EL TRATADO DE ESTABLECIMIENTO HISPANO-ALEMAN Y SU AMBITO DE COOPERACION ECONOMICA*

José Bonet Correa

SUMARIO: 1. La política internacional de convenios bilaterales entre la República Federal de Alemania y el Estado Español.—2. Las cuestiones del rango de aplicación de las normas del Tratado que afectan a los extranjeros.—3. El ámbito de cooperación económica del Tratado.—4. La fundación de empresas, la participación en sociedades y la adquisición del control de las empresas.—5. Los derechos y obligaciones para los nacionales de cada Parte en el territorio de la otra.—6. La protección y seguridad de los nacionales y de las sociedades de cada Parte en el territorio de la otra.

1. La política internacional de convenios bilaterales entre la República Federal de Alemania y el Estado español.

La República Federal de Alemania y el Estado Español han llevado a cabo un «Tratado de Establecimiento» (Niederlassungsvertrag) el día 23 de abril de 1970 [1], que se ratificó el 22 de febrero de 1972, entrando en vigor el día 26 de septiembre de 1972 [2].

* Este estudio forma parte del capítulo tercero de la obra *Las inversiones alemanas en España*, que publicará el CSIC.

1. Bundesgesetzblatt. Teil II Nr. 57 vom 12.9.1972, p. 1.041 ss., cfr. Langer, *Rechtsschutz für Kapitalanlagen in Entwicklungsländer*. Baden-Baden, 1973, pp. 16, 17, n. 11 y 69. Su noticia: «*Niederlassungsvertrag mit Spanien*», en *Mitteilungen der Industrie und Handelskammer zu Solingen*, 17 (Septiembre, 1974), p. 378; Aranzadi, *Repertorio de legislación* (1972), n.° 2212 y (1973) n.° 1772.

2. «Instrumento de Ratificación» del 22.2.1972.

Este Tratado [3] sustituye al viejo «tratado de Comercio y Navegación», de 12 de julio de 1883, y resulta la culminación de una serie de acuerdos bilaterales llevados a cabo por ambos gobiernos, con posterioridad al segundo conflicto bélico mundial para ámbitos concretos y determinados aspectos [4], como el comercial [5], la propiedad industrial [6], el impuesto sobre el patrimonio [7], el servicio de ahorro [8], las estaciones agrícolas [9], la doble imposición fiscal [10], la navegación marítima [11] y aérea, la asistencia aduanera [12], la investigación científica [13] y el desarrollo tecnológico, sobre justificantes de origen de mercancías de terceros países [14], para préstamos [15], para la protección de las denominaciones de origen y geográficas [16] y de seguridad social [17].

3. Aquí sólo se analiza el aspecto de cooperación económica que se contiene en el «Tratado de Establecimiento». Para un estudio más amplio v. ORTIZ-ARCE: «El Tratado de Establecimiento entre el Estado Español y la República Federal de Alemania, de 23 de Abril de 1970», en *Revista de Instituciones Europeas*, I-2 (1974) p. 565 ss.

4. Cfr. HOCKE: «Ein deutschespanisches Vermögensabkommen», en *Deutsche Devisenrundschau*, 8 (1958) p. 203 ss.

5. Acuerdo Comercial entre España y la República Federal de Alemania y Protocolo Anejo de 20.6.1960 y 9 octubre 1964 respectivamente v. B. O. E. del 10.X.1973 y BA Nr. 129 del 8.7.1970; BA Nr. 213 del 12.11.1964. También Circular Nr. 680 del 26.5.1972 sobre instrucciones para la aplicación del Acuerdo comercial, cfr. BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA: *Acuerdo Comercial y Protocolo Hispano-Alemán de 20 de junio de 1960*. Madrid, s. f.

6. Protocolo Adicional del 11.12.1963 al Convenio de 8.4.1958 sobre propiedad industrial. Instrumento de Ratificación de 27.1.1966.

7. Convenio acerca del impuesto sobre el patimonio de 5.12.1966. Instrumento de Ratificación de 13.7.1967.

8. Orden del 5.12.1968 que establece el servicio de ahorro hispano-alemán. Instrumento de Ratificación del 6.12.1968.

9. Convenio del 27.4.1963 para la Estación agrícola en Algarrobo (Málaga). Canje de Notas del 6.12.1968 para la prórroga del Convenio. Canje de notas del 17.5.1972, que modifica el Convenio.

10. Convenios del 5.12.1966 y 14.2.1968 y Orden de 10 marzo 1975 para evitar la doble imposición, cfr. CÁMARA DE COMERCIO ALEMANA PARA ESPAÑA: *Aclaraciones sobre el Acuerdo Hispano-Alemán, sobre doble imposición*. Madrid, 1974. BORRÁS: *La doble imposición: problemas jurídico-internacionales*. Madrid, 1974.

11. Convenio de Navegación de 27.8.1968. Instrumento de Ratificación del 5.3.1969.

12. Convenio de 27.11.1969 sobre asistencia aduanera. Instrumento de Ratificación del 18.5.1970.

13. Convenio de 23.4.1970 sobre cooperación en la investigación científica y el desarrollo tecnológico. Instrumento de Ratificación de 5.11.1970.

14. Cicular Nr. 649, de 18.6.1970 sobre justificantes de origen de mercancías originales de terceros países.

15. Decreto-Ley de 16.7.1970 y Orden 22.9.1970 sobre préstamo para la financiación del trasvase Tajo-Segura.

16. Instrumento de Ratificación de 11.9.1970 y Protocolo Anejo del Acuerdo sobre protección de las indicaciones de procedencia, denominaciones de origen y otras denominaciones geográficas.

17. Convenio de 4.12.1973 sobre seguridad social e Instrumento de Rati-

El Tratado de Establecimiento de 1970 abarca tres objetivos o finalidades fundamentales: la situación de los nacionales en el territorio del otro Estado, la cooperación económica y el bienestar social de ambos pueblos.

La situación de los nacionales (personas individuales y sociales), en el territorio del otro Estado, está basada en el «principio de la equiparación», por lo cual, la situación jurídica de ambos nacionales (alemanes y españoles) resulta en «las mismas condiciones» (art. 4 del Tratado) y «beneficios» (arts. 7 y 9) [18], «de acuerdo con la legislación aplicable a los nacionales», por lo que «serán tratados de manera tan favorable como los propios nacionales» (art. 10) y, a nacionales y sociedades, se les concederá el «trato de nacional» [19] y de «nación más favorecida» (arts. 9, 14, 16, 17, 18 y 19) [20].

El término o denominación de «nacional» alcanza: a) por lo que se refiere a España, a todas las personas naturales que posean la nacionalidad española conforme al Código civil (arts. 17 y ss.) [21]; b) por lo que se refiere a la República Federal de Alemania, a todos los alemanes en el sentido del art. 116, apartado primero, de la «Ley Fundamental» o constitucional [22] (Grundgesetz). Como prueba de nacionalidad se aceptan los pasaportes [23] o los documentos nacionales de identidad (Personalauswais) (Apartado 11, a y b del Protocolo).

ficación de 31 de diciembre de 1974», cfr. BRIBIAN: «Considerables ventajas a los emigrantes españoles», en el diario *Pueblo* de 18 de diciembre 1975, p. 17; SOTO NIETO: «La tutela del trabajador en el extranjero», en *Documentación Jurídica*, 5 (enero-marzo, 1975) p. 71 ss.

18. A excepción de la «cautio judicatum solvi» y el beneficio de pobreza en instancia judicial.

19. El trato de nacional garantizado por el art. 9, no se refiere a la tributación fiscal y no se acordará a ciertos profesionales y actividades, v. Protocolo del Tratado, Lista del apartado b.

20. Cfr. GROS ESPIEL: «La clause de la nation la plus favorisée. La Communauté économique européenne et l'aide aux pays en voie de dévelopment», en *Revue du Marché Commun*, 148 (1971) p. 411 ss.

21. Cfr. BONET CORREA: «Los extranjeros en el ordenamiento jurídico español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 4 (1965) p. 498 ss.; PRIETO-CASTRO ROUMIER, *La nacionalidad múltiple*. Madrid, 1962.

22. Cfr. MAKAROV: *Deutsche Staatsangehörigkeitsrecht*, 2.ª ed., Frankfurt am Main-Berlin, 1971; OSWALD: *Wer ist Deutscher im Sinne des Grundgesetzes? (Zur Auslegung des Art. 116 Grundgesetz)*, en Zeitschrift für den Lastenausgleich, 10 (1971) p. 185 ss.; SEIFERT: «Die deutsche Staatsangehörigkeit darf nicht entzogen werden (Zur Auslegung von Artikel 116 Abs. 1 GG)», en *Die öffentliche Verwaltung*, 19 (1972) p. 671 ss.

23. La mujer alemana de nacimiento, a pesar de su matrimonio con extranjero y adquirir la nacionalidad de su marido, el Gobierno alemán le concede un pasaporte de su nacionalidad, cfr. «Ausstellung von Pässen für deutsche Ehefrauen ausländischer Staatsangehöriger», en *Gemeinsames Ministerialblatt*, 35 Beil. Bonn, 1970.

Según puede advertirse, la importancia de este «Tratado de Establecimiento» sobrepasa a la de otros convenios donde tan sólo se regulan aspectos parciales de las relaciones entre los países. Al acordarse y reconocerse una recíproca equiparación de los nacionales de ambos Estados (arts. 12 y 17 del Tratado) su alcance abarca el amplio estatuto jurídico de las personas como de su patrimonio o bienes. Esta «equiparación» y «reciprocidad» representa una posición privilegiada para ambos nacionales (alemanes y españoles) respecto del régimen de que gozan los demás extranjeros en ambos países [24].

A pesar de esta «equiparación» y de la «reciprocidad» previstas en el «Tratado de Establecimiento», a los españoles les resultan teóricas, por el momento, las posibilidades de ejercicio en el ámbito económico, objeto o finalidad fundamental del Tatado, debido a que su capital y sus empresas todavía carecen del volumen y de la importancia específica que pueden aportar a la economía alemana [25]; y sigue siendo teórica esa reciprocidad para la mayor parte de los españoles en Alemania Federal por su condición de trabajadores [26], puesto que resultan excluídos prácticamente de esta equiparación, una vez que realizan «una actividad remunerada y por cuenta ajena», y, según el propio Tratado (art. 10, núm. 1), la iniciación y el ejercicio de esa actividad «se regulará con arreglo a las disposiciones legales y administrativas sobre empleados y trabajadores extranjeros» de cada Parte (alemana o española) [27].

24. En general existe una responsabilidad por parte del Estado frente a los extranjeros, cfr. FROWEIN: «Staatshaftung gegenüber Ausländern», en *Juristische Zeitung*, 19 (1964) p. 358 ss.

25. Cfr. LLOPIS MANERO: «Inversiones españolas en la República Federal de Alemania», *Cámara de Comercio Alemana para España*. Madrid-Barcelona, 1973.

26. Para los trabajadores españoles residentes en la República Federal de Alemania la aplicación de este Tratado puede tener un interés particular según se señala por ambas partes, cfr. *Niederlassungsvertrag mit Spanien*, en Mitteilung der Industrie und Handelskammer zu Solingen, 17 (1974 p. 378; SOTO NIETO: «La tutela del trabajador en el extranjero», en *Documentación Jurídica*, 5 (enero-marzo, 1975) p. 93.

27. Para la República Federal de Alemania, cfr. ELSNER: *Fremdarbeitpolitik in Westdeutschland (1955-1968)*. Berlin, 1970; ETZEL: *Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Berlin, 1971; KINDEREIT: «Arbeitsrecht für Auslander», en *Arbeits— und Sozialrecht*, 7-8 (1971) p. 156 ss.; SALOWSKY: «Ausländische Arbeiter-Was sie kosten, was sie bringen. Sozialpolitische Aspekte der Ausländesbeschaftgung», en *Arbeit— und Sozialpolitik*, 4 (1972) p. 143 ss.; BRILL: «Das Recht der Arbeitspapiere», en *Arbeitsrecht-Blattei* (1972) p. 266. Para España, cfr. ABAD: «El Mercado Común y los trabajadores en Alemania», en *Boletín de Estudios Económicos*, XVI (1961) p. 619 ss.; DEUTSCHE HANDELSKAMMER FÜR SPANIEN: *Erläuterungen zum spanischen Arbeitsrecht*, 2.ª ed. Madrid, 1974; «Arbeitsgenehmigungen für Deutsche in

No obstante, el «Tratado de Establecimiento» cuando «reglamenta la situación de sus nacionales que se encuentren en el territorio del otro Estado» ha tomado en consideración, también respecto de los trabajadores de ambos países, derechos fundamentales que deberán ser respetados para ellos en cuanto tales personas, sin necesidad de acudir a los preceptuados en el ámbito laboral (art. 1, núm. 2 y 10, núm. 9). Es más, la condición de «trabajador» o «empleado», no debe discriminarle a la hora que decida ejercer cualquier otro de los derechos que como ciudadano equiparado le garantiza este «Tratado de Establecimiento», por ejemplo, cuando trate de establecerse y ejercitar una actividad lucrativa por cuenta propia (art. 2, núm. 2 del Tratado) [28].

Este «Tratado de Establecimiento» debe suponer una muestra práctica de la buena voluntad y tradicional amistad de ambos países en sus relaciones individuales, económicas y sociales, así como el lograr una estrecha colaboración entre ellos en sus ámbitos científicos y culturales. Con el ánimo de esta buena disposición y de practicar una auténtica reciprocidad [29], podrán salvarse todas aquellas cuestiones conflictivas que puedan surgir a la hora de aplicar la letra de este Tratado que, indudablemente, para el inversor alemán en España supone una situación privilegiada frente a los demás inversores extranjeros, quienes carecen de esta equiparación de derechos con los españoles.

Sin embargo, debe constatarse —si se ha de ser objetivo para ambas partes— que, a pesar de lo tratado, la Administración económica española, en varios casos [30], también ha desconocido la po-

Spanien», en *Die Wirtschaft, Industrie— und Handelskammer*, Bonn, 8 (1974) p. 6; *«Spanische Arbeitsverordnung für das Gaststätten gewerbe»*. Las Palmas de Gran Canaria, 1976.

28. Resulta contradictorio constatar que un gobierno como el actual alemán, regido por la fracción socialista, niegue a los obreros españoles la posibilidad de establecerse por cuenta propia, al no concederles los permisos de establecimiento para una actividad lucrativa, lo que es objeto de constantes quejas y protestas por discriminación, que, por lo demás, en España no sucede, cfr.: «Industrie warb Arbeitskräfte, kein Handleren (Kammer bremst den Drang der Gastarbeiter in die Selbständigkeit Immer mehr Ausländer inter Tresen und Theken)», en *Die Kammer. Industrie— und Handelskammer zu Mönchengladbach und Neus*, (Septiembre, 1974), p. 381.

29. Por parte alemana se ha constatado que la utilización puede suponer para ambas Partes una contribución a la profundización y estrechamiento de las relaciones hispano-alemanas, cfr. «Niederlassungsvertrag mit Spanien», op. cit., p. 378.

30. La sentencia de 14 de noviembre de 1974, de la Sala 3.ª Contencioso-administrativa, dice que «el Tratado Hispano-Alemán de Doble Establecimiento, no es aplicable porque en el momento de emitirse el acto administrativo, de sentido denegatorio, impugnado primero en vía de reposición y más tarde en el presente recurso jurisdiccional, los Tratados internacionales, con independencia de su calificación doctrinal, no coincidente, no tenían con arre-

sición de preferencia que tienen las empresas alemanas en cuanto al establecimiento y el desarrollo de sus actividades en España y ha ejercitado una discrecionalidad en contra de la normativa aplicable basada en el pincipio de equiparación [31].

2. Las cuestiones del rango de aplicación de las normas del Tratado que afectan a los extranjeros.

Una cuestión previa, que debe quedar delimitada, es la de la prioridad del rango que tiene este «Tratado de Establecimiento» respecto de otras leyes y normas que pueden interferirse con el estatuto de extranjería que posea el residente de una de las Partes en el territorio de la otra [32].

Concretamente, la República Federal de Alemania con su «Aussenwirtschaftsgesetz» [33], y sus normas complementarias, y el Estado español con su «Texto refundido de las disposiciones legislativas sobre inversiones extranjeras en España», establecen una serie de limitaciones a las posibilidades y derechos de los inversores de capitales procedentes del exterior que, en cambio, no le alcanzan a un nacional o a un equiparado como él.

De aquí que, el «Tratado de Establecimiento» venga a reconocer que un alemán en España y un español en Alemania, a pesar de seguir siendo «extranjeros», no obstante, se diferencian de los

glo a la ley española, el carácter de fuente directa del Ordenamiento jurídico, ya que tal categoría sólo la han adquirido después de la Ley de Bases de 17 marzo 1973, para la modificación del Título Preliminar del Código Civil y, concretamente, con el Texto articulado mencionado con fuerza de Ley por Decreto de 31 de mayo 1974», cfr. ARANZADI, *Repertorio de jurisprudencia* (1974) n.º 4361, p. 3.3332 y ss.

31. Tanto la situación conflictiva de los trabajadores españoles en Alemania, como la de los empresarios alemanes en España ha concluido con cierta inoperatividad de este «Tratado de Establecimiento» hasta llegar al estado actual de re-negociación diplomática en que se encuentra. Esperamos que el realismo de ambas Partes y su buen criterio supere las diferencias. En este sentivo v. DEUTSCHE HANDELSKAMMER FÜR SPANIEN: *Investitionen in Spanien*, 13 ed. (April 1977) p. 43.

32. Sobre la problemática de validez y aplicación de los tratados, cfr. GROHS: «Privatrechtliche Auswirkungen des Staatsvertrages», en *Juristische Blätter*, 77 (1955), p. 585 ss.; MENZEL: «Die Geltung Internationaler Verträge im innerstaatlichen Recht», en *Deutsche Landersreferate zum VI Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Hamburg*. Berlin-Tübingen, 1962, p. 401 ss.

33. Concretamente, para este ámbito, cfr. LINDE: *Aussenwirtschaftsgeset und zwischenstaatliche Vereinbarungen*. Göttingen, 1970; SCHULZ: *Deutsches Aussenwirtschaftsrecht und EG-Recht*, en Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, 10 (1974) p. 401 ss.

demás extranjeros [34], al poseer un estatuto especial y concreto, de equiparación y reciprocidad con los nacionales; se trata de poseer la misma titularidad de derechos para sus actuaciones negociales, o sea, «actos jurídicos de cualquier clase» (art. 8 del Tratado), el tener «la propiedad y demás derechos» (art. 14 del Tratado); es decir, que a ambas partes del Convenio no pueden aplicárseles las normas por ellos establecidas para los extranjeros [35], sino la misma legislación que rige para los nacionales.

A este respecto, el «Tratado de Establecimiento» resulta claro y expresivo, no sólo cuando dice que las Partes estarán «en las mismas condiciones que sus nacionales», sino también cuando se refiere a que tendrán derecho «de conformidad con la legislación aplicable a los nacionales de la otra parte».

El Tratado, que contiene un amplio margen de equiparación con los nacionales (art. 9), no obstante, establece aquellos otros ámbitos donde esta equiparación no es posible, o resultan unas limitaciones y prohibiciones concretas, como son las actividades políticas (art. 12).

También dentro del ámbito económico de las propias inversiones de capital, el «Tratado de Establecimiento» coincide con las limitaciones establecidas por el texto refundido de las disposiciones legislativas sobre inversiones extranjeras en España (art. 23), en cuanto a «la participación de los extranjeros en ciertas empresas relacionadas con la defensa nacional (art. 9, núm. 5 del Tratado), pues, en cuanto a la información y el ámbito de los servicios públicos [36], las participaciones extranjeras se rigen por disposiciones específicas más favorables.

También por motivos de seguridad del Estado o de la defensa nacional, cada Parte podrá reservar la adquisición, posesión o utilización de terrenos para sus propios nacionales o someter la posibilidad de que los adquieran, posean o utilicen los nacionales de la otra Parte, a requisitos especiales establecidos para extranjeros (art. 8, núm. 3 del Tratado).

En cuanto a las actividades remuneradas y por cuenta ajena de «empleados y trabajadores», se regulará con arreglo a las disposiciones legales y administrativas sobre empleados y trabaja-

34. Cfr. ROSEN BAUER: *Die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Ausländers in der Bundesrepublik.* Würzburg, 1963.

35. Cfr. WILMANS: «Behandlung ausländischen Eigentums in Deutschland», en *Wirtschaftliche Bestimmungen in Friedensverträgen,* de LEVERKUERN. Hamburg, 1949, p. 137 ss.

36. El término «servicios públicos» en el párrafo 6 del artículo 9 será interpretado por cada Parte con arreglo a sus disposiciones legales (Protocolo del Tratado núm. 7, apartado a).

dores extranjeros de esta última Parte (art. 10, núm. 1 del Tratado) [37].

En lo referente a las actividades profesionales, según el Protocolo del Tratado [38], se excepcionan ciertas profesiones y actividades del «trato de nacionales», que acuerda el art. 9, párrafos 1, 2 y 3, salvo los que estuviesen facultados para el ejercicio de esas profesiones y actividades con anterioridad a la entrada en vigor de las nuevas limitaciones (art. 9, núm. 6 del Tratado).

Respecto a los técnicos [39], el Tratado (art. 10, párrafos 7 y 8) acuerda que se les dará «permiso de trabajo», bien con carácter temporal, o el requerido para el ejercicio de una actividad de instalación, o para el funcionamiento de su empresa, durante seis meses.

37. No obstante, en el apartado 9 del art. 10 del Tratado se acuerda que: «Los nacionales de una Parte empleados mediante la retribución en el territorio de la otra, serán tratados de manera tan favorable como los propios nacionales, en lo que respecta al contenido, nacimiento y término de la relación laboral, la remuneración del trabajo, las vacaciones pagadas, protección en el trabajo, jornada laboral, edad permitida para el trabajo, así como lo referente a la protección de las mujeres y jóvenes en cuanto dichas materias estén reguladas por leyes, reglamentos o por ordenanzas u otras disposiciones de la Administración».

38. En cuanto a las «actividades profesionales», el Protocolo en su núm. 7, apartado b), no aplica el «trato de nacionales» acordado, a las siguientes profesiones y actividades: 1. Médicos, Dentistas, Veterinarios. 2. «Heilpraktiker». 3. Farmacéuticos. 4. Notarios, Abogados, Consultores jurídicos y Gestores administrativos. 5. Abogados de patentes, Agentes de la propiedad industrial. 6. Inspectores de economía, Contables jurados, Asesores de impuestos, Apoderados para impuestos, Asesores económicos. 7. Actividad en el campo de la beneficencia y de la emigración. 8. Transporte comercial de personas o cosas por medio de aeronaves, utilización comercial de aeronaves para otros usos. 9. Maestros deshollinadores comarcales. 10. Ingenieros agrimensores públicos. 11. Ingenieros verificadores de estática de la construcción. 12. «Buchmacher» y Recaudadores de lotería. 13. Fabricación con fines de lucro de armas de fuego, municiones y el comercio con estos artículos. 14. Manejo y tráfico de materias explosivas, incluido su transporte. 15. Profesiones ambulantes independientes, siempre que no se desprenda algo distinto de lo dispuesto en el art. 13 (viajantes de comercio). 16. Capitanes, Oficiales de Marina y Radiotelegafistas de buques de pabellón español y alemán y Prácticos de Puertos. 17. Navegación de cabotaje. 18. Agentes privados de investigación o información. Cfr. HOFFMANN: «Anerkennung ausländischer Berufsabschlüsse», en *Der Betriebsberater*, 17 (1971) p. 751 ss.

39. Cfr. HENNEMANN: «Richtlinien für den Binsatz von Mitarbeitern im Ausland», en *Mensch und Arbeit*. München, 1961; NISSEN y BENNER: *Deutsche Arbeitnehmer im Ausland*. Heidelberg, 1962; REHS: «Zur Vorbereitung ausreisender deutscher Fachleute», en *Mitteilungen des Iustituts für Auslandsbeziehungen*, 2 (1960) p. 107 ss.; HANN: «Probleme beim Einsatz atlantischer Arbeitskräfte in Entwicklungsinvestitionen», en *Gegenwartsfragen der Unternehmensführung*. Festschrift zum 65. Geburtstag von W. Hagenack. Hene-Berlin, 1966, p. 447 ss.; DEUTSCHE HANDELSKAMMER FÜR SPANIEN: *Montagen und Monteure in Spanien*. Madrid, 1974; MARTÍN MARTÍN, *Seguro de montaje. Comentarios a las condiciones generales del seguro de montaje*. Madrid, 1975.

Por último, para las empresas controladas por extranjeros, o en las que se adquiera el control por extranjeros [40], cada una de las Partes podrá exigir requisitos especiales (art. 9, apartado núm. 4 del Tratado).

Salvo estas excepciones concretas, puede afirmarse la prioridad del rango de aplicación de este «Tratado de Establecimiento» respecto a otras disposiciones que rijan para los extranjeros. Es decir, que un alemán en España, al igual que un español en la República Federal de Alemania, si bien siguen siendo «extranjeros» en el sentido propio de la palabra, sin embargo, en virtud del Tratado, cuando se establezcan en el territorio de la otra Parte, poseen un estatuto privilegiado o especial al conceder a la otra Parte el «trato de nacional» en los mismos asuntos (art. 17 del Tratado), al ponerlos en las mismas condiciones que sus nacionales, o al poder ejercer sus derechos «de conformidad con la legislación aplicable a los nacionales» y, en todo caso, a conceder «un trato justo y equitativo» (art. 1 del Tratado).

Los demás extranjeros, por el contrario, carecen de esta situación de equiparación con los nacionales, como les sucede a los de terceros países que no están incluidos o ligados por un Tratado especialmente acordado.

3. El ámbito de cooperación económica del Tratado.

De las tres finalidades fundamentales que motivaron el concertar el «Tratado de Establecimiento», la «de reglamentar la situación de sus nacionales», la «de contribuir al bien social» y la «de fomentar la cooperación económica», es esta última la que voy a tratar de considerarla concretamente.

El «fomento de cooperación económica» supone una amplia perspectiva, actual y de futuro, en lo que se refiere a las relaciones conjuntas de ambas Partes en el ámbito de sus economías respectivas. No cabe duda que la «cooperación económica», correcta-

40. Para algunos aspectos en Alemania, cfr. JEPSEN: «Die Genehmigung des Gewerbebetriebes ausländischer juristischer Personen in Bundesrepublik Deutschland», en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Bersters*, 10 (1966) p. 201; GLIECH: «Zur Genehmigung der Gewerbebetriebes einer dem deutschen Recht nicht vergleichbaren ausländischen juristischen Person im Inland gem. § 12 GewO (Kritische Ammerkung zu Jepsen)», en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1 (1967) p. 22 ss.; STROBL y KELLMANN: «Umwandlung einer inländischen Betriebstätte eines ausländischen Unternahmens in eine deutsche Tochtergesellschaf», en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 10 (1967) p. 385 ss.

mente entendida, tiene un vasto y amplio alcance; no se trata tan sólo de ampliar las actividades de importación y exportación entre ambos países [41], sino de establecer relaciones menos perecederas y más firmes como son las de un establecimiento de sus nacionales en el territorio del otro; es decir, actividades económicas dentro del seno de los propios ámbitos nacionales con su carácter más permanente o a largo plazo.

Los sujetos de estas relaciones económicas más permanentes son los nacionales de ambas Partes que actúan de modo individual, o como entes jurídicos con personalidad, asociaciones y sociedades, que se deciden a trasladar al territorio de la otra Parte toda o una parte de su «actividad lucrativa por cuenta propia» (art. 2 del Tratado).

Ahora bien, para la iniciación o el ejercicio de una actividad económica lucrativa y por cuenta propia es necesario la posesión de unos bienes o intereses con los cuales se pueda desarrollar. Sí el «Tratado de Establecimiento» concede a las Partes, personas individuales o personas jurídicas de derecho privado (art. 15 del Tratado), el derecho a fundar sociedades en el territorio de la otra Parte, según la legislación de los nacionales de dicho territorio (art. 9, núm. 2), indudablemente quiere decir que podrán aportar unos bienes, concretamente, un capital, tal como reconoce el propio Tratado al requerir a las sociedades, respecto del mismo, «obligaciones semejantes a las que se exijan a los nacionales» (art. 9, núm. 7).

Igualmente, en el Protocolo del «Tratado de Establecimiento»,

41. Cfr. ZAVALA: «La exportación española a Alemania», en *Información Comercial Española,* 392 (1966) p. 43 ss.; R., «Las importaciones españolas de la Alemania Federal», en *Información Comercial Española,* 392 (1966) p. 65 ss. El comercio exterior de la República Federal de Alemania con España para el año 1973 alcanzó los 2.025,5 Mill. de DM., en importación, y los 3.354,9 Mill. de DM., en exportación, cfr. DER BUNDESMINISTER FÜR WIRTSCHAFT: *Die Wirtschaftliche Lage in der Bundesrepublik Deutschland.* Monatsbericht 7 (1974) grupo 6.6 y 6.7. La República Federal, en estos últimos años (1973-1976), sigue siendo el segundo proveedor industrial de España, después de Estados Unidos, alcanzando un volumen de ventas de 122,7 mil millones de pesetas, cfr. CÁMARA DE COMERCIO ALEMANA PARA ESPAÑA, *La economía hispano-alemana. Memoria del Ejercicio Social 1976.* Madrid, 1977, pág. 43. También: «Gruswort von Bundeswirtschaftsminister Dr. Hans Friederichs», en *60 Jahre im Dienste der deutsch Spanische wirtchaft.* Monetszeitschirft der Deutschen Handelskammer für Spanien, 4 (1977) p. 6 ss., donde hace ver cómo en el cuarto de siglo que va de 1950 a 1975, las importaciones alemanas procedentes de España han aumentado de 50 millones a 2.175 millones de Dm, en tanto que las exportaciones alemanas destinadas a España han pasado de 75 millones a 4.764 millones de DM. Las inversiones alemanas en España a finales de 1975 ascendían en total a 2.860 millones de DM.

al concretar cuando se consideran «empresas controladas por extranjeros» y referirse a las «que la participación del capital extanjero exceda del 50 por 100 (Protocolo, núm. 6, apartado a), demuestra cómo para la iniciación y el ejercicio de una actividad económica se han incluído las inversiones privadas de capital que cada Parte pueda hacer en el territorio de la otra.

La propia doctrina alemana [42] ha hecho notar que España no tiene con Alemania Federal un típico Tratado de promoción de las inversiones («Investitionsförderungsvertrag»), sin embargo, no deja de reconocer que un tratado de establecimiento («Niederlassungsvertrag») también contiene un importante alcance en cuanto a la promoción y protección de las personas y de sus capitales.

Efectivamente, el «Tratado de Establecimiento» germano-español, en su art. 1, concede en todo momento a los nacionales y sociedades de la otra Parte, a sus bienes, a sus empresas y a todos sus demás intereses un trato justo y equitativo. Queda, pues, implicada la aportación que hagan de sus capitales, en cuanto «bienes», al igual que respecto de las «participaciones» en empresas se incluyen «las procedentes de aportaciones monetarias o de cualquier otra índole admitida por la legislación» (art. 14, núm. 2 del Tratado).

«Aportaciones de cualquier otra índole» a las de carácter monetario son actualmente las incluídas como «capital» y hacen referencia tanto a otros bienes muebles e inmuebles, como a préstamos [43], créditos [44], cesión de marcas, patentes y licencias [45], el «know-how» o procedimientos industriales [46] y demás aportaciones financieras y técnicas [47].

42. Cfr. LANGER, *Rechtsschutz für kapitalanlagen in Entwicklungsländer*. Baden-Baden, 1973, p. 17, n. 11.

43. Cfr. «Die Emissionen ausländischer Anlaihen en der Bundesrepublik», en *Monatsberichte der Deutsche Bundesbank*, 16-12 (1964) p. 3 ss.

44. Cfr. THYWISSEN: «Sind Bankguthaben Geld im Rechtssinne?», en *Der Betriebs-Berater*, 31 (1971) p. 1347; FRYDECKY, «Garantien und Burgachaften für Finanzkredite an das Ausland», en *Deutsche Aussenwirtschafts-Rundschau*, 3 (1968) p. 41 ss.

45. Cfr. UNTERBURG, *Die Bedeutung der Patente in der industriellen Entwicklung*. Berlín, 1976; MARTIN y GRÜTZMACHER, *Der Lizenzverkehr mit Ausland. Genehmigungsvorschriften und steuerlichen Behandlung von Lizenzverträgen*, 4.ª ed. Heidelberg, 1972; SIECH, *Lizenzfertigung im Ausland*, en Internationales Wirtschafts-Briefe, 15 (1972) p. 481; DEUTSCHE HANDELSKAMMER FÜR SPANIEN: *Gewerblicher Rechtschutz in Spanien*. Madrid, 1974.

46. Cfr. KNOPPE, *Die Besteuerung der Lizenz— und know-how-Verträge*. Köln, 1964; GAUL y BARTENBACH, *Patentlizenz— und know-how-Vertrag*. Köln-Marienburg, 1973; MAGNIN, *Know-how et propriété industrielle*. París, 1974; DEUTSCHE HANDELSKAMMER FÜR SPANIEN: *Lizenz— und know-how-Verträge mit spanischen Firmen*. Madrid, 1974.

47. Cfr. DOMERGUE, *Technical assistance theory, practice and policies*.

En definitiva, el «Tratado de Establecimiento» entre la República Federal de Alemania y el Estado Español incluye, dentro de sus relaciones y actividades económicas, las que lleven a cabo sus Partes en el territorio de la otra Parte mediante la financiación de las empresas y sociedades con sus capitales privados.

La consecuencia de todo ello es que ambas Partes, sus nacionales y empresas, tendrán derecho a «fundar sociedades» o «a adquirir participación en las sociedades» y «de conformidad con la legislación aplicable a las nacionales y sociedades de la otra Parte» (art. 9, núm. 2 del Tratado), lo cual les exime, en parte, de seguir el régimen especial establecido para las inversiones de capital extranjero.

4. La fundación de empresas, la participación en sociedades y la adquisición del control de las empresas.

De todo lo expuesto hasta ahora resulta que un alemán federal en España, al igual que un español en la Alemania Federal, al fundar o participar en una empresa del tipo que sea [48], no rigen para él normas especiales de inversión como para los demás extranjeros, sino las disposiciones de «la legislación aplicable a los nacionales y sociedades de la otra Parte» (art. 9, núm. 2 del Tratado) [49].

Resulta, pues, que un alemán, sea persona individual o una

New York, 1968; HAVEMANN, *Transfer von Technologie in Entwicklungsländer* (1968); PLANUNSGRUPPE RITTER: Transfert von Technologie in Entwicklungsländer» en *Bundesstelle für Aussenhandelsinformation*, 49 (1973) p. 31 ss.; «Neue Grundsätze für die Technische Hilfe der Bundesrepublik, en *Wirtschaftliche Nachrichten der Industrie und Handelskammer für die Stadkreise Essen?* (1974) p. 362 ss.; «Durchführungsvorschriften sum Dekret über technische Hilfe aus dem Ausland», en Monatschrift der Deutschen Handelskammer für Spanien, 1 (1974) p. 33 ss.; INSTITUTO DE ESTUDIOS BANCARIOS Y BURSÁTILES, *Seminario sobre adquisición de tecnología extranjera.* Madrid, 1975; VICENT CHULIA: «Régimen jurídico de la transferencia de tecnología extranjera», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 4 (1975) p. 833 ss.; OKOLIE y CHUKWUMA, *Legal aspects of the international transfer of technology to developing countries.* New York, 1975; AGUILAR, CREMADES y CREMADES, *El contrato de asistencia técnica como modalidad de transferencia internacional de tecnología.* Madrid, 1976.

48. La interpretación del término «sociedades», en este Tratado (art. 15), «se refiere a sociedades comerciales o de otra clase, a todas las personas jurídicas de derecho privado o asociaciones en el territorio de la otra parte».

49. Cfr. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA: «Die Errichtung einer Tochtergesellschaft in Spanien», en *Zeitschrift für Unternehmens— und Gesellschaftsrecht*, 4 (1973) p. 445 ss.; DEUTSCHE HANDELSKAMMER FÜR SPANIEN: *Firmenniederlassung in Spanien.* Madrid, 1974.

empresa [50], puede fundar en España, o participar, en cualquier tipo de sociedad de las establecidas legalmente (anónima, de responsabilidad limitada, etc.) del mismo modo que lo pueda hacer un español. Como consecuencia, no tendrán las limitaciones que se establecen para otros extranjeros en cuanto al capital fundacional, por lo que podrá exceder de los límites cuantitativos y llegar hasta fundaciones y participaciones al 100 por 100 sin los límites cualitativos o peticiones previas de autorización, salvo los ámbitos excluídos por el propio «Tratado de Establecimiento», como son el de la defensa nacional, la información y los servicios de utilidad pública (art. 10, núms. 1 y 5).

Existe, pues, un principio de equiparación entre los nacionales de ambos países, como regla general, y unos matices o excepciones debidamente particularizadas. Este principio de equiparación viene pactado en el art. 9, núm. 1 del Tratado de Establecimiento, donde se acuerda: «Los nacionales de una de las Partes podrán ejercer actividades económicas y profesionales de cualquier clase en el territorio de la otra Parte en las mismas condiciones que sus nacionales; si fuese necesario para ello obtener una autorización administrativa previa, les será concedida en las mismas condiciones que a los nacionales. Esta norma será igualmente aplicable a las sociedades».

La consecuencia fundamental de este acuerdo es que el sistema de autorizaciones para los alemanes residentes en España, o que pretendan establecer aquí sus negocios, como para los españoles residentes en la República Federal, o que se decidan a establecer sus negocios y actividades empresariales en la República Federal de Alemania funcionará, únicamente, cuando se hayan dispuesto para sus nacionales, pero no en su condición de extranjeros, que no la tienen para este alcance.

Los matices y excepciones a este principio general vienen concretados en el «Protocolo» del Tratado, núm. 7 apartado b), en lo que se refiere a las actividades y profesiones que resultan excluídas de esta normativa general para ambas Partes contratantes.

Naturalmente que aquí nos volvemos a encontrar con los inconvenientes que toda economía controlada presenta, como el caso de España, cuando no se trata de una de mercado abierto y

50. El estatuto jurídico de las sociedades de una de las Partes será reconocido en el territorio de la otra Parte; sólo podrá negarse este reconocimiento cuando la sociedad afectada infrinja, con su finalidad social o actividad realmente ejercida, los principios y disposiciones que esta Parte consideren de orden público en el sentido de su Derecho internacional privado (art. 15, núm. 2 del Tratado).

libre, por lo que al ser necesarias autorizaciones en la mayor parte de las actividades industriales y comerciales, en definitiva, las soluciones no están institucionalizadas, sino que dependen del grado y conveniencias de la discrecionalidad administrativa [51].

También se advierte en los trámites ante la Administración del Estado una tendencia a generalizar el estatuto de extranjería a los alemanes federales sin atender a lo previsto por este Tratado de Establecimiento, no obstante, haberse expresado que para las Partes, sus nacionales y sociedades, sea distinto que para los demás extranjeros. A este respecto, el Protocolo del Tratado, matiza diciendo: «Las autoridades de una de las Partes tratarán benévolamente las solicitudes de los nacionales y sociedades de la otra Parte para la fundación de empresas, así como para la adquisición del control de las existentes, rechazándolo únicamente cuando lo exijan razones de orden público, de seguridad o de sanidad pública».

Lo establecido es consecuente con la posibilidad de que un alemán federal en España, o un español en Alemania federal, puedan crear o participar en el capital de las sociedades sin las limitaciones que para otros extranjeros existen cuantitativa o específicamente. En cambio, no podrá ser así cuando la empresa alemana (o viceversa, la española) esté dominada por otra extranjera (es decir, de un tercer país) (art. 9, núm. 4 del Tratado); se considera sometida o controlada por extranjeros una empresa cuando la participación del capital extranjero excede del 50 por 100 (Protocolo del Tratado, núm. 6, apartado a).

Consecuencia de la creación, participación o adquisición del control de una empresa por un alemán en España (o viceversa, de un español en Alemania), el Tratado concede el derecho a intervenir en la dirección y administración de la empresa de acuerdo con la legislación aplicable a los nacionales (art. 9, núm. 2). Este derecho podrá limitarse, únicamente, de conformidad con lo establecido en los párrafos 4, 5 y 6 del art. 10 del Tratado, es decir, el permiso de trabajo que necesitan ciertos empleados y trabajadores extranjeros vigente en el país de residencia, ya que si son «empleados directivos de una empresa» que desarrolle sus actividades en el territorio de la otra Parte, recibirán, a petición suya, la autorización para actuar como tales sin limitación alguna

51. Cfr. TAKANE: «Völkerrechtswidrige Verwaltungsakte», en *Internationales Recht und Diplomatie*, 3 (1957) p. 195 ss.; MARTÍNEZ RUIZ, «Los límites del poder discrecional de la autoridad administrativa», en *Información Jurídica*, 314 (1971) p. 7 ss.; PÉREZ OLEA, «La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial», en *Vida Local*, 173 (1972) p. 41 ss.

de orden territorial, temporal o profesional, salvo lo dispuesto en el art. 9, párrafo 6, es decir, las actividades relacionadas con los servicios públicos o que no sean accesibles a los extranjeros, o las profesiones y actividades enumeradas en la lista 7 del Protocolo, antes vista (art. 10, núm. 2 del Tratado).

El Tratado entiende como «empleados directivos» (art. 10, núm. 2): a) aquellos que legalmente ejerzan la representación de la empresa; b) aquellas personas a cuyo favor se hubiere extendido un poder general o una delegación; c) aquellos empleados que tengan el carácter de apoderados para la gestión de negocios en agencias o sucursales no independientes.

En cuanto a los viajantes de comercio de las sociedades, el Tratado (art. 13) establece las posibilidades que tienen en el territorio de la otra Parte para comprar y vender mercancías o tomar pedidos, por lo que podrán llevar consigo muestras. A este efecto, les basta el documento de identidad profesional expedido por las autoridades de su país que, exhibiéndolo, quedarán legitimados para su actuación, según el modelo del Convenio de Ginebra de 3 de noviembre de 1923, con el cual se les formalizarán y facilitarán las prácticas aduaneras [52].

5. Los derechos y las obligaciones para los nacionales y las sociedades de cada Parte en territorio de la otra.

El Tratado de Establecimiento precisa las condiciones, derechos y obligaciones, según los cuales, los nacionales y las sociedades pueden actuar recíprocamente. Así, la República Federal de Alemania y España se comprometen a facilitar a los nacionales respectivos la entrada y permanencia en su territorio, así como la libre elección del lugar de residencia y desplazamiento (art. 2, párrafo 1). Sin embargo, pueden negar la entrada en su territorio a los nacionales de la otra Parte, o a sus familiares, por razones de orden público, de seguridad, o de sanidad pública, o de buenas costumbres (art. 2, párrafo 3).

Los que residen legalmente en el territorio de la otra Parte podrán abandonar en cualquier momento el territorio siempre que no existan responsabilidades penales o razones de sanidad pública que lo impidan (art. 3, núm. 1). Estos mismos residentes

52. Cfr. Stumpf: *Verträge mit ausländischen Handelsvertretern. Hinweise für den Abschluss von Vertreterverträgen*, 4.ª ed. Heidelberg, 1973; Deutsche Handelskammer für Spanien: *Hinweise zum Vertragsabschluss mit spanischen Handelsvertretern*. Madrid, 1974.

sólo podrán ser expulsados por razones de orden público, de seguridad o sanidad públicas o buenas costumbres (art. 3, núm. 2).

Las medidas que adopten las autoridades competentes de una Parte para restringir la libertad o privar de ella a los nacionales de la otra Parte no serán lícitas más que cuando se produzcan en virtud de una ley o por causas penales (art. 5, apartado a). Si la privación de libertad se produce por causas no penales y no se necesita para ello, según la legislación interna de la Parte respectiva, una disposición o autorización previa e inmediatamente posterior de un Tribunal, la persona privada de libertad tendrá el derecho de hacer revisar la medida relativa a la privación de libertad ante un órgano judicial (art. 5, apartado c). De toda privación de libertad deberá darse cuenta al representante consular, quien tiene derecho a visitar al recluido tantas veces como estime necesario y a mantener correspondencia con el mismo, salvo que en una causa penal el Juez competente lo hubiese prohibido por decisión escrita y motivada (art. 5, apartado d).

Los nacionales de una de las Partes se beneficiarán en el territorio de la otra Parte, y en las mismas condiciones que los nacionales, de todas las ayudas que en casos de catástrofes naturales y otras semejantes se concedan en estos últimos con cargo a los fondos a tal efecto destinados (art. 6, párrafo 4).

Además de estos compromisos y derechos que adquieren los nacionales en el territorio de la otra Parte, el «Tratado de Establecimiento» mantiene unas exigencias y obligaciones. En general, los nacionales de una de las Pates estarán exentos de toda prestación personal de carácter público en el territorio de la otra Parte, siempre que no se trate de prestaciones civiles de carácter general previstas para la protección de la población civil, incluida la ayuda en caso de catástrofes naturales y defensa contra las mismas. La exención alcanzará también a las contribuciones que pudieran existir como reducción de dichas prestaciones personales (art. 6, párrafo 2).

Los nacionales de una de las Partes tendrán, en el territorio de la otra Parte, igual consideración que los nacionales de esta última en lo que se refiere a la obligación de prestaciones materiales de carácter público, como requisas y otras obligaciones de carácter semejante (art. 6, párrafo 3).

Las sociedades, concretamente, no están exentas de cumplir las obligaciones que se exijan a las sociedades nacionales semejantes y, en particular, las referentes a capital, responsabilidad y contabilidad social (art. 9, párrafo 7). En el Tratado se precisa cómo el estatuto jurídico de las sociedades de una de las Partes será reconocido en el territorio de la otra Parte; sólo se podrá

negar este reconocimiento cuando la sociedad afectada infrinja con su finalidad social o actividad realmente ejercida, los principios y disposiciones que esta Parte considere como parte del orden público en el sentido de su Derecho internacional privado (art. 15, párrafo 2).

Una de las obligaciones fundamentales que se exige a las sociedades extranjeras, cuando se establecen o crean sucursales en España —como en casi todos los países—, es su inscripción en el Registro mercantil[53]. En cuanto a los efectos de las inversiones, hay que distinguir entre la personalidad jurídica que pueden tener estas sociedades por el derecho de su país y las condiciones de ejercicio y operatividad en territorio español. A este respecto, el art. 15 del Código de Comercio español puntualiza que: «Los extranjeros y las Compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España, con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiere a la capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la Nación. Lo prescrito en este artículo, se entenderá sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los tratados y convenios con las demás Potencias».

En vista de que el «Tratado de Establecimiento» entre la República Federal de Alemania y el Estado Español tan sólo reconoce el estatuto jurídico de las sociedades, o sea, las diversas modalidades en que puedan concretarse como titular de derechos y obligaciones según el propio sistema normativo, en cambio, para actuar en territorio español habrá de atenerse a cumplir otras obligaciones tal como se prescribe por el art. 21 del mismo Código de Comercio, en su último párrafo, cuando manifiesta que «las sociedades extranjeras que quieran establecerse o crear sucursales en España presentarán y anotarán en el Registro, además de sus Estatutos y de los documentos que se fijan para las españolas, el certificado expedido por el Cónsul español de estar constituidas y autorizadas con arreglo a las leyes del país respectivo».

El Reglamento del Registro Mercantil, en su art. 84, núm. 2, abunda sobre este precepto, diciendo: «En los libros de sociedades se inscribirán: ...2.° Las sociedades extranjeras que quieran establecer o crear sucursales en España, según lo dispuesto en los artículos 15 y 21 del Código de Comercio». Este Reglamento

53. Sobre la inscripción registral obligatoria y para ciertos ámbitos concretos, cfr. FRANZRES: «Registrierungspflicht für Schutzrechts— und Technologie-Verträge in Spanien», *Die Wirtschaftsprüfung*, 23 (1973) p. 623 ss.

del Registro Mercantil, en su artículo 87, confirma la postura del reconocimiento de la personalidad jurídica y titularidad de las sociedades extranjeras creadas conforme a su normativa propia, aunque al actuar en España deban cumplimentar y conformarse al ordenamiento español. De aquí que se establezca: «La constitución, modificación o extinción de las sociedades domiciliadas en territorio español y, en general, todos los actos inscribibles relativos a las mismas serán calificados con arreglo a la legislación española, cualquiera que sea la intervención o participación que en ellos tengan personas naturales o jurídicas extranjeras. No obstante, la personalidad y capacidad de los otorgantes extranjeros se regirá por su Ley nacional respectiva».

De aquí que el Reglamento ratifica, en su artículo 88, los requisitos necesarios que deberán realizar las sociedades extranjeras actuantes en España. A este propósito, dice: «Las sociedades extranjeras que establezcan sucursales en territorio español se inscribirán en el Registro Mercantil correspondiente, presentando a tales efectos, debidamente legalizados, además de sus Estatutos, las escrituras o actos de constitución social y el certificado expedido por el Cónsul español de estar constituidas y autorizadas con arreglo a las leyes del país respectivo. En la inscripción primera de estas sociedades se harán constar las circunstancias exigidas para las españolas, según su clase, que resultan de los documentos presentados, así como el nombre y apellidos de las personas que ejercen la administración en España, las facultades que se les haya conferido y el capital que destinen a las operaciones que realicen en esta nación en la moneda nacional de su país respectivo y su equivalencia en pesetas al tipo de cotización oficial».

Este alcance obligatorio de la inscripción para las sociedades extranjeras [54], como para las españolas, se hace mediante la escritura notarial correspondiente al acto celebrado [55]. De aquí que

54. Los documentos extranjeros (escrituras o actos de constitución social) deberán estar traducidos al español por traductores habilitados para ello, dado que el artículo 148 del Reglamento Notarial exige que los instrumentos públicos estén redactados en idioma español; también se podrá expresar a doble columna en ambos idiomas (art. 150 del Reglamento Notarial), cfr. PUIG SALELLAS: «Lectura a extranjeros: el concepto de «intérprete oficial» del art. 150 del Reglamento Notarial», en *Revista de Derecho Notarial*, XLIV (1964) p. 163 ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «Inscripciones y autorizaciones industriales», en *Revista de Administración Pública*, 52 (1967) p. 425 ss.; GONZÁLEZ ALEGRE, «Documento notarial en lengua extranjera o regional española (Comentario a los arts. 149 y 150 del Reglamento Notarial)», en *Revista de Derecho Notarial*, XLVIII (1968) p. 403 ss.

55. En estos casos, la escritura es el único título capaz de producir la inscripción (art. 90 del Reglamento del Registro Mercantil).

también sea necesaria la inscripción, según el art. 86 del Reglamento, para los actos siguientes: 1.° La constitución de la sociedad; 2.° Los aumentos o disminución del capital social; 3.° La prórroga del plazo de duración; 4.° Las emisiones de obligaciones de todas clases, cédulas y las amortizaciones ordinarias y extraordinarias de unas y otros; 5.° El nombramiento y cese de administradores y liquidadores; 6.° Los poderes, así como su modificación, revocación y sustitución. No será obligatoria la inscripción de las escrituras de poderes generales para pleitos o para la realización de uno o varios actos concretos que no estén sujetos a inscripción; 7.° La fusión, tansformación, rescisión parcial, disolución y liquidación de la sociedad [56]; 8.° Todos los actos, contratos y acuerdos sociales que modifiquen el contenido de los documentos inscritos e influyan sobre la libre disposición del capital.

Además, toda inscripción que conforme a lo prevenido en el Código de Comercio y leyes especiales o en este Reglamento del Registro Mercantil tenga carácter obligatorio, según el art. 93, debe ser solicitada por los administradores de la sociedad, presentando en el Registro los documentos necesarios dentro de los treinta días siguientes al otorgamiento o su autorización o, en su caso, dentro del plazo especialmente señalado por la ley [57]. Los administradores responderán de los daños y perjuicios derivados de la falta de presentación o en los casos de culpa o negligencia.

Los efectos de la falta de inscripción en el Registro Mercantil, por lo que se refiere a las sociedades, es el de que los Jueces y Tribunales y las oficinas públicas no admitirán documento alguno referente a ellas de los que se hallan comprendidos en el art. 86. El art. 95 así lo proclama, añadiendo que, tampoco admitirán dichos documentos los Notarios que, en vista de ellos, hubieren de autorizar cualesquiera otros y deberán hacer constar en estos la inscripción de aquéllos.

Para las sucursales, se dispone en el art. 97 del Reglamento del Registro Mercantil que llevarán el mismo nombre de la sociedad añadiéndole la palaba «sucursal» y, en su caso, cualquier otra mención que las identifique. La apetura de sucursales deberá inscribirse primeramente en la hoja abierta a la sociedad y,

56. Cfr. ASOCIACIÓN PARA EL PROGRESO DE LA DIRECCIÓN: *Fusión y concentración de empresas*. Madrid, 1972; ELORDUY: *Análisis sectorial de la concentración de empresas en España* (1959-1965). Madrid, 1973.

57. Los notarios que autoricen los documentos sujetos a inscripción en el Registro Mercantil advertirán a los otorgantes la obligación que tienen las personas expresadas en el art. 93 de presentarlos en el Registro (art. 94 del Reglamento del Registro Mercantil).

además, será objeto de inscripción separada en el Registro Mercantil a que corresponda la sede de la sucursal. En esta inscripción se hará referencia y constatará el domicilio de la sociedad, del objeto social, la cifra de su capital y de la parcial que, en su caso, se asigne a la sucusal, así como de los órganos centrales de administración y de sus representantes y gestores en dicha sucursal. Las agencias o delegaciones con establecimiento abierto al público se inscribirán en la misma forma que las sucursales.

En cuanto a los demás requisitos y obligaciones de inscribir para las sociedades con divesas modalidades (colectivas, comanditarias, anónimas y de responsabilidad limitada), se ocupan los artículos 98 a 123 del Reglamento del Registro Mercantil.

6. La protección y seguridad de los nacionales y de las sociedades de cada Parte en el territorio de la otra.

Conseguir la protección y seguridad de las personas extranjeras que actúan fuera del país de procedencia es uno de los objetivos fundamentales de las relaciones económicas internacionales [58].

El compromiso escrito, recogido por el artículo 1, que se ratifica en este «Tratado de Establecimiento» entre la República Federal de Alemania y el Estado Español de concederse en todo momento, a los nacionales y sociedades de la otra Parte, a sus bienes, a sus empresas y a todos sus demás intereses, un trato justo y equitativo, supone aceptar ya un principio general de protección, tanto de alcance nacional como internacional.

Dentro del ámbito nacional, este principio general de protección, se concreta a las posibilidades de utilización de las mismas vías procesales civiles [59], penales [60] y administrativas [61] de cada Parte por los nacionales de la otra Parte dentro del territorio en que residen y desenvuelven su actividad negocial, según se acuer-

58. Cfr. Miaja de la Muela: «La protección internacional a las inversiones en país extranjero: el problema de la legitimación del Estado reclamante», en *Derecho de Gentes y Organización Internacional*, IV (1972) p. 6 ss.; Kopelmanas: «La protection des investissements privés à l'étranger», en *Droit et Pratique du Commerce International*, 1 (1975) p. 3 ss.

59. Prieto Castro: *Modelos para la práctica jurídica procesal civil.* Madrid, 1973; Prieto Castro, Gutiérrez de Cabiedes, Almagro, González Deleito: *Tribunales españoles. Organización y funcionamiento.* Madrid, 1973; Schermers: *Judicial protection in the European Communities.* Deventer, 1976.

60. El art. 5 apartado b) del Tratado de Establecimiento.

61. Cfr. García de Enterría: *Código de las leyes administrativas.* Madrid, 1969; González Pérez: *Los recursos administrativos.* Madrid, 1969.

da concretamente en el art. 4 de este Tratado. En él se dice: «Los nacionales de una de las Partes disfrutarán en el territorio de la otra Parte de protección y seguridad en las mismas condiciones, por lo menos, que los nacionales de ésta» [62].

Esta protección y seguridad de los nacionales de cada una de las Partes en el territorio de la otra, derivada de la equiparación que se les reconoce, se concreta en el art. 7 del Tratado respecto a los derechos subjetivos que se derivan de esta nueva situación normativa. Por tanto, se acuerda: «1. Los nacionales y las sociedades de una de las Partes podrán ejercitar en el territorio de la otra Parte sus derechos y llevar a cabo su defensa ante cualquier órgano judicial o administrativo, en las mismas condiciones y gozando de los mismos beneficios establecidos para los nacionales de dicha Parte. 2. No quedarán comprendidas en el párrafo 1, cuestiones relativas a la *cautio judicatum solvi* [63] y al beneficio de pobreza que se regularán por lo dispuesto en el Convenio de la Haya sobre procedimiento civil de 1 de marzo de 1954».

Además de referirse a la defensa de los derechos que cada Parte sea titular en el territorio de la otra, el Tratado concreta el derecho más fundamental de dominio, en su art. 14, párrafo 1, del siguiente modo: «La propiedad y demás derechos de los nacionales y sociedades de una de las Partes gozarán en el territorio de la otra Parte de una protección igual a la otorgada por las leyes de la otra Parte a la propiedad y demás derechos de sus nacionales [64]. La misma regla se aplicará también a las medidas, inves-

62. En el caso de expulsión (art. 3, núm. 2 del Tratado) sólo podrá llevarse a efecto, salvo motivos perentorios de seguridad del Estado, que aconsejen otra cosa, después de haber oído al interesado la posibilidad de presentar sus alegaciones y utilizar todos los medios y recursos previstos en la legislación.

63. Cfr. AGUILAR: «La 'cautio judicatum solvi' en el Derecho español», en *Revista Española de Derecho Internacional*, XXIV-3/4 (1971) p. 102 ss.

64. Para Alemania Federal, cfr. EHRENZWEIG: «Das deutsche Eigentum», en *Juristische Blätter*, 70 (1948) p. 472 ss.; GEIGER: «Die Eigentumsgarantie des Art. 14 GC und ihre Bedeutung für den Sosialen Rechtsstaat», en *Eigentum und Eigentümer in unserer Gesellschaftsordnung*, Veröff. d. Walter-Raymond-Stiftung, I (1960) p. 185 ss.; SEIDL-HOHENVELDERN: *Investitionen in Entwicklungsländern und das Völkerrecht mit einer Bibliographie über Staatseingriffe in ausländisches Privateigentum*. Köln, Berlin, Bonn, München, 1963. Para España, cfr. GALLARDO RUEDA: «Concepción fundamental de la propiedad», en *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, 111 (1950) p. 3 ss.; y «Limitaciones del dominio», en *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, 209 (1952) p. 3; CELAYA: «El derecho de propiedad. Reflexiones sobre el pensamiento católico actual», en *Estudios de Deusto*, XVI-34 (1968) p. 277; RUIZ-GIMÉNEZ: *La propiedad: sus problemas y su función social*, Salamanca-Madrid, 1962; FUENMAYOR, La propiedad privada y su fundación social, en Nuestro Tiempo (Marzo, 1962); CASTÁN: *La propiedad y sus problemas actuales*, Madrid, 1962; PECOURT GARCÍA, *La propiedad privada ante el Derecho Internacional*. Madrid, 1966.

tigaciones, inspecciones y otras intervenciones de carácter oficial. Por lo demás, éstas deberán realizarse de tal forma que molesten lo menos posible a los interesados».

Con este «Tratado de Establecimiento», además, se trata de conseguir y prever uno de los grandes males o uno de los aspectos más negativos que tienen las inversiones extranjeras de capitales privados, cual es la de la expropiación sin indemnización [65].

A este respecto, en este mismo artículo 14, párrafo 3, se pacta que: «La propiedad y demás derechos de los nacionales y sociedades de una de las Partes, sólo podrán ser objeto de expropiación en el territorio de la otra Parte por causa de utilidad pública o interés social y mediante indemnización. Esta indemnización deberá corresponder al valor de lo expropiado, ser efectiva y satisfecha sin demora innecesaria. Lo más tarde, en el momento de la ocupación, deberán tomarse las medidas necesarias para la fijación y pago de la indemnización. La legalidad de la expropiación y el importe de la indemnización podrán ser comprobados en un proceso judicial».

En cuanto a las requisas y otras obligaciones de carácter semejante [66], según el artículo 6, párrafo 3 del Tratado, los nacionales de una de las Partes tendrán, en el territorio de la otra Parte, igual consideración que los nacionales de esta última en lo que se refiere a la obligación de prestaciones materiales de carácter

65. Cfr. BAADE: «Die Anerkennung im Ausland vollzogener Enteignungen», en *Jahrbuch für Internationales Recht,* 3 (1950-51) p. 132; BEITZKE: «Probleme der Enteignung im Internationalen privatrecht», en *Festschrift für Leo Raape zu seinem 70. Geburtstag.* Hamburg, 1948, p. 93 ss.; DUDEN: «Enteignung deutschen Auslandsvermögens», en *Festschrift für Leo Raape zu seinem 70. Geburtstag.* Hamburg, 1948, p. 113; FREISE: *Die Enteignung der privaten deutschen Auslandsguthaben im Spiegel des Völkerrechts.* Düsseldorf, 1950; KNOLL: «Eingriffe in das Eigentum im Zuge der Umgestaltung gesellschaftlicher Verhältnisse. Zur Lehre vom Eigentum, der Enteignung und Entschädigung», en *Archiv des öffentlichen Rechts,* 79 (1954) p. 455 y 81 (1956) p. 157; HOFMANNSTHAL: «Eine Konvention für die Behandlung Konfiszierten Eigentums», en *Aussenwirtschaftsdienst des Betrieba-Beraters,* 5 (1959) p. 145; BOHMER: «Schutz durch Rechtssicherheit bei privaten Auslandsinvestitionen», en *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters,* 6 (1960) p. 156; KEGEL: «Internationales Enteignungsrecht», en *Soergels Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz,* 9.ª ed., V (Stuttgart, 1961) p. 405 ss. Para España, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: «Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de expropiación forzosa», en *Anuario de Derecho Civil,* VIII-4 (1955) p. 1.023 ss., y *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa.* Madrid, 1956; GONZÁLEZ PÉREZ: «La utilidad pública y el interés social en la nueva Ley de expropiación forzosa», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1955) p. 275 ss.; PERA VERDAGUER: *Expropiación forzosa,* 2.ª ed. Madrid, 1970.

66. Cfr. SCHNEIDER: «Zum Problem der Globalentschädigung bei Verstaatlichungsmassnahmen», en *Juristenzeitung,* 7 (1952) p. 407 ss.

público, por lo que a estos efectos gozarán de las mismas garantías jurídicas que los nacionales, así como el derecho a la indemnización; esta indemnización se ajustará a las condiciones señaladas para la expropiación en el párrafo 3 del artículo 14.

Además de esta protección y defensa particularizada de los derechos e intereses de las Partes, dentro del ámbito nacional, si se produjeran divergencias de opinión en la interpretación o aplicación de este Tratado, según el art. 20, la República Federal de Alemania o el Estado Español, se obligan a consultarse a fin de conseguir una solución amistosa.

Este segundo paso de la vía diplomática, no es óbice para que después de haber recurrido a los procedimientos civiles, penales y administrativos internos [67], se llegue a un compromiso por nuevas aclaraciones, arreglos convencionales, ratificaciones a una satisfacción o solución sobre los derechos, obligaciones e intereses conflictivos.

En caso de que no se llegara a una solución y una de las Partes lo solicitase, este Tratado (art. 20, párrafo 2) acuerda que el caso se someta a un Tribunal de arbitraje [68]. En el Tratado se conviene el establecimiento de un concreto Tribunal de Arbitraje, quien establecerá su propio procedimiento.

En primer lugar, este Tribunal de arbitraje se constituirá para cada caso y estará formado por tres árbitros. Cada Parte designará un árbitro; los dos árbitros designados elegirán un tercer árbitro, que deberá ser nacional de un tercer Estado y será nombrado por los Gobiernos de ambas Partes. Cada una de las Partes deberá designar su árbitro dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la solicitud presentada por la otra Parte;

67. Cfr. WEHBERG: «Pacta sunt servanda», en *American Journal of International Law*, 53 (1959) p. 775 ss.

68. Cfr. VERDROSS: «Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedeklauseln», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 18 (1957-58) p. 635 ss.; GOYOMAR: «L'arbitrage concernant les rapports entre Etats et particuliers», en *Annuaire Français de Droit International*, 5 (1959) p. 333 ss.; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: «L'arbitrage entre les Etats et les sociétés privées étrangères», en *Mélanges Gidel*. París, 1961, p. 367 ss.; SAFONT, «Arbitraje en las operaciones de comercio internacional», en *Información Comercial Española*, 510 (febrero 1976) p. 169 ss.; CREMADES: «El arbitraje en los contratos comerciales internacionales», en *Información Comercial Española*, 515-516 (julio-agosto, 1976) p. 167 ss.; PECOURT GARCÍA: «Ejecución de sentencia arbitral extranjera», en *Derecho internacional privado español. Jurisprudencia sistematizada y comentada*, I (Pamplona, 1976) p. 281 ss.; DAVID: *Unification du droit et arbitrage*. Deventer, 1977; COHN, DOMKE, EISEMANN: *Handbook of institutional arbitration in international trade. Facts, figures and rules*. Amsterdam, 1977.

de no hacerse así, el árbitro será nombrado a petición de la otra Parte por el Presidente del Tribunal Internacional de Justicia. Si los dos árbitros designados por cada una de las Partes no se pusieran de acuerdo para la elección del tercer árbitro en el plazo de un mes, el tercer árbitro, a petición de una de las Partes, será nombrado por el Presidente del Tribunal Internacional de Justicia. El nombramiento lo efectuará el Vicepresidente del Tribunal Internacional de Justicia, cuando el Presidente del mismo, conforme a los subapartados b) y c) de este párrafo se hallase impedido para acceder a la solicitud o si fuese nacional de una de las Partes. Si dicho Vicepresidente estuviese asimismo impedido o fuese nacional de una de las Partes, el nombramiento se efectuará por el miembro de mayor rango y antigüedad del Tribunal, que no fuese nacional de una de las Partes.

El Tribunal de Arbitraje resolverá con arreglo a las disposiciones de este Tratado, así como con las normas generales del Derecho internacional. Además, decide por mayoría de votos y sus resoluciones son obligatorias para ambas Partes.

Cada Parte tomará a su cargo los gastos de su miembro, así como los que ocasione su representación en el pocedimiento ante el Tribunal de Arbitraje, tanto los gastos del tercer árbitro como los demás del procedimiento serán por cuenta, a partes iguales, de ambas Partes. El Tribunal de Arbitraje podrá regular de otra forma la distribución de los gastos.

Con esta normativa bilateral se ha pretendido por los dos Gobiernos, alemán y español, el llegar a obtener un estado de derecho en las relaciones entre sus ciudadanos de un modo equiparado y recíproco con las garantías y seguridades suficientes para sus actuaciones como individuo o sociedades dentro del territorio de cada Parte.

No obstante, y de acuerdo con el gran especialista y prestigioso internacionalista, Seidl-Hohenveldern [69], hay que concluir que, entre los pueblos y Estados, más vale la existencia de un clima de buena voluntad y de responsabilidad que lo que puedan establecer los juristas con sus arreglos y garantías.

69. SEIDL-HOHENVELDERN, *Investitionen in Entwicklungsländern und das Völkerrecht mit einer Bibliographie über Staatseingriffe in ausländisches Privateigentum, cit.* p. 62.