

EXCEPCIONES A LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN LA CEE

Por VICTORIA ABELLAN HONRUBIA (*)

COMO es sabido, los objetivos generales de la CEE se proponen la integración económica de los Estados que la forman; y una de las vías comunitarias utilizadas a este fin es la instauración de un mercado común entre los mismos.

Esta vía implica, por supuesto, la puesta en común de los distintos factores que intervienen en la formación del mercado. La expresión jurídica comunitaria de esta última tarea viene determinada por el Tratado de Roma, a través de las normas relativas a la libre circulación de mercancías, la libre circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios y la libertad de movimientos de capital.

Respecto a la libertad de establecimiento, las normas del Tratado CEE son aplicables a todas aquellas actividades que, participando más o menos directamente en la producción o el intercambio, su remuneración escapa al régimen de salarios (por ejemplo, empresarios, trabajadores autónomos, profesiones liberales).

Esta liberación alcanza, en principio, a todo tipo de actividades (industrial, comercial, artesanal o profesión liberal) e incluye tanto el libre acceso y ejercicio de la actividad no asalariada de que se trate, como la constitución y gestión de empresa y la creación de sucursales y filiales (1).

Según la Comisión, la finalidad de «el principio de libre circulación de trabajadores independientes y de empresas... (es) ...asegurar que las actividades económicas (industriales, comerciales, artesanales y profesiones liberales) se ejerzan en el conjunto de la Comunidad, sin trabas opuestas por los poderes públicos estatales por razones de nacionalidad o residencia» (2).

La amplitud y generalidad del campo de aplicación de estas normas encuentra, sin

(*) Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

(1) Véase en esta Revista, vol. I, núm. 3, pág. 1121, nota sobre **Medidas específicas para la libertad de establecimiento en cada sector de actividad.**

(2) R. de jurisprudencia de la Cour, 1974-5, pág. 640.

embargo, unos límites expresamente establecidos por el propio texto del Tratado de Roma en los artículos 55 y 56.

Según el artículo 55 «se exceptúan de las disposiciones del presente capítulo (libertad de establecimiento), en lo que concierne al Estado miembro interesado, las actividades que participan en ese Estado, incluso a título ocasional, en el ejercicio de la autoridad pública» o aquéllas que el Consejo exceptúe a propuesta de la Comisión y por mayoría cualificada.

En el artículo 56 se indica que «las prescripciones del presente capítulo y las medidas adoptadas en su virtud no prejuzgan la aplicabilidad de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas que prevén un régimen especial para extranjeros, y están justificadas por razones de orden público, seguridad pública y salud pública».

Pero en el Tratado no se indica qué se entiende por «participación en el ejercicio de la autoridad pública», ni qué criterios ha de considerar el Consejo al decidir la exclusión de ciertas actividades, ni tampoco se concreta el alcance exacto de la reserva de orden público, seguridad pública y salud pública hecha en favor de los Estados miembros.

Nos encontramos, pues, ante tres supuestos cuya concreción y delimitación es importante para medir el alcance de la libertad de establecimiento a nivel comunitario; y ante la necesidad de fijar el marco en que deben buscarse los criterios adecuados para su interpretación.

Planteada así la cuestión, lo que interesa es localizar estas limitaciones dentro del marco general en que se producen y buscar en él su específico significado.

Una primera actitud adecuada al respecto consistirá en situar el derecho comunitario dentro del marco económico que le sirve de base. Como es sabido, el sistema económico dominante en los países de la CEE es el llamado de economía de mercado, y lo que se pretende a través de las instituciones comunitarias es la organización y planificación en común del tipo de relaciones de producción e intercambio que le son propias. De aquí que la comprensión del derecho comunitario deba abordarse en función de la estructura y finalidad económica concreta que lo justifican.

Es, pues, esta doble perspectiva —jurídica y económica— desde donde trato de localizar en su contexto real los artículos 55 y 56 del Tratado.

Para ello la primera tarea que se aborda en el presente trabajo es señalar la función que, tanto a nivel jurídico como económico, corresponde a la libertad de establecimiento tal como es entendida en el Tratado de Roma; lo que sirve de base para indicar a continuación cuáles son los límites implícitos que el propio sistema del tratado impone a la libertad de establecimiento, y que en el plano económico se concretan en el buen funcionamiento del mercado común.

Delimitado así el marco concreto en que deberán aplicarse los artículos 55 y 56 del Tratado, paso al estudio de los tres supuestos excepcionales contemplados por los mismos.

Los apartados en que sistematizo la tarea propuesta son los siguientes: 1) significado de la libertad de establecimiento en el Tratado de la CEE, y en relación con la política general de la Comunidad; 2) limitaciones estructurales de la libertad de establecimiento, en especial su supeditación al buen funcionamiento del Mercado Común; 3) actividades que participan en el ejercicio de la autoridad pública; 4) actividades ex-

cluidas de la libertad de establecimiento por el Consejo de la CEE, y 5) regímenes especiales para extranjeros previstos por los Estados miembros por razones de orden público, seguridad pública y salud pública.

I. SIGNIFICADO DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN EL TRATADO DE LA CEE Y EN RELACION A LA POLITICA GENERAL DE LA COMUNIDAD

Las normas de libertad de establecimiento previstas en el Tratado de Roma y aplicadas por las instituciones comunitarias están dirigidas a la formación de un mercado común. Esto implica necesariamente que ni su contenido ni su realización práctica sean susceptibles de aislamiento del resto de factores que inciden en la formación del mercado (trabajadores asalariados, capitales, servicios y mercancías, según la propia terminología del Tratado); y que tampoco la liberación de estos factores puede aislarse de la política general de la Comunidad en cuanto se dirige a promover el proceso de integración económica de los Estados miembros.

En este sentido, puede observarse que, tanto en el tratado y normas que lo aplican como, sobre todo, en la práctica, las distintas libertades comunitarias aparecen ligadas entre sí, de modo que la realización de cualquiera de ellas puede estar condicionada por el ejercicio efectivo de las demás, o supeditada a las directrices generales de la política de la Comunidad en un sector económico determinado. Se trata, en definitiva, de una serie de medidas jurídicas cuya aplicación se realiza dentro del contexto de la formación de un mercado común europeo, supeditado a una concreta política de integración económica (3).

Es por ello que las normas relativas a la libertad de establecimiento y las medidas adoptadas en su cumplimiento responden al método general comunitario de progresividad en la instauración del mercado común y de acercamiento de las políticas económicas de los Estados miembros; y que la justificación de estos métodos haya que buscarla más que en razonamientos teóricos de una lógica jurídica (por ejemplo, a partir de la soberanía del Estado), en la adecuación práctica de tales métodos a la estructura económica comunitaria.

Concretamente, los plazos y el orden de prioridad para la eliminación de restricciones a la libertad de establecimiento, están fijados teniendo en cuenta, en primer lugar «aquellas actividades cuya libertad de establecimiento supone una contribución particularmente útil al desarrollo de la producción y los intercambios» (art. 54 TCEE) (así, extracción de minerales incluido el petróleo, construcción de material de transporte, actividades de comercio...), y se deja para el final aquellas que representan un interés especial para los Estados miembros (agricultura), o sin una incidencia directa en la producción y comercialización de mercancías (profesiones liberales, enseñanza, etcétera). Igualmente se atiende a las implicaciones que el derecho de es-

(3) Para un estudio más detallado sobre la cuestión, véase: V. ABELLAN, *Normas comunitarias europeas y legislación española sobre establecimiento de personas físicas y sociedades*, Instituto de Administración Pública, Madrid, 1974, págs. 209 a 240.

tablecimiento tiene en el contexto general de la CEE; así, para determinadas actividades el plazo de su libre establecimiento depende de la liberación de ciertos movimientos de capital (actividades bancarias y de seguros), o de la libre circulación de mercancías (actividades de comercio); y en ocasiones hay que supeditar la eliminación de restricciones a la previa coordinación de disposiciones legislativas y administrativas de los Estados miembros: actividades médicas, paramédicas y farmacéuticas, artículo 57, párrafo 3, TCEE; y actividades de seguro y transporte, Título III, Programa General); o bien, respecto a los beneficiarios hay que tener en cuenta las normas relativas a la libre circulación de trabajadores (artículo 54, párrafo 2, TCEE).

Todo esto nos lleva al planteamiento metódico de que para concretar el alcance de los artículos 55 y 56 del Tratado, hay que identificar el sentido y función económica que, dentro de una economía de mercado, tienen las actividades que participan en el ejercicio de la autoridad pública, y los regímenes específicos para extranjeros adoptados por razones de orden público, seguridad pública y salud pública; así como cuales puedan ser las otras actividades cuya exclusión de la libertad de establecimiento no obstaculice, o incluso favorezca, la formación del mercado común.

II. LIMITACIONES ESTRUCTURALES DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO, EN ESPECIAL SU SUPEDITACION AL BUEN FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO COMUN.

La formación del Mercado Común trata de conseguir que la producción e intercambio de los Estados miembros se desarrollen a nivel comunitario como lo harían en un mercado interior. Premisa necesaria para ello es asegurar la movilidad de los factores, en especial de la mano de obra (trabajadores asalariados) y del capital (industrial, comercial o financiero). En esta tarea la libertad de establecimiento cumple el importante papel —correlativo al de la libre circulación de trabajadores asalariados— de facilitar la libre circulación de empresarios individuales o sociedades en el interior de la comunidad; esto es, liberar el acceso y ejercicio de cualquier actividad empresarial en cualquier sector económico comunitario y en beneficio de los nacionales de los Estados miembros. A ello hay que añadir la liberación al acceso y ejercicio de los trabajos que aún se realizan de forma independiente, y que comprende desde la producción artesanal o trabajador autónomo hasta las profesiones liberales.

Desde el punto de vista jurídico, la concreción normativa de esta libertad de establecimiento a nivel comunitario, evidencia de inicio la necesidad de deslindar la competencia de los Estados miembros y de los órganos comunitarios respecto a la regulación del acceso y ejercicio de cada actividad no asalariada.

En principio, y teniendo en cuenta los términos del Tratado en el capítulo sobre derecho de establecimiento, son los Estados miembros los que tienen la competencia para fijar dentro de su territorio las condiciones de acceso y ejercicio de cualquier actividad no asalariada; mientras que la competencia de los órganos comunitarios en la materia se limita a asegurar el buen funcionamiento del Mercado Común (4), esto es,

(4) En este sentido, véase VIGNES: *Le droit de la Communauté Economique Européenne*, vol. 3, página 96 (Presses universitaires de Bruxelles, 1971), y V. ABELLAN, *op. cit.*, págs. 52-53 y 222.

se limita a asegurar que la producción e intercambio comunitarios funcionen como en un mercado interior; siendo su principal objetivo que la libre competencia no sea falseada por cualquier tipo de medidas directas o indirectas de los Estados miembros.

El contenido de estas competencias comunitarias da la medida de la libertad de establecimiento prevista en el Tratado de Roma. Así, puede decirse que el concepto mismo de libertad de establecimiento a nivel comunitario implica la liberación del acceso y ejercicio de las actividades no asalariadas, sólo en la medida en que sea necesario al buen funcionamiento del Mercado Común. Y que la función de los órganos comunitarios consiste precisamente en discernir cuándo y de qué manera la liberación de una determinada actividad es o no necesaria para el funcionamiento de ese mercado, y arbitrar las medidas adecuadas al respecto.

El límite estructural a la libertad de establecimiento en la CEE se sitúa, pues, en el normal funcionamiento del Mercado Común. Para ello se requiere, en principio, la reproducción a mayor escala de las condiciones en que normalmente se desenvuelve un mercado nacional, incluidas la libertad existente para el ejercicio de ciertas actividades no productivas, o para ciertas formas de producir que aún se desarrollan al margen del régimen de salarios. Esto nos obliga a operar un nuevo traslado al campo económico en busca de criterios para discernir cuándo y respecto a qué actividades su libre acceso y ejercicio excede los límites estructurales que el Tratado de Roma impone al derecho de establecimiento.

Como punto de partida y dada la similitud entre el sistema económico de cualquier Estado miembro y el previsto para la Comunidad en su conjunto, los criterios para determinar la prioridad, modalidades y excepciones a la libertad de establecimiento en la CEE podrían ser similares a los seguidos en los distintos Estados miembros, con la única diferencia de referirlos al Mercado Común en lugar de a los respectivos mercados nacionales.

Esta vía nos lleva a la necesidad de precisar algunos extremos relativos a la normativa sobre el funcionamiento de una economía de mercado dentro del marco de un Estado nacional. Concretamente habrá que tener en cuenta:

a) Que la formación de un mercado nacional exige, como principio general, que la normativa reguladora de las diversas actividades de producción e intercambio se base en los principios de respeto a la iniciativa privada y libre competencia.

b) Que paralelamente a este libre juego del mercado, el Estado —a través de sus instituciones— cumple un papel en el desarrollo y garantía del propio sistema económico; el ejercicio de la autoridad pública y la adopción de medidas especiales para salvaguardar el orden público o la seguridad nacional, son funciones que corresponden al aparato institucional del Estado, y cuyo desempeño se traduce a nivel económico en garantizar el mantenimiento de las condiciones del mercado (5).

Teniendo en cuenta estos datos y volviendo al Mercado Común, podrían sugerirse como bases orientativas para delimitar el alcance de la libertad de establecimiento en la Comunidad, las consideraciones siguientes:

1. La libertad de establecimiento en la CEE, consecuentemente con el sistema

(5) Se trata en este caso de actividades no productivas (ejercicio de la autoridad pública, etc.); sin embargo, conviene hacer notar que la intervención directa del Estado, en determinados sectores de la producción o el intercambio con la consiguiente sustracción de los mismos de manos de los particulares y de la libre competencia, cumple una función semejante.

económico en que se enmarca, se apoya sobre los principios de iniciativa privada y libre competencia. Dada la similitud de este sistema con el de los Estados miembros, una pauta inicial para delimitar el ámbito de aplicación de las normas comunitarias puede ser limitar la libertad de establecimiento en el Mercado Común a aquellas actividades que ya en relación con los mercados nacionales de los Estados miembros estaban reguadas en base a dichos principios.

2. Dada la no equivalencia entre el aparato institucional de la CEE y cualquier modeo de aparato estatal, parece que las funciones específicas que el Estado asume para la garantía y el mantenimiento de las condiciones del mercado no puede ser asumidas por los órganos comunitarios.

Es esta una realidad recogida en el propio texto del Tratado de Roma y que se refleja tanto en los mecanismos concretos arbitrados para la creación y aplicación del derecho comunitario (6), como en la salvedad que en determinados artículos se hace en favor de los Estados nacionales. Desde esta última perspectiva pueden señalarse en términos generales los artículos 222, 223 y 224, y en relación a las libertades comunitarias los artículos 48, párrafo 3 y 4, 55 y 56.

Nota común a estos artículos es referirse a la esfera de actuación de las instituciones estatales; los supuestos por ellos contemplados caen dentro de la órbita propia de la organización estatal en cuanto aparato político o administración cuya función específica es el mantenimiento y defensa del orden económico, político, social, etcétera, establecido en su interior. Así, pues, la reserva que, a nivel comunitario, se hace en favor de los Estados miembros encuentra su explicación en la no existencia —a este nivel— de un aparato institucional adecuado para realizar dichas funciones.

3. La adopción a nivel comunitario de medidas que impliquen la asunción, a través de instituciones de la CEE, de las funciones antedichas, es una cuestión que excede el marco específico del derecho de establecimiento regulado por el Tratado de Roma; implicaría la instauración de instituciones comunes comparables a las de los Estados, y esto cae dentro de la temática de la unión política europea.

Por ello, en tanto no se confluya en la institucionalización política de la CEE la reserva a favor de los Estados miembros en cuanto al ejercicio de la autoridad pública y a la salvaguardia del orden público, seguridad pública y salud pública, sigue siendo necesaria en la medida en que la significación económica de las actividades que estos aseguran, sea garantizar el conjunto de las leyes del mercado.

4. La instauración del Mercado Común no es, sin embargo, una simple reproducción ampliada del modelo de mercado nacional, ni equivale a la suma de los mercados nacionales de los Estados miembros; la existencia de diferencias como pueda ser el hecho mismo de coexistir dentro de él nueve estructuras estatales, es evidente. Esta distinta identidad del Mercado Común puede exigir medidas específicas para asegurar su buen funcionamiento, no similares a las requeridas en un mercado nacional; y, en consecuencia, no susceptible de atención y determinación a través del aparato institucional de cada Estado miembro, aisladamente considerado.

Es en previsión de estas exigencias propias de la formación del Mercado Común, como puede entenderse el artículo 55, párrafo 2 del Tratado. La facultad del Consejo

(6) Es interesante al respecto la opinión de IGLESIAS BUIGUES, en su trabajo sobre **La noción de supranacionalidad en las Comunidades Europeas** (RIE, vol. 1, núm. 1), en especial págs. 101 y ss.

para sustraer de la libre competencia ciertas actividades no asalariadas, está determinada por las necesidades específicas que la instauración del Mercado Común crea como condiciones para su buen funcionamiento, y por la específica incapacidad de las instituciones estatales para atenderlas, dada su no previsibilidad a nivel de los mercados nacionales.

A la vista de estas consideraciones y en función de los criterios orientativos que de las mismas se desprenden, paso a examinar las excepciones a la libertad de establecimiento previstas en el Tratado de Roma. La directriz general para su explicación será, pues, entender que la liberación de las actividades excluidas escapa a las necesidades del Mercado Común, o que son precisamente estas necesidades las que imponen su no liberación.

III. ACTIVIDADES QUE PARTICIPAN EN EL EJERCICIO DE LA AUTORIDAD PÚBLICA

Para el estudio concreto de esta excepción a la libertad de establecimiento, voy a abordar dos aspectos: uno, la interpretación del artículo 55, párrafo 1; otro, los supuestos y condiciones en que el mismo ha sido aplicado.

1. Interpretación del artículo 55, párrafo 1:

La propia redacción del artículo 55, párrafo 1, nos da la pauta para señalar respecto a qué cuestiones en él contenidas se plantean problemas interpretativos.

Tanto a nivel doctrinal como por parte de las instituciones comunitarias, su interpretación se ha centrado en dos cuestiones: a) el alcance que en el Tratado de Roma se da al término «actividades», y b) el sentido que tiene la «participación en el ejercicio de la autoridad pública», y si su determinación es susceptible de una noción comunitaria, o si dicha noción debe reservarse a cada Estado miembro y dentro de qué límites.

A. Alcance del término «actividades»:

La opinión más generalizada es distinguir entre «actividad» y «profesión», dando al primer término un alcance más limitado que al segundo; una profesión puede descomponerse en diversas actividades y el artículo 55, párrafo 1, sólo afecta a aquellas actividades que participan en el ejercicio de la autoridad pública, pero no excluye de la libertad de establecimiento a toda la profesión.

Esta distinción no es extraña al Tratado de Roma, ni a la reglamentación que en el mismo se hace del derecho de establecimiento. La distinta terminología que se utiliza en el artículo 57 del TCEE al referirse a las «actividades» no asalariadas en general (párrafo 2) y a las «profesiones» médicas y farmacéuticas (párrafo 3), o la expresión «actividades de las profesiones liberales» contenida en el artículo 60, párrafo 2, son ilustrativas al respecto (7).

(7) Vid. Conclusiones del Abogado General en el asunto 2-74, Reynolds-Bélgica (Rc. de jurisprudencia de la Cour, pág. 665).

En cuanto a la interpretación restrictiva deducida de esta distinción, encuentra su base en el carácter fundamental que la libertad de establecimiento tiene dentro del sistema del Tratado de Roma. Es por ello que el Tribunal de las Comunidades entiende que «las derogaciones admitidas por el artículo 55, párrafo 1, no deben revestir un alcance que sobrepase el objetivo en virtud del cual se instituyó la excepción» (8), objetivo que en opinión de la Comisión «es excluir a los ciudadanos de otros Estados miembros de actividades no asalariadas cuyo ejercicio les conduciría a usar de prerrogativas exorbitantes de derecho común, de privilegios propios de los poderes públicos, así como de poderes de coerción que se imponen a los ciudadanos» (9); actividades —podríamos añadir— no susceptibles de entrar en el juego de la libre competencia y la iniciativa privada, y cuya liberación —por otra parte— no se presenta como necesaria al buen funcionamiento del Mercado Común.

Sólo el Gobierno de Luxemburgo, admitiendo la distinción antedicha, pretende que su interpretación debe hacerse en el sentido inverso; esto es, «el término actividades deberá recibir una interpretación más amplia —y no más estrecha— que la palabra profesión. Su utilización no significa en absoluto que una profesión pueda ser escindida en varias actividades, y que cada actividad sea susceptible de ser sometida a regímenes jurídicos distintos en aplicación del Tratado de Roma.

B. Contenido de la participación en el ejercicio de la autoridad pública:

El presente párrafo plantea dos cuestiones interpretativas distintas, si bien íntimamente relacionadas. Una, cuándo se participa en el ejercicio de la autoridad pública y a juicio de quién; otra, qué debe entenderse por autoridad pública.

a) Cuándo se participa en el ejercicio de la autoridad pública:

Dada la redacción del artículo 55, párrafo 1 del Tratado, parece obligada la referencia al derecho interno del Estado miembro donde se pretende ejercer la actividad, para determinar si se participa o no en el ejercicio de la autoridad pública de ese Estado, al menos en la medida en que dicho artículo refiere la excepción al «Estado miembro interesado» (10). Esta es la interpretación del Tribunal de las Comunidades al entender, a propósito de la profesión de abogado, que «la aplicación eventual de las restricciones a la libertad de establecimiento previstas por el artículo 55, párrafo 1, debe ser apreciada separadamente, por cada Estado miembro, con relación a las disposiciones nacionales aplicables a la organización y al ejercicio de esta profesión» (11).

Esta referencia al Estado interesado y a su derecho interno, es sin embargo matizada en cuanto debe «tener en cuenta el carácter comunitario de los límites puestos por el artículo 55 a las excepciones permitidas al principio de la libertad de establecimiento, a fin de evitar que el efecto útil del Tratado no sea desvirtuado por las

(8) Sentencia 21-VI-1974, pf. 43 (ibíd. pág. 654).

(9) Ibíd. pág. 640.

(10) V. ABELLAN, *op. cit.*, págs. 179 y ss.

(11) Sentencia 21-VI-1974, pf. 49 (Rc. de jurisprudencia de la Cour, 1974-5, pág. 655).

disposiciones unilaterales de los Estados miembros» (12); «carácter comunitario» y «efecto útil», que, como reiteradamente he señalado, consiste en la instauración de un mercado común y en su buen funcionamiento.

La localización del artículo 55, párrafo 1, dentro de la realización de la libertad de establecimiento, y la consideración de ésta como «una de las disposiciones claves del Tratado» (13) y factor necesario para la instauración del Mercado Común, da sentido al artículo 55, párrafo 1, en la medida en que su aplicación no perturbe ese buen funcionamiento del Mercado Común, o sea útil a los fines de integración comunitaria. Su campo de acción debe, pues, circunscribirse a aquellas actividades que según el derecho interno del Estado miembro interesado, participen en el ejercicio de la autoridad pública, y cuya liberación no sea necesaria para el buen funcionamiento del Mercado Común, o cuya no liberación sea un factor constitutivo de ese buen funcionamiento.

b) Noción de autoridad pública:

Las anteriores consideraciones nos llevan a plantearnos la propia noción de «autoridad pública» contenida en el artículo 55 del Tratado de Roma, en el sentido de si es susceptible o no de un concepto comunitario.

Los términos contradictorios en que la cuestión puede plantearse vienen dados, de una parte, por la inserción e incidencia de dicha noción en el mecanismo del Tratado, lo que hace necesario definir la noción de autoridad pública «en tanto que elemento del derecho comunitario» (14); por otro lado, por la estrecha vinculación de esta noción con la de soberanía del Estado.

En otros términos, desde el punto de vista de la libertad de establecimiento —una de las disposiciones clave del Tratado— no es factible dejar que cada Estado miembro determine por separado la naturaleza y el contenido de esta excepción fijando así de modo unilateral el ámbito material de aplicación de la libertad de establecimiento en su territorio (15); pero, por otra parte, tampoco la realización de la libertad de establecimiento puede entorpecer el ejercicio de la soberanía de los Estados miembros respecto a su organización política y administrativa; siendo reservado a los mismos el ejercicio del poder público sobre los ciudadanos, así como la facultad de delegar en los particulares —sin por ello integrarlos en el cuerpo de funcionarios— ciertas tareas de esta función y las prerrogativas de poder público necesarias para su desempeño (16).

Si bien hay que tener en cuenta ambos extremos, la redacción del artículo 55 no parece implicar, en principio, un concepto comunitario de autoridad pública. Por otra parte, el hecho de que sea el Consejo el que determine si una actividad concreta debe o no ser excluida del derecho de libre establecimiento en el Estado interesado en el que participa del ejercicio de la autoridad pública, no atribuye competencia a los órganos de la Comunidad para determinar qué ha de entenderse por «autoridad pública» en cada Estado miembro, ni tampoco cuándo y a través de qué actividades se participa en su ejercicio.

(12) *Ibid.* pf. 50 (Rc. de jurisprudence de la Cour, 1974-5, pág. 655).

(13) Conclusión del Abogado General (Rc. de jurisprudence de la Cour, 1974-5, pág. 664).

(14) Comisión (Rc. de jurisprudence de la Cour, 1974-5, pág. 639).

(15) *Ibid.*

(16) *Ibid.* pág. 640.

Otra cosa es que dicha noción deba moverse en cada Estado miembro y en relación a la CEE, dentro del marco trazado para el «carácter comunitario de la excepción» y «el efecto útil del Tratado»; o que su sentido y alcance deba «ser dilucidado a la luz del sistema del Tratado» (17).

Al pronunciarse sobre esta cuestión, el Tribunal, en lugar de acudir a formulaciones generales, ha preferido limitarse al caso concreto que hasta ahora se le ha sometido (la profesión de abogado), evitando dar una definición comunitaria de autoridad pública. La no participación de la profesión de abogado en el ejercicio de la autoridad pública a través de ciertas actividades que le son propias se apoya, según el Tribunal, en dos afirmaciones: una, que el ejercicio de estas actividades deja intactas la apreciación de la autoridad judicial y el libre ejercicio del poder jurisdiccional; otra, que no es relevante al caso el hecho de que el ejercicio de estas actividades sea objeto de una obligación o de una exclusividad establecida por la Ley. Finalmente —y como formulación general— el Tribunal afirma que la excepción debe limitarse a las actividades que, por sí mismas, constituyan una participación directa y específica en el ejercicio de la autoridad pública.

Parece, pues, que el Tribunal circunscribe la noción de ejercicio de la autoridad pública al poder de decisión («apreciación» y «libre ejercicio») atribuido por el Estado, y que la participación en el mismo ha de ser directa y específica; es decir, consistente en la apreciación y adopción de esta decisión, no en el concurso o cooperación para su ejercicio, aunque éste sea necesario y obligatorio en virtud de la Ley (18).

Así pues, vistos los términos de la cuestión planteada, la excepción del artículo 55, párrafo 1 podría explicarse —dentro de unas consideraciones muy generales— por la no existencia de un aparato institucional comunitario para cumplir las funciones estatales que la misma garantiza; o bien, porque la liberación de las actividades a que se refiere no es necesaria para el fin útil del Tratado (buen funcionamiento del Mercado Común), ya que su significado económico dentro del sistema de los Estados miembros (a la luz del sistema del Tratado), no le viene dado por su participación en el libre juego del mercado.

2. Aplicación del artículo 55, párrafo 1.

A) Directrices sobre eliminación de restricciones:

La aplicación del artículo 55, párrafo 1, determinando las actividades objeto de la excepción corresponde al Consejo. Es, a través de las directrices para la eliminación de restricciones al exceso y ejercicio de las actividades no asalariadas, como el Consejo ha concretado las actividades que en cada caso deben excluirse, y respecto a qué Estado.

Es claro que en esta determinación el Consejo —en cuanto órgano comunitario— deberá considerar el carácter comunitario de la excepción y el fin útil del Tratado; lo que le obliga a moverse dentro del marco común que sobre el contenido de la «autoridad

(17) *Ibid.*

(18) Sentencia 21-VI-74, pfs. 51 a 55 (*ibid.* págs. 655-656).

pública» y del «buen funcionamiento del Mercado Común pueda establecerse para los Estados miembros.

Para la delimitación de este marco común, creo que pueden ser válidos los criterios dados por el Tribunal de las Comunidades a propósito de los principios generales comunitarios. «No se trata de buscar el mínimo común denominador» sino de incorporar en el derecho comunitario principios «que se ajusten bien a la naturaleza y estructura del derecho comunitario o, incluso, que ofrezcan las perspectivas más favorables para el desarrollo futuro del derecho comunitario». «En todo caso —indica el profesor Medina Ortega— los principios comunes a los derechos de los Estados miembros se incorporan en el ordenamiento comunitario con características propias, que pueden diferir de las existentes en los ordenamientos nacionales de origen, pues el injerto de los principios nacionales en el ordenamiento comunitario no se puede realizar con un procedimiento mecánico» (19).

En el caso que nos ocupa, la doctrina comunitaria parece construirse en torno a la noción de «imperium»; serán consideradas sólo las actividades que concurren a la formación de la voluntad del Estado o al ejercicio por su cuenta de un verdadero poder de naturaleza pública (coerción, certificación etc.) (20). Es decir, se entiende por «autoridad pública» todos aquellos poderes derivados del Derecho Público y atribuidos solamente al Estado, de modo que «la participación en el ejercicio de la autoridad pública implicará una delegación de esa autoridad hecha por el Estado a quienes deben ejercer tales actividades» (21). En este orden de ideas, la Comisión puntualiza que, «con respecto al sistema del Tratado y sus objetivos, habrá que retener la interpretación que asegura la salvaguardia de los principios fundamentales de la libre circulación de personas...»; y con este punto de partida, la Comisión entiende que «se puede definir la noción del ejercicio de la autoridad pública como implicando la puesta en práctica de prerrogativas exorbitantes de derecho común, de poderes de coacción con respecto a personas y bienes que no tienen los ciudadanos ordinarios y que permite a quien la posee actuar independientemente del consentimiento e incluso contra la voluntad de otro» (22).

Las actividades hasta ahora excluidas de la libertad de establecimiento mediante directrices del Consejo para la eliminación de restricciones en los distintos sectores de actividad no asalariada son:

a) En relación con las actividades de intermediarios de comercio, industria y artesanado (directriz 64/224/CEE) (23) y al comercio al por menor (directriz 68/363/CEE) (24):

- En Francia: venta en pública subasta de objetos muebles y de mercaderías por «officiers publics» o «ministeriels».
- En Italia: venta en subasta pública de mercaderías por «pubblici mediatori».

(19) MEDINA ORTEGA: *La Comunidad Europea y sus principios constitucionales*, Tecnos, 1974, pág. 120.

(20) VIGNES, *op. cit.*, pág. 98.

(21) LAGUETTE: *Essai d'une application de l'article 55 du Traité CEE à une profession libérale: la profession d'avocat* («Revue Trimestrielle de Droit Européen», núm. 2, 1966, pág. 246).

(22) R. de jurisprudence de la Cour, 1974-5, pág. 640. En el mismo sentido, las conclusiones del Abogado General (ibid. pág. 665).

(23) Art. 4 (JOCE, 4 abril 1964, pág. 871).

(24) Art. 4 (JOCE, 22 octubre 1968, pág. 3).

- En Alemania, Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos: la participación de notarios o «Huissier» en subastas.
- En Luxemburgo: la actividad de «commissionaire» en materia de ganado para carne.
- b) En relación con las actividades concernientes al sector de asuntos mobiliarios y servicios prestados a las empresas (grupo ex. 640 CITI, y 839 CITI) (directriz 67/43/CEE) (25):
 - En todos los Estados miembros: la actividad de guarda de campo, guarda forestal, guarda de caza y guarda de pesca.
 - En Italia: la actividad de guarda jurado.
- c) En relación a los bancos y otros establecimientos financieros (directriz 73/183/CEE) (26) y con los seguros directos distintos del seguro de vida (directriz 73/240/CEE) (27):
 - Posibilidad de reservar a los nacionales los puestos de dirección de las organizaciones profesionales, cuando la organización de que se trate participe, en virtud de una disposición legislativa o reglamentaria, del ejercicio o de la autoridad pública.
 - En Luxemburgo, la cualidad de afiliado a la Cámara de Comercio no implica para el beneficiario el derecho de participar en la elección de los órganos de gestión.

B. Aplicación directa del artículo 52 del TCEE. Competencia de los Estados y decisión prejudicial del Tribunal de las Comunidades.

Actualmente, sin embargo, la determinación de tales actividades adquiere una perspectiva distinta, cuyos términos han sido recientemente planteados ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades en el asunto Jean Reyners c. Etat Belge (28).

Se parte de la situación creada respecto al derecho de establecimiento desde la expiración del período transitorio. Según el Tribunal, después del fin de este período, el artículo 52 del TCEE es una disposición directamente aplicable, y ello a pesar de la no existencia de las directrices previstas en los artículos 54, párrafos 2 y 57, párrafo 1 del Tratado tendente a liberar, en concreto, cada actividad.

Esto significa que en todos los Estados miembros y respecto a todos los ciudadanos de la Comunidad y a cualquier actividad no asalariada, rige el principio de igualdad con el nacional; sin necesidad de su expreso reconocimiento y desarrollo concreto a través de directrices del Consejo sobre eliminación de restricciones.

La aplicación directa del artículo 52 plantea en forma problemática la determinación de las excepciones a la libertad de establecimiento en los siguientes términos: dado que, en principio, sin necesidad de directriz expresa del Consejo, cualquier ciudadano de la Comunidad debe ser tratado igual que los nacionales respecto al acceso y ejercicio de cualquier actividad, ¿cómo y quién decide si una determinada actividad debe o no ser excluida de la libertad de establecimiento en virtud del artículo 55, párrafo 1?, y más concretamente, ¿puede el Estado interesado eludir la apli-

(25) Art. 4 (JOCE, 19 enero 1967, pág. 142).

(26) Art. 4, pf. 2 (JOCE, L 149, de 16 julio 1973, pág. 4).

(27) Art. 4 (JOCE, L 228, de 16 agosto 1973, pág. 21).

(28) Asunto 2-74 (Recueil de jurisprudence de la Cour, 1974-5, págs. 631 a 669).

cación del trato igualitario en base a que la actividad de que se trata participa —según su propia legislación— del ejercicio de la autoridad pública?

En este supuesto resulta claro que un efecto de la expiración del período transitorio, consistirá en operar una transferencia de la competencia del Consejo a cada Estado miembro respecto a la determinación de qué actividades deben excluirse de la libertad de establecimiento por participar en el ejercicio de la autoridad pública, al menos en tanto en cuanto el Consejo no adoptara una directriz al respecto.

El supuesto, como antes he indicado, no es meramente teórico, y ha sido planteado a propósito de la profesión de abogado. La vía comunitaria utilizada en este caso para determinar si una actividad participa o no en el ejercicio de la autoridad pública en un Estado dado, ha sido la decisión prejudicial prevista en el artículo 177 del Tratado.

No obstante, el previo planteamiento litigioso que esta vía requiere, no permite afirmar que sea el Tribunal quién, de modo general, determine qué actividades deben excluirse de la libertad de establecimiento por participar en el ejercicio de la autoridad pública.

Así, pues, actualmente, dada la aplicación directa del artículo 52, nos encontramos que la aplicación del artículo 55, párrafo 1, depende en primer lugar y según la práctica hasta ahora seguida, del Consejo; en segundo lugar, y en la medida en que el Consejo no haya adoptado ninguna directriz al respecto, de cada Estado miembro interesado; y finalmente, y en la medida en que se plantea un litigio ante los tribunales internos, de la interpretación que a título prejudicial haga el Tribunal de las Comunidades del artículo 55, párrafo 1 en el caso concreto.

IV. ACTIVIDADES EXCLUIDAS POR EL CONSEJO (artículo 55, párrafo 2 de la TCEE)

Como antes he indicado, se trata en este supuesto de atender las necesidades específicas del Mercado Común —en cuanto este no puede asimilarse pura y simplemente a la suma de los mercados nacionales de los Estados miembros— cuando el buen funcionamiento del Mercado Común requiera excluir ciertas actividades de la libertad de establecimiento.

Vignes apunta como probable la utilización de esta vía para excluir todas aquellas actividades cuya libertad de acceso y ejercicio —dada la reglamentación tan divergente a que son sometidos en cada Estado miembro— ocasionaría graves distorsiones en el mercado (por ejemplo, corredor de comercio) (29); pueden añadirse además aquellos supuestos en que, por necesidades coyunturales o estructurales de la producción o el intercambio comunitario, o por razón de la coexistencia de las diversas instituciones estatales dentro del mismo Mercado Común, convenga excluir de la libre competencia comunitaria determinados sectores de actividad: piénsese, por ejemplo, en las industrias energéticas, o de extracción o elaboración de ciertas materias primas, o en la fabricación y comercialización de armamento, o en ciertos sectores económicos deficitarios cuya protección en cada Estado nacional se considera básica dentro de la política comunitaria.

El alcance de esta excepción sobrepasa el interés de un determinado Estado miembro (supuesto del artículo 55, párrafo 1) para situarse nivel de toda la Comunidad; es

(29) VIGNES, *op. cit.*, pág. 99.

por ello que las directrices adoptadas por el Consejo en virtud del artículo 55 párrafo 2, afectan al ejercicio de la actividad en todos los Estados miembros (30). Hay que señalar que, hasta el momento, el Consejo no ha adoptado todavía ninguna directriz específica al respecto. No obstante, a través de las directrices sobre eliminación de restricciones, el Consejo ha excluido, con carácter general, las siguientes actividades:

- Venta de tabaco y de sal, dada la diferencia existente entre los Estados miembros en lo que concierne a la organización de la venta al por menor de estos productos (considerando 12 de la directriz 68/363/CEE sobre comercio al por menor, ya citada).
- Agente de cambio (directriz 73/183/CEE sobre bancos y establecimientos financieros, ya citada, artículo 2).

V. REGIMENES ESPECIALES PARA EXTRANJEROS, ESTABLECIDOS EN RAZON DE ORDEN PUBLICO, SEGURIDAD PUBLICA Y SALUD PUBLICA

La aplicación directa del artículo 52 y la no adopción por el Consejo de las directrices de coordinación previstas en el artículo 56, párrafo 2, plantea también aquí la cuestión de la competencia actual de cada Estado para dejar sin efecto el principio de igualdad con el nacional en relación a determinadas actividades, a través de la instauración de regímenes especiales para extranjeros y mediante su justificación en el orden, seguridad, y salud pública por él mismo definidos.

La opinión de Vignes —al margen de la aplicación directa del artículo 52— es que este artículo, igual que el artículo 55 está motivado por imperativos del poder público, y que su significación, junto al artículo 223, es consagrar los límites del poder comunitario (31). Ello explica que el Tratado no prescriba ninguna medida comunitaria previa a la adopción de dichas excepciones, y que limite la acción del Consejo a la posterior coordinación de tales regímenes siguiendo la pauta marcada por los Estados miembros.

Hasta ahora este artículo sólo ha sido objeto de aplicación por el Consejo en relación con los regímenes de entrada y permanencia de extranjeros estatuidos por los Estados miembros. La directriz 64/221/CEE de 25 de febrero de 1964, sobre la coordinación de estas disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, se limita a establecer el marco en que dichos Estados deberán situar sus nociones de orden, seguridad, y salud públicos al referirlas a la entrada y permanencia de extranjeros procedentes de la Comunidad.

Esta directriz, sólo incide en lo que podemos llamar las condiciones generales de establecimiento de las personas físicas, y se aplica a todos los ciudadanos de la Comunidad que se trasladen a un Estado de donde no son nacionales para ejercer en él una actividad no asalariada, al margen de cual sea ésta (32).

Es previsible, sin embargo, que los Estados miembros se prevalgan del artículo 56, párrafo 1, también en relación a actividades concretas (por ejemplo, fabricación de

(30) *Ibid.*

(31) *Ibid.* págs. 100-101.

(32) Vid. esta Revista, vol. 1, núm. 2, nota sobre *Medidas generales necesarias para el establecimiento de personas físicas en la Comunidad Económica Europea*, págs. 614 y ss.

armamentos, servicios en establecimientos militares o lugares estratégicos, pesca, cabotaje, etc) y que el Consejo, en aplicación del párrafo 2 de dicho artículo, tenga que establecer los criterios donde deba enmarcarse el contenido del orden, seguridad, y salud públicos de los Estados miembros, en relación al ejercicio en su territorio de una actividad no asalariada por nacionales de otros Estados miembros.

Esta coordinación puede hacerse, bien de modo general, bien en relación a cada actividad concreta. El punto de partida para llevarla a cabo puede ser la directriz de 25 de febrero de 1964 a que antes he aludido, y el propio Tratado CEE, en su artículo 36 que, al permitir las restricciones cuantitativas justificadas por motivos de orden público, seguridad pública o moralidad pública, dispone que tales restricciones no deben constituir un medio de discriminación arbitraria ni de restricción encubierta. Aunque este artículo cae fuera del capítulo que el Tratado dedica al derecho de establecimiento, el criterio en él adoptado puede aplicarse también al artículo 56 (33).

En resumen, y siguiendo la línea inicial de este trabajo, puede decirse que el mantenimiento por los Estados de estos regímenes especiales, sólo se concibe en el sistema del Tratado de Roma en la medida en que no originen distorsión en el normal funcionamiento del Mercado Común; se trata de, reconociendo la función específica que corresponde a las instituciones estatales en la garantía del sistema económico, político y social que está en la base de la CEE, acomodarla, sin embargo, a las nuevas exigencias del Mercado Común; adecuación que se consigue a través de los órganos comunitarios mediante la coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas que en los distintos Estados miembros establecen tales regímenes de excepción.

VI. CONSIDERACIONES FINALES.

El carácter general y meramente indicativo de este trabajo, así como su incidencia sobre un tema abierto cuál es el de las excepciones a la libertad de establecimiento, no permite formular conclusión alguna sobre la materia.

La escasa concreción práctica y construcción teórica que los órganos comunitarios han realizado en aplicación de los artículos 55 y 56 del TCEE, hace que las excepciones a la libertad de establecimiento se presente como una cuestión abierta, susceptible de diversos tratamientos, y de formulaciones diversas sobre los criterios más adecuados para su determinación.

La opción que apunto a fin de señalar unas bases iniciales en la elaboración de criterios útiles para concretar el alcance de la libertad de establecimiento en la CEE —y en consecuencia, el contenido de las excepciones previstas en el propio Tratado— convergería en torno a los siguientes puntos de partida:

1. La comprensión del derecho comunitario debe abordarse en función de la estructura y finalidad económica concretas que lo justifican.

2. En este sentido, la justificación de las normas relativas a la libertad de establecimiento (incluidas sus excepciones), de los métodos utilizados para su realización,

(33) En este sentido, ver MARCEL COLOMES: *Le droit de l'établissement et des investissements dans la CEE*, J. Delmas et Cie., París, 1971, pág. 105.

y de las medidas adoptadas en su cumplimiento, hay que buscarla más que en razonamientos teóricos dentro de una lógica jurídica, en la adecuación práctica de tales normas, métodos, y medidas, a la estructura económica comunitaria.

3. En tanto que las funciones económicas asumidas por el Estado a través de sus órganos políticos y administrativos no sean susceptibles de desempeño por las instituciones comunitarias, la reserva en favor de los Estados miembros sigue siendo necesaria y se justifica en la medida en que la significación económica de las actividades que estos aseguran, sea garantizar el conjunto de las leyes del mercado.

4. Dentro de este contexto, el contenido de las excepciones previstas en el artículo 55 y 56 TCEE, deberá entenderse en función del buen funcionamiento del Mercado Común; teniendo en cuenta la coexistencia en el mismo de las nueve estructuras estatales de los Estados miembros, y la ausencia a nivel comunitario de un aparato institucional equivalente al de un Estado.

5. La adopción de unos criterios claros en la materia, se hace ahora más necesaria desde el final del período transitorio; a partir de este momento y en virtud de la aplicación directa del artículo 52, se opera una transferencia a los Estados miembros de la competencia anteriormente ejercida por el Consejo en orden a determinar las actividades que deben ser excluidas de la libertad de establecimiento.

La concreción del contenido de las excepciones a la libertad de establecimiento depende ahora: del Consejo (en la medida en que adopte directrices al respecto), de los Estados miembros como situación normal y generalizada, y del Tribunal de las Comunidades, siempre que, en relación a un supuesto concreto, se plantee una situación litigiosa y se requiera del Tribunal que interprete a título prejudicial los artículos del Tratado. De aquí la utilidad y necesidad de sentar las bases de unos criterios claros de actuación en la materia.

NOTAS

