

El Derecho de Establecimiento y sus limitaciones con la libre prestación de servicios: Aportaciones Doctrinales y normativas.

El derecho de establecimiento está recogido en el Tratado de Roma como aquella “libertad que lleva consigo el acceso a las actividades no asalariadas y a su ejercicio, además de la constitución y gestión de empresas, y en particular de sociedades de acuerdo con las normas del art. 58, apartado 2º en las condiciones definidas por las legislaciones del país de residencia con respecto a sus ciudadanos, con excepción del capítulo relativo a los capitales”.

Del contenido de este artículo, se deduce claramente que este derecho está basado en tres grandes principios como son el de la igualdad de trato con los nacionales, la coordinación progresiva de las normas que lo regulan y el reconocimiento mutuo de certificados y diplomas.

Para Georg Ress el derecho de establecerse constituye pues junto a los “movimientos intrínsecos”, o libre circulación, “una quinta libertad esencial”, que “garantiza a los ciudadanos de la Comunidad la facultad de ejercer una actividad profesional y los protegen contra todo atentado que podían llegar a estas libertades por el poder soberano de los Estados miembros”.

El derecho de establecimiento, tal como viene recogido en el mencionado art. 52 del Tratado, debería permitir a toda persona que lo desee, instalarse en la Comunidad -en cualquiera de los estados miembros que la componen- en las mismas condiciones que los nacionales del país de acogida. Como bien resalta François Sabiani este art. 52 no define, sino que describe el derecho de establecimiento”, por lo que nos vemos obligados a acudir a la doctrina, a la jurisprudencia, e incluso a las normas que posteriormente desarrollan el articulado del Tratado, para adquirir un concepto exacto, o el alcance de dicho artículo.

La mayor parte de la doctrina coincide en que el derecho de establecimiento supone “la supresión

de las restricciones” como denominador común. Así para Le Tallec “esta supresión de las restricciones suponen una coordinación de las condiciones esenciales de acceso y de ejercicio de una actividad”. En esta misma línea, para el profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de París Yvon Loussouarn, “el derecho de establecimiento, tanto por su naturaleza como por la técnica sobre las que reposa su puesta en obra, llama irresistiblemente a una armonización de las legislaciones”; “se tiende a promover la igualdad de establecimiento..... que debe ser entendida por la aplicación de la técnica de la asimilación al extranjero al nacional realizada por la supresión progresiva de las medidas discriminatorias”. El profesor entiende por el concepto de discriminación, “toda medida que ataca al extranjero sin alcanzar al nacional”.

En un artículo titulado “Libertad de circulación de personas”, Gerard Druésne afirma que la única regla suceptible de ser invocada es el art. 52 del Tratado “directamente aplicable en el orden jurídico interno, pero que no se prevee sino la igualdad de trato con los nacionales, de manera que en un estado miembro ninguno de sus “ressortissants”, habiendo hecho uso de la libertad de establecimiento y de circulación, “ya no podrá escapar de las exigencias de la legislación nacional”, que no “puede reclamarles otra cosa que no sea el régimen aplicado por el estado a sus nacionales”.

García de Enterría define muy genéricamente al derecho de establecimiento como “aquél que en base a una libertad personal del ciudadano europeo permite el establecimiento de un “ressortissant” de la CEE en cualquier país miembro del Mercado Comunitario en unas mismas condiciones legales y jurídicas que sus nacionales”

El contenido de la libre circulación es pues, en principio simple; consiste en entrar, residir, y salir

de cualquier estado de la Comunidad Europea, para que a través de esta libertad puedan establecerse en el país miembro deseado. Así lo expresó el Tribunal de Justicia en el “affaire Van Duyn”, del que vamos a resaltar las conclusiones del Abogado General M. Mayras quien afirmó que el art. 52 tiene por objeto y efecto prohibir a los estados miembros “oponerse a los ‘ressortissants’ de la comunidad deseosos de ejercer una actividad particularmente restrictiva, especialmente liberal, ninguna condición más restrictiva que las que son impuestas a sus nacionales”. “Así el Tribunal de Justicia prohíbe toda “discriminación fundada sobre la nacionalidad en materia de establecimiento, imponiéndose sobre los estados miembros de la CEE, a sus autoridades administrativas y sus jurisdicciones; permitiendo a cualquier sujeto beneficiario miembro de la CEE, invocar el beneficio de esta regla en un litigio llevado ante una jurisdicción nacional”

Esta visión que parece sencilla y fácil según su conceptualización teórica, “hasta el presente y muy a menudo ha tropezado con las autoridades administrativas, que no llegan a emanciparse del viejo “cliché” según el cual, el extranjero no es sino un huésped del estado de acogida”, como así es visto por Tomuschat, en sus observaciones al “affaire Royer”. Siguiendo sus observaciones, “en la Comunidad Económica Europea, este clichet no tiene más curso legal; el arrét Royer aporta a ello una nueva prueba”.

Mme Brigitte Salge conceptúa al establecimiento como “el hecho por el que un ressortissant de un Estado miembro crea o adquiere sobre el territorio de otro estado -de la CEE- una empresa principal o secundaria”. Supone pues la necesidad de “entrada, estancia y permanencia en el estado de establecimiento”. “Pero jurídicamente esta fijación del dominio o residencia habitual no es un elemento indispensable del establecimiento”. Para Mme Salge, el derecho de establecimiento es una comparación en sus límites, en relación a la libre prestación de servicios.

“La prestación de servicios es un acto o una serie de actos que se efectúan a partir de un establecimiento, como aquí se define en un estado miembro, pero el destinatario del beneficio está situado en otro país miembro de la CEE”.

Pero, ¿cuáles son los límites y las diferencias entre el derecho de establecimiento y la libre pres-

tación de servicios?

La primera cuestión a señalar es, según Mme Salge, “que la prestación de servicios comporta una instalación en el país de destino”, partiendo de “los criterios conceptuales diferenciadores de la duración amplitud y contenido principal de la actividad, así como de la naturaleza de la instalación”.

En el art. 3 de la Directiva de 14 de diciembre de 1964 se indica sin embargo, que antes de nada, lo que importa es la existencia de una instalación material durable y la noción de la creación de una nueva clientela.

Para Audinet “el criterio de distinción más seguro es la noción de implantación durable en el país; sin embargo hay que reconocer que no siempre es fácil apreciar la diferencia entre una instalación durable y una actividad temporal”. En opinión de éste “la diferencia entre el hecho de establecerse y el hecho de prestar un servicio en el sentido del Tratado, no parece tener la importancia que algunos le atribuyen”. “Ciertamente es que el prestatario no tiene la obligación de inscribirse en el país de acogida; pero tenemos que recordar que está obligado a informar este Orden, y que de todos modos está sometido a la disciplina del país de acogida”. Tal vez, “esta distinción entre derecho de establecimiento y prestación de servicios tenga incidencias de orden económico, a veces importantes”.

En un comentario al art. 60 del Tratado de Roma, García de Enterría comenta que la libertad de servicios si viene definida e incluso ejemplificada. Son pues servicios, “las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas”.

No obstante, como puede observarse, la definición del Tratado es de carácter residual, es decir, el Tratado define a la libertad de prestación de servicios, excluyendo de su esencia y ámbito todo aquello que pertenece a la libre circulación de mercancías, capitales y personas, incluso llega a afirmar en el último párrafo del art. 60 que: “Sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, la persona que preste un servicio podrá ejercer temporalmente su actividad en el país donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese país a sus propios ciudadanos”.

En una respuesta de la Comisión a la cuestión escrita nº 144 -J.O. I-2-61- de 6 de mayo de 1966, se entiende que “la libre prestación de servicios consiste en el ejercicio de una actividad no asalariada, excluyendo toda instalación estable y permanente en el país destinatario de la prestación”.

En esta misma línea, la Directiva nº 65-1, de 14 de diciembre de 1964 indica que “la diferencia entre el establecimiento y la prestación de servicios, es la existencia de una instalación durable y la noción de creación de una nueva clientela.

Por tanto, si el derecho de establecimiento supone la entrada y estancia permanente de un “ressortissant”, la prestación de servicios consiste en la realización de aquellos actos que se efectúan a partir del establecimiento en un país de la Comunidad Europea, estando el destinatario del beneficio en otro país miembro de la CEE, sin “instalación” salvo en lo necesario para prestar los servicios.

Según Borrajo Iniesta hay además que distinguir entre la libre prestación de servicios y el derecho de establecimiento, “dos factores: uno material y otro espiritual”.

“Materialmente el establecimiento implica una instalación de una empresa en un estado de acogida, entendiendo como tal, la combinación organizada de capital, trabajo y tecnología para la producción de bienes y servicios en el Mercado”. Jurídicamente “puede crearse una persona jurídica que imante las relaciones que convergen sobre ese centro de operaciones, o enlace con los individuos o entidades pre-existentes que han creado éste”.

Sin embargo puede suceder, como expone Borrajo Iniesta, que “una prestación de servicios llevada a cabo en el Estado receptor, puede implicar una concentración u operación física propia de una instalación, llegando incluso al arrendamiento o compra de bienes muebles”.

El Programa General de Servicios contempla el derecho del prestatario de un servicio a “adquirir, arrendar, utilizar, y enajenar, los bienes muebles e inmuebles que necesite para ejercitar las prestaciones” en el estado de acogida. Así por ejemplo pensemos en aquel profesional o empresario que puede llegar a realizar publicidad y otras formas de búsqueda de clientela, e incluso llevar a cabo la conclusión de contratos, todo ello sin que exceda al ámbito de la prestación de servicios, en un estado

distinto al de su establecimiento.

En este contexto es el “tiempo” el factor elemental para determinar si estamos ante un establecimiento o una prestación de servicios, pero como mencionamos en un principio tampoco nos sirve claramente para determinar con exactitud una situación concreta.

Borrajo Iniesta afirma que “hay que añadir el elemento espiritual que consiste en la intención de duración o permanencia”, postura defendida también por Goldman y Cerexhe.

Para Berthold Goldman, “la aplicación del principio puede llegar a plantear dificultades, ya que el prestatario de servicio, a menudo se verá obligado a acudir al país del destinatario y a efectuar su trabajo “in situ”, apoyándose el mencionado profesor en el art. 60, párrafo 3 del Tratado de Roma, que dice textualmente:

“Sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestatario podrá mediante la realización de su prestación, ejercer temporalmente su actividad en el país donde la prestación se lleve a cabo, en las mismas condiciones que impongan dicho país a sus súbditos”.

¿Dónde termina pues el ámbito de la libertad de establecimiento y comienza la libre prestación de servicios? Parece existir una diferencia básicamente temporal, como así lo recoge la Directiva de 14 de diciembre de 1964 - nº65/1/CEE - que en su art. 3º reza como sigue:

“La libre prestación de servicios conlleva... la facultad de efectuar, en el territorio de, los estados miembros distintos de aquellos en los que están establecidos, las diferentes operaciones preliminares necesarias para la ejecución de su prestación, especialmente la búsqueda de clientela mediante la prospección y la conclusión de contratos”; “...para la ejecución de prestaciones en el país del destinatario, los beneficiarios ejercerán su actividad a título temporal, con exclusión de todo establecimiento y con una duración que se corresponderá con la naturaleza de los servicios prestados, quedando claro que el centro de sus operaciones profesionales está en otro Estado miembro; no obstante el prestatario podrá en el Estado de acogida al igual que los súbditos de éste, adquirir, arrendar, utilizar, y enajenar los bienes inmuebles o muebles que necesite para ejecutar las prestaciones sin que por ello el

conjunto de estos bienes constituya una instalación estable y permanente que tenga la forma de sucursal o de una agencia”.

Estructurando pues, el contenido de esta directiva, además del elemento temporal -ya señalado por Goldman- podremos diferenciar claramente que estamos ante una libre prestación de servicios cuando existe un “centro de sus operaciones profesionales” en otro estado miembro; este criterio no siempre puede ayudarnos, aunque si nos sirve en ciertas ocasiones complejas a dilucidar si estamos ante una situación del ámbito competencial del art. 52, o ante una del art. 59 del Tratado de Roma.

En cuanto a las instalaciones materiales pueden colaborar a distinguir ambas libertades, pero es también un elemento complejo. Por tanto la suma de todos estos elementos, y no cada uno por separado, es lo que nos puede dar en conjunto con certeza, si estamos ante la libertad de establecimiento o ante la libre prestación de servicios, cuando la situación se nos presente confusa.

Cerexhe opina que “los criterios de duración y de frecuencia deben a este respecto combinarse con otros elementos de apreciación.

“Así una instalación material de una cierta importancia en los países de acogida revelará más a un establecimiento que a la libre prestación de servicios” -según recoge el Dictionnaire du Marché Commun-. Igualmente “una instalación susceptible de engendrar la formación de una clientela nueva excluye normalmente en materia de profesión liberal la calidad de prestatario de servicios”, siendo ésta la opinión de Crayencour.

Resumiendo la opinión de Cerexhe, “los conflictos de calificación entre establecimiento y servicios constituyen unos problemas de hecho, cuyos elementos de solución dependerán entre otros, de una investigación de la voluntad de los interesados”; en este caso Cerexhe reafirma “el elemento espiritual o de la voluntad” al que hicimos mención anteriormente. “El establecimiento en el sentido comunitario no se confunde con la adquisición de un domicilio e incluso residencia habitual. Se corresponde con la creación de una atadura o lazo profesional.....a través de una instalación estable en un Estado miembro, por la cual el interesado está dispuesto a ejercer una actividad no asalariada”.

Para Mac Gillavry “la noción de servicio tiene

en el Tratado otro significado que la que reviste habitualmente en Economía Política, englobando “todas las hipótesis de actividades ejercidas de cualquier manera por un ressortissant de un estado de la CEE, sobre otro.

Desde el punto de vista del establecimiento, algunos estados exigen que la persona o sociedad que ejerza una determinada actividad, mantenga en su territorio un despacho o sede, e incluso que fije allí, su establecimiento principal o único, lo cual plantea el problema de establecerse simplemente para prestar un servicio desde un establecimiento situado en otro estado miembro. En la Sentencia Van Binsbergen, por la que se declaró el efecto directo de la libertad de servicios del Tratado, se intentó buscar un equilibrio entre la libertad de servicios y el control del mantenimiento abierto de un establecimiento o despacho en el lugar de la prestación -finalidad también estudiada en los casos Coenen y Kolpp, de 1975 y 1984 respectivamente-

De estas dos Sentencias Borrajo Iniesta pone de manifiesto:

a) “La convergencia indiscriminada de las libertades de establecimiento y de servicio.

b) La correlación objetiva entre el grado de exigencia de establecimiento (único, principal o secundario; profesional o privado) y los intereses salvaguardados por dicha exigencia teniendo en cuenta si la normativa cuyo cumplimiento se pretende garantizar es o no de interés general, y si existe una adecuación objetiva con el medio empleado”.

Por tanto, la delimitación concreta y la coexistencia de estas dos últimas libertades no dejan, sin embargo, de plantear problemas interpretativos que apelan constantemente a la doctrina a profundizar para dilucidar el tema. Pero hay algunos puntos básicos y claros, como son:

“La legislación nacional no puede hacer imposible, por la exigencia de una residencia permanente en el territorio del Estado, la prestación de servicios; ésta no puede ser sometida a ninguna condición particular por la legislación nacional que le resulte aplicable, como se deduce del caso Van Binsbergen. En los casos señalados en que se exige un establecimiento o domicilio profesional justificable tampoco cabe hacer imposible la libre prestación de servicios a través de dicha exigencia, cuando se permita asegurar el respeto a las reglas profesionales con medidas menos restrictivas en ese mismo territorio,

como afirma el Tribunal de Justicia en el caso Coenen”, que vamos a pasar a analizar detenidamente.

En el affaire”Robert Gerardus Coenen et autres contre Sociaal- Economische Raad”-causa 39/75- apartado de las Observaciones “C” presentadas por la Comisión de las Comunidades Europeas, ésta afirma que, “el art. 52 del Tratado sería después de la jurisprudencia misma del Tribunal directamente aplicable”, por lo que la Comisión distinguía entre “residencia y establecimiento”; la Comisión consideraba que “el art. 52 trataría de la libertad de fundar en el Estado de acogida un centro permanente en el cual son ejercidas actividades económicas. Este centro, pudiendo ser totalmente distinto e independiente del lugar donde la persona pretenda fundar el establecimiento, no tendría necesariamente que coincidir el establecimiento con la residencia; el problema se vería agravado en el caso de las Sociedades, ya que los “Estados miembros podrían impedir la realización de tal proyecto de residencia sobre su territorio”.

Pero el Tribunal de Justicia no se complica tanto en su determinación y es claro y directo, ya que:

“Las restricciones cuya eliminación están previstas por esta disposición comprende todas las exigencias impuestas al prestatario en razón especialmente de su nacionalidad”.

“Las disposiciones del Tratado CEE, especialmente del art. 59, 60 y 65 deben ser interpretadas en este sentido de que una legislación nacional no sería considerada imposible por la exigencia de una residencia sobre un territorio..... cuando unas medidas obligatorias permitan asegurar unas reglas profesionales a las cuales la prestación está sujeta sobre ese territorio”.

En otro affaire de la “Cour de Justice” de 3 de diciembre de 1974, de Johannes Henricus María van Binsbergen contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid”, el Tribunal acuerda que “los art. 59, 1 y 60, 3, tienen un efecto directo y pueden ser invocados ante la jurisdicción nacional” además estos..... deberán ser interpretados en el sentido de que una legislación nacional no sería dada por imposible por la exigencia de una residencia permanente sobre el territorio....”. Teniendo en cuenta “la naturaleza particular de las prestaciones de servicios, no sería considerado como incompati-

bles con el tratado las exigencias específicas impuestas al prestatario, que sean motivadas por la aplicación de reglas profesionales justificadas por el interés general”, especialmente las reglas de organización, de cualificación, de deontología de control y de responsabilidad -incumbiendo a toda persona establecida sobre el territorio del estado donde la prestación es prestada....-”. “En particular la exigencia para el prestatario de una residencia permanente sobre el territorio de estado donde la prestación debe ser dada puede ser conciliada con la prohibición por los art. 59 y 60 de todas las restricciones a la libertad de prestación de servicios en la Comunidad”.

Por tanto, el núcleo central de todas las libertades, y en nuestro caso en el derecho de establecimiento, conduce a una misma finalidad de no discriminación. Como ya hemos comentado al mencionar el trabajo de Mme Salge, tal derecho consiste en entrar, residir y salir de cualquier estado de la Comunidad Europea, manifestándolo así el Tribunal de Luxemburgo en el affaire Van Duyn de 1974, o en el affaire Royer de 1976 que reafirmó: “El derecho de los nacionales de un Estado miembro a entrar en el territorio de otro Estado miembro y a permanecer en él para los fines queridos por el Tratado, constituye un derecho conferido por éste, según los casos, o por las disposiciones adoptadas para su desarrollo”. Esta Sentencia continúa del modo siguiente:

-”El derecho de entrar sobre el territorio de un estado de la CEE y de residir allí es directamente otorgado a toda persona -miembro de la CEE- por la aplicación del Tratado, independientemente de todo título de residencia dado por el estado de acogida”.

- El art.4 de la directiva nº 68/360 implica para los estados miembros la obligación de librar el título de residencia, a toda persona que aporta la prueba, a través de los documentos apropiados, de que pertenece a una de las categorías recogidas por el art.1º de la misma directiva”.

-”La simple omisión por el sujeto de un estado miembro, de las formalidades relativas al acceso del desplazamiento y a la residencia del extranjero, no tiene la naturaleza de constituir por sí misma un comportamiento amenazador del orden y la seguridad pública”, y no podría por si sola “justificar ni una medida de separación, ni una detención provisional en vista a tal medida”.

-”Los artículos 53 y 62 del Tratado prohíben la introducción, por un estado miembro, de nuevas restricciones al establecimiento a los ressortissants de otros estados miembros y a la libertad de prestación de servicios....”.

En nuestro derecho interno, debemos mencionar un R. D. 1099/1986 de 26 de mayo sobre entrada, permanencia y trabajo de ciudadanos de los estados miembros de las Comunidades Económicas Europeas, que establece lo siguiente:

“El Tratado de Adhesión de España a la CEE impone al estado español distintas obligaciones entre las que se cuenta la de poner en vigor las medidas necesarias para cumplir desde el momento de la adhesión, las disposiciones de las directivas y decisiones del art. 189 del Tratado de la CEE “-art. 395 del Acta del Tratado de Adhesión-.”

Existen, en efecto, disposiciones de directivas comunitarias que es preciso aplicar en nuestro país, a partir de la fecha de adhesión, “entre las que se incluyen las referentes a la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad..... consecuentemente relativas a la libre circulación de personas que pretendan desplazarse y residir en España a efectos de trabajo por cuenta propia o ajena”.

Este R.D. en su art. 1º, “regula las formalidades administrativas para el ejercicio de los derechos de entrada y permanencia en España, por parte de los ciudadanos de los estados miembros de la CEE, para realizar actividades no asalariadas o asalariadas, al amparo de lo dispuesto en los art.48, 52 y 59 del Tratado -art. 1º, 1-.

“Las personas contempladas en el presente Real Decreto tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio español, previo cumplimiento de las formalidades previstas por éste, sin perjuicio del régimen transitorio establecido en el capítulo III, así como los límites del capítulo IV -art 4-.”.“La entrada en el territorio español se efectuará mediante presentación de la tarjeta de identidad o pasaporte en período de validez, en el que conste la nacionalidad del titular” -art. 5-. El R.D. distingue entre:

- Aquellos supuestos en que la realización de las actividades en España por cuenta propia o ajena, o las prestación de servicios sea de duración inferior a 3 meses, en cuyo caso, “para documentar la permanencia, bastará la propia tarjeta de identidad

o pasaporte en virtud del cual se haya efectuado la entrada en el territorio español”.

- Si la duración de las actividades o servicios fuera superior a tres meses e inferior a un año, se expedirá a los interesados una tarjeta temporal de residencia, de vigencia limitada a la duración de la actividad o servicio -art. 6º, 2-.

- Aquellos casos en que la duración sea superior a un año “se expedirá a los interesados una tarjeta de residencia de ciudadano de un estado miembro de la CEE, válida para todo el territorio español con cinco años de vigencia y renovable automáticamente - art.6º, 3-.

“En todos los supuestos contemplados en los apartados anteriores, los interesados deberán declarar las actividades o servicios que se propongan desarrollar en España,

a) En el propio puesto de Policía habilitado para la entrada en territorio español, en el mismo momento de efectuar la entrada.

b) En la Comisaría de Policía correspondiente al lugar donde tenga el propósito de permanecer dentro del plazo de 15 días a contar desde la fecha de entrada” (art 6, ap. 5 a y b).

Para aquellos que ya han trabajado en nuestro país, de conformidad al Reglamento de la CEE nº 1251/1970 de la Comisión de 29 de junio de 1970, se expedirá o renovará automáticamente la tarjeta de residencia gozando pues de una situación privilegiada.

Por último, este R.D. afirma igualmente la prohibición de “la introducción, por un estado miembro, de nuevas restricciones al establecimiento de los miembros en otros estados miembros de la CEE, y a la libertad efectivamente en materia de prestación de servicios...”.

Volviendo al comentario doctrinal, Cerexhe en un apoyo a J. Audinet () parte del art. 52 del Tratado para afirmar que “el establecimiento en el sentido comunitario no se confunde con la adquisición de un domicilio o incluso residencia habitual”. “Se corresponde con la creación de un punto de unión profesional” -Como veremos más adelante, los dos modos de establecimiento para aplicarse el contenido del art. 52 pueden ser, transfiriendo o creando el centro de la actividad principal, o a través de la creación de una agencia, sucursal, o filial es decir, a través de un establecimiento secundario-.

El Tratado, como ya hemos dicho, no define la libertad de establecimiento, sino que tan sólo nos dicta la necesidad de supresión progresiva de las restricciones; sin embargo se enmarca “el acceso a las actividades no asalariadas y a su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas. Por tanto, cualquier acción u omisión que produzca una restricción y/o discriminación produce una violación del Tratado de Roma en su art. 52.

García de Enterría afirma que la “libertad de establecimiento repercute en las potestades de los estados miembros que sufren una mediatización”. La congelación viene recogida en el art. 53 del Tratado de Roma que establece lo siguiente: “Los estados miembros no introducirán nuevas restricciones al establecimiento en su territorio de ciudadanos de otros estados miembros, sin perjuicio de las disposiciones previstas en el presente Tratado”.

El último párrafo de este artículo, hace mención a una serie de limitaciones que aparecen en el propio Tratado y que obedecen a la no aplicación del presente capítulo del derecho de establecimiento, “a las actividades que en un estado miembro, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público del art. 55 párrafo 1º, y del “régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salubridad pública”, del art. 56, párrafo 1º del Tratado.

Esta “mediatización, en opinión de García de Enterría, es debida y justificada al sometimiento de los poderes públicos a las instituciones comunitarias ya que “el Tratado encomienda al Consejo y a la Comisión la función de vigilar y eliminar normativamente las restricciones opuestas al art. 52 y siguientes”, llevado a la práctica a través de los Programas Generales y de las Directivas que lo desarrollan”.

Existe otro poder otorgado por el Tratado según el estudio del mencionado profesor García de Enterría, cual es el de coordinar a través de las Directivas, las distintas legislaciones en materia de establecimiento. Vamos a citar como ejemplo a dos de esas Directivas con el objeto de un mejor enfoque del tema.

La primera es la Directiva 64/429 de la CEE, de 7 de julio de 1964 (Industria y Artesanía) que dice lo siguiente:

Los estados miembros se comprometen a suprimir las restricciones que en particular:

a) Impidan a los beneficiarios establecerse en el país de acogida o prestar en él servicios en iguales condiciones que los nacionales,

b) Resulten de una práctica administrativa que tengan por efecto la aplicación a los beneficiarios de un trato discriminatorio en relación con el aplicado a los nacionales.⁽¹⁾

Esta directiva enumera seguidamente a una especie de lista de las disposiciones que limitan o prohíben a los beneficiarios el establecimiento o la prestación de servicios que deben suprimir; v.g. en la R.F.A., la exigencia de poseer un “reisegewerbkarte”, o carnet profesional de viajante de comercio, para poder buscar nuevos clientes entre terceros en el marco de la actividad comercial de estos últimos; en Bélgica, la necesidad de poseer una “carte professionnelle”, o en Francia, donde existe la obligación de tener una “carte d’identité d’étranger commercant”.

Vamos a pasar a continuación a la segunda de estas dos directivas ejemplificativas.

Directiva 64/428 del Consejo de 7 de julio de 1964 sobre el derecho de establecimiento de las industrias extractivas, que dice:

“Los estados miembros suprimirán por orden del Consejo, en particular las restricciones que:

a) Impidan el establecimiento en el país receptor en iguales condiciones y derechos que los nacionales;

b) Sean consecuencia de una práctica administrativa que tenga por efecto aplicar a los beneficiarios un trato discriminatorio en relación a los nacionales.

c) La exclusión de otorgamiento de permisos o concesiones a causa de prescripciones o prácticas, que les impongan limitaciones o las sometan a condiciones exigidas unilateralmente.⁽²⁾

⁽¹⁾ DOCE Directiva del Consejo de 7 de Julio de 1.964 relativa a la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en las actividades por cuenta propia de transformación correspondientes a las clases 23 - 40 de la CITU. (Industria y Artesanía).

⁽²⁾ DOCE Directiva del Consejo de 7 de Julio de 1.964 relativa a la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en las actividades por cuenta propia de las industrias extractivas.

J. Houssiaux opina en relación al tema que “el Mercado Común persigue que todas las personas físicas o morales pertenecientes a un Estado miembro puedan establecerse y trabajar u operar en otro estado de la Comunidad sin que pueda influir en ello, el criterio de la nacionalidad”.

El principio de la no discriminación -o principio de igualdad-persigue, como bien expone Cerexhe, que “el derecho de establecimiento debe contribuir al desarrollo armónico de la economía de unidad de los Estados miembros -art. 2 del Tratado de la CEE-, a través de una “localización óptima de los centros de actividades, una utilización máxima de la mano de obra disponible, una racionalización de la producción y de la distribución”.

Existe pues, cierta política liberal que persigue algunos fines básicos, basados en la superación de las economías nacionales en armonía a través de la localización de los mencionados medios y factores de producción óptimos para la empresa. Es así como

debe ser enfocado el art. 52 del Tratado, y no como una posible rivalidad que hunda a la economía de un país perteneciente a la CEE, por la invasión o penetración de los “ressortissants” de otros estados miembros; todo esto está motivado por la finalidad última del Tratado, cual es conseguir la unidad política a través de la economía, con la abolición total de las fronteras. Considero que esto es un punto neurálgico para el presente trabajo de investigación, ya que es precisamente el temor de los gobiernos nacionales e incluso de los nacionales o ciudadanos del estado receptor. En el primer caso, y como ya ha sido mencionado, existe el temor de los estados a perder su poder tradicional y absoluto o soberano dejando ciertas decisiones de relevante importancia, en manos de unas “Instituciones” a las que se les ha dotado de un poder autónomo de decisión; sin embargo los gobiernos son conscientes de tal necesidad y aunque sea lentamente van progresando hacia la unidad política y económica de los pueblos de Europa.