

Consideraciones generales sobre inversiones extranjeras

SUMARIO: I. PANORAMICA GENERAL.—II. REFLEXIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO COMUNITARIO EN EL AREA DEL DERECHO DE CIRCULACION DE CAPITALES: A) INTRODUCCIÓN. B) ESTUDIO GLOBALIZADOR —Y SINTÉTICO— DE LA EUROPRECEPTIVA AL RESPECTO. C) DERECHO COMUNITARIO SOBRE LA MATERIA. D) REFERENCIA A LA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL COMUNITARIA SOBRE ESTA TEMÁTICA. E) ADECUACIÓN (O NO) DE NUESTRA NORMATIVA SOBRE EL CONTROL DE CAMBIOS E INVERSIONES EXTRANJERAS A LA PRECEPTIVA DE LA CEE.—III. CONSIDERACIONES SOBRE LA ADMINISTRATIVIDAD DE LA TEMÁTICA RELATIVA AL FENOMENO «INVERSION EXTRANJERA»: A) IDEAS GENERALES. B) CUESTIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA: a) *Actos discrecionales y reglados*: a') *Idea general*. b') *Acepciones de la locución «discrecionalidad administrativa»*. c') *Breve apunte histórico sobre la materia*. d') *Supuestos de discrecionalidad*: aa) Discrecionalidad táctica. ab) Discrecionalidad de dispensa. ac) Discrecionalidad insertada en evaluaciones técnicas. ad) Discrecionalidad de planificación. ae) Discrecionalidad de gestión.—IV. REFERENCIA AL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO Y EL REGIMEN DE INVERSIONES EXTRANJERAS.—V. NOCIONES SOBRE EL CONTROL DE CAMBIOS Y LAS INVERSIONES EXTRANJERAS: A) IDEAS GENERALES. B) POSICIONES DOCTRINALES AL RESPECTO. C) POSICIÓN LEGAL: a) «*Gubernamentalización*» de la normativa sobre el control de cambios: a') *Principios generales*. b') *Facultades normativas de la Dirección General de Transacciones Exteriores*. c') *Facultades normativas del Banco de España*. d') *Situación normativa actual de la preceptividad anterior a la LIE y RIE de 1986 dimanante de la DGTE y del Banco de España*. b) *Polivalencia de la normativa de la LRSCC*. D) CONTROL DE CAMBIOS E INVERSIONES EXTRANJERAS.

I. PANORAMICA GENERAL

En las páginas siguientes —y como adecuado ensayo preambular de las observaciones que ulteriormente acaecerán cuando emprendamos el concreto análisis del articulado del vigente RIE— voy a plasmar unas escuetas y ciertamente vertiginosas consideraciones sobre determinadas ramas jurídicas que impactan de forma sobresaliente en la diana central del debate jurídico que se va a escenificar en esta obra —reflexiones que

son de ineludible vertencia para la consecución de un equilibrado posicionamiento metodológico de los núcleos primordiales de exposición sobre los que va a pivotar axialmente este libro—, y que van a orientarse hacia la búsqueda de ciertas ideas primaciales —dentro de su elementalidad— sobre el Derecho objetivo comunitario de la CEE en su concreta atinencia a las facultades que los nacionales de los países miembros de la misma (personas físicas y jurídicas) —en su exclusiva calidad de tal y por expresa disposición del mismo— acreditan de trasladar internacionalmente sus capitales. Asimismo, haremos también una escueta alusión al Derecho Internacional Público y al Derecho administrativo en cuanto constituyentes de parcelas ordinamentales de decisiva y creciente incidencia en el área de juridificación que con cierto detenimiento y espaciosidad vamos a explayar debidamente en los comentarios que surgirán al socaire de la glosa de los citados artículos del RIE actual, concluyendo este inicial capítulo introductorio con la exposición de determinadas ideas acerca de las estrechas relaciones que median entre la legislación del control de cambios y la tuteladora de las inversiones extranjeras.

Ello expuesto, voy a acometer, en primer lugar, la tarea de formular una somera teoría general acerca de la normativa eurocomunitaria reguladora del derecho de circulación de capitales en el seno de los países miembros de la CEE, y, al efecto, tengo que señalar, como preliminar y básico apunte teórico de indiscutible influencia sobre la misma, que representando la erección de la CEE uno de los más ambiciosos y serios intentos (en parte, conseguido) de vertebrar un coherente sistema preceptual propiciador de un institucionalizado y vasto marco de libertad en el contexto operacional de los Estados miembros, es de justicia reconocer que el mismo no presenta un ámbito de efectividad y aplicación uniforme, y al respecto es fácilmente constatable la evidente cortedad —casi vaciedad— con que se concibe el Derecho subjetivo comunitario que nos ocupa, cortedad atributiva que el decurso del tiempo no ha ayudado precisamente a paliar, como lo demuestra cabalmente la adopción de la reciente —y restrictiva— Directiva sobre la materia de 17 de noviembre de 1986, que será pertinentemente investigada por nuestra parte en las páginas que van a venir.

II. REFLEXIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO COMUNITARIO EN EL AREA DEL DERECHO DE CIRCULACION DE CAPITALES

A) INTRODUCCIÓN

Vamos a estudiar esta temática ocupándonos, en primer lugar, de efectuar un escorzado delineamiento interpretativo de lo que da de sí la normativa eurocomunitaria, normativa enfocada analíticamente desde directrices de máxima brevedad y de centrado esquematismo, ocupándonos postreramente en poner de manifiesto el oportuno enlace (o discrepancia, en su caso) de nuestra preceptiva con la europea (conexión devenida ahora imprescindible dada la reciente incorporación de nuestro país a las Comunidades Europeas.

B) ESTUDIO GLOBALIZADOR —Y SINTÉTICO— DE LA EUROPRECEPTIVA BÁSICA AL RESPECTO

Se ocupan de esta materia los artículos contenidos en el capítulo 4 del TCCEE, que dando adecuada réplica al precepto fundamental consignado en el artículo 3 de dicho Tratado, apartado c) («A los fines enunciados en el artículo anterior, la acción de la Comunidad llevará consigo, en las condiciones y según el ritmo previsto en el presente Tratado..., c) la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales...»), dicen literalmente:

Art. 67. 1. Los Estados miembros suprimirán progresivamente entre sí, durante un período transitorio y en la medida necesaria para el buen funcionamiento del Mercado Común, las restricciones a los movimientos de capitales pertenecientes a personas residentes en los Estados miembros, así como las discriminaciones de trato por razón de nacionalidad o residencia de las partes o del lugar de colocación de los capitales.

2. Los pagos corrientes relacionados con los movimientos de capitales entre los Estados miembros quedarán liberados de cualquier restricción, a más tardar, al final de la primera etapa.

Art. 68. 1. Los Estados miembros concederán con la mayor liberalidad posible, respecto de las materias a que se hace referencia en el presente capítulo, autorizaciones de cambio en la medida en que éstas sean aún necesarias después de la entrada en vigor del presente Tratado.

2. Cuando un Estado miembro aplique a los movimientos de capi-

tales liberalizados con arreglo a las disposiciones del presente capítulo su regulación interna relativa al mercado de capitales y al crédito, procederá en forma no discriminatoria.

3. Los empréstitos destinados a financiar directa o indirectamente a un Estado miembro o a sus entes públicos territoriales sólo podrán ser emitidos o colocados en los demás Estados miembros cuando los Estados interesados hayan llegado a un acuerdo al respecto. Esta disposición no será obstáculo para la aplicación del artículo 22 del Protocolo sobre los Estatutos del Banco Europeo de Inversiones.

Art. 69. El Consejo, a propuesta de la Comisión, que consultará, a este fin, al Comité Monetario previsto en el artículo 105, adoptará, por unanimidad durante las dos primeras etapas y por mayoría cualificada después, las directivas necesarias para la progresiva aplicación de las disposiciones del artículo 67.

Art. 70. 1. La Comisión propondrá al Consejo medidas encaminadas a la coordinación progresiva de las políticas de los Estados miembros en materia de cambio, respecto a los movimientos de capitales entre dichos Estados y terceros países. Con tal fin, el Consejo adoptará, por unanimidad, directivas, procurando alcanzar el más alto grado de liberalización posible.

2. En el caso de que la acción emprendida en aplicación del apartado anterior no permita la eliminación de las divergencias entre las regulaciones de cambio de los Estados miembros, y cuando tales divergencias puedan inducir a las personas residentes en uno de los Estados miembros a utilizar las facilidades y transferencias dentro de la Comunidad, tal como están previstas en el artículo 67, con objeto de eludir la regulación de uno de los Estados miembros respecto de terceros países, dicho Estado podrá, previa consulta a los demás Estados miembros y a la Comisión, adoptar las medidas apropiadas para eliminar dichas dificultades.

Si el Consejo comprobare que tales medidas restringen la libertad de los movimientos de capitales dentro de la Comunidad más de lo necesario para alcanzar los fines del párrafo anterior, podrá decidir por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, que el Estado interesado modifique o suprima tales medidas.

Art. 71. Los Estados miembros procurarán no introducir dentro de la Comunidad ninguna nueva restricción de cambio que incida en los movimientos de capitales y en los pagos corrientes relacionados con tales movimientos ni hacer más restrictivas las regulaciones existentes.

Los Estados miembros se declaran dispuestos a sobrepasar el grado de liberalización de capitales previsto en los precedentes artículos, en la

medida en que su situación económica, especialmente la situación de su balanza de pagos, se lo permita.

La Comisión, previa consulta al Comité Monetario, podrá dirigir, a este fin, recomendaciones a los Estados miembros.

Art. 72. Los Estados miembros mantendrán informada a la Comisión sobre los movimientos de capitales a terceros países y desde éstos (*sic*) de que tengan conocimiento. La Comisión podrá dirigir a los Estados miembros los dictámenes que considere oportunos al respecto.

Art. 73. 1. En caso de que los movimientos de capitales provoquen perturbaciones en el funcionamiento del mercado de capitales de un Estado miembro, la Comisión, previa consulta al Comité Monetario, autorizará a dicho Estado para que adopte, en el ámbito de los movimientos de capitales, medidas de protección, en las condiciones y modalidades que ella determine.

El Consejo, por mayoría cualificada, podrá revocar dicha autorización y modificar tales condiciones y modalidades.

2. No obstante, el Estado miembro que se halla en dificultades podrá adoptar directamente las medidas anteriormente mencionadas, cuando resulten necesarias por razones de secreto o urgencia. La Comisión y los Estados miembros deberán ser informados de tales medidas, a más tardar, en el momento de su entrada en vigor. En este caso, la Comisión, previa consulta al Comité Monetario, podrá decidir que el Estado interesado modifique o suprima tales medidas.

Tras la transcripción de este abarrotado bloque de preceptividad eurocomunitaria del máximo nivel jerárquico podemos apuntar —desde vertientes valorativas de conjunto— que lo más destacable de su sentido preceptual es la indiscutible carencia de énfasis y apodicticismo que resulta del mismo, cosa particularmente inquietante siendo así que tal paquete de ordinalidad constituye el soporte básico legitimador de cualquier desarrollo normativo ulteriormente encajable en las coordenadas operativas del Derecho comunitario derivado (desarrollo que será debidamente contemplado después). Es como si los redactores del TCCEE, conscientes de lo resbaladizo del terreno fáctico a explorar preceptualmente, acrecentaran sus ya considerables reticencias y cautelas, multiplicando las prevenciones y las disposiciones excepcionales, siendo concluyente prueba de ello las bien dimensionadas dosis de buenas —y volátiles— intenciones que emanan de las «reglas de acción» (según la terminología de la ciencia jurídica italiana) que contienen los artículos supratranscritos (art. 67, que únicamente estatuye la eliminación definitiva de las trabas a la libre circulación de capitales en el marco de la CEE procedentes de los ordenamientos proteccionistas internos «progresivamente» y «en medida necesaria para el buen funcionamiento del Mercado

Común»), detectándose también fácilmente lo enjuto del sistema establecido al efecto de los propósitos normativos derivados del antes literalizado artículo 68, 1, a cuyo tenor las autorizaciones de cambio serán otorgadas «lo más liberalmente posible», evidenciándose asimismo, en esta línea de timidez, imprecisión y falta de contundencia normativa que estamos resaltando, la duda permanente que impregna los propósitos de los redactores del TCCEE (y la consecuencial falta de *autoritas* compulsiva de su reglatividad) en el artículo 71 —también transcrito— de dicho Tratado, establecedor de una disposición que consiente el mantenimiento postrero por parte de los Estados constituyentes de la CEE de sus respectivos *status quo* al respecto, regla configuradora de la admisible utilización de un sistema de *standstill* nacional que difiere de aquellos vertebrados de forma similar en otras áreas eurocomunitarias por lo vagoroso y amplio de su concepción, resultando indiscutible la certeza de tales calificativos de la fórmula pacata —casi pudorosa— utilizada por el artículo últimamente aducido, que resulta singularmente denotativa de una paradójica y palmaria confesión de impotencia eurocomunitaria al conferir a los Estados miembros las correspondientes facultades de endurecimiento de sus respectivas posiciones domésticas al respecto, evidenciándose asimismo lo sumamente quebradizo de la regulación que estamos analizando del contenido del artículo 73 del TCCEE, posibilitador de la adopción por parte de las soberanías de los Estados asociados de las pertinentes medidas de salvaguardia autorizadas (o no en determinados supuestos de excepción) por la Comisión.

Con lo dicho —con ser ello importante— no queda definitivamente perfilado el tupido abanico de limitaciones en cascada de factible vigencia en este ámbito (y cuya razón de ser radica en la tenaz e inconmensurable renuencia de los Estados miembros a embarcarse en lo que ellos consideran —con o sin razón— hipotéticas aventuras revisionistas de alto bordo de sus respectivas políticas de control financiero interno), siendo destacable, al efecto, el arracimado conjunto criterial de comediimiento y restricción —de teleología salvaguardadora— contenido en el capítulo II sobre la balanza de pagos, sito dentro del título II («de la política económica»), inserto, a su vez, en la tercera parte del TCCEE, que atiende al muy genérico tema de «La política de la Comunidad», criterios extremadamente ponderados y que resultan de sus artículos 108 («1. En el caso de dificultades o de amenaza grave de dificultades en la balanza de pagos de un Estado miembro, originadas por un desequilibrio global de su balanza de pagos o por el tipo de divisas de que disponga, que puedan, en particular, comprometer el funcionamiento del Mercado Común o la progresiva realización de la política comercial común, la Comisión procederá sin demora a examinar la situación de dicho Estado,

así como la acción que éste haya emprendido o pueda emprender, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 104, recurriendo a todos los medios que estén a su alcance. La Comisión indicará las medidas cuya adopción recomienda al Estado interesado.

Si la acción emprendida por un Estado miembro y las medidas sugeridas por la Comisión resultaren insuficientes para superar las dificultades surgidas o la amenaza de dificultades, la Comisión recomendará al Consejo, previa consulta al Comité Monetario, la concesión de una asistencia mutua y los métodos pertinentes.

La Comisión deberá informar regularmente al Consejo sobre la situación y su evolución.

2. El Consejo, por mayoría cualificada, concederá dicha asistencia mutua y adoptará directivas o tomará decisiones para determinar las condiciones y modalidades de la misma. La asistencia mutua podrá revestir, en particular, la forma de:

a) Una acción concertada ante otras organizaciones internacionales, a las que pueden recurrir los Estados miembros.

b) Medidas necesarias para evitar desviaciones del tráfico comercial, cuando el Estado en dificultades mantenga o restablezca restricciones cuantitativas respecto de terceros países.

c) Concesión de créditos limitados, por parte de otros Estados miembros, supeditada al consentimiento de éstos.

Además, durante el período transitorio, la asistencia mutua podrá igualmente revestir la forma de reducciones especiales de los derechos de aduana o de ampliaciones de los contingentes destinadas a favorecer el incremento de las importaciones procedentes del Estado que se encuentre en dificultades, supeditadas al consentimiento de los Estados que adoptaren tales medidas.

3. Si el Consejo no aprobare la asistencia mutua recomendada por la Comisión o cuando la asistencia mutua otorgada y las medidas adoptadas fueren insuficientes, la Comisión autorizará al Estado en dificultades para que adopte medidas de salvaguardia en las condiciones y modalidades que ella determine.

El Consejo, por mayoría cualificada, podrá revocar dicha autorización y modificar sus condiciones y modalidades», y 109 («1. En caso de crisis súbita en la balanza de pagos y de no tomarse inmediatamente una decisión de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 108, el Estado miembro interesado podrá adoptar, con carácter cautelar, las medidas de salvaguardia necesarias. Dichas medidas deberán producir la menor perturbación posible en el funcionamiento del Mercado Común

y no podrán tener mayor alcance del estrictamente indispensable para superar las dificultades que hayan surgido súbitamente.

2. La Comisión y los demás Estados miembros deberán ser informados de dichas medidas de salvaguardia, a más tardar, en el momento de su entrada en vigor. La Comisión podrá recomendar al Consejo la concesión de una asistencia mutua, con arreglo a lo previsto en el artículo 108.

3. Previo dictamen de la Comisión y previa consulta al Comité Monetario, el Consejo, por mayoría cualificada, podrá decidir que el Estado interesado modifique, suspenda o suprima las medidas de salvaguardia antes mencionadas», en cuanto establecedoras de medidas especiales de defensa para los sistemas fiduciarios internos, hipotéticamente puestos en peligro por el ejercicio del Derecho subjetivo comunitario a la libre circulación de capitales.

Concluye este escueto diorama prospectivo general poniendo de relieve la absoluta falta de imaginación aportada a este ámbito prescriptivo por el TCCEE, ya que la concreta enumeración de las transacciones invisibles contenida en el anejo III de dicho Instrumento constitucional presenta una marcada propincuidad de concepción con la resultante del ya anejo Código de Liberalización de las Operaciones Invisibles Corrientes—texto que adoptado en el seno de la OCDE ha influido decisivamente en la conformación ulterior del aludido TCCEE—, Código que mereció una muy favorable crítica por parte de la doctrina por su indudable carácter progresista, y respecto del cual ANTONIO ORTIZ-ARCE, en su aportación científica al libro de varios autores *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Madrid, 1986, referente a «La libertad de circulación de capitales en la Comunidad Económica Europea», apunta, en la página 294 de dicha obra general, que: «El Código se inscribía dentro de los propósitos de constituir una especie de zona de libre cambio, donde la prestación de servicios estuviera sometida a una perfecta libertad de competencias, abarcando la liberalización no sólo la transacción, sino también la correlativa transferencia financiera».

C) DERECHO DERIVADO COMUNITARIO SOBRE LA MATERIA

Tomando como base legitimadora de rango constitucional los artículos supracitados (y en especial el 69, antes dicho), el legislador comunitario ordinario ha adoptado hasta el día de hoy cinco Directivas (aparte de otras de específica atinencia a los valores mobiliarios, cuyo estudio no nos compete directamente), que son: la de 11 de mayo de 1960, la de 18 de diciembre de 1962 (modificativa de la anterior), la de 21 de

marzo de 1972, la de 20 de diciembre de 1985 (también modificativa de la primera de las relacionadas) y la más reciente de 17 de noviembre de 1986.

Además del relacionado conjunto de normas eurocomunitarias de derecho derivado, relativas al derecho de circulación transnacional de capitales, existe otro orbitante en torno al mismo (cuyo estudio en profundidad no nos interesa) que viene a aportar la imprescindible cobertura detallista al ejercicio de tal derecho, y del cual sobresalen determinadas Decisiones del Consejo (dos de mayo de 1964) relativas, respectivamente, a la colaboración entre los Estados miembros de la CEE en materia de relaciones monetarias internacionales y a la colaboración entre los Bancos centrales de dichos Estados a tales efectos; tres de 22 de marzo de 1971, referentes a la sucesiva realización por etapas de la unión económica y monetaria de la Comunidad, al fortalecimiento de la colaboración entre los respectivos Bancos centrales de los aludidos Estados y al oportuno establecimiento de un mecanismo de asistencia financiera a medio plazo (tema de aguda recurrencia ordinamental, ya que volvieron a ocuparse del mismo las Decisiones de 18 de diciembre de 1975, 19 de diciembre de 1977, 21 de diciembre de 1978, 15 de diciembre de 1980 y 17 de diciembre de 1982); dos de 18 de febrero de 1974, alusivas a la consecución de un alto grado de convergencia en cuanto a las políticas económicas de los Estados miembros de la CEE (reiterada por otra de 6 de febrero de 1979) y a la creación de un Comité de política económica; dos de 1984, por las que se autorizó a las Repúblicas Francesa e Italiana a continuar la aplicación de determinadas medidas de salvaguardia, de conformidad con el apartado 3 del artículo 108 del TCCEE; otra de 20 de diciembre de 1985, por la que se adoptó el informe anual sobre la situación económica de la Comunidad y se establecieron las orientaciones de política económica para 1986; sendas Resoluciones del mismo (dos de 22 de marzo de 1971, afectantes, respectivamente, a la realización por etapas de la unión económica y monetaria de la Comunidad) y diversos Reglamentos (el de 3 de abril de 1973, por el que se creó un Fondo Europeo de Cooperación Monetaria; dos de 18 de diciembre de 1978, referentes al sistema monetario europeo y creación del ECU; el de 16 de marzo de 1981, por el que se adoptó el mecanismo de los empréstitos comunitarios destinados al sostenimiento de las balanzas de pagos de los Estados miembros; el de 15 de septiembre de 1984, modificador de la anterior paridad del ECU; el de 30 de abril de 1985, por el que se conformó el mecanismo de préstamos comunitarios destinados a apoyar las balanzas de pagos de los Estados miembros, y el de 28 de octubre del mismo año, encaminado a regular la utilización de ECUS por «terceros tenedores»).

A la luz de los reflejos normativos aportados por este variopinto conglomerado de normas supracitadas, podemos encontrar —partiendo de los principios elementales que traslucen los artículos del TCCEE supratranscritos— un hilo conductor densamente filamentado —de porte tecnológico—, que unce debidamente todas las Directivas aludidas a la anteriormente transcrita reglatividad fundamental, presentándose la urdimbre de tal cordón umbilical bajo la textura y el apresto de un sistema muy disfuncional, consistente en la elaboración de un listado heterogéneo de actos hipotéticamente encajables en los esquemas operativos del derecho a la libre circulación de capitales que estamos estudiando, estableciéndose, a tales efectos, por la primera de ellas (en realidad, la más importante) cuatro conjuntos grupales de operaciones objeto de la consiguiente liberalización comunitaria (listas A, B, C y D), incluyendo en la lista A —de liberalización condicional para cada uno de los distintos supuestos englobados en la misma, pero con posible atenuamiento a un trámite previo controlador procedente de las distintas soberanías de los Estados miembros de la CE—, las denominadas inversiones directas, entendiéndose como tales aquellas que «sirven para crear o mantener relaciones duraderas y directas entre el suministrador de fondos y el jefe de empresa o la empresa a la que tales fondos son destinados con vistas al ejercicio de una actividad económica». De todos modos, es de reseñar que tal lista, bien que centrada nuclearmente sobre las mencionadas inversiones directas, no circunscribió su impulso normativo sólo a éstas, sino que también irradió su consecuente influencia a un abigarrado y polícromo bloque de actos y negocios jurídicos indeleblemente teñidos de transnacionalidad y transfronterización intracomunitaria (liquidación de inversiones directas, inversiones y desinversiones inmobiliarias, transferencias de emigrantes, donaciones, sucesiones, concesión y amortización de créditos a corto y medio plazo relacionados con transacciones comerciales con participación de un residente), entre los cuales, aparte de su carácter externalizado antes aducido, no es factible hallar ningún común denominador que pueda desempeñar funciones aglutinantes, como no sea el más o menos riguroso o anecdótico de aparecer efectiva o condicionalmente conectados con el oportuno ejercicio del derecho de establecimiento o libre prestación de servicios comunitarios. En la lista B, de liberalización también pura, simple, global y automática (y ésta sin necesidad de someterse al trámite previo controlador, antes aludido, sin perjuicio de las comprobaciones que sobre la idoneidad y legalidad de la inversión ya ejecutada pueda realizar ulteriormente la Administración concernida), se incluyeron determinadas operaciones sobre títulos valores negociados en Bolsa (mercado de valores sumamente transparente en cuanto a las condiciones de la pertinente negociabilidad sobre los mismos), extendiéndose

dose, en suma, la parábola aplicativa de tal lista a los casos de adquisición por residentes de títulos extranjeros y por no residentes de títulos negociados en Bolsas nacionales, a las liquidaciones de tales previas adquisiciones, así como al desplazamiento transfronterizo de los títulos representativos de los correspondientes créditos escriturarios.

De conformidad con lo antes argüido, la liberalización conseguida con la inserción de la lista B era, efectivamente, superior a la propugnada por la lista A, ya que la ejecutividad de la primera presentaba los caracteres de inmediata y debida sólo al impulso del destinatario de su preceptividad. Empero, el control de su efectiva cadencia aplicativa podía modularse en atención a lo estipulado por el artículo 2, 2 y 3, de la Directiva que nos ocupa, según el cual:

«2. Si las transferencias de dichos capitales se efectuaren en un mercado de cambio en el que las fluctuaciones de las cotizaciones no estén oficialmente limitadas, los Estados miembros procurarán que dichas transferencias se efectúen a cotizaciones que no presenten diferencias notables y duraderas con las practicadas para los pagos relativos a las transacciones corrientes.

La Comisión, previa consulta al Comité Monetario, podrá dirigir recomendaciones al respecto a los Estados miembros.

3. Si dichas transferencias se efectuaren bien en el mismo mercado de cambios que los pagos relativos a las transacciones corrientes, o bien en un mercado en el que las fluctuaciones de las cotizaciones se mantengan dentro de los límites aplicables al mercado anteriormente citado, la aplicación del apartado 1 del presente artículo se podrá limitar con carácter transitorio, en lo que se refiere a la adquisición de títulos extranjeros por parte de los residentes, a las entidades financieras y a las empresas que adquirieran títulos de sociedades extranjeras que tengan un fin social análogo.

La Comisión, previa consulta al Comité Monetario, podrá hacer recomendaciones al respecto a los Estados miembros.»

En la lista C, de liberación más bien aparente, metafórica e ideal por su absoluto condicionamiento, se comprendían las operaciones de emisión de títulos de empresa nacional sobre mercado extranjero, de títulos valores no negociables en Bolsa, de partes de fondos comunes de inversión, de operaciones de concesión y reembolso de créditos ligados a transacciones comerciales a largo y medio plazo, eventualidades inversoras todas ellas en las que la hipotética decisionabilidad pautadora estatal era expresamente reconocida por la Directiva en cuestión, al sentar, al efecto, en su artículo 3, 2, que:

«2. Si la libertad de dichos movimientos de capitales pudiere obstaculizar la consecución de los objetivos de la política económica de un Estado miembro, éste podrá mantener o restablecer las restricciones cambiarias a los citados movimientos de capitales que existieran en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva. Consultará a la Comisión al respecto.

La Comisión estudiará las medidas de coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros que permitan superar las dificultades y, previa consulta al Comité Monetario, recomendará a los Estados miembros la adopción de las mismas.»

Por último, en la lista D se incluyeron, sin ser mínimamente objeto de ningún apremio liberalizador inmediato, determinados movimientos de capitales a corto plazo de tipo *hot money*, según la jerga anglosajona *ad hoc*, así como «las transferencias a cuentas corrientes, las concesiones de préstamos a corto plazo no relacionados con transacciones comerciales y los préstamos con garantía netamente personal.»

Continuando por este surco de porte historicista sobre la materia, tengo que poner de relieve la existencia de dos acontecimientos relacionados de forma muy directa con este debate: 1.º Que en el año 1964 germinó la propuesta de una Directiva (que sería la tercera) sobre el particular, proveyente de la supresión de restricciones sobre emisión de títulos en Bolsas nacionales y la adquisición de títulos extranjeros, propuesta que ante las susceptibilidades que motivó su hipotética adopción en los países miembros de la CEE fue, a la postre, prudentemente retirada por la Comisión en 1976. 2.º Que con la finalidad de debelar (o erosionar) en la medida de lo posible los inicialmente inexpugnables parapetos defensivos tras los cuales se atrincheraban las ceñudas soberanías nacionales en la cerrada defensa de todos sus dominios competenciales relacionados con esta problemática, la Comisión encargó a un grupo de reputados expertos la elaboración de un informe encaminado a evidenciar las dificultades más importantes que podían obstaculizar la fluidez y operatividad del derecho subjetivo a la libre circulación de capitales sobre el que estamos reflexionando y los objetivos inmediatos a alcanzar en este contexto de comunitariedad, objetivos que, en medida alguna, debían alejarse de la consecución de un espacio financiero integrado.

El informe en cuestión —*Rapport Segré*— puso de manifiesto —entre otras cuestiones debidamente impeditivas de la libre circulación de capitales a efectivizar en el marco normativo eurocomunitario— considerables discrepancias instrumentales entre las normativas internas de los Estados miembros, y ello es así tanto por lo que afecta a la estricta taxatividad de los cauces de adjetivación funcionales del control de cambios domésticos, como la que apunta a los acrisoladamente crematísticos (financie-

ros y fiscales) —fruto de una reglatividad interna transida de directrices plagadas de intemperancia—, ocupándose también dicho informe de facilitar ciertas propuestas al respecto, propuestas que se corporeizaron congruentemente en un luminoso memorándum relativo a «la necesidad y las modalidades de una acción en el ámbito de los capitales», que la Comisión sometió al Consejo el mes de marzo de 1969 (*Bulletin des CE*, número 5, mayo de 1969).

Siguiendo con el análisis de este orden de cosas tengo que puntualizar al respecto que agotada la relativizada euforia inicial —casi novicia— de los redactores del TCCEE, los criterios normativos ulteriores en el ámbito de las Comunidades aparecen resuelta y claramente decantados hacia la restricción, favorecida, en cualquier caso, por la existencia de incontrolados movimientos especulativos en el seno de determinados países miembros de las mismas, siendo palmario exponente de ello la 3.^a Directiva, adoptada el 21 de marzo de 1972, en base a los artículos 70 y 103 del TCCEE, «para la regulación de los flujos financieros». Tal Directiva, de una parte, autorizó a la República Federal Alemana a activar los controles permitidos *in genere* (y a nivel normativo básico) por el artículo 109 del TCCEE, ya transcrito, y de otra, permitió que el antes dicho país, así como Bélgica y Luxemburgo —obligados inicialmente a una liberación incondicional en esta área—, pudieran derogar temporalmente la apertura de los préstamos y créditos no conectados a transacciones comerciales o a prestaciones de servicios entre residentes o no residentes, autorizando a tales países a una hipotética adopción por su parte de medidas cautelares (restrictivas y de otros tipos) que extravasaban con creces la estricta reglamentación de los movimientos financieros transnacionales (control bancario y de coeficientes de reserva obligatoria para los haberes de no residentes).

En este mismo posicionamiento ordinamental, de incontestable vuelta atrás respecto a los posiblemente ingenuos y bienintencionados planteamientos fundacionales, las correspondientes Actas de Adhesión de los países nuevamente accedidos a la condición de miembros de pleno derecho de la CEE, establecieron, sin excepción, amplias medidas transitorias de cariz coercitivo, medidas que difiriendo en su concreta funcionalidad y orientación objetiva y cronológica, acreditaban como común centro de gravedad sustentativo el representar importantes y escocientes derogaciones temporales en cuanto al conseguimiento inmediato y efectividad absoluta de la libertad de circulación de capitales patrocinada a nivel de derecho originario y derivado comunitario por la preceptividad dicha (medidas, no obstante, de pulquérrima legitimidad dado su innegable enraizamiento en la normativa aportada por los artículos 108 y 109

del TCCEE, medidas que, por lo demás, han sido reiteradamente prorrogadas por sendas Decisiones de la Comisión).

Culminando esta brevísima reseña de la preceptiva derivada eurocomunitaria, tengo que efectuar una compendiosa referencia a la importante —y reciente— Directiva de 17 de noviembre de 1986, que mantiene una absoluta disonancia normativa con el abarrotado catálogo de buenas intenciones delineado conjuntamente por el «Programa para una liberalización de los movimientos de capital en la Comunidad» (*Documentos EUROPE*, núm. 1.407, 13 de junio de 1986, comunicación programática pertinentemente dirigida por la Comisión al Consejo de Ministros) y por la oportuna —y concomitante— declaración del propio Presidente de la aludida Comisión (declaración más comúnmente conocida como «Plan Delors») para «la liberalización de los movimientos de capitales en la CEE y la creación del mercado financiero unificado» (instrumentos de reflexión, análisis y trabajo de marcado carácter progresista, expresivos de criterios plenamente asumidos por la Comisión frente a la tradicional reluctancia disquisitiva y operacional del Consejo de Ministros). Tal disposición eurocomunitaria supuso, como acertadamente señala ANTONIO FERNÁNDEZ TOMÁS, en su trabajo titulado «La nueva Directiva comunitaria en materia de capitales: de la libre circulación con carácter general al reforzamiento del control estatal», publicado en el suplemento número 23 (Comunidades Europeas) de la revista *La Ley*, de 30 de abril de 1987, «un auténtico frenazo en seco» del impulso normativo comunitario en la franja de facticidad que estamos contemplando.

Tal Directiva —plena y genuinamente inscribible sin fisuras en el entorno del desarrollo preceptual del artículo 67 del TCCEE (anteriormente transcrito)— trocó el sentido ordinamental de la primera, de 11 de mayo de 1960 (sustituyendo al efecto el liberal criterio modificativo aportado a la misma por la antes mencionada de 18 de diciembre de 1962), ateniéndose en el trazado y seguimiento de sus grandes directrices básicas al oportuno mantenimiento —más bien reactualización— de la cláusula *standstill*, cláusula que devenida ya altamente perturbadora en el desenvolvimiento primigenio del derecho a la libre circulación de capitales (considerado en su fase germinal, es decir, en atención a los pedimentos básicos contenidos en el TCCEE), resulta en la actualidad decididamente anticuada —incluso vetusta—, suponiendo su sorpresiva palíngenesia presente un insólito, insostenible e impresentable remozamiento de las más mostrencas y agrestes corrientes nacionalistas, derivando el aludido —e inesperado— renacimiento de la nueva redacción dada por el artículo 1 de la Directiva que estamos sucintamente escrutando al apartado 2 del artículo 5 de la de fecha 11 de mayo de 1960, precepto

que tras la reforma ha quedado así: «2. Los Estados miembros se comprometen a no hacer más difíciles los procedimientos de autorización requeridos en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva. Simplificarán en lo posible las formalidades de autorización y de control aplicables a la celebración o a la ejecución de las transacciones y transferencias y, en su caso, se concertarán para lograr dicha simplificación».

El texto transcrito, fruto, como hemos dicho, de la muy reciente Directiva de 17 de noviembre de 1986, ha hecho decir al autor últimamente mencionado, en su indicado trabajo publicado —como hemos apuntado— en la revista *La Ley*, que: «La reactualización, a finales de 1986, del expediente legislativo de las cláusulas *standstill* produce la impresión de que hay algo anacrónico en el contenido de la norma comentada, pues, de algún modo, supone un regreso a la técnica jurídica existente en el artículo 71 del Tratado CEE. Si entonces se trataba de limar asperezas, de no presionar a los Estados miembros con obligaciones concretas de contenido preciso que pudieran resultarles de algún modo, o en alguna ocasión, inadmisibles, en la actualidad parece difícil pensar en la realidad de un mercado financiero unificado si las Directivas formulan obligaciones de cumplimiento de escasa taxatividad».

No obstante la trascendencia de lo argüido, demostrativo, sin duda, de un evidente y desazonante fracaso eurocomunitario en esta concreta zona de facticidad objeto de su pertinente irradiación normativa, creo que es bastante más importante el hecho de que arropando solapadamente sus propósitos de restricción en esta área en manifestaciones anodinas y elípticas teñidas de tecnificación redaccional presuntamente perfeccionista (el preámbulo de la aludida Directiva habla de simple «reclasificación» de las operaciones que figuran en la lista B del anexo 1 de la de 11 de mayo de 1960), lo cierto es que el evidente sentido de «marcha atrás» que se desprende de la muestra preceptual que motiva estos comentarios alcanza de lleno, y directamente, al centro de flotación de la europeceptiva sobre la materia en virtud del sorprendentemente lacónico apartado 1 de su artículo 1 [«1. El artículo 2 queda derogado» (se refiere al artículo 2 de la Directiva plurimencionada de 11 de mayo de 1960)].

A pesar del depurado laconismo aducido es incontestable la enorme importancia del precepto transcrito, ya que la cláusula derogatoria expresa que contiene afecta precisamente a uno de los pedimentos de más hondo calado liberalizador de la última Directiva dicha, artículo que decía que: «Los Estados miembros acuerdan conceder autorizaciones generales para la conclusión o la ejecución de las transacciones y para las transferencias entre residentes de los Estados miembros relativos a los movimientos de capital enumerados en la lista B». En virtud de este

precepto, las operaciones transnacionales incluidas en tal lista B resultaban absoluta y efectivamente liberalizadas al ser objeto de una autorización incondicionada, general y automática hurtada a cualquier tipo de control preventivo presumiblemente ejercido con énfasis y delectación por las autoridades de los Estados miembros de la CEE.

Pues bien, a partir de la promulgación de la Directiva de 17 de noviembre de 1986, y en base a la expresión derogatoria aludida y de la oportuna y cosmética reclasificación de listas, que de cuatro pasan a tres, desaparece la autonomía de la anterior lista B (refundida en la A actual), que, como hemos apuntado, era en realidad la única verdaderamente liberalizada, resultando tal inclusión del contexto general de la aludida Directiva (y de la manifestación taxativa que sobre el particular efectúa el preámbulo de la misma ya referenciado).

A tales efectos, e incidiendo en el análisis de la concreta —y sinuosa— metodología utilizada por la indicada Directiva, el autor últimamente mencionado se demanda justamente en su indicado trabajo que: «¿En qué consiste, pues, la reclasificación?», y se responde diciendo que: «En derogar la vigencia de un núcleo elemental de movimientos de capital que podían realizarse, entre residentes de los Estados miembros, de modo automático, sin necesidad de ninguna autorización estatal de carácter previo; posiblemente por estimarse que la Bolsa era un mercado lo suficientemente transparente y dotado de publicidad como para hacer muy difícil en él la comisión de infracciones y fraudes. La derogación de la autorización general hasta ahora existente acaba, por tanto, con la que debería haber sido —desde hace veintiséis años— un primer paso hacia la creación de un espacio financiero unificado en el que las transacciones y transferencias pudieran efectuarse a lo largo y ancho de las fronteras internacionales comunitarias sin necesidad de ningún control administrativo de carácter previo».

Así, pues, y dejando al margen cuestiones de semántica legal («reclasificación» pura o algo más), lo que resulta inobjetable es que la Directiva últimamente mencionada supone un indiscutible —y escociente— retroceso en cuanto a la consecución de las últimas metas eurocomunitarias en su hipotético parangón con la de 11 de mayo de 1960, siendo asimismo absolutamente chocante el rasposo contraste que media entre la beatífica fraseología preambular y los endurecidos resultados concretos conseguidos por el articulado de la Directiva que estamos comentando.

En resumen, y tal como sintetiza admirablemente el supradicho autor en su aludido trabajo, las eventualidades inversoras sitas en la antigua lista B, pasan a ser sometidas al régimen previsto por la actual lista A, y precisa el citado autor, «ello quiere decir que van a seguir siendo ope-

raciones incondicionalmente liberalizadas, pero ahora van a dejar de serlo de un modo general, por lo cual los inversores pueden perfectamente estar obligados por la legislación nacional a solicitar la oportuna autorización administrativa caso por caso. Autorización que en ningún caso podrá estar sujeta a la discrecionalidad de la Administración, que sólo podrá efectuar un control de tipo verificación o control/conformidad, y que, por tanto, estará obligada a otorgar la oportuna autorización administrativa, incluso por la vía del silencio, si el proyecto de inversión cumple las condiciones exigidas por la legislación nacional, que tendrá que ser, a su vez, conforme con el Derecho comunitario. Ahora bien, no deja de ser curioso, por no decir contradictorio, afirmar que una transacción está incondicionalmente liberalizada para acto seguido someterla a un sistema de autorización casuística, aunque no sea discrecional. Lo cierto es que, tras la nueva Directiva, la credibilidad del espacio financiero comunitario queda de algún modo en entredicho, y eso parece grave».

Ello expuesto, y teniendo en cuenta que no nos interesa peculiarmente un seguimiento analítico exhaustivo de la reglatividad eurocomunitaria, vamos a soslayar el silueteado de lo que podría ser un debate en profundidad de la Directiva de 17 de noviembre de 1986 (que, por otra parte, y dejando al margen lo ya dicho, no ofrece sino un deslizamiento repertorial de casos a considerar en virtud de la refundición de las listas ya aludidas), limitándonos a exponer el punto relativo a la presunta aplicabilidad de tal Directiva a España, tema que ya motivó la consecuente preocupación del redactor de su preámbulo, que al efecto señaló que: «Considerando que el Reino de España y la República Portuguesa pueden aplazar, en virtud de los artículos 61 a 66 y 222 a 232, respectivamente, del Acta de Adhesión de 1985, la liberalización de ciertos movimientos de capital, no obstante lo dispuesto por las obligaciones de la Directiva de 11 de mayo de 1960, es conveniente que estos dos Estados miembros puedan aplazar, por períodos análogos a aquellos fijados en el Acta de Adhesión y por las mismas razones de orden económico, la aplicación de las nuevas obligaciones de liberalización derivadas de la presente Directiva».

Traduciendo normativamente tal intencionalidad preambular, el artículo 2 de la Directiva en cuestión, tras señalar en su apartado 1 que: «1. Los Estados miembros pondrán en vigor las medidas necesarias para ajustarse a la presente Directiva a más tardar el 28 de febrero de 1987. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión», va desgranando en los distintos párrafos de su apartado 2 un copioso y adensado conjunto de medidas transitorias especialmente afectantes a España y Portugal,

cuya dimensión y específica caracteriología depende, en suma, de la operación transnacional proyectada.

Tal amasijo normativo, de abigarrada factura conformadora y neta finalidad de regulación intersticial, ha preocupado lógicamente al autor últimamente dicho, que en su pluricitado trabajo señala que probablemente la prevención transitoria referenciada (dimanante del supradicho artículo 2) no hubiera resultado necesaria dado que el contenido de las Actas de Adhesión de dichos países a la CEE podían haberse considerado suficientes para bloquear la hipotética entrada en liza inmediata de la mencionada Directiva, y tras poner de relieve este razonamiento cardinal señala que: «Ahora bien, si es, sin duda, muy de agradecer el exquisito cuidado que el legislador comunitario dedica a los nuevos miembros, no parece hacerlo, sin embargo, con mucho conocimiento de causa, al menos por lo que respecta a España, cuya trayectoria legislativa, desde la postguerra hasta hoy, ha oscilado desde la previa autorización administrativa, individual y discrecional, hasta un muy mayoritario control/conformidad (quizá aún hoy con alguna excepción puntual), que no empieza a poner sus primeras piedras hasta el Decreto 3096/1976 sobre inversiones extranjeras, y que sólo diez años después logra generalizarse del todo. Teniendo en cuenta los antecedentes legislativos patrios, en la realidad a la Administración española le va a venir como anillo al dedo la nueva normativa comunitaria, por la sencilla razón de que es más restrictiva que la anterior y facilita en mayor medida el control estatal sobre las transacciones de capital».

Como adecuado colofón de lo que estamos diciendo, entiendo que sea cual fuere la intensidad de la pesadumbre que la Directiva que hemos parcialmente evidenciado suscite en el ánimo de los paladines de la idea de la integración europea, lo que es bien cierto es que la misma puede inscribirse perfectamente en el trazado de una línea teñida de sinceridad, coherencia y realismo innegablemente digna de encomio, ya que, y como certeramente pone de relieve el pluricitado autor en su supradicho trabajo: «Si se profundiza en este tema podrá verse que bien por la vía de la utilización de las cláusulas de salvaguardia (del art. 70, 2; del art. 73, o del art. 108), como en el caso de Francia, Italia, Irlanda, o bien por la vía de las reservas estipuladas en las respectivas Actas de Adhesión, como en el caso de Grecia, España y Portugal, la mitad de los Estados miembros no estaban aplicando alguna de las normas comunitarias sobre capitales en el momento de la adopción de la presente Directiva. Un dato más a señalar, en este orden de cosas, es que la proporción de Estados miembros partidarios de la restrictividad, que era sólo la tercera parte en 1960, ha crecido ahora hasta alcanzar la mitad. Teniendo en cuenta

que el Consejo de Ministros es el órgano comunitario representativo de los intereses de los Estados miembros en el seno de la Comunidad, no es de extrañar que la regulación actual, plasmada en la Directiva del Consejo de 16 de noviembre de 1986 sea más restrictiva que la establecida en 1960».

D) REFERENCIA A LA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL COMUNITARIA
SOBRE ESTA TEMÁTICA

Los esquemas de racionalización estructuralizadora del poder comunitario institucional se atienen habitualmente en su funcionamiento cotidiano a un guión preconcebido —y casi ritual— en el que frente a la inveterada progresía programática de la Comisión se opone la consabida medida y prudencia del Consejo —en ocasiones cutre y taimada—, zanjando el Tribunal de Luxemburgo las cuestiones litigiosas sometidas a su competencia. Conocimiento de forma generalmente extensiva no sólo en cuanto a la concreta delimitación de las zonas de influencia efectiva de la normativa comunitaria («robando» y elongando al efecto las oportunas parcelas de juridificación particularmente fronterizas con las sujetas a la correspondiente normativa dimanante de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros), sino también propugnando sin descanso una intensificación y ampliación ejercitativa de los derechos subjetivos atribuidos por el Derecho de las Comunidades a los nacionales de los países integrantes de las mismas.

Tal es, diríamos, el juego arquetípico del complejo entramado constitucional europeo, juego que por lo que atañe al área que nos ocupa quiebra espectacularmente en lo que afecta al tratamiento jurisdiccional del derecho a la libre circulación intracomunitaria de los capitales, ya que en este sector, el TJCE no ha mantenido —como en él es persistentemente habitual— una línea decisonal rigurosamente avanzada, sino que, por el contrario, la misma, en sus altibajos, ha pivotado sobre la indefinición y la incertidumbre, resultando de todo ello una línea jurisdiccional dubitativa, zigzagueante y absolutamente carente de convicción y estereotipo.

Del paquete de sentencias procedentes del TJCE que la aplicación de los artículos 67 y siguientes del TCCEE ha motivado, revisten especial importancia por su circunscrito alcance decisonal, singularmente incidente en la materia que nos ocupa, las de 11 de noviembre de 1981 (asunto *Casati*), 31 de enero de 1984 (asunto *Luisi e Carbone*) y 24 de junio de 1986 (asunto *Brugnioni, L., y Ruffinengo, R., contra la Cassa di Risparmio di Genova e Imperia*). En la primera de ellas, atinente al enjuiciamiento directo de la legitimidad de «las restricciones a las expor-

taciones de billetes de Banco» (enjuiciamiento perfectamente extrapolable para cualquier clase de restricción afectante a los movimientos de capital en abstracto), se debatió en profundidad, para ser resuelto negativamente, el posible efecto directo del artículo 67, 1, del TCCEE, llegándose a tal conclusión jurisdiccional en base a que la supresión de las cortapisas procedentes de los ordenamientos nacionales respectivos requería ineluctablemente la adopción de las pertinentes Directivas, cuyo ritmo de promulgación (vivo, medio sincopado) debía resultar imperiosa y sincrónicamente acoplado «a la medida necesaria para el buen funcionamiento del Mercado Común, coligiéndose de esta previa —y troncal— argumentación el que los Estados miembros de la CEE pudieren imponer nuevas restricciones a los movimientos de capitales intracomunitarios no liberalizados mediante las correspondientes Directivas, situación que se daba sin ningún género de duda en el caso debatido de los billetes de Banco.

Más recientemente, en la segunda de las sentencias argüidas, en base a un recurso prejudicial planteado por un Tribunal de Génova, el TJCE tuvo que dilucidar si: *a)* el turismo, el viaje de negocios, el viaje de estudios y los cuidados médicos dependían de las prestaciones de servicios o de las transacciones invisibles, en el sentido del artículo 106, 3, del TCCEE, o de las dos categorías a la vez, o *b)* si la transferencia de divisas para estos cuatro objetivos debía ser considerada como pago corriente o como movimiento de capital, en particular cuando se efectuase mediante la transferencia material de billetes de Banco.

A tales efectos, el aludido Tribunal, teniendo a la vista los sendos ordenamientos domésticos del control de cambios de Francia e Italia, compelitivamente limitantes de la salida de divisas para fines de turismo y de salud, dada la aplicación a la misma —como movimiento de capital— de la normativa resultante del artículo 67 del TCCEE y de la procura legal procedente de la Directiva de 11 de mayo de 1960 (en tanto en cuanto tales movimientos de capitales pudiesen ser incluidos, según dichos Estados, en su lista no liberalizada D, y ello aun cuando el turismo estuviere incluido en el ámbito liberalizado de las prestaciones de servicios, acogido al amparo del artículo 106, 1 y 2, del indicado Tratado), zanjo de forma categórica la polémica ante él residenciada y tras analizar concienzudamente el significado de las ciertamente polisémicas locuciones «prestaciones de servicios», «transacciones invisibles», «pagos corrientes» y «movimientos de capitales», señaló de modo lapidario, indubitado y contundente que los pagos transferenciales de divisas constituyen una contraprestación a realizar en el marco de una transacción subyacente, derivándose de esta consideración (y de otras colaterales de idéntico o similar cariz y parigual sustanciación) el que: «El artícu-

lo 106 del Tratado (se refiere al constitutivo de la CEE) debe ser interpretado en el sentido de que:

- Las transferencias a fines de turismo, viajes de negocios o de estudios y de cuidados médicos constituye pagos y no movimientos de capitales, incluso cuando son efectuados mediante la transferencia material de billetes de Banco.
- Las restricciones a estos pagos son suprimidas desde el final del período transitorio.
- Los Estados miembros conservan el poder de controlar si las transferencias de divisas pretendidamente afectadas a pagos liberados no son en realidad utilizados a los fines de movimientos de capitales no autorizados.
- Estos controles no podrían tener como efecto limitar los pagos y transferencias referidas a las prestaciones de servicios a un cierto montante por transacción o por período, ni hacer ilusorias las libertades reconocidas por el Tratado, ni someter el ejercicio de éstas a la discreción de la Administración...».

Aplicando su incisivo y aguzado bisturí hermenéutico sobre el «querer» jurisdiccional de la resolución supradicha, de inobjetable talante progresivo, ANTONIO ORTIZ ARCE, en su obra ya mencionada, página 299, señala acertadamente que: «Con esta decisión se constata un importante cambio respecto a la de 11 de noviembre de 1981 (asunto Casati, ya mencionado), al ampliarse el alcance de la categoría de los pagos en relación con las prestaciones de servicios y limitarse el correspondiente a los movimientos de capitales, cuyos contornos no liberalizados aparecen restrictivamente señalados... La sentencia supone también una seria advertencia para los Estados con reconocido régimen de excepción o de crisis conformado de acuerdo con los artículos 108 y 109 del TCCEE, al señalarse el carácter temporal de las restricciones de cambio, ya que «tales disposiciones, que conservan su función incluso tras la realización de la libertad completa de los movimientos de capitales, solamente conciernen a períodos de crisis» y no pueden ser mantenidos durante largos períodos, ya que «los controles directos de los instrumentos se convertirían en un instrumento permanente de política económica incompatibles con las disposiciones del Tratado».

No caben dudas acerca de la importancia de la sentencia que acabamos de explicitar someramente, y que supuso un evidente cambio de orientación en la inicial inflexibilidad resultante de la anteriormente indicada. Sin embargo, la misma no provocó el establecimiento de una postura jurisdiccional inamovible transida de consolidada progresividad, como

lo demuestra de forma indiscutible el dato de que poco después, el mismo Tribunal retornara inopinadamente a la angosta posición decisonal que en un principio mantuvo, resultando la misma de la última de las sentencias dichas, respecto de la cual ANTONIO FERNÁNDEZ TOMÁS, en su trabajo supraaludido, señala que: «No deja de ser curioso que en el mes siguiente a la publicación del Plan Delors, el Tribunal, en Brugnoli y Ruffinengo, realice una interpretación según la cual la decisión número 85/16 de la Comisión, que autoriza a la República Italiana a tomar medidas de salvaguardia que impliquen una restricción a los movimientos de capital, es en realidad una prórroga de las autorizaciones precedentemente otorgadas desde 1974 por vía de las correspondientes decisiones, y en su virtud, la normativa italiana que obliga a efectuar un depósito improductivo de intereses por un contravalor del 30 por 100 de la inversión que un residente efectúe en valores mobiliarios extranjeros es perfectamente válida y compatible con el Derecho comunitario».

Probablemente, el Tribunal, sintonizando con el sentir de su tiempo, no puede ir más de prisa sin poner en peligro los cimientos y paramentos básicos del Derecho europeo. De todos modos, la constatación de esta penosa y vívida realidad no empece un ápice a que en nuestra propia exigencia expositiva nos planteemos la consternación y el desánimo que se siente ante la enorme cicatería que resulta de la aludida decisión jurisdiccional.

E) ADECUACIÓN (O NO) DE NUESTRA NORMATIVA SOBRE EL CONTROL DE CAMBIOS E INVERSIONES EXTRANJERAS A LA PRECEPTIVA DE LA CEE

Partiendo de la base de que el Tratado de Adhesión de España a las instancias comunitarias —si bien se ocupa de periodificar adecuadamente las hipotéticas inversiones de los residentes en nuestro país en el exterior— mantiene una extremosa posición silente acerca del calendario a aplicar a las inversiones foráneas en España, es evidente la importancia que la cuestión que da pie a este epígrafe tiene en la actualidad, toda vez que resulta de todo punto imprescindible el inmediato acomodo del ordenamiento nacional a las derivas preceptuales dimanantes de la normativa eurocomunitaria.

Ello dicho, tengo que señalar que recientemente, y tomando como concreto punto referencial de legitimación las procuras habilitantes contenidas en la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de bases de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas, se promulgaron sucesivamente el Real Decreto Legislativo 1265, de 27 de junio de 1986, sobre inversiones extranjeras, y el Real Decreto 2077/

1986, de 25 de septiembre, por el que se aprobó el Reglamento de ejecución del texto anteriormente citado (texto normativo cuyo articulado va a ser seguidamente analizado en esta obra).

A la luz de los antecedentes alegados se plantea el problema, ahora crucial, de si tales textos se adecuan o no a las exigencias eurocomunitarias, problema que requeriría un estudio historicista y actual de considerable envergadura, que en estos momentos no podemos acometer. Empero, y con afán simplificador, sí que puedo exteriorizar mi opinión de que nuestro ordenamiento sobre inversiones extranjeras —cuyas muestras preceptuales más señeras acabamos de evidenciar— responde palmariamente en sus líneas caracteriales inmanentes y básicas a las propiciadas por la europa-receptiva (e incluso las sobrepasan después de la adopción por el Consejo de la Directiva de 17 de noviembre de 1967). Así, la cláusula *standstills*, oportunamente auspiciada por el artículo 5, 2, de la Directiva de 11 de mayo de 1960 (tanto en la primitiva redacción como en la nueva aportada por la últimamente mencionada), ha sido respetada límpida y escrupulosamente por el legislador español, protagonista meritorio de una incesante evolución normativa interna encaminada sin fisuras hacia una pertinente racionalización y liberalización del fenómeno de la inversión extranjera en nuestro país (tema que será ampliamente considerado en las correspondientes reseñas históricas que con ulterioridad subseguirán en este libro cuando abordemos, en concreto, la glosa del articulado del RIE).

Por otra parte, es fácilmente detectable en nuestro sistema jurídico de inversiones extranjeras el esquema de autorización general, automática y ejecutiva, que patrocinó en su día la Directiva de 11 de mayo de 1960 para todas aquellas eventualidades inversoras incluidas en la lista B de su anexo 1 (lista ahora refundida, como sabemos, en la A, en virtud de las directrices normativas resultantes de la de 17 de noviembre de 1986). Asimismo, el sistema de verificación administrativa no discrecional y previa a la consumación de la inversión pretendida, que resultó sustanciado por la Directiva de 11 de mayo, ha sido ampliamente recibida en nuestro Derecho, primero en virtud de lo establecido por el Real Decreto 623/1981, de 27 de marzo; después, por el 1402, de 25 de mayo de 1985, y en último lugar, por la vigente legislación sobre inversiones extranjeras. Incluso podríamos señalar que la generosidad del legislador español ha superado con creces la del comunitario al arbitrar en este sistema de verificación previa la técnica operativa del silencio positivo, en virtud de la cual si la Administración no resuelve la oportuna solicitud de verificación obsecrada en un tiempo determinado, su actitud omisiva se entiende como plenamente aquiescente de la pretensión dedu-

cida por el inversor extranjero, insertándose así considerables dosis de fluidez decisional en este ámbito.

Asimismo, nuestra reglatividad se ha puesto al paso del utilizado por la comunitaria en otros aspectos de su concreta normación, acaeciéndose ello con la nueva redefinición que en los textos españoles ahora vigentes se ha dado a las inversiones directas y en cartera, redefinición que parece una copia fiel de lo propuesto por el Derecho derivado comunitario.

Por último, sólo me resta agregar que en todo el sistema de acoplamiento de nuestro ordenamiento al europeo en este entorno únicamente detecto una presunta falla, y es la que resulta de la introducción de una importante cláusula de salvaguardia en nuestros vectores de operatividad del artículo 25, 6, del RIE, precepto que dice que: «Cuando la inversión proyectada por su cuantía, naturaleza o características financieras pueda tener consecuencias perjudiciales para la economía nacional, la Dirección General de Transacciones Exteriores elevará el proyecto al Ministro de Economía y Hacienda, previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores, comunicándolo así al interesado. La resolución corresponderá al Ministro de Economía y Hacienda, si la inversión proyectada no excede de 1.000.000.000 de pesetas, y al Consejo de Ministros, si tuviera un importe superior.

La comunicación al interesado dejará en suspenso el plazo para dictar resolución expresa establecido en el número 2 de este artículo».

No obstante, la existencia de esta cláusula protectoral de nuestros intereses financieros (de la que no se ha hecho uso hasta ahora) no es como para rasgarse las vestiduras, puesto que la misma puede tener perfecto engarce con todo el densificado sistema de cautelas y prevenciones que al efecto resultan no sólo del Derecho constitucional y derivado comunitarios, sino también —tal como hemos visto— de la congruente postura jurisdiccional del Tribunal de Luxemburgo.

III. CONSIDERACIONES SOBRE LA ADMINISTRATIVIDAD DE LA TEMÁTICA RELATIVA AL FENÓMENO «INVERSION EXTRANJERA»

A) IDEAS GENERALES

No es mi propósito efectuar un ensayo —ni siquiera silueteado— sobre la proyección del Derecho administrativo en el ámbito del acotamiento ordinamental de las inversiones extranjeras (cuestión, por otra parte, que recibirá su adecuado tratamiento especulativo cuando aborremos concretamente el estudio singularizado de los distintos artículos

del RIE vigente), aunque sí considero útil esbozar determinadas reflexiones sobre la administratividad general de toda la problemática que seguidamente vamos a abordar.

Al efecto, tengo que remarcar que justificándose consecuentemente la propia existencia de la Administración (en cuanto organización servicial del Estado ínsita en el círculo interior del mismo) en atención al bien común —abstractamente considerado— a alcanzar con su legítimo comportamiento, es evidente que dada la enorme vastedad —en longitud y latitud— de la fenomenología de la inversión extranjera y la gran magnitud de interés que la misma arrastra (nacionales y particulares), la inserción de la misma dentro de la metodología controladora, autorizativa y sancionadora activada por la referida Administración resulta lógica.

Empero, y a fin de ir puliendo, agudizando y depurando perfiles, tengo que constatar que la intervención administrativa en su coherente aproximación al área que estamos desbridando es dual, ya que, por una parte, la misma cristaliza pertinentemente en la existencia de abundantes muestras normativas producto de la actividad legisferante procedente de la Administración (muestras que vienen a aportar un imprescindible marco de practicidad y funcionalidad a lo que debe ser un adecuado seguimiento y resolución de las pretensiones que al efecto deduzcan los presuntos inversores extranjeros), y por otra, se materializa consecuentemente en una copiosa (casi abrumadora) entrada en juego decisonal y controlador de la referida Administración en el campo de facticidad que estamos considerando, y ello tanto en la vertiente petitoria como en la prototípicamente sancionadora.

Por lo tocante a la primera de las posibles manifestaciones administrativas dichas, tengo que traer a colación, en cuanto a su valoración global, lo que ya dije en mi obra *Estudios sobre extranjería*, Librería Bosch, Barcelona, 1987, en la que dejé escrito, al referirme deslindadamente al núcleo primacial de tal obra, que iba a dejar fuera de sus páginas lo que calificué de «fecunda problemática» conectada con el tema de las inversiones extranjeras sometidas a un régimen jurídico disciplinado por un «conjunto preceptivo de variopinto origen, de generalmente fugaz vigencia, de heteroclito contenido y de compleja y difusa jerarquía», caracterización que me continúa pareciendo plenamente válida en los momentos presentes y que en el preciso instante en que escribo este libro me parece incluso más incuestionada dado lo confuso de los planteamientos derogatorios que al efecto se dan en la actualidad respecto a determinadas muestras reglamentarias —producto de la actividad legisferante de la DGTE y del Banco de España— dictadas en base a la LIE y RIE, ahora decaídos; tema, por lo demás, que resultará

debidamente contemplado en las páginas inmediatamente subsiguientes y volverá a serlo en otros pasajes de este libro, a los que me remito.

En lo que específicamente afecta al hipotético e individualizado acto administrativo en sí, tengo que puntualizar que la congruente encarnadura del mismo, en lo tocante a la singular temática motivante de estas líneas, ha oscilado sin pausa entre una operatividad penetrada de una discrecionalidad absoluta y otra mitigada, siendo escasa y poco expresiva la presencia en esta área de autorizaciones (generales o individuales) automáticas a nivel normativo básico o reglamentario. En cualquier caso, a lo largo de estas páginas se efectuarán puntuales y detalladas referencias a aquellas cuestiones claves más íntimamente relacionadas con la profunda administrativización de toda esta problemática (sistema de autorizaciones, de verificación, de control sancionador, etc.), limitándonos ahora a efectuar determinadas reflexiones de generosa elementalidad sobre la discrecionalidad residenciable en los oportunos comportamientos funcionariales, observaciones cuya puesta de manifiesto considero esencial para el hallazgo de determinadas pautas de racional coherencia en toda esta fértil y abstrusa problemática.

B) CUESTIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

El análisis de tal cuestión nos introduce en un contexto de pluralidad de líneas interpretativas que confluyen —de forma fluidamente deslizante— en los más importantes núcleos de problematización en torno a los que orbita inveteradamente la temática de los actos administrativos reglados y discrecionales, dicotomía funcional de considerable envergadura que viene a polarizar en gran medida cualquier intento de elaborar con rigurosidad una teoría general sobre el acto administrativo abstractamente considerado.

a) *Actos discrecionales y reglados*

a') *Idea general.*—Pretender establecer una línea divisoria nítida e intangible entre tales conjuntos de actos constituye una auténtica misión imposible, dado lo sumamente poroso y fluido de sus planteamientos paramentales esenciales. Sin embargo, vamos a intentar traslucir lo más sobresaliente de esta dúplice posibilidad decisional de la Administración, y lo vamos a hacer desde un enfoque de esta problemática investigadamente asentado sobre una premisa especulativa inicial oportunamente dilucidadora de la teoría de la discrecionalidad (presuponiendo que lo reglado supone justamente lo contrario de los esquemas operativos cuya

filosofía elemental vamos a tratar de evidenciar sucintamente en estas páginas).

b') *Acepciones de la locución «discrecionalidad administrativa».*— El término «discrecional», considerado como forma concreta de iniciación, impulso y culminación de la actividad administrativa, permite diversas acepciones según el punto de vista que se adopte en su investigación. Así, acto discrecional puede ser entendido como aquel cuyo origen es debido a una pura decisión volitiva del órgano administrativo competente [el cual puede optar entre dictarlo o no (o revocarlo o no, en su caso), o bien a la forma en que aquél se adopte, atendiendo de modo peculiar a la específica configuración de su inserción (o no) en los esquemas rituarios preordenados al efecto por las leyes de procedimiento, o también, en última instancia, puede atañer a la *ratio*, motivación o contenido del acto en sí].

Todas estas acepciones, que mantienen entre sí una evidente interdependencia en determinadas eventualidades, son particularmente interesantes para un hipotético estudio de exigente porte administrativo. Mas aquellas que hacen concreta referencia al libre albedrío decisonal de la Administración, en cuanto a su posible actuación de oficio en los correspondientes dominios competenciales que le son reservados, y las que apunten a que su actuación se acomode o no a un pretipificado esquema adjetivador más o menos constriñente desde el punto de vista de su corporeización rituarial, van a quedar al margen de mis presentes alegaciones, **que únicamente se ceñirán a la estricta discrecionalidad de contenido o motivacional**, discrecionalidad que analizada desde dioramas expositivos de recíproca interaccionalidad y máxima abstracción aparece tratada con gran altura y detenimiento en un reciente trabajo de MARTIN BULLINGER, director del Instituto de Derecho Público de la Universidad de Friburgo de Brisgovia (RFA), titulado «La discrecionalidad de la Administración Pública», contenido en el número 1.831 de la revista *La Ley* (de 30 de octubre de 1987).

En dicha aportación doctrinal, el autor supracitado define magistralmente la discrecionalidad, cuya columna vertebral estamos tratando de sustanciar en estas líneas, como «el margen de libertad que se deriva para la Administración Pública cuando su actuación no está completamente predeterminada por un Tribunal. La discrecionalidad administrativa se caracteriza, por tanto, por una independencia doble: independencia respecto de los otros poderes del Estado, el poder legislativo y la justicia».

c') *Breve apunte histórico sobre la materia.*—La conversión de la monarquía absoluta en constitucional —hecho histórico de hondo calado secuencial producido a lo largo del siglo XIX— llevó aparejada como

medida presuntamente paliativa de la consiguiente pérdida del poder regio que la misma conllevó, el que el titular de éste dispusiese en exclusiva de amplias facultades ejecutivas y reglamentarias de densa textura, constituyendo las mismas un haz de decisionabilidad de perfiles difusos, pero de independiente, rotunda y expeditiva operatividad, absolutamente sustraído —incluso con áspero y crispado énfasis— a la posibilidad de cualquier tipo de coerción legal o de control jurisdiccional (que únicamente podía intervenir en la consecuyente adveración de cuestiones competenciales afectantes a la Administración que ejercía sus funciones por vía de delegación regia); sustracción que, por lo tocante al control judicial supradicho, presuponía que el organismo jurisdiccional llamado a conocer del caso planteado no pudiese entrar, bajo ningún concepto, en el análisis —profundo o no— de si el acto en cuestión incurría en la hipótesis de desviación de poder o si su motivación y racionalización era la adecuada, presumiéndose además, a todos los efectos, la intangibilidad absoluta de las presunciones de legalidad y ejecutividad (características institucionales del acto administrativo), y ello tanto si la Ley de cobertura del mismo era de textura abierta (no estableciendo ningún criterio orientador de la concreta arbitración del acto) como si tal Ley se acomodaba en su formulación a conceptos tan imprecisos y elásticos como los de «interés público» o «necesidad económica».

En definitiva, la discrecionalidad en este sentido clásico significaba, como muy bien apunta MARTIN BULLINGER, en su trabajo dicho, «un espacio libre en el que la Administración monárquica podía realizar sus 'propios fines' en la medida en que el marco de éstos no estaba prefijado por Ley promulgada por el monarca con la aprobación del Parlamento».

Siguiendo con este escueto pergeño historicista tengo que reseñar que a partir de los años veinte las cosas relacionadas con el tema crucial de estas páginas adquirieron un evidente y acelerado ritmo evolutivo, y la discrecionalidad administrativa fue entendida, en lo sucesivo, no como permitiente de una actuación administrativa descontrolada (legal y/o judicialmente), sino como simplemente legitimante de un comportamiento decisonal administrativo enmarcado en un contexto de distendida flexibilidad —más o menos anchurosa—, flexibilidad cuya presencia es imprescindible para el logro de los objetivos generales y especiales cuya consecución constituye el fin (y la razón de ser) primordial del Estado y de su organización burocrática y servicial (es decir, de la Administración, así la institucional como la territorial). Percutiendo magistralmente en este tema, y actuando a modo de sutil orfebre jurídico, el autor citado nos dice en su relacionado trabajo que: «Desde luego, en la bibliografía y en la jurisprudencia ganó peso la idea de considerar la discrecionalidad ya no como un espacio excluido de la regulación legal

y control judicial libre de la Administración, sino como un campo para realizar puntual y ágilmente los objetivos trazados por la Ley. Consecuentemente, el control judicial por la vía contencioso-administrativa ya no se excluía por principio, aunque se le consideraba restringido» (restricción, añadido por mi parte, que alcanzó su cenit durante la ominosa etapa de los totalitarismos europeos, dado el protagonismo político y administrativo absoluto que representaron en aquella patética etapa histórica de la humanidad los nuevos «césares» al uso).

Consecuencia tendencialmente reaccional y lógica derivada del aludido proceso histórico fue el que a partir del año 1945 —año en que concluyó la segunda guerra mundial— los paladines del «Estado de Derecho» que se pretendía instaurar por aquel entonces con caracteres de absoluta —incluso atolondrada— urgencia en el entorno europeo occidental, se propusieron, como objetivo básico de inmediata consecución, abolir de modo radical la elevada tasa de discrecionalidad administrativa que hasta entonces había enseñoreado con énfasis e imperio el modo de proceder administrativo de las potencias del eje, y en aquellos casos en que tal cosa —es decir, su interdicción radical— no fuere posible. Con tales caracteres de rotundidad y premura, la misma sólo debía ser extendida y aplicada de modo excepcional, y ello única y exclusivamente como elemento de pertinencia moduladora de la ejecución de leyes de textualización imprecisa o evanescente, proscribiéndose de forma tajante la posible actuación «alegal» de los órganos administrativos, que no podían devenir en manera alguna —en función de los nuevos planteamientos constitucionales— titulares de las consiguientes facultades legisferantes (entendidas debidamente éstas en su sentido taxativo y estricto, es decir, como posibilitadoras de la promulgación de leyes en sentido formal), y sólo muy limitadamente podían asumir ciertas competencialidades normativas proyectadas hacia la hechura de reglamentos *intra legem* (nunca *contra* ni *extra legem*), limitándose asimismo de modo notorio las anchuras posibilidades interpretativas que tales órganos detentaron sin control ni medida en tiempos pasados en el ámbito de la interpretación de los —congénitamente indefinidos— «conceptos jurídicos indeterminados».

Por otra parte, y en lo tocante al hipotético control judicial que por la vía de la jurisdicción especializada contencioso-administrativa pudiese recaer sobre los comportamientos resolutorios administrativos interaccionados de discrecionalidad, es sumamente remarcable el que por aquella época quedase conscientemente fracturado el principio de enumeración, listada pertinentemente englobadora de los actos concretos de tal cariz que resultaban judicialmente contrastables, medulándose en su lugar otro basado en la socorrida formulación de cláusulas generales de residencia jurisdiccional, extendiéndose así de forma harto considerable

y omnicomprensiva la adverabilidad judicial de todo tipo de decisiones administrativas, sea cual fuere su intrínseca finalidad (petitoria o sancionadora) y su concreta metodología resolutoria (reglada o discrecional).

De todos modos, este proceso no se decantó de forma definitiva hacia la inflexibilidad (y proscripción) en el ámbito de la aludida discrecionalidad, sino que fácilmente se captó —y además, bien pronto— la idea de que la absoluta reglatividad en todo el espacio operativo administrativamente cubierto no era sino una entelequia, incompatible, por lo demás, con lo que debía entenderse como una acertada acción de gobierno, y consecuentemente con ello, se produjo una irresistible resurrección de la actuación discrecional de la Administración, si bien, y dados los nuevos aires batientes de la moderna organización constitucional de los Estados, tal renacimiento venía compensado de modo equilibrado por un pleno y exigente atenuamiento a la idea basamental de que, en cualquier caso, todo acto administrativo, por muy movibles y osmóticas que fuesen sus intrínsecas coordenadas de motivación, tenía que poder ser sometido *in toto* a lo que se articuló como un inesquivable control jurisdiccional revisador *in potentiam* de todo el conjunto de decisionabilidad y enjuiciamiento instrumental, y tanto si la labor administrativa afectaba a las hipótesis normativas claras como si, por el contrario, atinaba a aquellas sobre las que se cernía perennemente la duda de cuál fuese auténtico querer preceptual (cosa que acontece al tratar de dilucidar el nebuloso significado de los aludidos «conceptos generales indeterminados»), extendiéndose, en su caso, el contraste judicial al que nos estamos refiriendo a la comprobación de si el proceder administrativo cuestionado extravasaba o no su propia teleología existencial (la búsqueda del bien común) mediante la admisión de pretensiones contencioso-administrativas arguyentes de presunta «desviación de poder» por parte del órgano de quien dimanó el acto resolutorio jurisdiccionalmente enjuiciado.

Se produce así una reactualización de la discrecionalidad, si bien debidamente pautada por una congruente —y correlativa— reducción de su ámbito operativo y por una coetánea intensificación optimizadora de las funciones de control que sobre la misma puedan ejercerse jurisdiccionalmente, exteriorizándose tales corrientes de centrifugación y catarsis de la pureza, neutralidad e idoneidad de los comportamientos funcionariales en el dato de que, por una parte, su hipotética toma de consideración —de la discrecionalidad— quedó recluida en el entorno de la exclusiva motivación o *ratio* del contenido del acto administrativo concreto de que se tratase, y de que por otra, el plausible control jurisdiccional aludido ganó en anchura, intensidad y eficacia.

Así, pues, en esta etapa histórica resultaron drenadas importantes dosis de conflictividad en el tema de la actuación discrecional de la

Administración, actuación que superando más o menos fundados recelos experimentó una creciente influencia en el *modus operandi* de las distintas Administraciones estatales, aun de las de más sólida raigambre democrática, influencia cuya justificación también caló profundamente en las opiniones de los autores que se ocuparon de esta temática, siendo buena prueba de ello las constantes opiniones que sobre el particular vertieron intérpretes de magnificente y bien ganado prestigio, tales como REUS, BACHOF, ULE, etc., opiniones a las que en un alarde sintético se refiere BULLINGER, quien en su supraaludido trabajo pone de manifiesto, en íntima comunión alegacional con lo que estamos diciendo, que: «Al efectuar la subsunción de un caso singular bajo un concepto jurídico indeterminado, sería necesario concederle a la Administración, bajo determinados presupuestos (según BACHOF) o, en general (según ULE), un espacio, estrechamente delimitado, de enjuiciamiento valorativo; este espacio, además, debería ser respetado por el Tribunal Contencioso-Administrativo. La discrecionalidad en lo referente al supuesto de hecho dejó de ser un espacio libre para las propias finalidades de la Administración, para convertirse en el legítimo espacio de oscilación en la interpretación subjetiva del sentido de la Ley, dentro del cual el Tribunal Contencioso-Administrativo debería otorgar preferencia a la interpretación escogida por la Administración en tanto resultara ésta sostenible».

Hemos dicho también en las líneas anteriores, que en los momentos presentes —y con referencia primordial al contexto político-administrativo del Occidente europeo— toda suerte de decisionabilidad administrativa es hipotéticamente sometible al pertinente enjuiciamiento tamizador impulsado y resuelto por parte de los Tribunales especializados erigidos al efecto, enjuiciamiento controlador que presupone la previa e imprescindible judicialización de la relación o decisión cuestionada por parte de las personas singularmente legitimadas para ello, constituyendo tal posibilidad pretensional una modalización del ejercicio del derecho a la tutela afectiva judicial, que es, en suma, un soporte básico —y *sine qua non*— de cualquier Estado de Derecho. Tal principio, de general aplicación en los países de democracia formal, permite, no obstante, ser consiguientemente matizado en virtud de la profundidad, intensidad y rutilancia adveradora del referido control jurisdiccional, que puede entenderse bien como absolutamente independiente de cualquier tipo de interpretación o aplicación normativa efectuada por la Administración demandada, o bien considerarse que la misma se hallase en posición de preeminencia respecto a ciertos pronunciamientos valorativos insertos o justificantes de su propia actitud decisional, cuya arboladura debe poder resistir el embate controlador antes dicho.

Los componentes de la aludida alternativa —que presentando como común denominador el sometimiento de todo el bloque resolutorio dimanante de la Administración a la oportuna adveración jurisdiccional difieren en cuanto a la intensidad (entendido este vocablo en su sentido más polivalente posible) de la respuesta judicial resultante de la misma—, se proclivizaron de forma indiscutible hacia la absoluta rigurosidad en la comprobación que los Tribunales competentes pudieren desplegar al respecto, comprobación que se extendió paulatinamente a la cuestión concreta de si el medio administrativo utilizado (es decir, la decisión singular adoptada) era o no el más idóneo, entre los posibles, para el logro de la específica finalidad a la que quedaba uncida teleológicamente la Ley aplicada (principio de proporcionalidad que en el ámbito sancionador administrativo acredita una importancia calculable), y ello siempre partiendo de la base de que el concepto genérico en cuestión hubiese sido interpretado y aplicado correctamente por la Administración decidiente (aspecto también sometible al pertinente debate judicializado).

Todo este estado de cosas hizo que el principio de discrecionalidad, de robusta encarnadura inicial, fuere menguando considerablemente, mengua que alcanzó cotas de inconmensurables dimensiones en todos aquellos supuestos en que la Administración operase sobre los derechos básicos de los ciudadanos (verdaderos «triumfos individuales», según genial expresión de DWORKIN en su libro *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984), respecto de los cuales los órganos jurisdiccionales competentes se reservaron no sólo las correspondientes facultades de zanjar decisoriamamente sobre la viabilidad de los actos administrativos que a ellos atinasen, sino también amplias posibilidades de dejar sin efecto —en vía preventiva— el carismático principio de la rigurosa ejecutividad de los actos administrativos (lógico corolario —tan caro a los estudiosos del tema— del principio de la legalidad de los mismos).

No obstante, y con ello paso al análisis apresurado de la fase actual, estamos asistiendo a un redescubrimiento del principio de discrecionalidad administrativa como medio favorecedor de lo que ha de ser una ágil adaptación de la decisionabilidad del propio tipo a las cambiantes e imprevisibles circunstancias socioeconómicas de la vida comunitaria actual. A tales efectos, acudo de nuevo al impagable magisterio del autor dicho, que, en su supradicho trabajo, aduce que: «Se ha abandonado la concepción de que la Administración Pública se podía y debía dirigir por el Parlamento con las menos lagunas posibles. Esta concepción causó un aluvión de leyes perfeccionistas que superaban la capacidad del Parlamento, paralizaban la Administración y hacían dificultosa la obediencia del ciudadano a la Ley».

De lo dicho se puede extraer la conclusión de que lo que debe hacer el legislador es simplemente dibujar las grandes líneas direccionales del entramado convivencial, dejando los consabidos detalles de su concreción —en ocasiones manifiestamente efímeros, dada la celeridad del incesante cambio social— a la oportuna discrecionalidad administrativa.

La formulación sistemática de tales premisas, constituyentes de lo más neurálgico de lo que se ha dado en llamar por los administrativistas «teoría de la esencialidad», reconduce el tema que estamos analíticamente escrutando a la pertinente exigencia del mantenimiento de un espacio más o menos amplio de discrecionalidad administrativa, cuya vigencia deviene insoslayable para que la oportuna consecución del bien común —razón de ser de todo tipo de acción administrativa— se logre en condiciones óptimas de idoneidad, oportunidad y puntualidad, tríptico de imprescindible objetivación que se consigue más fácilmente posibilitando una actuación administrativa de tal tipo, sustraída al rigorismo apriorístico y axiomático de unos rígidos esquemas ordenancistas de temperamento legal, incapaces de prever toda la rica problematicidad y cromatismo de matices de las situaciones cotidianas —siempre cambiantes por su propia ontología— que la acción administrativa debe resolver. Entendida la discrecionalidad que estamos debatiendo en los términos aludidos, es evidente que la misma queda desprovista de las aristas más punzantes de su conformación clásica, lo cual permite decir al autor citado, en su plurimencionado trabajo, que: «De esta manera, la discrecionalidad pierde el carácter adquirido en la postguerra, que la hacía parecer una laguna legal ‘preocupante’ en un Estado de Derecho, siendo misión de los Tribunales Contencioso-Administrativos eliminarla en lo posible. Tampoco es posible seguir entendiendo la discrecionalidad, en lo que se refiere a los supuestos de hecho, meramente como privilegio de la Administración de enjuiciar en cierto marco el sentido de la Ley de manera diversa del Tribunal Contencioso-Administrativo».

Sin embargo, y aun siendo todo lo dicho rigurosamente exacto, la mayor o menor dosis de discrecionalidad administrativa legítimamente tolerable en un determinado ordenamiento jurídico nacional (y la mayor o menor relevancia que sus planteamientos valorativos y aplicativos merezcan en las instancias jurisdiccionales) dependerán, en última instancia, de una serie de criterios a ponderar, de cuya enumeración —*ad exemplum*— se ocupa el precitado autor, que, en su trabajo supracitado, dice literalmente al efecto que: «Entre otras cosas, deberán considerarse a la hora de interpretar la Ley aplicable:

a) La finalidad específica de la Ley y la necesidad consiguiente de atribuir a la Administración ejecutora un margen considerable de libertad de configuración.

b) La especial necesidad de protección de los derechos fundamentales afectados; posiblemente esta protección se deberá buscar mediante una mayor flexibilidad de la Administración.

c) Si en base al rango, a la cualificación técnica y al procedimiento de la autoridad administrativa competente cabe esperar una concreción apropiada de la Ley.

d) Si el Tribunal Contencioso-Administrativo pondría en tela de juicio la consecución de la finalidad de la Ley sometiendo la actuación administrativa a un control de pleno».

d') *Supuestos de discrecionalidad*.—Partiendo de la imprescindibilidad de los principios que acabamos de verter en estas páginas, y que vienen a atenazar la analítica que estamos desplegando en las mismas a una mínima y elemental coherencia sistemática, vamos a relacionar una serie de manifestaciones de la discrecionalidad administrativa que, presentando todas ellas el común denominador de los supraargüidos principios, difieren en cuanto a su concreta operatividad y teología básica. Tales son, en la acertada terminología de BULLINGER, en su supradicho trabajo, las siguientes:

aa) *Discrecionalidad táctica*.—El autor citado define tal especie diciendo que: «Se trata de discrecionalidad táctica cuando la Ley concede a la Administración un espacio de decisión propia para que pueda realizar flexiblemente y de la manera más efectiva posible una finalidad legal 'estratégica', adaptándose a las cambiantes circunstancias reales del caso indicado».

La razón de ser de tal concreta manifestación, que constituye el tipo de discrecionalidad más comúnmente operativo, estriba en la imposibilidad metafísica de que cualquier contingencia fáctica —cuya mutación de perfiles puede ser incesante e imprevista— resulte normativamente contemplada por la Ley. De no dar beligerancia a la variante discrecional que estamos ahora glosando es obvio que sería imprescindible una muy agitada «truequebilidad» normativa que permitiera el correcto encaje de determinados supuestos fácticos en constante e inopinada evolución en las previsiones de reificación de leyes, cosa que sería prácticamente imposible de conseguir en las debidas condiciones de regularidad y puntualidad, dada la lentitud característica que toda alteración legislativa comporta por sus propias características institucionales. Por ello es relativamente frecuente que las leyes base o marco efectúen las pertinentes

delegaciones normativas de cariz reglamentario (del nivel jerárquico que éste sea) autorizando al órgano administrativo recipiendario de las mismas a dictar las disposiciones generales adecuadas para la debida consecución de los fines esenciales pretendidos por la Ley marco delegante, adecuación que se consigue permitiendo el acomodo —por la vía de las aludidas disposiciones reglamentarias dimanantes del órgano destinatario de la delegación supraaludida— de las esencialmente variables —como dijimos— circunstancias socioeconómicas a los dictados esenciales y principios rectores de la supracitada Ley marco, adaptación que no compromete su propia estabilidad.

Por lo que atañe al hipotético control jurisdiccional de tal tipo de decisiones discrecionales es destacable que el mismo sólo alcance a la mensuración de la proporcionalidad y congruencia de las mismas con el legado normativo derivado de la Ley marco, y ello si lo que se trata de advenir es tanto la normatividad reglamentaria de alcance general dictada bajo la égida de aquélla, como si tal adveración se proyecta asimismo (o sólo) sobre el acto directamente autorizado por dicha Ley marco (autorización legalmente operativa sin intermediación reglamentaria).

ab) Discrecionalidad de dispensa.—BULLINGER, en su trabajo dicho, dice sobre tal supuesto que: «La autorización de dispensa (es decir, aquella que dimana de la Ley de cobertura que permite que en determinados supuestos su contenido quede excepcionado), sin embargo, tiene en cuenta que la aplicación al pie de la letra de la disposición puede conducir, en circunstancias atípicas del caso concreto, a consecuencias contrarias al fin de la Ley».

Tal discrecionalidad de dispensa puede entenderse en sentido positivo o negativo (coincidiendo ambos supuestos en presuponer la adopción de un acto administrativo excepcional respecto a las reglas decisionales comunes impuestas por la Ley excepcionada). En la dispensa positiva, la regla administrativa *standart* es negativa (no fumar, por ejemplo), y la decisión administrativa concreta a acordar por específicas razones a ponderar discrecionalmente por la Administración, positiva (permitir fumar en determinados supuestos, siguiendo el ejemplo anterior). En la otra eventualidad admisible de discrecionalidad argüida, las cosas se reproducen en unos términos perfectamente antónimos a los descritos.

Por lo tocante al hipotético control jurisdiccional que es posible desencadenar sobre los actos administrativos que estamos contemplando, hemos de tener en cuenta que considerando el acto de constatar la presencia, la regularidad y la vigencia de los presupuestos de esta modalidad discrecional, como dice BULLINGER, como un «acto de adaptación jurídi-

ca que básicamente puede ser reconstruido también por un Tribunal Contencioso-Administrativo», su adveración y aquilatamiento por parte de las pertinentes instancias jurisdiccionales —cuya legitimidad y viabilidad no se discuten— sólo puede contraerse a los extremos relativos a si en las decisiones administrativas concretas adoptadas fueron o no respetados los criterios operativos cardinales ínsitos en la Ley de cobertura como posibilitantes de tal actuación discrecional de la Administración.

ac) Discrecionalidad insertada en evaluaciones técnicas.—Partiendo de la base de que —dice BULLINGER, en su supradicho trabajo— «la discrecionalidad puede estar destinada a ser un espacio libre para el desarrollo de un conocimiento técnico especial de la autoridad administrativa competente», se plantea el problema de precisar cuál sea el valor de tales pronunciamientos técnicos en el tratamiento jurisdiccional del acto administrativo recurrido cuando en la conformación del mismo hayan influido de forma decisiva las indicadas valoraciones.

La cuestión planteada no ha determinado el trazado de una línea de seguimiento recta y absolutamente categorizada, pero de todos modos es reseñable el dato de que, paulatinamente, los Tribunales llamados a conocer de las pertinentes pretensiones jurisdiccionales en esta área se han ido sacudiendo el yugo que el atendimento imperativo de tales condicionamientos técnicos suponía, y así, tal como revela el autor dicho, en su supraindicado trabajo: «Los Tribunales Contencioso-Administrativos generalmente no están dispuestos a conceder a la Administración un criterio de evaluación preferente o incluso una misión y autorización de concreción configuradora en la interpretación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, y, consiguientemente, a limitarse a un control exterior solamente en base a ese conocimiento técnico».

De todo lo dicho se infiere, racional y consecuencialmente, que las evaluaciones técnicas que hayan servido de apoyatura a la pertinente decisión administrativa no vinculan mínimamente al Tribunal que haya de comprobar la legitimidad discutida del acto controvertido (y previamente judicializado), debiendo las mismas ser sometidas —como iniciales cuestiones fácticas a dilucidar— al pertinente control jurisdiccional en idéntica forma que el resto de consideraciones a debatir.

ad) Discrecionalidad de planificación.—BULLINGER, con su insuperable destreza interpretativa, define la modalidad de discrecionalidad administrativa ahora referenciada diciendo en su supradicho trabajo que: «La discrecionalidad de planificación significa necesariamente una autorización a reunir en un programa de acción determinado los fines e intereses relevantes según la Ley [como, por ejemplo, la Ley Federal (alemana) de Construcción] mediante una ponderación configuradora».

La especie de discrecionalidad que estamos evidenciando, surgida con fuerza arrolladora a partir de los años setenta como medio introducido de determinadas pautas teleológicamente paliadoras de las disfunciones más acusadas que presenta la economía de mercado (ensamblando éste, en la medida de lo posible, con la justicia social y otros fines estatales básicos), puede derivar bien de una cláusula expresa de la Ley de cobertura o bien de la inserción en la misma del consiguiente concepto indeterminado.

Por lo que atañe a su hipotético control jurisdiccional, éste deberá atinar sólo de forma directa a la legalidad del procedimiento y de la pertinencia del resultado planificador, aunque en ocasiones, apunta el autor múltiplemente referenciado en su dicha aportación doctrinal: «Puede corresponder al Tribunal la decisión en última instancia acerca de qué interés tiene preferencia al llevar a cabo la ponderación (base de la decisión administrativa concretamente adoptada)».

ae) Discrecionalidad de gestión.—Tal discrecionalidad, cuya íntima progenie es indudablemente reciente, apunta a la actuación administrativo-empresarial en determinados sectores económicos nacionales (Bancos estatales, empresas de transportes estatales o municipales, empresas de aprovisionamientos de agua, etc.).

Es evidente que, en este caso, la discrecionalidad con que puede funcionar la Administración, se confunde, en gran medida, con la libertad, que constituye la base de toda decisión genuinamente empresarial, siendo precisamente por ello el que tal discrecionalidad no pueda entenderse depuradamente como tal.

Empero, dada la considerable envergadura actual de esta hipotética actuación empresarial, resulta imprescindible enmarcar la misma en algún campo administrativo que, tomando en cuenta sus singularidades, ofrezca, aunque sea de forma matizada, metafórica y traslaticia, solución a alguno de los crasos problemas operativos y de control que la misma conlleva. Así, nada tiene de extraño que la actividad gestoria-empresarial de la Administración vaya encuadrándose —con más o menos chirridos— en una analógicamente plausible actuación discrecional de la misma, asimilación de considerable alcance a los efectos de someter tal actuación empresarial pública —y, por ende, mercantilizada y lucrativa— a las consiguientes e imprescindibles coordenadas de control jurisdiccional. En tal sentido —y con ello concluyo este apartado— tengo que poner de manifiesto la fundada opinión que sobre el particular mantiene BULLINGER, que, en su supraaludido trabajo dice al efecto que: «Sin embargo, en la medida en que la doctrina y la jurisprudencia tienden, cada vez más, a incluir total o parcialmente en la esfera del Derecho público dichas

actividades empresariales o similares de la llamada administración de servicios y, por tanto, sustraerlas al ámbito de la libertad contractual del Derecho privado, la discrecionalidad de *management* debe concebirse como forma especial de la discrecionalidad administrativa configuradora».

IV. REFERENCIA AL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO (DIP EN LO SUCESIVO) Y AL REGIMEN DE INVERSIONES EXTRANJERAS

Teniendo en cuenta que las inversiones foráneas resultan de modo inexorable de una previa o concomitante asunción de determinadas titularidades dominicales o crediticias, es evidente que el tema de la apropiabilidad de los derechos en general, y del dominio en particular, atañe con singular acento a la normativa tuteladora del régimen de tales inversiones extranjeras, inversiones cuya materialización se consustancializa en una inmensa mayoría de casos con una oportuna adquisición dominical (o asimilada) de concretos activos patrimoniales, legítimamente efectivizada por un sujeto de Derecho formalmente ajeno a la comunidad nacional del país de situación.

La constatación de tal estado de cosas engendra la necesidad de que nos ocupemos seguidamente de determinadas cuestiones que presentan un marcado interés, cuestiones relevantes que aparecen estrechamente enlazadas con la problemática relativa a la protección internacional, a la que puede resultar acreedora la titularidad dominical ostentada por extranjeros, es decir, la dimensión tuitiva que por diversos procedimientos pueda alcanzar a los «no nacionales», en cuanto a las titularidades teñidas de «economicidad» (reales o de crédito) que ostenten o disfruten sobre los bienes o recursos naturales sitos en el Estado de acogida.

A tales efectos, MANUEL DíEZ DE VELASCO, en su libro *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 7.^a edición, Tecnos, Madrid, 1985, hace una lúcida referencia a la consternante crisis en que a nivel internacional (al igual que sucede respecto a otras perspectivas) hállese sumergido el reconocimiento de la propiedad privada (o derechos a ella asimilados), en cuanto a su concreta teleología utilitarista y funcionalidad operativa, apuntando como causas desencadenantes de la misma los movimientos socializadores, nacionalizadores o estatalizadores que surgieron apabulladores en el Este europeo en determinados momentos históricos (crisis bolchevique, derrota del nazismo y fascismo), a los que con ulterioridad, y ofreciendo matices inéditos, se sumó la influencia desplegada por el

incontenible movimiento descolonizador, acontecimientos deflagrantes que en su explosiva conjunción pusieron en peligro la estabilidad de la concepción transida de individualismo —y rigurosamente privatista— del derecho de propiedad, sumiendo a éste justo en el vértice medular de la más enconada y troncal polémica, en la que convergían (para diverger airadamente de seguidas) las más encontradas concepciones filosófico-política-económicas, concepciones en pugna que vinieron a motivar en el ámbito del DIP un inusitado —y arremolinado— interés por cuestiones hasta entonces doctrinal y/o estatalmente inefectivas (o, por lo menos, muy cadenciosamente sincopadas en cuanto a su concreta funcionalidad), cuales eran aquellas relacionadas con el denominado «principio de soberanía permanente del Estado sobre sus recursos naturales», tema muy bien tratado por VICTORIA ABELLÁN HONRUBIA, que en su aportación a la obra últimamente referenciada efectúa un diseño conceptual y operativo de la misma, al que vamos a referirnos profusamente en las líneas subsiguientes.

La referida autora, tras caracterizar en la página 443 del indicado libro tal principio como aquel en virtud del cual «cada Estado tiene derecho a ejercer el control sobre la propiedad, exploración, explotación y comercialización de sus propios recursos naturales, así como sobre el conjunto de las actividades económicas en el mismo desarrolladas», pone de relieve la existencia de un claro consenso internacional sobre el acatamiento por parte de todo el conjunto de Estados a tal principio, si bien tal consenso, por lo demás ampliamente generalizado, no alcanza a eliminar el frontal antagonismo que enfrenta a los países desarrollados (exportadores de nacionales «adquirentes») con los países deprimidos o francamente subdesarrollados (receptores de tales extranjeros «ricos»), generando la forzosa coexistencia en la comunidad de naciones de ambos grupos de Estados toda una fértil problemática tensional sobre la materia, cuyos puntos más controvertidos, al decir de la referida autora, son los siguientes: *a)* El carácter absoluto o no de la soberanía estatal sobre sus respectivos recursos naturales. *b)* Si el Estado tiene o no obligación de pagar, según los apropiados pedimentos del DIP, una compensación adecuada por la correspondiente expropiación o nacionalización y cuáles sean los criterios determinantes de la misma. *c)* Singularización de la naturaleza jurídica de los contratos y acuerdos concertados entre los Estados y las empresas extranjeras para la explotación por parte de éstas de los correspondientes recursos naturales. *d)* Qué Ley es la que debe resultar aplicable en caso de conflicto entre el Estado huésped y el «poseyente» extranjero.

Respecto al primero de los núcleos de problematización aludidos, es

de resaltar la existencia de una consolidada corriente internacionalista orientada a la ampliación de las facultades de los Estados concernidos en esta área, siendo notable, además, la inflexión operada al efecto en el seno decisonal y programático de las Naciones Unidas (cuestión que brevemente vamos a ver de inmediato).

La primera resolución que sobre esta temática acordó tal organismo fue la 523 (VI), de 12 de enero de 1952, procedente de su Asamblea General, en la que con referencia a la cooperación internacional que tal instrumento propugnaba se decía que las medidas en que aquélla se efectivizase «no deberán entrañar ninguna condición económica o política que viole los derechos soberanos de los países insuficientemente desarrollados, incluso el derecho que tienen de determinar sus propios planes de desarrollo económico». Siguiendo por este camino analítico, he de subrayar que dicha Asamblea General continúa debatiendo el tema piramidal de nuestra exposición con notable cautela, sosteniéndose al efecto que debía «mantenerse la afluencia de capitales en condiciones de seguridad» [Resolución 626 (VII), de 21 de diciembre de 1952] y condicionarse su propia dinámica por «los derechos y obligaciones de los Estados establecidos en el Derecho Internacional» [Resolución 1515 (XV) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1960].

Un paso adelante en el decidido e irreversible proceso de corporeización del principio que estamos analizando lo dio la Resolución 1314 (XIII) de la aludida Asamblea General, de 12 de diciembre de 1958, al unir el mismo con el de la autodeterminación, reincidiendo de modo pleno en esta vertiente inédita de la cuestión que estamos viendo otra Resolución procedente del mismo órgano de las NU, la número 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960 (Declaración sobre concesión de independencia a los países y pueblos coloniales).

El estudio en paralelo —y en profundidad— de tales resoluciones (cuya enumeración y citas parciales de contenido tomo del aludido trabajo de VICTORIA ABELLÁN HONRUBIA) permite decir a dicha autora, en la página 445 del indicado libro, que: «Durante este período, como vemos, la formulación del principio de soberanía permanente era muy tímida; se reconoce como inherente a la soberanía del Estado y elemento integrante de la autodeterminación de los pueblos, pero no se concreta su contenido y, en todo caso, aparece subordinado a las exigencias de seguridad de la inversión extranjera, a la cooperación económica internacional y al Derecho Internacional».

Con la misma autora tengo que reconocer que la definitiva y racional arboladura del principio que nos ocupa sólo se inicia de forma sostenida y coherente a partir de la Resolución 1803 (XVII), adoptada por la

Asamblea General el 14 de diciembre de 1962, explayándose en forma taxativa en la misma «el derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales», concretando su alcance en «la explotación, el desarrollo y la disposición de los recursos naturales» y en «la importación del capital extranjero», contemplándose asimismo en la meritada Resolución la legítima y coerciente facultad del Estado para imponer medidas de nacionalización o expropiación como una modalidad singularizada —y sectorializada— del oportuno ejercicio de su soberanía, aunque limitada por la exigencia que les afecta de justificar la específica medida adoptada por razones de utilidad pública, condicionando la efectividad de la expropiación o nacionalización decretada al abono de la justa y congruente compensación al expropiado.

A partir de tal Resolución, detonante normativo cuya presencia determinó una impactante transformación en el seguimiento de toda esta temática, el principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales se agigantó a ojos vistos, incidiendo en el mismo un anchuroso conjunto de resoluciones que no considero necesario explicitar, inflexión que alcanzó su cenit, como señala la calendada autora en su dicho trabajo, a partir de 1974, configurando el mismo como «piedra angular del Nuevo Orden Económico Internacional», apareciendo el mismo literalmente explicitado en la Declaración y el Programa de Acción para el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional [Resolución 3201 (S-VI), sección IV, *e*), y Resolución 3202 (S-VI), punto VIII, de la Asamblea General], y en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados [Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General, artículo 2], habiendo sido incluso referenciado tal básico principio en el UNITAR (Instituto de las Naciones Unidas para la formación profesional y la investigación), existiendo además, como señala VICTORIA ABELLÁN HONRUBIA, en su supradicho trabajo, «una larga práctica de los Estados en esta materia, que va desde las nacionalizaciones y expropiaciones de bienes extranjeros subsiguientes a las revoluciones soviéticas y mejicanas de 1917, a supuestos recientes de nacionalización de ciertos recursos naturales por los países en vías de desarrollo, afectando especialmente a empresas petrolíferas; así, entre otros supuestos litigiosos, cabe recordar los que enfrentaron al Gobierno del Irán con la Anglo Iranian-Oil Company en 1951, al Gobierno libio con la California Asiatica-Oil Company and Texaco Overseas Petroleum Company y con la Libyan American-Oil Company (IAMCO) en 1977 o al Gobierno de Kuwait con la American Independent-Oil Company en 1982».

Por lo que atañe a las legítimas facultades expropiatorias detentadas por el Estado tenemos que decir que las mismas se hallan en manos, sin

excepción, de todos los Gobiernos del mundo, variando solamente las causas concretas, los presupuestos de las mismas, las condiciones de fijación del justo precio, las variantes de su pago y las garantías a las que pueden acceder los perjudicados.

En lo referente al DIP, la autora supracitada, en su meritado trabajo, sintetiza cuáles son los requisitos para la consiguiente operatividad del derecho a la expropiación detentado por el Estado. Tales son: 1. Que se funde en motivos de utilidad pública, de interés o seguridad nacional. 2. Que no se dé en el supuesto contemplado ningún tipo de discriminación entre los extranjeros de una determinada nacionalidad, si bien, por el contrario, no debe considerarse discriminatoria «aquella que afecte principalmente o casi exclusivamente a extranjeros...», ello no lo hace necesariamente ilegal desde el punto de vista del DIP, si constituye un método racional de satisfacer las exigencias de carácter nacional (SERENI: *Diritto*, vol. II, págs. 731-732). 3. Que medie una compensación adecuada (o indemnización), tal como demanda la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 12 de diciembre de 1974.

Este último requisito, como es lógico, es el que más enconada polémica ha levantado, suscitándose la misma sobre todo porque su existencia viene a gravar onerosamente las pretensiones expropiatorias de los Estados (y a diferenciar el trasvase de las titularidades privadas a los respectivos sectores públicos causado por vía expropiatoria de aquella que opere por la correspondiente vía revolucionaria o confiscatoria).

Es evidente que aquellos Estados escasos en recursos (y sobrados de voracidad dominical o rapacidad confiscatoria) son sumamente reacios a suscribir —sin muy cualificadas reservas— el principio de que todo desenlace expropiatorio implica institucionalmente una situación —dejando a salvo las legítimas diferencias conceptualizadoras que procedan— de venta forzosa, situación en la que el despojado de su titularidad acredita un lógico derecho a la consiguiente percepción del justo precio de lo que se le privó forzosamente. De todos modos, las soluciones más razonables en esta área son las que —a la postre— acaban imponiéndose (con toda la suerte de matices y disquisiciones que se quiera) por ser, en suma, las más sincréticamente acordes con los principios que han devenido clásicos en el entorno de la paremiología jurídica vigente intertemporalmente, principios tales como el de debido respeto a los derechos adquiridos y el de la obstaculización, a todo trance, del enriquecimiento injusto.

También en esta área es reseñable el que los Estados no sólo adoptan (o pueden adoptar) medidas *a posteriori* (una vez erigida la situación dominical a desaparecer), sino que en multitud de supuestos —y a fin de evitar eventualidades ulteriormente indeseables, requirientes de su coac-

tiva actuación paliadora— previenen las posibles situaciones de control e intromisión desmedido por parte de personas físicas o jurídicas extranjeras, impidiendo, mediante la correspondiente legislación cautelar, y/o netamente prohibitiva, la hipotética inserción de los mismos en determinadas posiciones jurídico-negociales específicamente proyectadas sobre sectores económicos nacionales que se consideran clave (tema que será, por lo demás, ampliamente debatido, por lo tocante a las personas jurídicas, en los comentarios que efectuaré respecto a los criterios existentes en nuestro Derecho (y en general) sobre la dación de una concreta nacionalidad a las mismas. (Asimismo esta cuestión tendrá especial protagonismo en otros pasajes de esta obra, en los que abordaré desde la concreta perspectiva del régimen jurídico tutelante de las inversiones extranjeras, qué tipo de facticidad societaria española se haya sustraída a la posible influencia decisiva extranjera, bien sea ésta netamente capitalista en virtud del porcentaje de capital social en manos de no nacionales, bien gestoria en atención a la situación de prepotencia en la sociedad a considerar que pueda acreditar el extranjero concernido o bien mixta.)

En último término, y también en concreta alusión a las inversiones extranjeras, hemos de evidenciar la existencia de los pertinentes tratados interestatales sobre la protección de las mismas, tratados que pueden ser bilaterales o multilaterales (por ejemplo, los constitutivos de las Comunidades Europeas) y cuyo estudio *in extenso* no corresponde a este lugar. Unicamente me cabe decir que los primeros responden a una serie de características arquetípicas que resume con acierto sintético la autora dicha, que en la obra supracitada, página 449, señala literalmente que: «Los tratados sobre inversiones de carácter bilateral presentan algunas de las siguientes características: *a)* Que se prevé en los mismos generalmente una cláusula de tratamiento justo y equitativo para las inversiones extranjeras en el país receptor. *b)* Que se pacta el trato nacional respecto a la seguridad y protección de las inversiones o el trato de nación más favorecida. *c)* Que se excluyen las medidas discriminatorias en los aspectos fiscales por motivos de nacionalidad. *d)* Se establecen determinadas facilidades o autorizaciones para las transferencias al exterior según se trate de beneficios reales, intereses netos, dividendos, liquidación total o parcial de la inversión o de indemnizaciones por expropiación u otras causas. *e)* En todos los tratados en que se prevé los supuestos de expropiación, se estipula que ésta sea efectiva y adecuada. *f)* Se pacta, finalmente, el arreglo de controversias entre el Estado receptor de capitales y aquellos de que son nacionales las personas físicas o jurídicas inversoras».

En ocasiones, la solución consiste en granjear la congruente indemni-

zación singularizada en función de la tipología especial del caso concreto, peculiaridades y situación abordada, siendo admisible la estipulación en estos casos, como forma residual compensatoria, de indemnizaciones globales exigibles por bloques patrimoniales genéricos objeto de expropiación, tema que adolece de cierto alambicamiento operativo, cripticidad conceptual y cuyo consiguiente desbridamiento dejamos a los expertos del DIP.

V. NOCIONES SOBRE EL CONTROL DE CAMBIOS Y LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

A) IDEAS GENERALES

Considerando el Estado como aquella Entidad jurídico-política destinada a dar acabada efectividad, en condiciones satisfactorias, al proyecto de vida en común que globalmente concierne a todos sus ciudadanos —objetivo que se obtiene legítimamente mediante la pertinente puesta en práctica de las necesarias medidas resultantes de su ordenamiento jurídico— es evidente que la buena marcha de sus esquemas financieros, entendiendo tal locución en el sentido más amplio y polifuncional posible, constituye una premisa de ineludible implantación nacional para la adecuada consumación del fin primordial al que antes aludimos, y, en suma, para el logro del bien común al que inexorablemente queda subordinada toda acción política (de gobierno y administrativa) que dimane oportunamente de las instancias rectoras de dicho Estado. Siendo ello así, no puede ser más lógica la existencia de una parcela de la reglatividad nacional orientada directamente a la necesaria tutela de los aludidos —y primordiales— esquemas financieros, a fin de impedir que sus más esenciales e interiorizados circuitos sufran perturbaciones de tipo técnico y político, evitándose así, en la medida de lo posible, una hipotética intromisión de soberanías ajenas o de intereses privados transnacionales —más o menos hispídos o mostrencos— que puedan provocar en los supraindicados esquemas y circuitos domésticos distorsiones, infuncionalidades y, en definitiva, situaciones de riesgo innecesario.

Sin embargo, no deja de ser menos cierto que las crecientes tendencias hacia la «mundialización» de la vida económica internacional genera una dinámica —a la postre, imparable— que requiere para su íntima y racional funcionalidad considerables dosis de apertura de las hasta hace bien poco impermeables —incluso herméticas— fronteras nacionales, dinámica cuya dimensión, por lo que atañe al entorno europeo occidental,

ha alcanzado ya creciente y sazónada plenitud a través de la concesión a los nacionales de los países miembros de la CEE de determinados derechos (de circulación personal y de bienes, mercancías y capitales) que suponen serias e importantes limitaciones a las posibilidades de autoprotección dimanantes de los, en principio, omnímodos y —a veces— erubescientes y abruptos comportamientos estatales, provocando ello el nacimiento de una rama jurídica que aporta adecuada respuesta a la necesidad de cohesión debidamente la imprescindible cautela que debe liderar esta materia con todas aquellas necesarias dosis de liberalización cuya presencia se impone por el fluido devenir de las circunstancias económico-políticas de cada momento histórico, respondiendo a este reto de comedido sincretismo la reciente —y fundamental— parcela jurídica que estamos ahora analizando.

Ello expuesto, paso sin más dilación al enfoque indagatorio del significado del denominado «control de cambios», frase que ha alcanzado consolidado arraigo en la urdimbre de las vertientes categoriales de tecnificación al uso, arraigo que, lamentablemente, no ha corrido parejo con el logro de una adecuada unanimidad en el esclarecimiento y consiguiente formulación de su concreto sentido y alcance, circunstancia que queda suficientemente demostrada con la fuerte polémica que la misma suscita respecto a su concreta visibilización conceptual, tema que nosotros vamos a tratar desde sus perspectivas doctrinales y legales.

B) POSICIONES DOCTRINALES AL RESPECTO

Todas las posturas doctrinales que al efecto se barajan coinciden en reconducir lo más primacial de la frase elucubrada a la existencia de un pertinente control estatal sobre determinados aspectos de la negociabilidad pública y privada nacional cuando la misma tenga por objeto, bien medios de pago internizados o externalizados en *itinere* transfronterizo o bien determinadas posibilidades operativas reconocientes o germinadoras de titularidades sobre activos españoles en favor de no residentes (ya sean éstos nacionales o extranjeros) o de titularidades sobre activos extranjeros en favor de residentes en nuestro país.

A su vez, y en la búsqueda científica del auténtico significado de la expresión que nos ocupa, los autores debaten con cierto apasionamiento —en ocasiones, bastante estéril— si sus confines de influencia tienen unos lindes precisos (con directa atinencia en el ámbito de la prohibición total o parcial, absoluta o condicionada, de la aludida negociabilidad, cuando la misma pueda poner en peligro los intereses que se consideran cruciales para las vías domésticas de canalización financiera y fiduciaria de los

distintos Estados concernidos) o si, por el contrario, el control de cambios presenta unas fronteras más permeables, distendidas y desdibujadas, permitiendo incluir dentro de sus centros nucleares de su tejido de inervación normativa determinados comportamientos estatales ligados con la adveración, contraste o aquilatamiento de ciertas operaciones transfronterizas cuya efectividad no queda enclaustrada en el entorno de una rigurosa prohibición, aunque sí en otro en el que impera la intervención administrativa de temperamento adverdador.

Al efecto, ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, notables especialistas en esta temática, dicen en su enciclopédica obra *El control de cambios en España*, Edersa, Madrid, 1985, página 20, que:

«A la luz de cuanto hemos expuesto (coincidente en mayor o menor medida con las precisiones delimitadoras de porte esquemático que acabo de verter) y sin ánimo de establecer dogmatismos apriorísticos, podríamos definir el control de cambios, en sentido amplio, como el conjunto de disposiciones legales y administrativas que regulan las transacciones entre residentes y no residentes de las que se derivan cobros y pagos del y al extranjero en divisas o en pesetas, o adquisición o cesión de bienes y derechos», formulación doctrinal de cariz templador de posturas extremas a la que me adhiero sin reservas.

C) POSICIÓN LEGAL

Se ocupa de esta materia —desde perspectivas de máxima abstracción, aunque sin pretensiones de apresto definitorio— el artículo 1 de la Ley de Régimen Jurídico de Control de Cambios, de 10 de diciembre de 1979 (en lo sucesivo, Ley 40/1979 de RJCC), al decir que: «Quedan sometidos a los preceptos de la presente Ley los actos, negocios, transacciones y operaciones de toda índole entre residentes y no residentes que supongan o de cuyo cumplimiento se deriven o puedan derivarse cobros o pagos exteriores».

Del precepto transcrito se coligen con evidente facilidad una serie de rasgos de caracterialidad elemental, de cuya adecuada convergencia puede desprenderse una conceptualización esclarecedora, más o menos perfilada, del objetivo sustancial pretendido por el legislador con su promulgación, rasgos que son, en apresurada síntesis erística, los dos siguientes:

- Su acusada «gubernamentalización».
- Su relevante polivalencia funcional.

a) «*Gubernamentalización*» de la normativa sobre el control de cambios

a') *Principios generales.*—Es lógico que el Gobierno, gestor supremo de los intereses nacionales, artículo 97 de la CE, incida intensamente con su prepotente actuación en el ámbito de facticidad, más o menos elástica, cubierto por la Ley que nos ocupa. Sin embargo, lo que resulta en verdad sorprendente es que lo haga con tanta profusión, intensidad y extensión, debiendo subrayarse al respecto que la técnica de juridificación resultante de la Ley 40/1979, de RJCC —frizando con la más acendrada discrecionalidad comportativa—, es altamente singular en su concreta prestancia, toda vez que la misma se limita a conceder un abultado cheque en blanco normativo al Gobierno, en cuanto titular de la correspondiente potestad reglamentaria, para que vaya precisando en cada momento histórico, en virtud de su libre albedrío decisional, cuáles son los actos conectados con el control de cambios debidamente requirientes de la oportuna intervención administrativa y cuál es, en suma, la modalidad encauzadora de la misma (modalidad que, por lo demás, abarca una gran variedad de matices funcionales, ya que la misma oscila desde la pura, imperiosa y expeditiva prohibición al simple control funcional realizable con ulterioridad a la ejecución del acto).

Ello quiere decir que las Cortes, en cuanto detentadoras del máximo poder legislativo, agotaron su cometido en este ámbito con la promulgación de la Ley que estamos comentando (Ley marco en su más quintaesenciada concepción), que demanda para su plena virtualidad operativa la consiguiente adopción por parte del Gobierno, en el legítimo ejercicio —aunque evidentemente desmedido— de sus funciones legisfehacientes, de los oportunos reglamentos de concreción y modulación aplicativa, cuyo alcance supera en mucho el de los típicos de simple ejecución, ya que, dado lo abstracto y volátil de los planteamientos normativos contenidos en dicha Ley, y la gran densificación y magnitud de la delegación por ella conferida, los mismos acopian un valor ordinamental de factura sobresaliente y decididamente excepcional, que los diferencia categóricamente —y de arriba abajo— del resto de reglas reglamentarias que podríamos calificar, con todas las licencias semánticas que sean de rigor, como «normales».

La utilización de tal técnica legislativa, cuya última y definitiva justificación consiste en priorizar a través de la misma el logro de una adaptación flexible y ágil de los eventos hipotéticamente sometibles a normación a los esquemas de racionalización administrativa previstos (agilidad y versatilidad adaptatorias que restan imprescindibles para que no se frustren entre vericuetos dilatorios las finalidades elementales últimas que se pretende atender con el esquema normativo del control de cambios,

situación fácilmente producible si se tuviese que modificar en cada caso una Ley formal —cual es la 40/1979— para incluir —o sustraer— de su repertorio de supuestos de hecho hipotético un fenómeno nuevo sujeto a intervención —o que ha dejado de serlo—, ha granjeado la afloración de una frondosa y polícroma reglatividad de corte reglamentario, de borboteantes y arracimados perfiles y de abigarrado aparejamiento, a la que tendremos ocasión de referirnos con insistencia a lo largo de esta obra, que constituye una muestra incontestable de la realidad del fenómeno de acusada gubernamentalización al que nos estamos refiriendo.

Por lo demás, esta característica, observándola en su estadio de concreta practicidad funcional, reluce también inequívoca y esplendorosa en todo el seguimiento rituario y de fondo de la temática directamente engastada con el control de cambios, seguimiento que demanda indeclinablemente la instrucción de los oportunos procedimientos administrativos en los que los interesados asumen la posición de instantes (o disciplinados), debiendo los órganos destinatarios de las peticiones deducidas por los dichos interesados (o enjuiciadores de sus presuntos comportamientos de ilicitud civiles o penales) proceder en consecuencia —en el ejercicio de sus facultades resolutorias— con pleno atenuamiento a los moldes administrativos recogidos en la normatividad especial moduladamente arborificada en torno al centro troncal de gravedad del control de cambios o ínsitos en LPA cuya aplicación supletoria resulta indiscutible (debiendo resaltarse al efecto que entre los procedimientos especiales a los que aludió *in genere* la disposición final primera, apartado 3, se sitúa, por expresa imposición del Decreto de 10 de octubre de 1958, en su artículo 1, 23, los relativos a las «actividades bancarias del Instituto Nacional de Moneda Extranjera», expresión que debe ser entendida como conferidora del marchamo de singular a todos aquellos procedimientos conectados con la materia a la que estamos aludiendo).

A estos efectos tengo que recalcar que es tan exacerbado el grado de administrativización que impregna todo el trasfondo —formal y sustantivo— de la problemática que estamos ahora analizando desde vertientes de suprema generalidad, que, en ocasiones, la misma se abate de modo indiscriminado sobre entidades y profesionales cuya congruente inserción en la órbita intimista del denominado «círculo interior del Estado» —catalizado en torno a los más depurados principios de funcionarización preordenados constitucionalmente por el artículo 10 de la CE («la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho») — es inexistente o mínima, ocurriendo ello con la prevista —y abrumadora— intervención de las entidades bancarias delegadas,

cuyo papel en el sistema erigido por la normatividad especializada a la que estamos aludiendo es sobresaliente (tal como quedará debidamente expuesto a lo largo de esta obra), y especialmente cuando abordemos el estudio del artículo 19 del RIE con los fedatarios públicos y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, cuyos decisivos roles en los esquemas de control previstos *ad hoc* por la legislación vigente sobre el control de cambios no es necesario ponderar (remitiéndome a los distintos pasajes de este libro donde los mismos quedarán puntualmente puestos de manifiesto).

Continuando con el trazado especulativo de este breve apunte caracterial sobre la «administrativización» rampante a la que estamos aludiendo, creo imprescindible subrayar que las competencias de los órganos efectivizadores de la misma no se detienen en la pura tramitación (instrucción, impulsión y resolución) de los correspondientes procedimientos petitorios y sancionadores instruidos al efecto, sino que también asumen importancia considerable en esta área —dado su indiscutible protagonismo adjetivador— las muestras de ordinamentalidad de inferior grado jerárquico (pero de extrema relevancia práctica) que resultan de las posibilidades «hacedoras» de reglas debidamente acreditadas por la Dirección General de Transacciones Exteriores y por el Banco de España, centros directivos de neurálgica repercusión en este sector —herederos funcionariales del extinto Instituto Español de Moneda Extranjera—, que ocupan el papel administrativo cardinal en la arquitecturización coherentemente sinóptica de todo el sistema de control que estamos analizando y cuyo cometido tendremos ocasión de resaltar pertinentemente en este libro, debiendo referirme ahora —aunque de forma sucinta— a las facultades legisferantes que acreditan en este ámbito prescriptivo la indicada DGTE y el supradicho Banco de España, así como a la suerte normativa que tras la entrada en vigor de la nueva legislación sobre inversiones extranjeras haya corrido la preceptividad reglamentaria anterior dimanante de las antes dichas entidades, temas de máxima importancia que van a ocupar mi atención —desde las aludidas coordenadas analíticas de máxima brevedad— en las páginas siguientes.

b') *Facultades normativas de la Dirección General de Transacciones Exteriores.*—La constatación de que el Gobierno gozaba de la pertinente facultad legisferante reglamentaria antes de la promulgación de la vigente Constitución (y continúa gozando tras la misma) es un dato indiscutible sobre el que no es menester insistir, siendo suficiente, al respecto, con resaltar el contenido de la Ley preconstitucional del RJA, disposición que atribuyó al Consejo de Ministros la facultad de «proponer al Jefe del Estado la aprobación de los reglamentos para la ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado», artículo 10, 6, y de la

propia Constitución, cuyo artículo 97 sienta, por su parte, que: «El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes».

Sobre la base de tales pedimentos fundamentales (y también apoyándose en los principios rectores contenidos en la LPA, que vino a suministrar las pertinentes dosis de rituariedad adjetivadora a tener en cuenta en el proceso de adopción de las disposiciones de carácter general) se articula toda la teoría jurídico-operativa acerca de las facultades reglamentarias, teoría de perfiles siempre brumosos en su adecuado delineamiento, en la que adquieren especial trascendencia temas de máxima puntualidad, tales como si la palabra «Gobierno», que utiliza el artículo 97 del texto básico supracitado, debe entenderse de modo circunscrito como «Consejo de Ministros» o bien, más amplia y polivalentemente, como un conjunto de órganos unipersonales o colegiados de imbricación institucional, alternativa repleta de consecuencialidad en cuanto a la posible latitud e intensidad del ejercicio de la facultad reglamentizadora que estamos viendo (y cuyo estudio —que preocupa honda y legítimamente a los administrativistas— vamos a soslayar). Asimismo, es particularmente importante en la hipotética elaboración de la susodicha teoría general el aludido a la posible existencia de reglamentos autónomos o *praeter legem*, que son los que no requieren la previa promulgación de una Ley que desarrolle categoría preceptual en la que se integran aquellos que —por lo que acabamos de evidenciar— no son propiamente de ejecución de un texto legal (tema también de incontables y filamentosos flecos de problematicidad y por ello objeto de insescente y enriquecedora discusión).

Por mor de la escuetez que pretendo imprimir a estos comentarios voy a limitarme a decir ahora que las resoluciones, circulares e instrucciones dimanantes de la DGTE (que en puridad no deben calificarse de reglamentos porque ello induciría a una evidente confusión metodológica y conceptual) hallan su entronque ordinamental legitimador en una adecuada interpretación extensiva de la estricta literalidad del artículo 18 de la LRJAE, según el cual: «Los subsecretarios y directores generales, en cuanto se refiere a la organización interna de los servicios dependientes de los mismos, podrán dictar circulares e instrucciones» (criterio de cariz operativo también oportunamente confirmado por el artículo 7 de la LPA, según el cual: «Los órganos superiores podrán dirigir con carácter general la actividad de los inferiores mediante instrucciones y circulares»).

Asimismo, y en esta búsqueda del venero de indicios normativos legitimadores de las facultades reglamentarias de la DGTE, hemos de citar

que también la figura de la posible delegación de atribuciones prevista en los artículos 22 y siguientes de la referida LRJAE resulta indiscutiblemente útil a estos efectos, aunque no puedo menos de puntualizar que tal delegación —en lo que la misma suponga de conferimiento representativo general de competencialidad normativa— ha sido rechazada de plano por el Tribunal Supremo en alguna de sus Sentencias, tal como la de 25 de enero de 1982, Sala 3.^a

Lo cierto es que si bien en términos de pulida rigurosidad conceptual las habilidades que pudieren efectivizar los departamentos ministeriales en el entorno de la ordinamentalidad debían quedar exigentemente confinadas en el «ejercicio de la potestad reglamentaria en las materias propias de su departamento» (frase cuya mejor interpretación conduce a lo estrictamente orgánico con efecto *ad intra*), no se pueden cerrar los ojos a la evidencia de que tales habilidades se han ido agigantando a ojos vistos hasta constituirse en la actualidad en una torrenciosa normativa directa con indiscutibles efectos respecto de terceros, siempre que sus productos preceptuales aparezcan debidamente publicados en el BOE, asumiendo así una fisonomía bifronte de normas de régimen interior y de alcance general, binomialidad funcional reconocida incluso por el propio Tribunal Constitucional en su *modus agendi* decisonal, forma de proceder jurisdiccional cuya *ratio decidendi* ha sido duramente criticada por la doctrina, siendo buena prueba de ello las autorizadas opiniones vertidas por ALFREDO GALLEGO ANABITARTE y ANGEL MÉNDEZ REXACH, que en el libro colectivo *Comentarios a las leyes políticas*, Editorial Revista de Derecho Privado, tomo VIII, Madrid, 1985, dicen, al glosar el artículo 97 de la CE, en su página 89, nota a pie de página 101, que: «Los conceptos 'instrucción', 'circular' y 'resolución' son formas susceptibles de diversos contenidos, como ha señalado el Tribunal Constitucional en Sentencia 27/1983, de 20 de abril (fundamentos 1 y 2). Pero no se puede compartir la opinión del Alto Tribunal cuando mantiene que, a veces, un mismo contenido puede calificarse de 'norma o de acto interno', con la consecuencia de que si el órgano tiene competencia para dictar normas y actos internos habría que atender al criterio de la 'finalidad perseguida' para calificar el contenido de que se trate. Esta tesis parte, en primer lugar, de identificar 'norma' y 'disposición de carácter general'; en segundo lugar, parece dar por supuesto que la jerarquía no da lugar a 'disposiciones' (normas), sino sólo a 'actos internos cuando por esa vía se puedan dictar normas jurídicas' (internas, pero jurídicas); finalmente, acude para calificar la naturaleza jurídica de un acto a un criterio teleológico ('la finalidad perseguida') que es irrelevante, ya que la naturaleza de un acto jurídico depende de su contenido, no de la intención del órgano que lo dicte. En la Sentencia 57/1983, de 28 de junio (fundamen-

to I), el Tribunal Constitucional se refiere a una circular o instrucción como 'directriz para los órganos estatales', sin carácter de norma, lo que no impide que constituya presupuesto para un conflicto de competencias, ya que 'desde ese valor de directriz' puede no respetar el orden de competencias (establecido en la Constitución y el Estatuto). Estas observaciones ponen de relieve que falta claridad sobre el concepto de 'norma', ya que el dualismo 'disposición de carácter general' *versus* 'acto interno' no refleja la realidad ni se basa en criterios precisos».

Impactando con fuerza y acierto en el mismo orden de cuestiones, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, en su libro *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, 4.^a edición, Madrid, 1984, página 195, sobre la base de distinguir —siguiendo orientaciones doctrinales prístinamente germánicas— entre reglamentos jurídicos y administrativos (afectando los primeros, directa e inmediatamente, a los ciudadanos y restringiendo su acción vinculante los segundos a las cuestiones domésticas relativas a la organización de los correspondientes servicios administrativos), ponen de relieve que la facultad reglamentaria, en su acrisolada mismidad, sólo corresponde al Consejo de Ministros, compitiendo únicamente a los departamentos ministeriales las consiguientes facultades normativas en el reducto organizativo interno, salvo habilitaciones legales específicas.

Ya en directa y quintaesenciada atinencia al tema que primordialmente nos preocupa, los autores supracitados ponen de relieve en su obra antes dicha, y en la misma página, que: «Lo que se ha dicho hasta aquí del poder reglamentario de los ministros puede decirse igualmente, y con mayor motivo todavía, de las 'autoridades y órganos inferiores', a las que se refiere el ya citado artículo 23 LRJAE al establecer la jerarquía normativa. En estos casos, se trata también de un poder doméstico, restringido en su alcance al ámbito estrictamente organizativo, o de un poder derivado que se ejerce en virtud de habilitaciones legales concretas (bandos de policía y buen gobierno de las autoridades de policía general —gobernadores civiles, alcaldes o incluso, en caso de 'estado de sitio', las autoridades militares—, circulares y resoluciones de Direcciones Generales: en cuanto, como es frecuente, incluyan 'normas interpretativas o aclaratorias', las normas vincularán por razón de obediencia jerárquica a 'los órganos de gestión de la Administración Pública' dependiente de la Dirección General de que se trate —cfr. artículo 18, 2, LGT—, pero carecerán de valor normativo propio para los ciudadanos y los Tribunales). Sólo con este carácter derivado puede entenderse, por tanto, el poder reglamentario de los órganos y autoridades inferiores al Gobierno, único depositario de la potestad reglamentaria originaria que la Constitución reconoce a la Administración del Estado».

En cualquier caso, y aun reconociendo lo bien fundado de todas las reputadas posiciones doctrinales vistas, lo que es incuestionable es que las referidas disposiciones han ido adquiriendo de forma paulatina carta de naturaleza normativa, impulsadas no sólo por una inveterada práctica funcional, sino también por una decidida actuación jurisdiccional al respecto procedente de los Tribunales, que de forma constante en sus respectivos comportamientos decisorios —aunque en ocasiones interpretando de forma *sui generis* la pura normatividad— han sancionado inequívocamente el vigor preceptual de las aludidas circulares, resoluciones e instrucciones, atribuyéndoles el carácter de disposiciones generales, abstractas y vinculantes que obligan indeterminadamente a todos los miembros de la comunidad siempre que las mismas hayan sido —en forma pertinente— promulgadas y publicadas en el *BOE*, postura que, por lo demás, ha recibido últimamente un fortísimo espaldarazo del legislador reglamentarios del máximo grado jerárquico a través del artículo 32 del Real Decreto 222/1987, de 20 de febrero, organizador del Ministerio de Economía y Hacienda, que al desgranar el rosario de competencias atribuidas a la DGTE menciona en su párrafo *b)* la consistente en «la elaboración de normas relacionadas con las operaciones a que se refiere la letra anterior» refiriéndose dicha letra a aquellas competencias asumidas por dicha Dirección General en cuanto a «la autorización, verificación y control estadístico de las siguientes operaciones», operaciones que son, en suma —y según expresa dicción literal del artículo referenciado— las siguientes:

- Los cobros y pagos derivados de operaciones comerciales, operaciones invisibles, contratos de prestación de servicios y transferencias sin contrapartida entre residentes y no residentes, así como las operaciones financieras relacionadas con las anteriores.
- Las inversiones extranjeras en España, en los términos contenidos en el Real Decreto Legislativo 1265/1986, de 27 de junio, y en el Real Decreto 2077/1986, de 25 de septiembre, de inversiones españolas en el exterior, en los términos contenidos en el Real Decreto 2374/1986, de 7 de noviembre.
- Los préstamos, créditos y avales entre residentes y no residentes, con la excepción de la obtención por residentes de créditos en divisas.

c') *Facultades normativas del Banco de España*.—Tal institución —cuyos contornos operativos aparecían fuertemente oscurecidos en la Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946, sobre ordenación bancaria, e incluso en el Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio, referente a su nacionalización y reorganización (en donde se le sitúa en una posición de

absoluto deshueramiento legisferante)— ha ido consiguiendo paulatinamente considerables cotas de poder normativo y operacional en la sutil tramoya de racionalización financiera del Estado español, posiblemente porque, y cito literalmente a GONZALO PÉREZ ARMIÑÁN en su obra *Legislación bancaria española*, Banco de España, 6.^a edición, Madrid, 1983: «El recelo que inspiró a los redactores de la Ley de Bases y del Decreto-ley nacionalizador la posible independencia técnica del Banco de España ha ido dando paso al reconocimiento de que es prácticamente imposible hacer una política monetaria razonable si las autoridades de tutela pretenden no sólo lo que es función propia de los órganos de decisión política monetaria, sino también sustituir al órgano técnico en lo que es su competencia específica: la articulación de aquellas directrices. En consecuencia, y a lo largo de los últimos años, el Banco de España ha ido asumiendo cada vez más competencias y responsabilidades, y hoy puede decirse que la panoplia de sus instrumentos de intervención en los mercados financieros y las modalidades operativas de su utilización son comparables con los de cualquier Banco central de un país desarrollado».

Por lo demás —añade el precitado autor, en su dicho libro y en la misma página—, «muchas disposiciones promulgadas en cumplimiento de la Ley de Bases establecieron la posibilidad de delegar en el Banco de España las facultades que en relación con la Banca privada correspondían al Ministerio», afirmación que, por lo que atañe al ámbito sobre el que estamos elucubrando, resulta lineal y lapidariamente exacta, siendo por ello reseñable al efecto el que el Decreto 2799/1969, de 14 de noviembre, traspasase a dicho Banco las funciones que en aquel momento acreditaba el —con ulterioridad extinguido— Instituto Español de Moneda Extranjera (institución de importancia proteica en los albores conformativos del moderno Derecho sobre inversiones extranjeras, y que nacida en virtud de la Ley de 25 de agosto de 1939, feneció en virtud del Decreto-ley 6/1973, de 17 de julio), arrancando de tal concreta disposición las posibilidades de «hacer» normas en el entorno operativo que le era propio (facultad que acredita rasgos excepcionales dado que la aludida Entidad no es propiamente «Gobierno», y ello es rigurosamente exacto con independencia de cuál sea el sentido lato o restringido que se atribuya a tal vocablo), posibilidades que luego fueron a su vez reafirmadas por otras disposiciones corroboradoras de directa incidencia en el sector de las cuentas bancarias relacionadas con el sector exterior, pudiendo legítimamente citarse en tal sentido la Orden del entonces Ministerio de Economía y Comercio de 23 de enero de 1981, reguladora de las cuentas extranjeras en pesetas convertibles, en la que en su instrucción séptima podía leerse que: «Se faculta al Banco de España para: a) Dictar las normas necesarias para el desarrollo, ejecución y control de lo dispuesto

en esta Orden. b) ...», siendo igualmente indicativo de lo dicho —es decir, de la optimización de las facultades ordinamentales del Banco de España— la disposición final primera del Real Decreto 1723/1985, de 28 de agosto, simplificador y unificador del sistema de cuentas extranjeras en pesetas, en la que se lee que: «El Ministerio de Economía y Hacienda y el Banco de España quedan facultados, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, para dictar normas complementarias en desarrollo del presente Real Decreto».

En suma, y sea cual fuere la auténtica naturaleza de las atribuciones legisferantes que en la actualidad acredita sin lugar a dudas la prealudida institución bancaria, lo cierto y verdad es que en el día de hoy su papel ordinamental es enormemente importante en el sector exterior, compartiendo con la DGTE el papel estelar de protagonista en la conformación del entramado normativo tendente a ofrecer cauce rituario para el seguimiento de las pretensiones que puedan deducir los que intenten acceder regularmente a la titularidad de alguna de las inversiones extranjeras previstas en nuestros esquemas jurídicos.

d') *Situación normativa actual de la preceptividad anterior a la LIE y RIE de 1986 dimanante de la DGTE y del Banco de España.*—La legislación pretérita, aportante normativo de las oportunas pautas de jurificación básicas en la materia que estamos escrutando (y de las que nos vamos a ocupar desde atalayas historificadoras en los oportunos pasajes de este libro), ha quedado derogada expresamente tanto por la disposición final quinta del texto articulado de la vigente Ley de Inversiones Extranjeras, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1265/1986, de 27 de junio («quedan derogados el Decreto 3021/1974, de 31 de octubre...»), en cuanto a la LIE, y por la disposición final tercera del RIE actual [«1. Quedan derogadas las siguientes normas jurídicas de carácter general relativas a las inversiones extranjeras en España: Decreto 3022/1974, de 31 de octubre (*Boletín Oficial del Estado* de 6 de noviembre); Real Decreto 2619/1978, de 29 de septiembre (*Boletín Oficial del Estado* de 8 de noviembre), por el que se desarrollan y complementan las disposiciones adicionales del RIE; Real Decreto 622/1981, de 27 de marzo (*Boletín Oficial del Estado* de 6 de abril), sobre adaptación del régimen de inversiones extranjeras a lo dispuesto en la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Control de Cambios, y Real Decreto 1042/1985, de 29 de mayo (*Boletín Oficial del Estado* de 2 de julio), por el que se liberaliza el régimen de autorización de las inversiones extranjeras en España»].

Así, pues, y dado el absoluto brío y apodicticismo normativo de las cláusulas derogatorias expresas supratranscritas, cuya diafanidad preceptual e imperiosa contundencia no deja margen a cualquier quiebro, enfi-

lada o resquicio de duda en cuanto a su concreta eficacia abrogante, es evidente que toda la normativa mencionada ha quedado sin fuerza ordenativa. Pero con tal constatación no queda resuelta toda la problemática que ha motivado el pase de un esquema normativo a otro, por lo tocante a la cesación o persistencia de la vigencia de la legislación reglamentaria no mencionada taxativamente en la cláusula derogatoria expresa.

Al respecto, tengo que poner de relieve que la disposición final del actual RIE contiene, en su apartado 2, la clásica fórmula derogatoria por incompatibilidad («2. Quedan derogadas, en lo que se opongan a lo dispuesto en el presente Reglamento, las demás normas jurídicas de carácter general relativas a inversiones extranjeras en España»).

Tal fórmula locucionaria es clásica en el lenguaje denotativo legal, imponiendo un planteamiento derogatorio que *lege silente* se produciría en todo caso dada la terminante literalización del fundamental artículo 2, 2, del Código Civil («Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior...»).

Ahora bien, la inserción de esta fórmula derogatoria por incompatibilidad —que exige para su correcta utilización que el aplicante oficial del derecho concernido efectúe un minucioso cuidado y responsable enjuiciamiento, tanto de la norma presuntamente derogada como de la hipotéticamente derogante (que debe ser posterior, de igual o superior rango y esencialmente contradictoria con la anterior)— resulta improcedente respecto de las muestras normativas reglamentarias *intra* o *secundum legem*, ya que, en tales hipótesis, la abrogación —expresa o por contradicción— de la norma básica ejecutada o complementada, es decir, de la norma-madre, provoca la cesación *ope legis* de toda la reglatividad reglamentaria que la misma motivó.

Así, pues, y por lo que nos concierne, la derogación de la LIE tuvo que provocar, sin más, el decaimiento automático de la vigencia del RIE (que a mayor abundamiento fue expresamente derogado, tal como tuvimos ocasión de señalar en las líneas supraescritas) y de toda la normatividad reglamentaria de ejecución o aplicación de la propia LIE, o bien de su Reglamento de ejecución, es decir, del RIE.

Partiendo de estas premisas —de absoluto y coherente engarce con los principios teoréticos básicos cimentadores de una bien construida teoría general del Derecho— resulta lógico sostener que todo el paquete de reglas reglamentarias instructorias y aplicativas que levitaron en torno a la ejecución del bloque preceptual básico (la LIE y el RIE) ha devenido en la actualidad consiguientemente inoperante en virtud de las inobjetables y elementales consideraciones especulativas anteriormente vertidas.

De todos modos, cabría otra «lectura» doctrinal y jurisdiccional de esta temática —aunque indudablemente no exenta de lógicos riesgos—, y es aquella que atribuyendo a la reglamentización de tono menor que hemos proclamado como posiblemente derogada en virtud de las observaciones que han antecedido —cesación de la vigencia de la norma base—, no sólo la fisonomía de un paquete de preceptividad de alcance general y abstracto, sino también el carácter de una genuina reglatividad instructoria atenable a los pedimentos de los artículos 18 de la LRJAE y 9 de la LPA, convendría que la legitimidad de la fuerza normativa de tales patrones de ritualización —presuntamente derogados por lo supra-producido y tendencialmente dirigidos de modo primordial a enmarcar la concreta procesalidad y adjetivación de los expedientes de inversión extranjera— no derivaría (en cuanto a su faceta ordenancista internizada) de la LIE y RIE, ahora abrogados, sino de los artículos últimamente citados, infiriéndose de ello que tales directrices del «quehacer administrativo», de presencia imprescindible en el sector ritualizante de la referida inversión extranjera (y del consecuencial derecho de transferencia al exterior), quedarían legítimamente sustraídas a la regla general derogatoria de los reglamentos que hemos tenido ocasión de exponer en sus grandes líneas maestras, postura que, por lo demás, puede encontrar importante apoyo en la doctrina resultante de la Sentencia 27/1983, de 20 de abril, del Tribunal Constitucional, antes mencionada en el contexto de la cita literal que hemos insertado recogiendo las opiniones emitidas por ALFREDO GALLEGU ANABITARTE y ANGEL MÉNDEZ REXACH, acerca de las facultades reglamentarias materializadas en disposiciones tales como «instrucciones», «circulares» y «resoluciones», cita que ha quedado plasmada en las páginas precedentes, y en la que se recoge la novedosa —y controvertible— teoría del doble carácter de determinadas muestras de ordinamentalidad conectadas con las categorías supradichas.

b) *Polivalencia de la normativa de la LRJCC*

Por otra parte, y ya desde la concreta objetivación de la temática que ahora nos ocupa especialmente, es indudable que la locución utilizada por el legislador del artículo 1 del texto legal supracitado no puede ser más versátil (tanto jurídica como económicamente) cuando habla de «actos, negocios, transacciones y operaciones» (vocablos cuya categorización y consecuente esclarecimiento es objeto de importantes —e inagotables— estudios en las obras generales de Derecho a las que me remito).

Si de la pretendida objetivación fáctica pasamos a la funcional, la imprecisión aducida continúa siendo un elemento de influencia decisiva en el *modus operandi* del legislador de la Ley 40/1979, materializándose

netamente la misma en el artículo 2 de dicha Ley, cuando al aludir a los plausibles mecanismos de intervención que era dable instaurar al efecto señaló que: «El Gobierno, mediante la reglamentación del control de cambios, podrá prohibir, someter a autorización previa, verificación o declaración y, en general, a cualquier tipo de control administrativo...».

A tales efectos, e incidiendo de nuevo sobre el punto relativo a la imprecisión funcional argüida, tengo que remarcar que la misma no sólo se extiende a que el Gobierno pueda elegir libérrimamente entre cualquiera de las posibilidades operativas dichas, sino también a que la Ley a la que nos estamos refiriendo se cuida muy mucho de establecer el más mínimo criterio que pudiese mediatizar o menoscabar en alguna medida la referida elección, por lo que es indudable que el aludido cheque en blanco puesto por el poder legislativo en manos del Ejecutivo en este ámbito reviste una impresionante vastedad.

D) CONTROL DE CAMBIOS E INVERSIONES EXTRANJERAS

Entiendo que la legislación de estas últimas constituye una parcela individualizada de la relativa al control de cambios (si bien participando de los mismos rasgos caracteriales). La inversión extranjera no es sino una concreta manifestación del conjunto de posibilidades jurídico-económicas que la Ley 40/1979 permite que sean objeto de la correspondiente reglamentación de cambios, definiendo sustancialmente la misma el dato de que el inversor extranjero advenga, en determinadas condiciones, a la situación de titular de activos patrimoniales sitos en España, constelándose en torno a esta titularidad proyectada (o ya adquirida) los movimientos de fondos transfronterizos que al efecto puedan consumarse.

En cualquier caso, me interesa matizar con convicción que el haberse promulgado una Ley especial sobre la temática que estamos abordando —la LIE de 25 de junio de 1986— constituye una empiria, inobjetablemente corroborante de su singularidad, y una concluyente y nítida constatación de su importancia, pero no un hecho normativo de ineluctable presencia, toda vez que entiendo que el RIE podía hallar pleno apoyo legitimador, en cuanto a su razón de ser normativo, en los pedimentos contenidos al efecto, con carácter general, en la Ley 40/1979, considerándose el mismo como una muestra concreta más de las «reglamentaciones de cambios» que la misma posibilita (máxime cuando la tipificación genérica de los supuestos fácticos tomados en consideración por la LIE hállese bastante precisamente formulada, por cierto, por los artículos 2, 2, de la Ley supracitada 40/1979 [«A estos efectos, y mediante la reglamentación de control de cambios, podrá (el Gobierno) prohibir, someter a auto-

rización previa, verificación o declaración, y, en general, a cualquier tipo de control administrativo: a) Los actos de adquisición y disposición realizados por un residente sobre bienes o derechos poseídos en el extranjero, y los mismos actos referentes a bienes o derechos poseídos en España, cuando el adquirente o disponente sea un no residente. Se entiende por bienes o derechos poseídos en el extranjero: 1. Los bienes inmuebles o muebles que estén sitos en el extranjero y los derechos establecidos sobre los mismos. 2. Las acciones, obligaciones y cuotas representativas de partes alícuotas de capital y participaciones, en general, en sociedades y empresas domiciliadas en país extranjero, así como cualquier otro título mobiliario. Se entiende por bienes o derechos poseídos en España los definidos en el párrafo anterior sitos en España, referentes a sociedades y empresas domiciliadas en España... d) Los actos de cobro y pago entre residentes y no residentes», y 3 del Real Decreto, también antes citado, 2402/1980, que se refiere directamente al tema de crucialidad máxima en el entorno de inversión extranjera («Requieren previa autorización administrativa... 5. Los actos de adquisición realizados por un no residente sobre bienes o derechos materiales o inmateriales de carácter patrimonial poseídos en España por un residente, salvo los derivados de un acto de disposición *mortis causa*»).

Empero, no resulta en absoluto vituperable —por ociosa e innecesaria— la labor del legislador español al promulgar la LIE, sobre todo teniendo en cuenta que la misma no es sino la sucesora de otra similar anterior —la de 31 de octubre de 1974—, a la cual le cupo el mérito de iniciar —y ello antes de la Ley 40/1979— el camino de la unificación —y no sólo puramente formal— en el ámbito de la inversión extranjera, promulgación que no viene sino a patentizar la importancia que la especificidad de la problemática de la que se ocupa reviste para el supradicho legislador español, importancia que a su juicio justifica el trascendente hecho de la adopción de tal LIE como rama jurídica especializada.

Ello dicho tengo que añadir —a fin de ir cerrando resquicios de hesitación sobre esta materia— que sobre las inversiones extranjeras cabe ofrecer una dúplice perspectiva en base al índice de incentivación objetivadora que se les atribuya. Así, hay autores, como NÚÑEZ LAGOS, que incluyen dentro de su fenomenología las adquisiciones lucrativas, diciendo al respecto en su obra dicha, página 11, que:

«Puede entenderse que el adquirente a título gratuito no es inversor extranjero, porque nada invierte. Sin embargo, no es así. Las personas enumeradas en el artículo 1 de la Ley, por título gratuito, efectúan algunas adquisiciones de bienes en España, se convierten en titulares de una inversión extranjera. No está producida a título oneroso, no ha empleado

el adquirente ninguno de los medios de pago que la Ley contempla; pero es inversión extranjera por sus efectos, que es lo más importante en el campo jurídico; el régimen jurídico de esos bienes, por pertenecer a una de esas personas enumeradas en el artículo 1 de la Ley, es el régimen jurídico que la misma Ley señala. Ciertamente no son aplicables en estos casos todas las normas de la Ley, pues de suyo no es posible aplicar las relativas a los medios de pago. Pero le son aplicables muchas normas de esta especial legislación. Existe, por tanto, una inversión extranjera producida a título gratuito o, si se prefiere, una adquisición gratuita que está sujeta en sus efectos jurídicos al régimen de la legislación de inversiones extranjeras. Es preciso tenerlo en cuenta.»

Por mi parte, entiendo que tales adquisiciones lucrativas son supuestos perfectamente encajables en el marco del control de cambios, pero no, en puridad, en el de inversiones extranjeras, cuya característica institucional más importante es, por su propia esencialidad ontológica, su inmanente e irrenunciable onerosidad. Sin embargo, no dejo menos de reconocer que la postura doctrinal aludida resulta metodológicamente atendible, sobre todo porque en determinados supuestos el adquirente gratuito deviene automáticamente inversor extranjero por vía subrogatoria (cuando hereda de un inversor o cuando su donante lo es), justificándose así el estudio de tales posibilidades adquisitivas uncidas a la gratuidad en el entorno expositivo de las prototípicas inversiones extranjeras (cosa que también haré yo).

Siguiendo con este orden de cosas tengo que alegar que frente al simplismo bipolar de la normativa sobre el control de cambios, que en su oportuna subjetivación atiende —de modo exclusivo, como vimos— a la situación de residente o no de los hipotéticos intervinientes en la negociabilidad (o más bien facticidad) tomada en consideración, en el ámbito de las genuinas inversiones extranjeras se aquilata bastante más, por cuanto que, aunque en principio el sistema que las rige también apunta referencialmente a esta trascendente dualidad residencial, en realidad la figura del español no residente en cuanto inversor presenta inconfundibles matices de singularidad (punto que será debidamente tratado en los correspondientes pasajes de esta obra).

En último término, y con ello concluyo este elemental apunte introductorio —y con él este primer capítulo—, tengo que reseñar que tampoco debe confundirse el tema de la inversión extranjera con el de la extranjería en general, condición personalizada que repercute directamente —y de suyo— en las posibilidades adquisitivas y ejercitativas que los súbditos foráneos puedan desplegar sobre los activos patrimoniales localizados en España, posibilidades interpretadas en clave de restricción y que no tienen

en cuenta la onerosidad o gratuidad del negocio jurídico al efecto celebrado ni la situación residencial o no del extranjero en cuestión.

Por lo que a mí afecta, tengo que reseñar que en el libro *Estudios sobre extranjería*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1987, me ocupé en profundidad de la situación jurídica del extranjero en España (no inversor extranjero) proyectando mi circunstanciada y detallista visión analítica sobre determinados aspectos conectados con las aludidas posibilidades. Sin embargo, y a fin de obtener en esta obra una visión lo suficientemente amplia de lo que podría ser el esbozo sin pretensiones de una presunta teoría general sobre un hipotético Derecho patrimonial de extranjería (rama jurídica susceptible por su importancia presente de evidente especialización y engrosamiento), me ocuparé de estudiar determinadas cuestiones relacionadas con la problemática esencial que ya traté en mi dicho anterior libro, especialmente la relacionada con las limitaciones, trabas y cortapisas que por razones de defensa nacional se imponen a todos los extranjeros (y a las que, por otra parte, aluden los artículos 12 del vigente RIE y 12 de la LIE), sea cual fuere su situación residencial en nuestro país y el título (*inter vivos* o *mortis causa*, oneroso o gratuito) por el que devengan titulares de derechos reales recayentes sobre inmuebles emplazados en las zonas de acceso restringido a la propiedad de los mismos.

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD
Registrador de la Propiedad