circunstancias que todo esquema de relaciones internacionales o de integración regional debe poseer.

Las reglas de trato reducen drásticamente los inconvenientes de las reglas de derecho uniforme. Al dar mucho mayor margen de maniobra a las legis-

laciones internas, que pueden seguir aplicando criterios políticos y económicos distintos, con tal que no sean discriminatorios entre nacionales y extranjeros (trato nacional) o entre extranjeros (trato de la nación más favorecida), reducen la tensión con el principio democrático y la alternancia en el poder político resultado de procesos políticos internos. Pero también tienen inconvenientes muy graves sobre todo si se refieren al «trato de las empresas» en general y no al trato en sectores y aspectos específicos. Las reglas internacionales de acceso al mercado y de derecho uniforme siguen la misma lógica que las correspondientes reglas internas (las reglas internacionales de acceso al mercado simplemente restringen el contenido posible de las internas; y las reglas internacionales de derecho uniforme unifican el contenido de las reglas internas). En cambio, esta lógica es completamente distinta en el caso de las reglas de trato. De hecho, estas reglas presentan una especie de «doble universalidad» que las diferencia radicalmente de las normas internas y genera unas dificultades insospechadas: se aplican a todos los sectores y cubren todos los aspectos del régimen jurídico de aquellas actividades a las que se aplican. En el ámbito interno no existe una norma o un paquete de normas que tenga esta doble universalidad; normas distintas se aplican a distintos sectores (energía, agricultura o transporte aéreo, por ejemplo) y a distintos aspectos del régimen jurídico de las empresas (de la fiscalidad al régimen de sociedades pasando por una infinidad de otros).

Dos técnicas de producción de derecho

Hay dos técnicas diferentes para generar normas regionales y proporcionar un marco para actividades públicas. La distinción tradicional entre «intergubernamental» y «supranacional» intenta definir las. Pero esta distinción ha sido utilizada a menudo de manera muy descuidada, sobre todo para comparar el proceso europeo (que sería la encarnación de la supranacionalidad) con otros procesos. En consecuencia, es mejor substituir esta terminología por otra, más neutral, que se refiere a las dos técnicas que pueden ser utilizadas para producir normas internacionales, no sólo en materia de relaciones económicas e integración regional sino en cualquier área. Las dos técnicas son: a) introducir normas en un tratado que los Estados que son Parte contratante del mismo deben cumplir y b) crear, en el marco del acuerdo o tratado, algún mecanismo capaz de producir derecho secundario (algo que –conviene recordar– no hace sólo el Tratado CE sino también, por ejemplo, el acuerdo constitutivo de la OMC en materia de «waivers» y adhesión de nuevos miembros).

Hay ventajas e inconvenientes en ambas técnicas. La primera tiende a dar fortaleza y credibilidad pero incurre en el riesgo de falta de flexibilidad y de capacidad de adaptación; la segunda tiende a tener efectos opuestos.

Esta distinción se relaciona, pero no coincide, con la conocida distinción entre integración «positiva» y «negativa» en el marco europeo⁸. En efecto,

⁸ F. W. SCHARPF, *Balancing Positive and Negative Integration: The Regulatory Options for Europe*, MPIfG Working Paper 97/8, November 1997 (<http://www.mpifg.de/pu/workpap/wp97-8/wp97-8.html>).

si bien es cierto que las normas sustantivas directamente introducidas en el Tratado CE son, en su mayoría, de «integración negativa» (eliminación de restricciones), también hay normas de derecho secundario que siguen esta lógica (como ejemplo especialmente relevante, la Directiva sobre movimiento de capitales a la que me referiré *in extenso* más adelante). Y hay normas de derecho primario de «integración positiva» que, por ejemplo, crean un derecho uniforme en materia de anti-trust.

Las cinco libertades vistas desde la perspectiva del tipo de reglas y las técnicas para producirlas

A efectos de este artículo, es bien significativo que se haya generalizado tanto, hasta convertirse en una especie de lema, la expresión de las «cuatro libertades», referida inicialmente a comercio de bienes, prestación de servicios, movimiento de trabajadores y circulación de capitales. En efecto, esta expresión, interpretada así, deja completamente de lado una «quinta libertad o derecho» tan decisiva como las demás: el derecho de establecimiento. Y no me parece adecuado subsumir ahora esta libertad dentro de la de circulación de personas (como libertad que habría sustituido o subsumido a la circulación de trabajadores asalariados) porque su lógica es bien distinta. En cualquier caso, lo que es innegable es que el capítulo sobre derecho de establecimiento es distinto de los otros.

Para mis propósitos, no es necesario ahora acometer en detalle una aplicación a todas las cinco libertades de los instrumentos analíticos presentados en las dos precedentes subsecciones. Pero sí es indispensable preparar la discusión de la sección siguiente subrayando que el Tratado (y la práctica legislativa comunitaria) no utiliza el mismo enfoque para las cinco libertades. Basta apuntar la especificidad de los capítulos del tratado relativos a la libertad de movimiento o circulación de capitales y al derecho de establecimiento y compararlos con los capítulos y disposiciones específicas relativos a las otras libertades. Esta comparación permitirá trazar la perspectiva general en la que se inscribirá la próxima sección, que entrará ya más en detalles.

Si tomamos como referencia la «primera libertad», la de circulación de bienes, y la analizamos desde la doble perspectiva del tipo de reglas y de las técnicas para producirlas, constatamos:

- Ha habido siempre unas reglas generales que obligan a la liberalización del acceso inscritas directamente en el Tratado (primera técnica/derecho primario: actuales artículos 25 y 28, en particular).
- La obligación de trato nacional no sólo ha sido siempre un principio general incorporado en el actual artículo 12 sino que se recogía en el derecho primario en aspectos concretos como el de la fiscalidad indirecta (actual artículo 90).
- Por lo que se refiere a las «barreras indirectas» creadas por la divergencia en normativas nacionales, una parte no serán justificadas (jurisprudencia

«Cassis de Dijon»⁹ corregida por «Keck») y, en la medida en que lo estén, puede usarse (o no, según como apliquemos el principio de subsidiariedad) la segunda técnica de producción de derecho (derecho secundario) para producir derecho uniforme (artículos 94 y 95, ex 100 y 100A, TCE pero no sólo ellos; también podemos usar otros artículos, el 93, por ejemplo, para la fiscalidad indirecta).

En el fondo, el mismo enfoque se utiliza para la segunda libertad, la libre prestación de servicios, si bien en este ámbito (sobre todo en la prestación de servicios más tradicionales y menos prestables a distancia), como existen muchas menos normas nacionales de restricción del acceso al mercado (excepto las simples prohibiciones a la prestación de servicios por extranjeros), tiende a confundirse, en la práctica, el problema del acceso y el ejercicio en general (también para nacionales), con el del acceso de extranjeros. En consecuencia, lo que resulta relevante son, en la medida en que estén justificadas, o bien las «barreras indirectas» provocadas por las divergencias en las normativas nacionales reguladoras del ejercicio de actividades de prestación de servicios o bien las resultantes de la regulación del derecho de establecimiento, que el Tratado CE trata en un capítulo separado.

En cambio, en materia de libre circulación de capitales, ya el Tratado de Roma seguía un enfoque completamente distinto, lo cual muy a menudo se olvida. En efecto,

- Por lo que se refiere al acceso a los mercados, los antiguos artículos 67 y 68.1 TCE (primera técnica) se limitaban a proclamar que «los Estados Miembros suprimirán progresivamente entre sí, durante el período transitorio y en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado común, las restricciones a los movimientos de capitales...» (artículo 67) y «concederán con la mayor liberalidad posible... autorizaciones de cambio» (artículo 68.1)...
- En cambio, sí que, por la primera técnica (derecho primario), los artículos 67.1 y 68.2 establecían una obligación de trato nacional (más clara y taxativa la del artículo 68 que la del artículo 67).
- Por último, el artículo 69 abría la vía del derecho secundario para «adoptar (...) las directivas necesarias para la progresiva aplicación de las disposiciones del artículo 67» pero esta segunda técnica se utilizó sobre todo para profundizar la liberalización del acceso sin pretender crear un derecho uniforme (en primer lugar mediante la directiva 72/156/CEE de 21 de marzo de 1972 y en segundo lugar mediante la directiva 88/361/CEE del Consejo de 24 de junio de 1988 –DOCE L núm. 178 de 08/07/1988– que fue la que verdaderamente liberalizó la totalidad de los movimientos de capitales entre Estados Miembros).

En otras palabras, ya desde un inicio, el capítulo del Tratado sobre movi-

⁹ Sentencia de 20 de febrero de 1979, Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, asunto 120/78, Rec. (edición especial española) 1979, pg. 351. Para la sentencia «Keck», ver precedente nota 4 a pie de página.

mientos de capitales y su aplicación en la práctica legislativa de la producción de derecho secundario se centraban en la liberalización del acceso dejando de lado la producción de derecho uniforme. El nuevo capítulo introducido por el Tratado de Maastricht en sustitución del antiguo exacerbaba esta tendencia como veremos en la sección siguiente.

Por su parte, el derecho de establecimiento tiene una lógica distinta a la de las otras cuatro libertades. En efecto, el ejercicio de este derecho es en cierta manera previo a la puesta en el mercado de los bienes, servicios e incluso capitales (o, al menos, activos financieros por los que se intercambiarán los capitales líquidos) que circulan dentro de o entre los Estados Miembros. Para los bienes, servicios, capitales y trabajadores del propio Estado, el acceso al mercado nacional puede estar más o menos restringido (por razones de edad, por ejemplo, para los trabajadores) pero no se requiere un acto jurídico «de entrada» en este mercado. En cambio, tal es precisamente el objeto del derecho de establecimiento: los nacionales deben «establecerse» incluso en su propio mercado. Mirado desde el punto de vista de otros Estados miembros o desde terceros Estados, el establecimiento es previo a la producción de bienes, prestación de servicios o emisión de activos financieros. En efecto, aunque pueda presuponerse que si se autoriza el establecimiento también se autorizará la posterior comercialización de bienes o servicios, sería perfectamente concebible una legislación que autorizara, por ejemplo, el establecimiento de ciertos profesionales o empresas extranjeras pero les impidiera ciertas actividades (por ejemplo, la prestación de ciertos servicios de gestión de la deuda pública –el caso es real–). Y, obviamente, también es previo a la aplicación de «normas técnicas» sobre la producción y comercialización de bienes y servicios (sobre, por ejemplo, las emisiones de dióxido de titanio en la producción de ciertos productos o sobre el ratio de solvencia a mantener en la prestación de servicios bancarios).

En materia de derecho de establecimiento, la distinción esencial es la que existe entre derecho de establecimiento no regulado (o, más bien, poco regulado –como la apertura de una tienda de juguetes–, ya que la absoluta falta de regulación es bien excepcional: siempre hay requisitos para establecerse como trabajador autónomo o para crear una empresa) y derecho de establecimiento muy regulado. Cuando el derecho de establecimiento está regulado (y como, salvo excepciones, siempre está más o menos regulado), los problemas que se plantean, desde la perspectiva del derecho comunitario, son, a) el de la posible discriminación de profesionales y empresas de otros Estados miembros, y b) el de las divergencias en las normativas nacionales y las eventuales «barreras indirectas» que dichas normativas pueden engendrar. Por tanto, la lógica principal del capítulo del Tratado relativo al derecho de establecimiento no es la del acceso sino la del trato nacional (por lo que se refiere a las obligaciones de derecho primario) y la de la atribución de competencias a la Comunidad para ir produciendo progresivamente el derecho secundario que se juzgue conveniente (y/o sea políticamente posible) a fin de ir creando un espacio uniformemente regulado. Es

bajo esta perspectiva como el Tratado, la práctica legislativa y la jurisprudencia del TJCE abordan el derecho de establecimiento.

IV. EL MARCO JURÍDICO DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

Los movimientos de capitales procedentes de otro Estado (miembro de la Comunidad o tercero) y el establecimiento de nacionales o de sociedades de otro Estado (miembro de la Comunidad o tercero) en un Estado miembro de la Comunidad constituyen dos cuestiones completamente distintas, por mucho que estén relacionadas entre sí. En efecto:

- los movimientos de capitales procedentes de otros Estados son las transacciones o transferencias de activos monetarios o financieros entre dichos Estados y un Estado miembro; no están necesariamente vinculados al establecimiento en un país distinto de aquél de donde procedan los capitales de que se trate;
- el establecimiento en un Estado miembro de un nacional o de una sociedad de otro Estado supone bien la constitución de una filial, de una sucursal o de una agencia, bien la adquisición, total o parcial, de una entidad ya existente; los capitales necesarios para dicha constitución o dicha adquisición no proceden necesariamente del país del nacional o de la sociedad de que se trate, o incluso de otro país: pueden ser obtenidos en el mercado financiero nacional del Estado miembro en el que tenga lugar el establecimiento (en el límite, dicho establecimiento podría no exigir ningún movimiento de capitales líquidos si resultara de una fusión).

El Tratado CEE dedicaba capítulos distintos (del Título III de la Tercera Parte) a la cuestión del movimiento de capitales (Capítulo 4 «capital y pagos»), por una parte, y a la de las condiciones de establecimiento (Capítulo 2 «derecho de establecimiento»), por otra parte. El Tratado de Maastricht no modificó dicha distinción, incluso aunque haya modificado el capítulo 4 del TCE sobre el movimiento de capitales sustituyendo los artículos 73B a 73G por los artículos 67 a 73. El enfoque de estos dos capítulos es completamente distinto en dos aspectos esenciales: a) ámbito de aplicación, b) tipo de reglas y técnica de producción del derecho utilizados.

Ámbito de aplicación

Por lo que se refiere a las inversiones procedentes de otros Estados (o destinadas a ellos), existe una diferencia esencial entre el Capítulo 4 (movimiento de capitales) y el Capítulo 2 (derecho de establecimiento): el Capítulo 4 trata no solamente de los movimientos de capitales entre Estados miembros sino también de los movimientos de capitales procedentes de terceros países (o destinados a ellos); por su parte el Capítulo 2, en principio¹⁰, sólo se refiere al problema del establecimiento en los Estados miembros de nacionales y sociedades de otros Estados miembros.

¹⁰ Cfr. a continuación, en el punto 6.

Efectivamente, incluso antes de Maastricht, los artículos 70 y 72 del Capítulo 4 del TCEE contemplaban ya los movimientos de capitales entre Estados miembros y terceros países, imponiendo algunas obligaciones a los Estados miembros y confiando determinadas competencias a la Comunidad. Dichas competencias fueron, en un principio, aplicadas, de manera limitada, mediante la Directiva 72/156/CEE del Consejo, de 21 de marzo de 1972, para la regulación de los flujos financieros internacionales¹¹, y posteriormente, de manera más amplia, mediante la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado¹² (ver su artículo 7, por ejemplo). Los artículos 73B a 73G (actuales artículos 56 a 60), introducidos en el TCE mediante el Tratado de Maastricht, en sustitución de los antiguos artículos 67 a 73, amplían el alcance tanto de las obligaciones impuestas a los Estados miembros como de las competencias de la Comunidad en lo que se refiere a los movimientos de capitales procedentes de terceros países. Así, el artículo 56.1 (antiguo 73 B.1) trata igual los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países, estableciendo como regla general la prohibición de todas las restricciones a los mismos.

En cambio, como lo subrayó ya expresamente el Tribunal de Justicia en su Dictamen 1/94, el Capítulo 2 («derecho de establecimiento») del Título III de la Tercera Parte del Tratado «no contien(e) ninguna disposición que regule el problema del primer establecimiento de nacionales de países terceros»¹³.

Sin embargo, «del hecho de que el único objetivo expresamente indicado en (el) capítul(o) relativo al derecho de establecimiento... sea la realización de est(a) liberta(d) en beneficio de los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad no se desprende... que se prohíba a las Instituciones comunitarias hacer uso de las facultades que les son conferidas en este ámbito para definir el trato que debe otorgarse a los nacionales de países terceros»¹⁴. De hecho, como recuerda el propio Dictamen, el legislador comunitario ha introducido en varios actos basados en los artículos del capítulo «derecho de establecimiento» y que regulan, bien un sector económico específico, bien un aspecto específico de actividades de empresas, disposiciones aplicables al derecho de establecimiento de nacionales y de sociedades de terceros países, como por ejemplo¹⁵: la segunda Directiva bancaria, la Directiva sobre los servicios de inversión en el ámbito de los valores negocia-

¹¹ Directiva 72/156/CEE del Consejo, de 21 de marzo de 1972, para la regulación de los flujos financieros internacionales y la neutralización de sus efectos no deseables sobre la liquidez interna (DOL núm. 91 de 18 de abril de 1972, pg. 13), que ha sido derogada por la Directiva 88/361 que se menciona a continuación.

¹² DO L núm. 178 de 8 de julio de 1988, pg. 5.

¹³ Dictamen del Tribunal de Justicia 1/94 de 15 de noviembre de 1994 sobre los Acuerdos surgidos de la Ronda Uruguay, punto 81, Rec. pg. I-5412.

¹⁴ Dictamen 1/94, mencionado, punto 90, Rec. pg. I-5415.

¹⁵ Únicamente se citan los ejemplos analizados por el Tribunal de Justicia en su mencionado Dictamen 1/94.

bles; las directivas en el ámbito de los seguros; la Directiva sobre la publicidad de determinadas sucursales.

Tipos de reglas y técnica utilizada en su producción

Por lo que se refiere a estas dos cuestiones, el nuevo capítulo sobre movimiento de capitales introducido por el Tratado de Maastricht exagera la orientación que ya seguía el Tratado de Roma: utilización casi exclusiva de normas de acceso (prohibición de toda restricción por la vía del derecho primario), excluyendo casi del todo la posibilidad de que la Comunidad produzca derecho uniforme mediante la vía del derecho secundario. En efecto, las únicas competencias atribuidas a la Comunidad se refieren a los movimientos de capitales con terceros países y tienen un alcance muy limitado (artículos 57.2, 59 y 60). El capítulo presupone que con la liberalización completa del movimiento de capitales entre Estados miembros y con países terceros ya está todo el trabajo hecho, como si, a diferencia de todas las otras operaciones económicas, los movimientos de capitales debieran escapar a toda regulación (nacional o comunitaria).

En cambio, el capítulo sobre derecho de establecimiento no ha sido modificado en sus normas sustantivas y sigue combinando armónicamente la obligación de derecho primario de trato nacional (ver además el artículo 294 relativo al artículo 48) con la posibilidad de producir derecho uniforme por la vía del derecho secundario. A ello se añade la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que exige, con una lógica a lo *Cassis de Dijon*, que, en la medida que se apliquen a nacionales y empresas de otros Estados miembros, las restricciones al derecho de establecimiento deben ser justificadas por ciertos objetivos.

Un apunte de interpretación jurídico-política

Dos conclusiones se imponen, pues:

–El capítulo sobre movimiento de capitales se proyecta muchísimo más hacia terceros Estados que el capítulo sobre derecho de establecimiento.

–Y dicho capítulo (incluso en su proyección a países terceros) da prioridad absoluta a la liberalización del acceso.

Esta constatación es muy importante desde el punto de vista jurídico-político porque obliga a preguntarse cuál es la lógica profunda del capítulo: si construir un mercado interior jurídicamente integrado o bien avanzar hacia la liberalización completa de los movimientos de capitales en el plano mundial. Parece bastante claro que, a los redactores de esas disposiciones (el Comité Monetario, que monopolizó su discusión durante las negociaciones del Tratado de Maastricht), el segundo objetivo les motivaba al menos tanto como el primero (o incluso más, como demuestra el hecho de que las competencias específicamente atribuidas a la Comunidad para regular dichos

movimientos, es decir, para producir derecho uniforme en este ámbito, sean tan extraordinariamente limitadas)¹⁶.

V. LA JURISPRUDENCIA «GOLDEN SHARE» DEL TJCE

El tenor y contenido general de la jurisprudencia del TJCE en los asuntos «golden share»¹⁷ y conexos son bien conocidos. La Comisión atacó ante el Tribunal, por violación de las disposiciones de los capítulos sobre capitales y derecho de establecimiento del TCE, distintas normas nacionales relativas al establecimiento de una «golden share» en empresas nacionales privatizadas en virtud de las cuales los gobiernos se reservaban distintos derechos de veto de ciertas operaciones relativas a dichas empresas, en particular las tomas de control de las mismas o de ciertos activos de ellas. Muchas de estas normativas nacionales estaban muy mal redactadas porque no se focalizaban en la vigilancia general sobre el funcionamiento de las empresas sino en la cuestión específica de las tomas de control de las mismas o de ciertos de sus activos. El Abogado General Ruiz Jarabo intentó defender las normas atacadas sobre la base del artículo 295 TCE y las facultades que el mismo reconoce a los Estados Miembros en materia de régimen de propiedad. El Tribunal decide que las normas atacadas violan las disposiciones del capítulo sobre movimiento de capitales (excepto en el asunto contra Bélgica donde el Tribunal se inventa una justificación por «razones imperiosas de interés general» que discutiré en la próxima sección) y, en consecuencia, ya no se pronuncia sobre una eventual violación de las disposiciones del capítulo sobre derecho de establecimiento. El último episodio en esta jurisprudencia será la esperada sentencia en el asunto «Volkswagen» (asunto C-112/05, Comisión contra RFA). En sus conclusiones del día 13 de febrero de 2007, el Abogado General Ruiz Jarabo, tras constatar que, en su defensa, el Gobierno alemán no ha recogido su argumentación sobre el artículo 295 TCE y el régimen de propiedad, concluye, muy rápidamente y sin prácticamente argumentación, que las disposiciones de la Ley Volkswagen alemana violan las disposiciones del capítulo sobre capitales del TCE como otras normas relativas a «golden shares»¹⁸.

¹⁶ Y pronto se comprobó que la tesis según la cual la liberalización de los movimientos de capitales conllevaría la integración de los mercados financieros era un espejismo. Quince años después de la completa liberalización de los movimientos de capitales entre Estados Miembros seguimos teniendo mercados financieros no integrados.

¹⁷ La jurisprudencia nace con las sentencias de 4 de junio de 2002, Comisión/Portugal (C-367/98, Rec. pg. I-4731), Comisión/Francia (C-483/99, Rec. pg. I-4781) y Comisión/Bélgica (C-503/99, Rec. pg. I-4809).

¹⁸ Es cierto que el Abogado general sostiene de manera explícita y con fuerza que «No he cambiado mi criterio de que el ámbito natural e idóneo para el análisis de las restricciones varias que se encubren, harto imprecisamente, bajo el denominativo “acciones de oro”, es el de la libertad de establecimiento, pues el Estado miembro encausado suele aspirar a controlar, utilizando facultades de intervención en la configuración de la estructura accionarial, la formación de la voluntad social de las entidades privatizadas (interviniendo en la composición accionarial o en actos concretos de administración), extremo que pocas concomitancias guarda con el libre flujo de capitales» (punto 58 de las Conclusiones), pero no desarrolla esta argumentación.

Con el paso del tiempo, la jurisprudencia se ha ido estandarizando (y banalizando). Por tanto, lo mejor es recoger la versión que se da de la misma en una sentencia más reciente que las primeras de 2002, la de 2 de junio de 2005 en el asunto Comisión contra República italiana (asunto C-174/04). Los párrafos decisivos son los siguientes:

26 Con carácter preliminar, procede recordar que el artículo 56 CE, apartado 1, instaura una libre circulación de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países. A tal efecto, dicho artículo establece, en el marco de las disposiciones del capítulo del Tratado titulado «Capital y pagos», que quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.

27 Aunque el Tratado no define los conceptos de movimientos de capitales y de pagos, es sabido que la Directiva 88/361, junto con su nomenclatura anexa, tiene valor indicativo para definir el concepto de movimientos de capitales (véanse la sentencia Comisión/Reino Unido, antes citada, apartado 39, y la de 16 de marzo de 1999, Trummer y Mayer, C-222/97, Rec. pg. I-1661, apartados 20 y 21).

28 En efecto, los puntos I y III de la nomenclatura anexa a la Directiva 88/361 y las notas explicativas que allí figuran indican que una inversión directa en forma de participación en una empresa mediante la posesión de acciones, así como la adquisición de títulos en el mercado de capitales, constituyen movimientos de capitales en el sentido del artículo 56 CE. Con arreglo a las mencionadas notas explicativas, la inversión directa, en particular, se caracteriza por la posibilidad de participar de manera efectiva en la gestión y en el control de una sociedad.

29 A la luz de estas consideraciones, procede examinar si constituye una restricción a los movimientos de capitales entre los Estados miembros el Decreto-Ley núm. 192/2001, que establece una suspensión automática de los derechos de voto correspondientes a las participaciones superiores al 2% en el capital social en las empresas que operan en los sectores de la electricidad y del gas cuando tales participaciones son adquiridas por empresas públicas que no cotizan en mercados financieros regulados y que ocupan una posición dominante.

30 A este respecto, procede señalar que la suspensión de los derechos de voto establecida en dicho Decreto impide que la categoría de empresas públicas a la que éste se aplica participe de una manera efectiva en la gestión y en el control de las empresas italianas activas en los mercados de la electricidad y del gas. Dado que la finalidad perseguida por el Decreto-Ley núm. 192/2001 consiste en impedir «ataques anticompetitivos por parte de entidades públicas que operan en el mismo sector en otros Estados miembros», este Decreto-Ley produce el efecto de disuadir de adquirir acciones de las empresas italianas que operan en el sector de la energía, en particular a las empresas públicas establecidas en otros Estados miembros.

31 De lo anterior resulta que la suspensión de los derechos de voto

RAMÓN TORRENT

prevista en el Decreto-Ley núm. 192/2001 constituye una restricción a la libre circulación de capitales, prohibida, en principio, por el artículo 56 CE.

A continuación, el Tribunal pasa a «analizar aún si esta restricción a la libre circulación de capitales puede justificarse a la luz de las disposiciones del Tratado».

35 A este respecto, procede recordar que la libre circulación de capitales, como principio fundamental del Tratado, sólo puede limitarse mediante una normativa nacional justificada por razones contempladas en el artículo 58 CE, apartado 1, o por razones imperiosas de interés general. Además, para que pueda justificarse de esta manera, la normativa nacional en cuestión debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no ir más allá de lo necesario para alcanzarlo, a fin de respetar el criterio de proporcionalidad.

Y, en general, excepto en el mencionado asunto Comisión/Bélgica, el Tribunal concluye que dicha justificación no existe y, en consecuencia, declara que el Estado Miembro atacado por la Comisión ha incumplido sus obligaciones. Una vez llegado a esta conclusión, si la compatibilidad/incompatibilidad con el capítulo sobre derecho de establecimiento ha sido también alegada (no lo fue en el asunto C-174/04), el Tribunal considera innecesario examinar el asunto en esta perspectiva con el argumento siguiente:

La Comisión solicita además que se declare la existencia de un incumplimiento de los artículos 52 a 58 del Tratado, a saber, de las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento en la medida en que se refieren a las empresas. A este respecto, debe señalarse que, en la medida en que la normativa controvertida contiene restricciones a la libertad de establecimiento, dichas restricciones son consecuencia directa de los obstáculos a la libre circulación de capitales examinados anteriormente, de los que no pueden disociarse. Por consiguiente, puesto que se ha declarado la existencia de un incumplimiento del artículo 73 B del Tratado, no es necesario examinar separadamente las medidas controvertidas a la luz de las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento (puntos 55 y 56 de la sentencia de 4 de junio de 2002, Comisión contra R. Francesa, asunto C-483/99).

Como veremos en la próxima sección, este es uno de los argumentos más indefendibles de toda la jurisprudencia «golden share».

VI. CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia «golden share» del Tribunal debe ser criticada por ocho motivos convergentes que conducen a una única conclusión. El Tribunal se equivoca al elegir el «campo de juego» donde juzgar los litigios. En vez de situarlos, como hizo y hace, en el marco del capítulo sobre movimiento de

capitales, el Tribunal debía haber examinado la conformidad con el tratado de las normativas nacionales atacadas por la Comisión en el marco del capítulo relativo al derecho de establecimiento, en particular por lo que se refiere al respeto de la obligación de trato nacional (que muchas de aquellas normas probablemente violen porque fueron pensadas y redactadas, en ocasiones de manera explícita, para discriminar negativamente a empresas de otros Estados Miembros). Esta calificación, además de ser más correcta jurídicamente, evitaría los graves riesgos políticos que discuto en el último punto de esta sección y en las conclusiones.

Sin embargo, antes de exponer los ocho motivos, quiero aclarar que la crítica va dirigida no sólo al Tribunal sino también, y sobre todo, a las Partes en los litigios. A la Comisión, en primer lugar, por querer imponer al Tribunal una determinada orientación ideológica y forzarlo a ocupar la posición reservada al legislador comunitario. Y a los Gobiernos de los Estados Miembros implicados, en segundo lugar, por haber concebido y redactado tan mal las normativas atacadas (en ocasiones –la norma que es el objeto del asunto Comisión vs. R. Italiana, acabado de citar, por ejemplo– de manera casi provocadora apuntando directamente a empresas de otros Estados Miembros) y haber planteado tan mal su defensa, aceptando sin rechistar el campo de juego donde la Comisión había planteado los litigios (el de los movimientos de capitales). La actuación y defensa de los Estados es tan cómplice de la actuación de la Comisión que uno llega a pensar si la voluntad de los servicios de las Administraciones nacionales directamente implicadas no era la de favorecer que las normativas atacadas fueran declaradas contrarias al Tratado y así sacarse el problema de encima. Sea como fuere, el caso es que el Tribunal se encontraba en cierta manera atrapado por las partes (que coincidían en la aplicabilidad de las disposiciones del capítulo sobre capitales) y le era difícil encontrar una vía de salida.

Todos los motivos de crítica me parecen importantes, pero los ordenaré en un cierto orden creciente de significación.

1) Falta de sentido común económico.

En las normas sobre las «golden shares», no se impide a las empresas de otros Estados Miembros introducir en los Estados Miembros ningún tipo ni ningún monto de capital. Ya sea en dinero legal o en dinero bancario, en activos monetarios o en activos financieros no monetarios, las empresas de otros Estados Miembros pueden introducir cantidades irrestrictas de capitales en el Estado Miembro en cuestión. Lo que está en juego, en todo caso, no es el cruce de las fronteras por estos capitales, sino una concreta utilización posible de los mismos, tras este cruce (esto debe ser subrayado), entre otras miles también posibles. En ninguno de los casos se afecta el «equilibrio macroeconómico agregado» ni las grandes magnitudes macroeconómicas (que sí quedarían afectadas si, por ejemplo, un Estado hubiera querido introducir medidas de control del movimiento de capitales a corto plazo como las establecidas durante muchos años con gran éxito por Chile y que sí son medidas relativas al movimiento de capitales).

2) Insuficiente e incorrecta construcción analítica desde el punto de vista del principio de atribución de competencias.

La jurisprudencia «golden share» ni tan sólo intenta abordar la delimitación entre los ámbitos de aplicación respectivos de los capítulos del Tratado sobre capitales y sobre derecho de establecimiento. Las sentencias dan la impresión de que puede tranquilamente darse un solapamiento completo entre ambos capítulos o bien que ambos capítulos funcionan igual de tranquilamente en paralelo. Y, sin embargo, ello no es posible porque atenta al principio de atribución de competencias (en plural: competencias distintas y separadas, por tanto) que fundamenta todo el edificio del derecho comunitario. Como veremos a continuación al referirme a la Directiva sobre las Ofertas Públicas de Adquisición (OPA), en derecho comunitario, a diferencia quizá de lo que sucede en el plano nacional, sobre todo en Estados unitarios, es indispensable saber «¿qué es qué?» para determinar si la Comunidad es o no competente y sobre qué base jurídica, y con qué procedimiento, lo es. La jurisprudencia ni tan sólo se plantea seriamente este problema.

3) La incorrecta construcción analítica obliga al Tribunal a inventarse un juego de excepciones que no tiene fundamento en el Tratado.

En la jurisprudencia «Cassis de Dijon», el Tribunal, una vez que hubo decidido que las normativas internas no discriminatorias aplicadas a la producción o comercialización de bienes constituían medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas, se vio obligado a buscar una manera de restringir la aplicación de este criterio, a la vez tan potente y tan destructivo del ejercicio de las competencias de que siguen disponiendo los Estados Miembros. En el marco del comercio de bienes, el Tribunal tuvo la búsqueda relativamente fácil porque existía el antiguo artículo 36, actual artículo 30, con su lista de excepciones. Aún así, el Tribunal tuvo que ampliar dicho listado con otras «exigencias imperativas» que literalmente se inventó (protección de los consumidores, por ejemplo) y, al final, tuvo que restringir, en la sentencia Keck, el alcance de la jurisprudencia «Cassis de Dijon».

En el marco del capítulo sobre capitales tal como quedó después de Maastricht, el Tribunal se ha puesto, con su jurisprudencia «golden share», en una situación parecida pero mucho más difícil porque dicho capítulo prácticamente no contiene excepciones (ni permite a la Comunidad producir derecho secundario). Por tanto, el Tribunal debe sacarse de la manga (en el asunto contra Bélgica para estimarla y en los otros para desestimarla) una excepción por posibles «exigencias imperiosas de interés general» mucho más alejada de la letra y el espíritu del capítulo que la excepción equivalente en el marco de «Cassis de Dijon».

¿Por qué entrar en este berenjenal y violentar la interpretación del Tratado hasta casi reescribirlo si con una acertada construcción analítica –situar las normativas atacadas en su marco correcto, el del derecho de establecimiento–, el problema habría desaparecido?

4) Error manifiesto en el manejo del derecho secundario.

Un elemento esencial de la jurisprudencia «golden share» es la referencia a la Directiva 88/361/CEE para justificar el tratar las inversiones extranjeras directas como movimientos de capitales. Así, como ya hemos visto, todas las sentencias recogen los párrafos siguientes:

27 Aunque el Tratado no define los conceptos de movimientos de capitales y de pagos, es sabido que la Directiva 88/361, junto con su nomenclatura anexa, tiene valor indicativo para definir el concepto de movimientos de capitales (véanse la sentencia Comisión/Reino Unido, antes citada, apartado 39, y la de 16 de marzo de 1999, Trummer y Mayer, C-222/97, Rec. pg. I-1661, apartados 20 y 21).

28 En efecto, los puntos I y III de la nomenclatura anexa a la Directiva 88/361 y las notas explicativas que allí figuran indican que una inversión directa en forma de participación en una empresa mediante la posesión de acciones, así como la adquisición de títulos en el mercado de capitales, constituyen movimientos de capitales en el sentido del artículo 56 CE. Con arreglo a las mencionadas notas explicativas, la inversión directa, en particular, se caracteriza por la posibilidad de participar de manera efectiva en la gestión y en el control de una sociedad.

Esta referencia a la directiva, recogida de las alegaciones de la Comisión (¡y no combatida por las partes demandadas!) está completamente fuera de lugar. En efecto, nadie parece haber leído con atención el referido Anexo I de la directiva 88/361. Si se lee, se descubre que la «nomenclatura» de los movimientos de capitales sirve tan sólo para clasificarlos en función de su destino, pero no los define. Bien al contrario, el anexo incluye una definición específica de los movimientos de capitales. El párrafo decisivo es el que introduce el anexo I y que dice lo siguiente:

En la presente nomenclatura, los movimientos de capitales se clasifican según la naturaleza económica de los haberes y de los compromisos, expresados en la moneda nacional o en las divisas extranjeras, a las que se refieran.

Los movimientos de capitales enumerados en la presente nomenclatura abarcan:

- El conjunto de las operaciones necesarias para efectuar los movimientos de capitales: terminación y ejecución de la transacción y transferencias correspondientes a ella. La transacción se realiza normalmente entre residentes de distintos Estados miembros; sin embargo, a veces es una única persona la que efectúa movimientos de capitales en su propio nombre (tal es el caso, por ejemplo, de las transferencias de haberes de emigrantes).
- Las operaciones efectuadas por cualquier persona física o jurídica, incluidas las operaciones relativas a los haberes o compromisos de los Estados miembros y de las demás administraciones y organismos públi-

cos, sin perjuicio de las disposiciones del apartado 3 del artículo 68 del Tratado.

- El acceso del operador a todas las técnicas financieras disponibles en el mercado solicitado para realizar la operación. Por ejemplo, el concepto de adquisición e títulos y de otros instrumentos financieros no comprende únicamente las operaciones al contado sino todas las técnicas de negociación disponibles: operaciones a plazo, operaciones con opción o con garantía, operaciones de cambio con otros activos, etc. Además, el concepto de operaciones en cuenta corriente y de depósito en las entidades financieras, no abraza únicamente la constitución y la provisión de cuentas sino también las operaciones a plazo en moneda extranjera, ya sea porque están destinadas a cubrir un riesgo de cambio o a tomar una postura abierta sobre una divisa.
- Las operaciones de liquidación o cesión de haberes constituidos, la repatriación del producto de esta liquidación o el empleo en el mismo lugar del producto dentro de los límites establecidos por las obligaciones comunitarias.
- Las operaciones de reembolso de créditos o préstamos.

Este descubrimiento tiene una importancia decisiva. En efecto, a la hora de hacer trabajo en serio y legislar sobre movimiento de capitales, ni los propios directores generales del Tesoro que elaboraron la Directiva se atrevieron a confundir las nociones de movimiento de capitales y de derecho de establecimiento tal como han quedado confundidas en la jurisprudencia «golden share». Tal como se indicó al inicio de la precedente sección IV, la directiva distingue entre el régimen general de las operaciones sobre activos financieros y monetarios (descrito en los cinco guiones que acabo de reproducir), por un lado, y el de las actividades económicas en función de las cuales se efectúan aquellas operaciones, por el otro. Liberaliza el primero y simplemente utiliza las segundas para clasificar, en función de su destino, aquellas operaciones. No puede, pues, tomarse la directiva como argumento para subsumir en el primero las segundas (las actividades económicas tratadas en el capítulo relativo al derecho de establecimiento y otros capítulos del Tratado).

5) Olvido de disposiciones básicas del derecho primario

Con su enfoque, el Tribunal borra del Tratado dos disposiciones sustantivas de la mayor importancia. En efecto, el Tribunal no toma en cuenta en absoluto precisamente las dos disposiciones que intentan dar una articulación a los capítulos sobre derecho de establecimiento y sobre movimiento de capitales, es decir, los artículos 43, párrafo 2 y 58.2, que dicen respectivamente¹⁹:

Artículo 43, párrafo 2: La libertad de establecimiento comprenderá el

¹⁹ La Abogada General Stix-Hackl se refiere a esta cuestión de manera pertinente en sus Conclusiones de 15 de diciembre de 2005 en el asunto C-386-04 (puntos 35 y siguientes). Pero en su sentencia de 14 de septiembre de 2006, el Tribunal hace caso omiso de los argumentos de la Abogada General.

acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas... en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales (subrayado añadido).

Artículo 58.2: Las disposiciones del presente capítulo (sobre capitales) no serán obstáculo para la aplicación de restricciones del derecho de establecimiento compatibles con el presente Tratado (paréntesis y subrayado añadidos).

Para entender la lógica del artículo 43, segundo párrafo, debe recordarse que dicha disposición proviene del Tratado de Roma, cuyo capítulo sobre capitales, como ya hemos visto, era muy poco potente y permitía el mantenimiento de muchas restricciones al libre acceso. Esta disposición ha perdido ahora casi toda su relevancia con el nuevo capítulo sobre capitales introducido por el Tratado de Maastricht y la absoluta liberalización el movimiento de capitales que ha impuesto.

Ahora, la disposición verdaderamente relevante es el artículo 58.2, que no procede del Tratado de Roma sino que fue introducido por el Tratado de Maastricht. Su interpretación no parece ofrecer ninguna duda. El «*effet utile*» del artículo, introducido en el contexto de un capítulo presidido por la óptica de la liberalización del acceso, no puede ser otra que, precisamente, impedir la operación efectuada por el Tribunal a instancias de la Comisión: que «la aplicación de restricciones del derecho de establecimiento compatibles con el Tratado» quede obstaculizada por «las disposiciones del capítulo sobre capitales». El «*effet utile*» es el que se desprende de la letra de la disposición, bien clara y nada ambigua).

Así, en su jurisprudencia «golden share», el Tribunal hace exactamente lo contrario de lo que le impone el artículo 58.2. En vez de cerrar sus sentencias con el argumento de que «en la medida en que la normativa controvertida contiene restricciones a la libertad de establecimiento, dichas restricciones son consecuencia directa de los obstáculos a la libre circulación de capitales examinados anteriormente, de los que no pueden dissociarse. Por consiguiente, puesto que se ha declarado la existencia de un incumplimiento del artículo 73 B del Tratado, no es necesario examinar separadamente las medidas controvertidas a la luz de las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento», el Tribunal debería haber abierto su argumentación con un examen de las normas nacionales a la luz del capítulo sobre derecho de establecimiento a fin de determinar.

- si dicho capítulo era aplicable a las mismas;
- si dichas normas introducían restricciones al derecho de establecimiento;
- si dichas restricciones eran compatibles con el Tratado.

Y si la respuesta a estas tres preguntas hubiera sido afirmativa, la simple referencia al artículo 58.2 hubiera obligado a dejar de lado el examen de

una eventual vulneración por dichas normas de las disposiciones sobre capitales.

En otras palabras: El Tratado asume que los ámbitos de aplicación de los capítulos sobre capitales y sobre derecho de establecimiento se solapan en parte. En la intersección entre dichos ámbitos de aplicación, como las obligaciones impuestas a los Estados Miembros por dichos capítulos (o, inversamente, los márgenes de maniobra que les conceden) son distintos, los referidos artículos 43, párrafo 2 y 58.2 enuncian una regla bien sencilla: el margen de maniobra concedido por un capítulo no es anulado por la aplicación del otro.

No es, pues, nada extraño (pero sí es bien preocupante) que el Tribunal haya borrado del mapa estas dos disposiciones.

6) Olvido de un hecho nuevo de tanta trascendencia que casi hace desaparecer de raíz el problema de interpretación.

En aquellos casos en que resulta aplicable, la normativa sobre OPAs restringe, por definición, la libre adquisición de acciones de sociedades anónimas. Como es bien conocido, el contenido principal de dicha normativa es doble: en ciertos casos se establecen condiciones a la adquisición de acciones por medio de una OPA; en otros casos, se obliga a un propietario de acciones de una sociedad a lanzar una OPA sobre todas las acciones de otros propietarios (y, por tanto, se le impide seguir comprando acciones poco a poco como había hecho antes y como pueden seguir haciendo todo el resto de operadores). El objetivo perseguido es el de la búsqueda de un cierto equilibrio entre accionistas mayoritarios y minoritarios.

Después de muchísimos años de discusiones y vaivenes, la Comunidad fue finalmente capaz de legislar en esta materia por medio de la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 (DOCE L 142 de 30/4/2004), cuyo plazo de transposición expiró el 20 de mayo de 2006. La Directiva dedica, en particular, su artículo 5 a la «Protección de los accionistas minoritarios, oferta obligatoria y precio equitativo». Esta disposición establece que

1. Cuando una persona física o jurídica, de resultas de una adquisición por su parte o por la de personas que actúen de concierto con ella, venga en posesión de valores de una sociedad a efectos del apartado 1 del artículo 1 tales que, sumados, en su caso, a los que ya poseyera y a los de las personas que actúen de concierto con ella, le confieran directa o indirectamente un determinado porcentaje de derechos de voto en dicha sociedad y le brinden así el control de la misma, los Estados miembros velarán por que dicha persona esté obligada a presentar una oferta a fin de proteger a los accionistas minoritarios de la sociedad. Dicha oferta se dirigirá cuanto antes a todos los titulares de valores y se realizará por la totalidad de sus valores al precio equitativo que se define en el apartado 4.

A continuación se definen las nociones de «porcentajes de derecho de voto» (art. 5.3) y de «precio equitativo» (art. 5.4). La Directiva también se refiere a las restricciones al derecho de voto literalmente como «limitaciones a los derechos de voto a un determinado porcentaje o número de votos» (art. 10. f) sin ni tan sólo apuntar la idea de que dichas limitaciones sean contrarias al Tratado.

La contradicción entre esta Directiva y la jurisprudencia «golden share» es manifiesta. En efecto, se introducen restricciones a la libre adquisición de acciones no ya para una sociedad específica sino para absolutamente todas las sociedades (con lo que el efecto indirecto posible sobre los flujos de capitales es mucho mayor que en las «golden shares»), y ello sin ninguna apelación a «exigencias imperiosas de interés general» (a no ser que vaciemos dicha expresión de todo contenido específico y consideremos que cualquier justificación objetiva y motivada de una norma que afecte a dichos flujos (por ejemplo la protección de una u otra categoría de accionistas) es una «exigencia imperativa».

Pero la promulgación de la directiva tiene un efecto aún más decisivo para nuestros propósitos. La directiva da la respuesta al «¿qué es qué?» que estamos discutiendo y deja claro que el régimen de adquisición de acciones de sociedades, incluyendo la imposición de obligaciones o restricciones cuando concurren ciertas circunstancias específicas, no es una materia cubierta por el capítulo del TCE relativo a los movimientos de capitales sino por el capítulo sobre derecho de establecimiento. En efecto, es un artículo de este último capítulo el tomado como base jurídica, tanto por la Comisión en su propuesta como por el Parlamento y el Consejo en su decisión el artículo 44, apartado 1.

Nada parece quedar pues por discutir:

–Si el Tribunal mantiene su jurisprudencia sobre movimiento de capitales, la Directiva debe ser anulada por inadecuación de su base jurídica y por violación manifiesta de las disposiciones del Tratado²⁰.

–Y la Comisión se contradice en su comportamiento. Cuando quiere promover legislación comunitaria sobre el régimen accionario de las

²⁰ En este sentido, me adelanto a criticar la posible invocación del contraargumento utilizado por el Tribunal, en el asunto C-174/04, para rechazar el argumento aportado por la República Italiana y relativo al hecho de que, en otra directiva, la 2004/39, se restringen los derechos de voto. El Tribunal alude a que «dicha directiva se adoptó en el marco de la libertad de establecimiento..... y se inscribe en un contexto distinto y muy específico, en concreto, la admisión a cotización oficial de valores negociables». En primer lugar, me parece criticable que el Tribunal parezca apuntar la idea de que una norma comunitaria pueda «adoptarse» en uno u otro marco. No es éste, en efecto, el sentido constante de su jurisprudencia sobre la determinación de bases jurídicas: para cada norma, la base jurídica correcta es la que es, en función de elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional; no se puede elegir el situarse en el marco de uno u otro capítulo del Tratado. En segundo lugar, la disposición que comento no es accesoria sino absolutamente esencial en la economía general de la directiva.

sociedades, se dirige al capítulo de derecho de establecimiento. Pero cuando quiere atacar legislaciones nacionales sobre dicho régimen que le disgustan políticamente, se dirige al capítulo sobre movimiento de capitales.

7) Se desdibuja a la Comunidad como actor político en el plano internacional y se entra en contradicción con otro hecho nuevo de gran importancia.

Los motivos de crítica precedentes eran estrictamente jurídicos; los dos que vienen a continuación son jurídico-políticos. Me parece incorrecto interpretar la jurisprudencia del Tribunal y la estrategia de la Comisión que la ha promovido como «procomunitaria». Basta para justificar esta opinión un argumento que, de manera significativa, se ha dejado de lado: el de las repercusiones negativas de la jurisprudencia «golden share» en el ámbito de las relaciones con terceros países.

En efecto, todo parece muy bonito y muy procomunitario cuando nos limitamos a examinar una inversión extranjera directa procedente del Estado Miembro A en el Estado Miembro B (una OPA de Électricité de France, de EON o de ENEL sobre ENDESA, por ejemplo). Pero, ¿resulta el argumento tan procomunitario si examinamos una posible OPA de GAZPROM, gigante empresarial ruso del sector de la energía controlado por el Gobierno ruso, sobre ENDESA y/o EON y/o ENEL y/o Électricité de France, si fuera privatizada (o sobre todas ellas)?

La pregunta es del todo pertinente porque, de manera bien excepcional en derecho comunitario, y tal como ya hemos visto, las disposiciones del capítulo sobre capitales no sólo se aplican a los movimientos entre Estados Miembros sino también a los movimientos hacia y en procedencia de Estados terceros. Es cierto que las excepciones a la regla de liberalización completa establecida por el artículo 56 son mayores en el caso de movimientos con Estados terceros, pero ello no basta para cambiar la lógica general, el contenido y los efectos de dicha regla de liberalización completa.

Es muy cómodo contraargumentar que, en el caso de una IED de GAZPROM que resultara limitada por una norma nacional posterior al 31 de diciembre de 1993²¹, el Tribunal ya se inventaría algún argumento para tratarla de manera distinta a una IED de una empresa de un Estado Miembro. El Tribunal no está al servicio de criterios de política económica exterior y tendría dificultades jurídicas a mi juicio insuperables, mientras no cambie su jurisprudencia, para dar, en materia de movimiento de capitales, un tratamiento distinto a GAZPROM del que da a una empresa de un Estado Miembro.

Otro supuesto bien razonable en materia de relaciones económicas exteriores es útil para ver hasta qué punto es «poco comunitaria» y peligrosa la

²¹ El artículo 57.1 TCE excluye de la liberalización completa de los movimientos de capitales las restricciones existentes antes de esta fecha.

actual jurisprudencia. Están en curso unas importantísimas negociaciones internacionales entre la Comunidad y Estados Unidos en materia de transporte aéreo. *Grosso modo*, y simplificando algo, el *trade-off* es (o ha sido en algún momento de las negociaciones) entre la libertad de acceso para la prestación de servicios (los «open skies» que exigen los Estados Unidos) y la eliminación de los límites al capital detentado por extranjeros en líneas aéreas de Estados Unidos y a los derechos de voto ligados a dicho capital (lo que exige la Comunidad).

¿Puede argumentar la Comunidad que, si los Estados Unidos no ceden, no aceptará ninguna obligación en materia de IEDs de empresas estadounidenses en líneas aéreas de los Estados Miembros o bien no puede plantear este argumento porque en virtud de una regla del Tratado está obligada a permitir dichas IEDs sin ninguna restricción? ¿Puede amenazar la Comunidad con introducir restricciones a dichas IEDs o bien está impedida para hacerlo? Cuando redacté por primera vez este párrafo, este argumento era simplemente hipotético. Ahora, por las informaciones que se han dado sobre el resultado de estas negociaciones, la hipótesis se ha convertido en realidad²²: la Comunidad se reservará explícitamente el derecho a restringir el porcentaje de capital y/o de derecho de voto a detentar o ejercer por nacionales de Estados Unidos en líneas aéreas comunitarias.

Como en el caso de la directiva sobre OPAs, queda bien poco a discutir. En primer lugar, la Comisión se vuelve a contradecir en su comportamiento. Cuando quiere promover derecho secundario sobre el régimen accionario de las sociedades, se dirige a los capítulos específicos del Tratado, ya sean sobre de derecho de establecimiento o sobre transportes. Pero cuando quiere atacar legislaciones nacionales sobre dicho régimen que le disgustan políticamente, se dirige al capítulo sobre movimiento de capitales. En segundo lugar, debemos esperar con gran expectación la propuesta de decisión de conclusión del acuerdo por parte de la Comunidad y su posterior trámite en el Consejo: ¿incluirá o no en su base jurídica el artículo 57.2. última frase, que constituye la única base jurídica existente en el Tratado para «adoptar medidas...que supongan un retroceso respecto de la liberalización contemplada en la legislación comunitaria sobre movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos» (como la prevista/permitida en el nuevo acuerdo *open skies*, si creemos en la jurisprudencia «golden share») y que exige las unanimidad del Consejo? Mi predicción es que la respuesta será negativa. Si acierto, la violación de la jurisprudencia «golden share» por parte del acuerdo será manifiesta.

La lógica jurídico-política del ejemplo del transporte aéreo no es nueva. Se dio ya en la realidad en las negociaciones del AMI/OCDE y en materia de telecomunicaciones en el seno de la OMC mencionadas en la Introducción. El enfoque defendido por la Comisión reducía la capacidad negociadora (el «leverage» negociador) de la Comunidad y sus Estados Miembros; la

²² Ver Nota de Información de la Dirección General de Energía y Transportes de la Comisión de 6 de marzo de 2007.

difusión del referido dictamen del Servicio jurídico del Consejo contribuyó a restablecer dicho «leverage». Sin querer darse cuenta de ello (o sin preocuparse de ello), la jurisprudencia «golden share» está menoscabándolo de nuevo.

8) El Tribunal toma partido por un cierto enfoque político de la integración y se opone, de hecho, a otro.

He planteado más arriba la distinción entre las dos técnicas de producción de derecho comunitario y las he relacionado, aún distinguiéndolas, con la que se ha planteado también entre integración positiva y negativa. La reflexión sobre estas distinciones tan sencillas y bien conocidas se impone en un momento del proceso de integración europeo que, sin pecar de excesivo pesimismo, es ciertamente difícil y delicado.

En efecto, sería fácil alcanzar un amplio consenso argumentando que el éxito indudable de nuestro proceso de integración ha sido resultado del buen equilibrio alcanzado entre derecho primario y derecho secundario (entre obligaciones inmutables impuestas directamente por los Estados en el Tratado y nuevas obligaciones generadas por la Comunidad) y entre los dos enfoques de la integración (el negativo de eliminación de barreras a las cinco libertades y el positivo de creación de un espacio uniformemente regulado), todo ello bien promovido y tutelado por el Tribunal. Pero no es seguro que este equilibrio se siga manteniendo en el futuro y corremos el riesgo de que ya se esté quebrando.

Es cierto que el avance continuado del proceso de integración se enfrenta con problemas muy difíciles de superar en sectores que van de la fiscalidad directa a la creación de mercados efectivamente integrados, no sólo en los ámbitos de los servicios públicos sino incluso en los de mercados financieros. Pero estos problemas, y las dificultades que existen para superarlos, no justifican la ruptura de aquellos equilibrios ni la transposición de soluciones que han funcionado en algunos sectores a otros que requieren otros enfoques.

En materia de servicios públicos (producción y distribución de energía en particular) la Comisión dio prioridad durante mucho tiempo a la producción de derecho secundario y al enfoque de la integración positiva (construcción de un espacio uniformemente regulado). Esta línea de actuación no fue coronada por el éxito. Se entiende por ello que la Comisión haya, más o menos conscientemente, cambiado de estrategia y se haya orientado a forzar la interpretación del derecho primario y a promover el enfoque de la integración negativa (la eliminación de todo tipo de restricciones, ya no directas sino indirectas, al ejercicio de las cinco libertades). Pero entender el cambio de estrategia no significa ni mucho menos justificarlo o considerarlo acertado. Hay cuestiones que no pueden tratarse adecuadamente por la vía de la interpretación y aplicación extensiva de las prohibiciones impuestas por el Tratado. Para resumirlo en una frase de fácil comprensión: por importante que sea el sector agroalimentario en Francia o Alemania, el *Cassis*

de Dijon o la cerveza sin aditivos no son *Electricité de France* o *Volkswagen*. El marco regulador de estas dos empresas, con toda la carga histórica, política y económica que encierran, y, en general, el de los servicios públicos, sólo puede ser resultado de una legislación cuidadosamente elaborada y sopesada con prudencia, que hasta ahora ha quedado, por lo esencial, en manos del derecho nacional. Si el derecho comunitario quiere ocupar este terreno, debe hacerlo con el mismo cuidado y prudencia, mediante un derecho secundario intensamente trabajado. Pretender desplazar el derecho nacional a golpe de interpretaciones forzadas del derecho primario en sentencias del Tribunal es muy peligroso y puede llegar a poner en cuestión la propia legitimidad y credibilidad del derecho comunitario.

En el pasado, el Tribunal ha sabido rechazar la tentación de ocupar el lugar del legislador y ha dejado a éste (legislador nacional o comunitario) arbitrar, en el marco de las disposiciones del Tratado, las mejores soluciones a problemas políticos complejos. En mi opinión, no ha sabido rechazar esta tentación en los asuntos «golden share» y conexos, y se ha dejado utilizar por la Comisión para llevar adelante la estrategia de recambio que ésta promovió al ver que fracasaba su estrategia inicial de integración positiva a través del derecho secundario. Al dejarse utilizar en este sentido, el Tribunal ha tomado partido por la integración negativa en vez de por la integración positiva; la opción política por uno de los dos enfoques es legítima, pero no le corresponde al Tribunal efectuarla.

VII. CONCLUSIONES

En los asuntos «golden share» y conexos, el Tribunal ha caído en una especie de encerrona creada por la Comisión, por un lado, y unos Gobiernos que habían concebido y redactado muy mal unas normas relativas a sus poderes de intervención en empresas privatizadas, y que las defendieron aún peor ante el Tribunal, por el otro. La jurisprudencia resultante es tan criticable, jurídica y políticamente, que es justificado defender la necesidad de un cambio explícito de la misma.

En el plano jurídico, la jurisprudencia ha errado al situar las normativas atacadas en el marco del capítulo del Tratado sobre capitales, analizarlas desde la perspectiva de las reglas de acceso al mercado y privilegiar la aplicación forzada a ellas de normas del Derecho primario. La solución correcta habría sido situar estas normativas en el marco del capítulo sobre derecho de establecimiento, analizarlas desde la perspectiva del trato nacional (dando una interpretación potente y expansiva del mismo) y subrayar la posibilidad, y aún la conveniencia, de que el legislador comunitario armonizara las normativas nacionales divergentes que la Comisión juzgara generadoras de problemas.

Una solución que hubiera seguido estas líneas habría permitido acoger muchos de los recursos presentados por la Comisión y declarar la no conformidad con el Tratado de muchas de las normativas nacionales atacadas que,

mal concebidas y redactadas, efectivamente violaban la obligación de trato nacional. La solución habría sido equilibrada y habría permitido contribuir de manera positiva a la evolución del derecho comunitario de manera semejante a como lo hicieron las sentencias «open skies»²³. En efecto, estas sentencias rechazaron las tesis de la Comisión sobre la distribución de competencias entre Comunidad y Estados Miembros y la naturaleza exclusiva de la competencia de la Comunidad, pero dieron una interpretación muy rigurosa de la obligación de trato nacional impuesta a los Estados Miembros. Al hacer esto último, destruyeron buena parte de la lógica subyacente a los acuerdos bilaterales de los Estados Miembros e impulsaron una acción de la Comunidad en el ejercicio de su competencia no exclusiva así como una actuación común de los Estados en torno a la Comunidad cuyo último resultado ha sido precisamente el acuerdo acabado de negociar con Estados Unidos y al que me acabo de referir.

Si el Tribunal no efectúa un cambio de jurisprudencia y sigue la ruta fácil y poco valerosa de banalizar y aplicar rutinariamente su jurisprudencia «golden share», se corre el peligro de agravar la ruptura del equilibrio entre derecho primario y derecho secundario y entre integración positiva e integración negativa que ha permitido al proceso de integración europea avanzar con éxito desde los años 1950. Y la salud actual de este proceso no permite correr este riesgo.

²³ Sentencias de 5 de noviembre de 2002, asuntos 466/98, 467/98, 468/98, 469/98, 471/98, 472/98, 475/98, 476/98, Comisión contra Reino Unido, Dinamarca, Suecia, Finlandia, Bélgica, Luxemburgo, Austria y Alemania, respectivamente.