

VICISITUDES ENTORNO A LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA[♦]

Por Camilo Cubillos Garzón¹

Sumario: INTRODUCCIÓN I. GENERALIDADES SOBRE EL PROCESO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA A. Cuestiones Preliminares 1. Antecedentes de las Comunidades 2. Desarrollo Histórico de las Comunidades B. Al Interior de un Proceso de Integración Económica. 1. Bases del Andamiaje Comunitario. 1.a. Niveles de Integración Económica. 1.b. Fuentes del Derecho Comunitario 1.c. Actos Jurídicos. 2. Instituciones de la Estructura Comunitaria. II. DIFICULTADES EN UN PROCESO DE INTEGRACIÓN DESDE LA ÓRBITA DEL DERECHO DE SOCIEDADES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En este escrito, producto de la investigación que se adelanta al interior del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, no se pretende realizar un a exposición sistemática de cada uno de los procesos de integración económica existentes, sino que por el contrario, se procurará sentar algunas posturas sobre la conveniencia, y también las dificultades, que genera el hecho de iniciar un proceso de integración económica.

Para lograr este objetivo se partirá desde una perspectiva general a nivel mundial, sobre aquellas experiencias suscitadas en otros países e incluso en el nuestro, en igual medida se observará como ha sido esta evolución y hasta que punto se ha llegado en todo este proceso de integración, para finalmente adentrarse en las dificultades que se presentan hoy en día en uno de los procesos de integración económica mejor elaborados que

[♦] Este artículo fue presentado a la Revista el día 3 de abril de 2006 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 7 de junio de 2006, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Profesor investigador de la Universidad Externado de Colombia. Abogado y Especialista en Derecho de los Negocios de la misma Universidad, Master en Derecho de la Empresa MADE (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona), Doctorando en Derecho con especialidad en Derecho Patrimonial (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona).

existen hasta el momento, como resulta ser el de la Unión Europea, esto último desde la órbita del Derecho de Sociedades.

El propósito de este trabajo de investigación es transpolar estas experiencias vividas por otros entes a nuestra situación y momento económico, para así poder comprender en mejor medida qué tanto nos falta para alcanzar las metas económicas y como afrontar los posibles problemas que hallaremos en este largo camino que hemos decidido emprender. Demos inicio de esta forma al desarrollo de nuestra investigación.

I. GENERALIDADES SOBRE EL PROCESO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA

A. Cuestiones Preliminares

1. Antecedentes de las Comunidades

Hace dos siglos Gran Bretaña se convertía en el pilar del comercio internacional, una economía basaba en el libre cambio, en la libre circulación de capitales y trabajadores, una situación económica desprovista de trabas y barreras comerciales que los llevó a ratificarse como potencia mundial, con todo, fue en los albores del siglo XX cuando esta situación cambió debido a un número de factores políticos, sociales y económicos que al confluir a nivel mundial determinaron lo que para algunos se llamó el comienzo del fin de la civilización europea como consecuencia de haber dejado ser el centro de la política internacional.

La Primera Guerra Mundial (1914 a 1918) determinó la caída de los sistemas económicos europeos, los costes que se ocasionaron con la guerra fijaron un cambio en las políticas y esto en la medida que ya no existía un libre comercio; a esta grave situación europea se aunó la crisis económica de 1929 conocida como la Gran Depresión.

Estos dos momentos económicos significaban un cambio en la forma de pensar de los europeos que los llevó a tener una visión proteccionista de los Estados hacia sus economías nacionales por medio de aranceles y trabas comerciales, sustituyéndose en las economías internas el libre cambio por un bilateralismo sujeto a condiciones arancelarias.

No obstante lo anterior, aún se albergaba la esperanza de un crecimiento europeo, a guisa de ejemplo, el creciente movimiento Pan-Europa de 1923 a cargo del Conde Richard Coudenhove-Kalergi, para quien el odio entre europeos, principalmente Francia y Alemania, solo se resolvería a través de la unión de Europa o lo que para muchos se denominó los Estados Unidos de Europa.

Esta corriente unificadora fue expuesta, entre otros, en la ciudad de Ginebra el 5 de septiembre de 1929 por el Primer Ministro francés, Aristide Briand, quien ante la Asamblea de la Sociedad de Naciones expuso la idea de construir una federación de naciones europeas cuyos pilares fuesen los lazos de solidaridad en aras de un crecimiento económico.

En 1933 ocurrió un cambio en la cancillería alemana, sube el partido nacionalsocialista y con él una alteración en el escaso desarrollo económico pretendido que se acentuó cuando estalló la Segunda Guerra Mundial en 1939. Tuvo que pasar seis años para que Europa y el mundo comprendieran lo inadmisibles que resultaba la situación en la que se hallaban.

De manera independiente a las condiciones sociales vividas en aquel entonces, separándonos de la complejidad que significaba las decisiones y móviles militares y apartándonos de las discutidas medidas políticas que aún hoy en día son materia de controversia al plantearse que muchos de los dirigentes políticos de occidente a partir del año de 1942, tres años después de iniciarse la Segunda Guerra europea, ya consideraban la posibilidad de realizar una alianza con los miembros del partido nazi para detener antes que nada al comunismo soviético.

No resultaría interesante, para los efectos de la investigación, si el primer ministro británico o el mismo Roosevelt conocían o no de las alianzas pretendidas con los nazis, si se pudo o no detener la Guerra desde 1942 evitando así, entre otros, la catástrofe social de los campos de concentración o si el único interés imperante tanto de Gran Bretaña como de Estados Unidos de Norte América era debilitar en gran medida, militar y económicamente, a la entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Solo un hecho trasciende para nosotros estas fronteras, cual es la intención de los europeos e incluso de los mismos americanos, de pretender, por las razones que sea, una unificación de Europa una vez concluida la Segunda Guerra Mundial en 1945.

En ocasiones, los intereses individuales de unos y otros, confluyen en su momento, muchas veces sin ser conscientes, en beneficio de la colectividad, en la misma medida, ajena a las decisiones emprendidas desde las altas órbitas políticas.

Pero aún así, distantes de los móviles particulares, lo cierto era que existía un ánimo entre algunos de encontrar una solución a la crisis económica y social acaecida con las dos Guerras Mundiales; esta respuesta debería incluir, de manera rápida, la reconstrucción de la civilización europea.

Diecisiete años después del discurso pronunciado por el Primer Ministro francés, Aristide Briand, en la ciudad de Ginebra en 1929, el entonces Primer Ministro Británico, Winston Leonard Spencer Churchill, en otra ciudad Suiza pronunció su famoso discurso de unificación europea, realizado en la reconocida Universidad de Zúrich el 19 de septiembre de 1946; en su

alocución, y previa advertencia al auditorio sobre la sorpresa que generaría sus comentarios, Churchill, al igual que muchos otros en diferentes épocas, llegó a proponer la reconstrucción de Europa a partir de la asociación entre Francia e Italia.

Seguramente, estas palabras* adquirirían relevancia en la medida que no había trascurrido un año desde la terminación de la Segunda Guerra Mundial, aún se encontraban abiertas las heridas causadas por todos los participantes de la misma, amén del interés directo que reflejaban tanto los Estados Unidos de América como Gran Bretaña de impedir el crecimiento del comunismo y que mejor manera de hacerlo que limitar a la Unión Soviética en la nueva Europa, dando inicio a través de la "*Doctrina Truman*" de lo que se llegó a conocer como la "*Guerra Fria*"

Pero como lo dijimos en su momento, ajenos a estos intereses el hecho era que se retomaba la idea de una Europa unificada, no obstante esta concepción, un viejo obstáculo se presentaba, cual era las políticas económicas proteccionistas aplicables desde hacía años por los mismos países. Se debía volver a la economía basada en el libre cambio dejando de lado paulatinamente las economías bilaterales.

Estados Unidos de América, dentro de sus intereses económicos, y también políticos, ya que no debemos olvidar el temor hacia el comunismo, propone unas ayudas a los países europeos que se concretan con el "*Plan Marshall*"; los estados destinatarios de estas ayudas económicas fueron Gran Bretaña, Francia, Italia, Alemania, Holanda, Turquía, Irlanda, Suecia, Portugal, Islandia, Grecia, Austria, Dinamarca, Noruega, Bélgica y Luxemburgo. Con todo, fue así como en 1948 se crea la Organización para la Cooperación Económica Europea (**OECE**) que ayudó a imponer la idea de una liberalización del comercio partiendo de la reducción de aranceles y trabas económicas.

Pero ya a nivel mundial, en 1947 las Naciones Unidas lograron la creación de una organización que buscó la reducción de aranceles y la eliminación de las trabas comerciales, nos referimos al General Agreement on Tariff and Trade - **GATT**- (*Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio*) que entró a regir en

* **Winston L. S. Churchill. Universidad de Zürich. 19 de Septiembre de 1946:**

"(...) Quisiera hablar hoy del drama de Europa ... Entre los vencedores sólo se oye una Babel de voces. Entre los vencidos no encontramos sino silencio y desesperación ... Existe un remedio que, si fuese adoptado global y espontáneamente por la mayoría de los pueblos de los numerosos países, podría, como por un milagro, transformar por completo la situación, y hacer de toda Europa, o de la mayor parte de ella, tan libre y feliz como la Suiza de nuestros días. ¿Cuál es este remedio soberano? Consiste en reconstituir la familia europea o, al menos, en tanto no podamos reconstituirla, dotarla de una estructura que le permita vivir y crecer en paz, en seguridad y en libertad. Debemos crear una suerte de Estados Unidos de Europa. ... Para realizar esta tarea urgente, Francia y Alemania deben reconciliarse. (...)"

1948. En el mismo sentido y en el mismo año retoma su figura la Convención del Bélgica, Holanda y Lexemburgo (**BENELUX**).

Para 1949 los países europeos comprometidos con la reconstrucción, junto a Canadá y los Americanos, constituyeron la **OTAN**, que no era más que una institución militar organizada para hacerle contrapeso a la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, para la misma época y con similares fines se crea, lo que aún hoy en día perdura, el Consejo de Europa, con el fin de defender los valores democráticos contra el afamado comunismo.

2. Desarrollo Histórico de las Comunidades

En esta primera mitad del siglo XX se dieron los pasos ideológicos para la integración económica europea, a partir de los años 50 podemos asegurar que se materializan todas estas concepciones. Fue así como en 1951 con el **Tratado de Paris** del 19 de marzo se crea entre Francia, Alemania, Italia, Holanda, Bélgica y Luxemburgo la Primera Comunidad Europea que, además de concretar el Plan Schuman elaborado por Jean Monnet en 1950, desarrolló las políticas relativas del Carbón y del Acero (**CECA**) con su vigencia a partir del 25 de junio de 1952, creándose de esta forma un espacio económico sistematizado, común y libre, con órganos de autoridad y de control, como lo fue la Asamblea, la Comisión y el Consejo de la CECA, así como una autoridad supranacional como lo fue la Alta Autoridad Común y finalmente la Corte de Justicia.

En 1955 el grupo de los seis acordó la construcción de Europa, fruto de estos acuerdos y del Informe del Ministro de Asuntos Exteriores Belga, Paul Henri Spaak, se convino el inicio de negociaciones que se concretarían con el **Tratado de Roma** de 25 de marzo de 1957 en el que se dio origen a la Comunidad Europea de la Energía Atómica (**EURATOM - CEEA**) y la Comunidad Económica Europea (**CEE**).

Así como el Tratado de Paris, el de Roma conformó algunas otras instituciones que con el tiempo se consolidarían, unificarían o sustituirían, nos referimos al Consejo de Ministros, la Asamblea Europea, la Comisión, el Tribunal de Justicia, el Consejo Económico y Social y el de Presupuesto. Verbi gratia, la antigua Asamblea de la CECA fue sustituida por una Asamblea Unificada, también se unificó la Corte de Justicia y el Comité Económico y Social, no obstante, hubo otras instituciones que fracasaron como resultó ser la Comunidad Política Europea (**CPE**) y la Comunidad Europea de Defensa (**CED**).

Con la Comunidad Económica Europea (CEE) se estableció lo que muchos pretendían desde hacía más de 10 años, un mercado común en Europa, con un equilibrio, un desarrollo y una estabilidad añorada por aquellos, en donde

además de la órbita económica y el libre comercio se propendía por una libertad de circulación, ya fuera de personas como de servicios o capitales.

Sin embargo estas ideas no siempre encontraron el respaldo deseado, generalmente por cuestiones políticas como las concepciones federales y supranacionales que abiertamente fueron impugnadas por el General Charles De Gaulle pero defendidas de manera férrea, entre otros, por Jean Monnet y que dieron paso a una crisis política al interior de la unión de Europa que se acentuó por casi dos décadas.

Ahora bien, con un fin netamente ilustrativo, nos permitiremos describir de manera cronológica esta integración económica en los siguientes términos:

- Cuatro años después de la conformación de la CEE por el grupo de los seis, en 1961, Irlanda, Dinamarca y Reino Unido solicitaron su adhesión a la Comunidad, un año después lo hizo Noruega.
- Transcurrieron once años desde 1962 para que fuera aprobada la inclusión de estos países, empero, Noruega la rechazó, como lo hizo posteriormente en 1995, por un referéndum negativo que habían realizado; a partir de ese momento (1973) las Comunidades se encontraban conformadas por 9 Estados miembros.
- En 1965 al firmarse el **Tratado de Bruselas**, que pretendió la unificación del Consejo de Ministros y de las Comisiones de las tres Comunidades, se inicia un proceso conceptual en virtud del cual se entiende que existen tres comunidades con una personería jurídica diferente para cada una aunque en la realidad se tratara de un solo ente jurídico con algunas instituciones propias.
- Para el período de 1972, se instaura un sistema monetario en el que los seis países limitaron de forma porcentual el margen de fluctuación de sus monedas, sistema que se conoció con el nombre de “**serpiente monetaria**”.
- En la Cumbre de Bremen, Francia y Alemania (RFA) proponen un nuevo sistema monetario que sustituya el antiguo sistema de “serpiente monetaria”, se crea así el Sistema Monetario Europeo (**SME**) en 1979, y la moneda que contenía las divisas de los Estados miembros, afectadas por un coeficiente de ponderación, recibió el calificativo de European Currency Unit (**ECU**).
- En 1979 se acepta la adhesión de Grecia que ingresa en 1981, así como en 1985 la de España y Portugal que ingresan en 1986.

- Para este mismo año, 1985, se firma en Luxemburgo y la Haya el Acta Única Europea que previó la creación de un mercado único, que se concreta en 1986 para entrar en vigor en 1987. Antes de la aprobación del **Acta Única Europea**, ya se habían presentado 208 propuestas para la creación de un mercado único interior.
- Para 1990 se firma el **Acuerdo Schengen** que desmaterializó las fronteras entre los Estados miembros, se unifica Alemania como consecuencia de la caída del muro de Berlín acaecida el 9 de diciembre de 1989.
- En 1991 se aprueba el Tratado de la Unión Europea, firmado en 1992 en Maastricht y que entra a regir en 1993 estableciéndose asimismo un mercado único; el **Tratado de Maastricht** previó una política exterior y de seguridad común, una cooperación en los ámbitos de justicia y asuntos de interior y la creación de una unión económica y monetaria, incluida una moneda única. Esta cooperación aunada al sistema comunitario existente creó la Unión Europea (**UE**). Pasa a ser la Comunidad Económica Europea (CEE) simplemente Comunidad Europea (**CE**).
- En el año de 1994 se acepta la adhesión a la Unión Europea (UE) de Austria, Finlandia y Suecia que ingresan efectivamente en 1995, siendo miembros de la UE ahora 15 Estados.
- Para 1997 se firma el **Tratado de Amsterdam** que entra en vigor en 1999 y que confiere nuevas competencias a la UE.
- En 1998 el Consejo Europeo decide que once de países miembros (Bélgica, Alemania, España, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Portugal y Finlandia) cumplen las condiciones para adoptar la moneda única europea (**EURO**); Grecia lo adopta en el 2001. El EURO entra en circulación en el 2002.
- En el 2001 se inicia los preparativos para la Constitución Europea, se firma el **Tratado de Niza** que entra en vigor en el 2003 y que reforma el sistema para adoptar decisiones de la UE en aras a su ampliación. Los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión proclaman la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- En el año 2003 se firma el **Tratado de Atenas** que permite la adhesión de la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia, quienes se adhieren en el 2004, y se adopta un un proyecto de Tratado Constitucional.

- En el futuro mediático, para el 2007, se espera la adhesión de Bulgaria y Rumanía a la UE.

Es innegable que esta integración económica a nivel europeo se ha visto incurra en innumerables conflictos, viscosidades que en algunos momentos ha llevado a un estancamiento no solo económico sino también político de este procesos de integración, lo que nos hace reflexionar y cuestionarnos sobre el momento histórico en el que se ha presentado esta paralización.

Sobre el particular hemos de aclarar que en todos los momentos de integración económica se han presentado problemas, entiéndase, tanto lo acaecido al interior de una Armonización de las Políticas Económicas (Tratados Económicos), pasando por la Interrelación entre países con Instituciones Comunes a un nivel Local (CECA), así como lo ocurrido en la Comunidad Económica (CEE), hasta llegar a un "Federalismo" o a la Unión de Estados (-Estado Unidos de Europa-; -Unión Europea-donde además de la integración económica existe lo que puede denominarse como una fusión política).

En Latinoamérica recientemente hablamos de integración económica, no obstante hace 46 años que se está trabajando en ella, viene a nuestra memoria el **ALALC** (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio –Tratado de Montevideo-) de 1960; el **Mercado Común Centroamericano** -Tratado de Managua- de 1960 que pasó en 1980 ser sustituido por el **ALADI** (Asociación latinoamericana de Integración); el **Pacto Andino** –Acuerdo de Cartagena- de 1969 del cual se retira Chile en 1976 quedando Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela; el **CARIFTA** (Caribbean Free Trade Association) de 1968 que pasó en 1974 a ser absorbido por el **CARICOM** (Mercado Común del Caribe); el **URUPABOL** (Acuerdo de Cooperación Política y Económica) de 1981 entre Uruguay, Paraguay y Bolivia; el **MERCOSUR** (Mercado Común del Sur – Tratado de Asunción-) de 1991 entre Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay; el **NAFTA** (North American Free Trade Agreement) entre Canadá, Estados Unidos de América y México.

De manera más reciente los Tratados de Libre Comercio, aún no ratificados, firmados entre los Estado Unidos de América y los países de Perú y Colombia, cada uno de manera independiente. En este momento Colombia ha iniciado negociaciones para la firma de dos Tratados de Libre Comercio más, uno con Centroamérica y otro con la Unión Europea, así mismo, se explora también la posibilidad de ampliar los mercados con el mundo asiático como lo hizo de tiempo atrás y en su momento, Chile, una de las economías más fuertes entre nuestros países latinoamericanos.

En todas y cada una de las etapas de un proceso de integración económica se han presentado obstáculos casi infranqueables, trabas políticas como las impuestas por Francia a Gran Bretaña o las tocantes con la supranacionalidad de la Comunidad Económica Europea; impedimentos económicos como los de Turquía para entrar a la Unión Europea o los de Colombia para la firma del Tratado de Libre Comercio con Estado Unidos de América; inconvenientes

sociales como los que se presentan en este momento en Ecuador como consecuencia de las negociaciones de su Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América; incluso dificultades del orden jurídico que atentan contra el Derecho Primario o Secundario Comunitario como ha ocurrido recientemente con las explicaciones solicitadas por la Comisión Europea al Gobierno Español en el caso de la OPA de EON-ENDESA; en resumen las dificultades están llamadas, basta recordar que Europa lleva más de 83 años intentado perfeccionar su proceso de integración y aún hoy en día se siguen presentando algunos trastornos que desequilibran todo el andamiaje institucional, político y económico sobre el cual se ha construido un proceso de integración económica.

B. Al Interior de un Proceso de Integración Económica.

1. Bases del Andamiaje Comunitario.

1.a. Niveles de Integración Económica.

Hemos señalado que los procesos de integración económica con el transcurrir del tiempo van evolucionando de conformidad con diferentes factores, así iniciando con una Armonización de las Políticas Económicas, una Interrelación entre países con Instituciones Comunes a un nivel local, pasando por una Comunidad Económica, hasta llegar a un "Federalismo" o a la Unión de Estados; en otras palabras, en un proceso de integración existen varios grados o niveles, que según parte de la doctrina, entre otros Bela Balassa o Ricardo Basaldúa, pueden ir desde Áreas Específicas con Preferencias Arancelarias, Zonas de Libre Comercio, Uniones Aduanera, Mercados Comunes, Uniones Económicas e Integraciones Económicas Completas que incluyen la unión de políticas monetarias, fiscales, sociales, de política exterior, de defensa, entre otros factores.

En las Áreas Específicas con Preferencias Arancelarias los países partícipes conceden, de manera mutua pero general, diversos tipos de reducciones en sus aranceles en comparación con otros Estados, aquí las concesiones pueden hacerse sobre derechos aduaneros a las exportaciones e importaciones únicamente, bien sobre otros tributos aduaneros ora sobre diferentes aspectos no solo relativos a las aduanas sino a otras materias que influyen directamente en un tratamiento de las mercancías una vez han sido importadas.

Se hallan también las Zonas de Libre Comercio, allí los países acuerdan suprimir algunas trabas comerciales y barreras arancelarias exclusivamente para los productos originarios de los Estados en cuestión, pero los mismos conservan su autonomía para seguir comercializando con terceros, bajo las condiciones que cada uno pauten. Se intenta proteger los productos nacionales con las famosas cláusulas de origen para evitar triangulaciones con otros países que afecten los productos nacionales de los Estados que suscriben el acuerdo.

Las Uniones Aduaneras se caracterizan porque además de suprimirse las barreras y trabas comerciales, se acuerda una misma política arancelaria de trato frente a terceros Estados, estableciendo una misma tarifa para las importaciones realizadas por fuera de la Unión. Esto implica que los productos elaborados dentro de los países integrantes de la Unión pueden circular libremente sin la necesidad de cláusulas de origen.

En un Mercado Común los Estados integrantes no solo deben propender por establecer una tarifa arancelaria común, no solo velan por la libre circulación de los productos al interior de la Unión sino que deben propender por armonizar sus legislaciones internas en orden a establecer una libertad de circulación, ya no solo de bienes o productos, sino de personas, servicios y capitales.

Una Unión Económica va más allá de las cuatro Libertades y de armonizar sus legislaciones internas en aras de la economía, llega hasta el punto de incorporar otras políticas económicas nacionales, como la fiscal, la industrial, la financiera o la monetaria. Se piensa en una moneda única.

Finalmente, una Integración Económica Completa, como ya lo esbozamos, abarca la unión de políticas monetarias, fiscales, sociales, y las de política exterior y de defensa, sin embargo el dato característico es la conformación de instituciones supranacionales cuyas decisiones tengan fuerza coercitiva frente a los Estados que hacen parte.

Ahora bien, resulta imposible tratar el tema de la problemática en un proceso de integración económica, o mejor, no podríamos abordar el tema de las dificultades inherentes a la libertad de circulación o de establecimiento, si no aclaramos cuales son las fuentes de esta integración, como está organizada internamente una comunidad o cuáles sus instituciones; para lograr este propósito decidimos acudir a las fuentes, al funcionamiento y a los órganos de la integración económica que por excelencia se encuentra más adelantada, nos referimos concretamente a la Unión Europea (UE).

El Derecho de la Unión Europea es un derecho que participa de los principios del Derecho Internacional y de los derechos nacionales, no obstante no es entendido como un conjunto de normas de diferentes países o de normas públicas internacionales, a contrario sensu, es un conjunto de actos y disposiciones propias de la Unión como ente jurídico autónomo e independiente, provisto de instituciones que regulan sus relaciones políticas, económicas y comerciales.

1.b. Fuentes del Derecho Comunitario

El Derecho Comunitario base de la UE tiene sus propias fuentes jurídicas, ya sea que se trate de fuentes escritas o de no escritas. Dentro de las primeras cabe resaltar el denominado Derecho Primario de la Comunidad; por este

último se entiende que hace parte de él los Tratados Constitutivos de las tres Comunidades, París, Roma, Maastricht, Ámsterdam y el de Niza, así como todos los anexos, apéndices, protocolos, complementos y modificaciones a los mismos, como el Acta Única Europea o los Tratados de Adhesión.

No obstante no es la única fuente, de igual forma encontramos el Derecho Derivado de la Comunidad, entendido como el conjunto de actos jurídicos que profieren las instituciones comunitarias para desarrollar los objetivos consagrados en el propio Derecho Primario Comunitario (Artículo 14 del Tratado CECA, artículo 161 del EURATOM y Artículo 249 del Tratado CEE). Se trata de normas jurídicas y directrices generales vinculantes, de declaraciones que no gozan del grado de obligatoriedad así como de todos aquellos actos jurídicos que regulan el régimen interno de las instituciones comunitarias.

Otro pilar del Derecho Comunitario son los Tratados Internacionales firmados por la propia Comunidad con terceros países, estos acuerdos internacionales, basados en relaciones contractuales, van desde simples Acuerdos de Asociación, bien con el fin de conservar los vínculos económicos de un tercero con algún país miembro de la Comunidad; ya sea para habilitar una Unión Aduanera o una nueva adhesión a la Comunidad o bien para preparar un acuerdo sobre un espacio económico europeo, en este mismo orden, los acuerdos internacionales pueden ser de Cooperación que tienen como fin de manera exclusiva la colaboración económica, finalmente, los acuerdos pueden ser netamente Comerciales con un grupo de países o con determinadas organizaciones internacionales.

En tratándose de fuentes hemos de destacar aquellas consideradas como no escritas, de la cuál hacen parte el Derecho derivado de la práctica y de la convicción jurídica, lo que es lo mismo, el Derecho Consuetudinario, así como los Principios Generales del Derecho; dentro de estos últimos cabe recordar los principios de independencia, aplicabilidad directa y primacía del Derecho comunitario, el de garantía de los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad, el de protección de la confidencialidad, el principio de audiencia judicial y el principio de responsabilidad de los Estados miembros por las violaciones del Derecho comunitario.

Ahora bien, la última fuente del Derecho Comunitario a mencionar son los Convenios entre los Estados miembros, empleados para regular las actividades de la Comunidad pero sin dotar de competencia a los entes comunitarios, verbi gratia, los Convenios que regulan materias de competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales, reconocimiento mutuo de las sociedades y personas jurídicas, supresión de la doble imposición, ley aplicable a las obligaciones contractuales o sobre patente europea.

1.c. Actos Jurídicos.

Estas reflexiones que hasta el momento se han planteado, no tendría validez si los órganos de las comunidades no pudieran sentar su posición, me explico, en

la medida que las instituciones intervienen en las directrices comunitarias, las mismas pueden afectar directa o indirectamente las economías nacionales, lo que implicaría un cierto desazón para algunos Estados miembros que bien los podría llevar a un incumplimiento o, ciertamente, a un desconocimiento de las pautas planteadas, por esta razón se ha investido a las instituciones comunitarias de ciertos grados de coercibilidad u obligatoriedad, para que sus preceptos pueden confluir en un solo vértice, cediendo los intereses individuales de Estados miembros y ciudadanos a favor de un solo interés comunitario general.

De esta forma y con el transcurrir del tiempo, en los acuerdos de integración se observan estas directrices, que valga la pena señalar no siempre coincidieron, a guisa de ejemplo se encuentra el Tratado CECA que menciona las Decisiones Generales e Individuales, las Recomendaciones y los Dictámenes como instrumentos jurídicos comunitarios, no obstante y en igual medida se hallan los Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones y Dictámenes del Tratado CE y del Tratado de EURATOM.

Unos y otros resultan ser términos próximos entre si cuando no sinónimos. Por una parte, las decisiones generales (CECA) y los reglamentos son actos jurídicos que imponen a todos los Estados miembros el mismo Derecho, obligándose a las instituciones el deber jurídico de aplicarlos de manera directa en sus ordenamientos nacionales a situaciones concretas. No se trata de esta forma de leyes europeas ya que las mismas no gozan de la codecisión parlamentaria, son reglas que crean en los ciudadanos comunitarios ciertos derechos y obligaciones, y por tal razón han de salvaguardarse.

En un mismo plano, las recomendaciones (CECA) y las directivas tienden ya no a imponer el mismo Derecho, como los actos jurídicos anteriores, sino que pretenden acercar las legislaciones anulando las discrepancias de los preceptos legislativos y administrativos de los países miembros. La obligatoriedad se predica de los objetivos comunitarios propuestos dejando a discrecionalidad de que cada Estado la manera para conseguirlos; las recomendaciones (CECA) y las directivas no crean derechos y obligaciones como las decisiones generales (CECA) y los reglamentos, sin embargo los ciudadanos pueden demandarlos sin los países no han adoptado las medidas necesarias (actos de ejecución) para incorporarlos o lo han hecho de manera indebida, en este caso se permite invocar un efecto directo (Vertical) de la directiva o la recomendación, mas no cuando se trate de una relación entre particulares (Efecto Directo Horizontal).

En este mismo sentido, puede consultarse la Sentencia de Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 1991 en los casos Francovich y Bonifaci donde se condena al Estado Italiano por no haber transpuesto la Directiva 80/987/CEE del Consejo de 20 de octubre de 1980 que pretendía proteger a los trabajadores en caso de insolvencia del empresario, permitiéndoseles cobrar su salario con cargo a un fondo de garantía que la Directiva ordenaba constituir, por tanto y al no hacerse la trasposición no fue posible crear el

fondo, presentándose un claro perjuicio por parte del Estado Italiano a los particulares.

Otro peldaño en nuestro andamiaje de actos son las decisiones y las decisiones individuales (CECA), las mismas son actos jurídicos comunitarios de carácter obligatorio, con un efecto directo y particular que permiten de manera clara a las instituciones ajustar las situaciones concretas. De esta forma de exige a un País miembro o a un ciudadano, entendido como colectividad, que realice u omita una determinada acción que se traduce en una imposición de deberes o bien en una concesión de derechos.

Finalmente las recomendaciones CE y EURATOM y los dictámenes pueden concebirse como actos no obligatorios, resultando ser simples consejos o parámetros a seguir por los Estado miembros y en ocasiones por sus ciudadanos sin que ello se traduzca en una imposición de deberes.

Existen otros tipos de actos jurídicos que vienen a engrosar el andamiaje jurídico comunitario y que son de igual importancia que los anteriores, nos referimos a las resoluciones, las declaraciones y los programas de acción. Las primeras, son expresiones generales de una voluntad política comunitaria dadas por el Consejo Europeo, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea; las declaraciones, son igualmente expresiones de una voluntad pero encaminadas a un sector más amplio de la comunidad o un gremio específico de la misma, así como la adopción de las mismas en relación a las decisiones del Consejo; ya para concluir, los programas de acción elaborados por el Consejo o la Comisión por encargo del Consejo europeo, pueden llegar a ser vinculantes, para las instituciones, en la medida que estos se encuentren consagrados en los Tratados, lo contrario supondría ser simples orientaciones sin una fuerza vinculante.

2. Instituciones de la Estructura Comunitaria.

Hasta aquí hemos observado las raíces del Derecho comunitario, sus fuentes, se ha comprobado de que parte las instituciones comunitarias toman esa fuerza necesaria para mantener sus principios, en la misma medida hemos vislumbrado como estas instituciones materializan sus voluntades y las de la comunidad a través de actos jurídicos, sin embargo solo hemos tenido la oportunidad de dar algunas pinceladas sobre estos entes comunitarios sin profundizar en su misión y funciones. Con un ánimo netamente ilustrativo, en esta ocasión, profundizaremos sobre cuáles son estas instituciones y cuál la función de las mismas.

Una institución de gran trascendencia resulta ser el **Consejo de la Unión Europea**, formado por representantes de cada país miembro de rango ministerial, tal vez por eso se le conoció al inicio de la Comunidad como Consejo de Ministros, detenta un poder legislativo y presupuestario que comparte con el Parlamento Europeo y se encarga de la coordinación de las políticas económicas, relaciones exteriores, los nombramientos y el control.

Los representantes o mejor el Consejo de la UE se reúne de acuerdo a la materia que van a tratar, conformándose a su vez en su interior otros Consejos como el General de Asuntos Exteriores, Economía y Finanzas, Transporte y el de Agricultura; Comités como el Especial de Agricultura y de Representantes Permanentes de los Gobiernos de los Estados miembros; Grupos de Trabajo y una Secretaría General.

El **Consejo Europeo** integrado por los el presidente de la Comisión de la CE, y los Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros quienes se encuentran acompañados de sus respectivos Ministros de Asuntos Exteriores, tienen la función de fijar los parámetros de las políticas de integración y las directrices a seguir por parte del Consejo de la UE y la Comisión Europea.

El **Parlamento Europeo**, unificación de las Asambleas de la CECA, CEE y EURATOM, representan a “los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad” y son elegidos por sufragio universal. Los diputados (máximo 732 de 2004 a 2007 y 786 de 2007 a 2009), las 17 comisiones* y los partidos políticos (Partido Popular Europeo -Democristianos y Demócratas Europeos - PPE-DE- y el Partido Socialista Europeo -PSE-) es el órgano democrático de control de la Unión.

El Parlamento Europeo ejerce, de manera conjunta al Consejo, poderes presupuestarios, aprobando o rechazando el presupuesto comunitario e influyendo en las políticas comunitarias, y también poderes legislativos, a través de procedimientos de cooperación, donde participa en la elaboración de directivas y reglamentos propuestos por la Comisión Europea; procedimientos de dictamen conforme, donde se somete a la ratificación del Parlamento los acuerdos internacionales negociados por la Comisión así como las

* Las **Diecisiete Comisiones son las siguientes:**

1. **AFET:** Comisión de Asuntos Exteriores, Derechos Humanos, Seguridad Común y Política de Defensa
2. **BUDG:** Comisión de Presupuestos
3. **CONT:** Comisión de Control Presupuestario
4. **LIBE:** Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores
5. **ECON:** Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios
6. **JURI:** Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior
7. **INDU:** Comisión de Industria, Comercio Exterior, Investigación y Energía
8. **EMPL:** Comisión de Empleo y Asuntos Sociales
9. **ENVI:** Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Política del Consumidor
10. **AGRI:** Comisión de Agricultura y Desarrollo Rural
11. **PECH:** Comisión de Pesca
12. **REGI:** Comisión de Política Regional, Transportes y Turismo
13. **CULT:** Comisión de Cultura, Juventud, Educación, Medios de Comunicación y Deporte
14. **DEVE:** Comisión de Desarrollo y Cooperación
15. **AFCO:** Comisión de Asuntos Constitucionales
16. **FEMM:** Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades
17. **PETI:** Comisión de Peticiones

ampliaciones de la Comunidad; y procedimientos de codecisión, donde el Parlamento puede por mayoría absoluta, poniendo fin al procedimiento, rechazar las decisiones adoptadas por el Consejo en materias como libre circulación de trabajadores, educación, medio ambiente, protección a consumidores, salud, redes transeuropeas, entre otros.

El Parlamento como órgano de control de la política comunitaria puede aprobar mociones de censura contra la Comisión, plantear preguntas escritas u orales al Consejo y la misma Comisión, basados muchas veces en los informes que presenta el Tribunal de Cuentas.

Otra institución que cabe señalar es la **Comisión Europea**, se encuentra integrada por 36 Direcciones Generales y otros servicios*, los miembros de la

* **Servicios y Direcciones Generales de la Comisión Europea:**

1. Dirección General de Economía y Finanzas
2. Dirección General de Empresa
3. Dirección General de Competencia
4. Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales
5. Dirección General de Agricultura
6. Dirección General de Transportes
7. Dirección General de Medio Ambiente
8. Dirección General de Investigación
9. Dirección General de Personal y Administración
10. Dirección General de Sociedad de la Información
11. Dirección General de Pesca
12. Dirección General de Mercado Interior
13. Dirección General de Política Regional
14. Dirección General de Energía
15. Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera
16. Dirección General de Educación y Cultura
17. Dirección General de Sanidad y Protección de los Consumidores
18. Dirección General de Justicia e Interior
19. Dirección General de Relaciones Exteriores
20. Dirección General de Comercio
21. Dirección General de Desarrollo
22. Dirección General de Ampliación
23. Dirección General de Presupuestos
24. Dirección General de Control Financiero
25. Eurostat
26. Centro Común de Investigación
27. Inspección General
28. Oficina Europea de Lucha contra el Fraude
29. Oficina de Ayuda Humanitaria
30. Servicio Común de Relaciones Exteriores
31. Servicio Común Interpretación-Conferencias
32. Servicio de Traducción
33. Servicio Jurídico
34. Servicio de Prensa y Comunicación
35. Oficina de Publicaciones
36. Secretaría General

misma son nombrados por los países comunitarios y desde el 2004 se elige un comisario por país; la Comisión Europea resulta ser la guardiana del interés comunitario. Tiene un amplio poder ya que se encarga de proteger los Tratados, reglamentos y las directivas aprobadas por el Consejo, así como se encuentra legitimada activamente para recurrir ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en razón de la aplicabilidad del Derecho Comunitario, en la misma medida puede ejecutar las decisiones del Consejo, sin embargo, cuando el Parlamento aprueba una moción de censura, la Comisión debe presentar su dimisión colectiva.

Por otra parte el **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)**, que se compone de un juez por cada Estado miembro a quien lo asiste 9 abogados generales, tiene como función la salvaguarda del derecho comunitario a través de la correcta aplicación e interpretación de los Tratados por parte de los países comunitarios, encargándose de los procedimientos por el incumplimiento de los Tratados de la Comisión contra un Estado miembro y los provenientes de un país comunitario contra otro Estado de la Comunidad. De la misma forma, se encarga de observar la validez de los actos jurídicos que emanen de las instituciones o las omisiones que provengan del Consejo, la Comisión o el Parlamento a través de Recursos de Anulación y Recursos por Omisión, finalmente, por medio de procedimientos prejudiciales, los entes jurisdiccionales nacionales pueden plantear cuestiones prejudiciales para que sea el Tribunal de Justicia el ente encargado de clarificar la interpretación o la validez del Derecho Comunitario.

Así mismo, existe un **Tribunal de Primera Instancia (TPI)** con competencia para conocer de los litigios entre los ciudadanos europeos y la Comunidad y de los recursos entre esta y sus funcionarios, sin perjuicio de los recursos de casación, circunscrito a cuestiones de Derecho, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Conoce así el TPI de los Recursos de anulación y los recursos por omisión de las personas físicas y jurídicas debido a la ilegalidad u omisión de actos jurídicos comunitarios, como también de los recursos de indemnización por responsabilidad contractual y extracontractual.

El **Tribunal de Cuentas**, compuesto por un miembro de cada Estado comunitario designado por el Consejo previa consulta al Parlamento, se encarga de tutelar la correcta legalidad y regularidad de los ingresos y egresos de la Comunidad así como la debida administración de las finanzas comunitarias, incluyendo los fondos gestionados por organismos externos, no obstante, el Tribunal de Cuentas Europeo al no contar con una competencia judicial para sancionar las irregularidades observadas ni tampoco para imponer de manera coercitiva su control, aplica cierto grado de coerción moral y pública, en la medida que sus informes son divulgados y de esta forma puestas en conocimiento de todos los ciudadanos e instituciones europeas y nacionales.

Existen otros órganos auxiliares partícipes también de la Comunidad que simplemente mencionaremos en esta investigación, haciendo aclaración de la importancia manifiesta de su presencia, nos referimos concretamente al

Comité Económico y Social Europeo que es un órgano consultivo integrado por distintos miembros de la vida social y económica de la comunidad; al **Comité de las Regiones**, institución igualmente consultiva compuesta por diferentes sujetos del ámbito local y regional comunitario; al **Banco Europeo de Inversiones (BEI)** quien concede préstamos y garantías para el desarrollo de las regiones más atrasadas y la reconversión de las empresas; y ya para terminar al **Banco Central Europeo (BCE)** encargado de la política monetaria y la administración del euro.

II. DIFICULTADES EN UN PROCESO DE INTEGRACIÓN DESDE LA ÓRBITA DEL DERECHO DE SOCIEDADES

En Bruselas el 13 de octubre de 2004 se firmó el Tratado por el que se estableció una Constitución Europea para la Comunidad y con ella se concretó, políticamente, la Unión existente. Los niveles, fuentes, actos e instituciones, tal y como lo hemos mencionado hasta el momento, integran la Comunidad, sin embargo, todas y cada una de ellas tiene siempre presente unos principios fundamentales que son puestos de presente en el Ordenamiento Constitucional.

El Principio de Atribución que trae aparejada la aplicación de la competencia de atribución, Principio de la Subsidiaridad en las actuaciones de la Unión de manera motivada, Principio de la Proporcionalidad en las actuaciones de la Unión para alcanzar los objetivos señalados en la Constitución, Principio de la Cooperación entre la Unión y los Estados miembros, Principio de la Democracia Representativa y Participativa, Principio de Transparencia, Principio de Buena Gestión Financiera, entre otros.

De manera consciente, hemos dejado de mencionar otro principio fundamental del Derecho Comunitario y consagrado a lo largo de toda la Constitución Europea, y esto por cuanto el mismo nos servirá para adentrarnos un poco más en nuestra labor de vislumbrar las vicisitudes de los procesos de integración.

En la Parte I, del Título I, Artículo I-2, de la Constitución Europea, se trae a colación el tema de los valores de la Unión y sobre este concreto aspecto prescribe el ordenamiento comunitario lo siguiente:

“(...) La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, **igualdad**, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y **la igualdad** entre mujeres y hombres. (...)” Resaltado en cursiva y negrilla por fuera del texto.

El Principio de la Igualdad consagrado de antaño en los Tratados y ahora en la Constitución se encuentra íntimamente relacionado al tema de las Libertades, observemos el Artículo I-4 de la Constitución Europea:

“(...) Libertades fundamentales y no discriminación
1. La Unión garantizará en su interior la **libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales** y la **libertad de establecimiento**, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución.

2. En el ámbito de aplicación de la Constitución, y sin perjuicio de sus disposiciones particulares, se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad. (...)” Resaltado en cursiva y negrilla por fuera de texto.

En el mismo sentido Artículo I-10, Título II, numeral 2, literal a, de la Constitución Europea, consagra:

“(...) 2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en la Constitución. Tienen el derecho:

a) de ***circular y residir libremente*** en el territorio de los Estados miembros; (...)” Resaltado en cursiva y negrilla por fuera de texto.

Con el Tratado de Roma de 1957 se constituyó la Comunidad Europea y con ella se consagró unos mecanismos políticos-económico y de mercado común para el desarrollo económico de los Estados miembros*. La Parte Segunda del Tratado se dedicó a las políticas aplicables de la Comunidad, el Título Primero consagró lo concerniente a la Libre Circulación de Mercancías y el Título Tercero lo relativo a la Libre Circulación de Personas, Servicios y Capitales, concretamente los Artículos 39 al 60, haciendo parte integrante de este Título Tercero, el Capítulo Segundo dedicado al Derecho de Establecimiento.

Así las cosas, y sobre este particular, el Artículo 43 del Tratado de Roma modificado, establece:

“(...) En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán ***prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento*** de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La Libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales. (...)” Resaltado en Cursiva y negrilla por fuera de texto.

* Ha de tenerse presente que el Tratado constitutivo de Roma del 1957 ha sido modificado en varias oportunidades, la primera de ellas por el Acta Única Europea hecha en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y en la Haya el 28 de febrero de 1986, después por el Tratado de la Unión Europea de Maastricht de 7 de febrero de 1992 y modificado a su vez por el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997; por tal razón la normatividad a la que nos referimos a continuación incorpora estos cambios.

Resulta claro el ánimo comunitario, se trata de proteger a los ciudadanos comunitarios, entendidos como personas naturales o jurídicas, hace referencia al asentimiento para que cada sujeto de derecho pueda desarrollarse libremente en cualquier país comunitario, en igualdad de condiciones a los nacionales del país, pero tal vez esto que parece tan simple y lógico ha sido una de las materias de mayor controversia al interior de la Unión Europea.

Con todo, no es la única materia relevante a destacar, nos referimos a la inclusión de otro gran tema como resulta ser el derecho de Sociedades; una noción de la misma se encuentra en el Artículo 48 párrafo segundo* al cual nos remite el mismo Artículo 43 antes citado, no obstante, ha sido con el transcurrir del tiempo que se ha dado toda una evolución alrededor del tema societario al interior de la Comunidad, explicación que de por sí merece ser dejada para otro estado investigativo, por tal razón nos limitaremos simplemente a mencionar algunos de estos cambios al interior del Derecho Comunitario de Sociedades, intentando mantener un orden cronológico para una mejor comprensión y estudio:

- Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, regula la publicidad o el Registro Mercantil, la validez del compromiso social, la nulidad y todo lo concerniente a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado del 57, para proteger los intereses de socios y terceros.
- Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, regula lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital
- Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales, modos de evaluación y publicidad de documentos de sociedad anónimas y de responsabilidad limitada.
- **Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado regula las fusiones de las sociedades anónimas y la protección de terceros y accionistas en este tipo de operaciones.**
- Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y referente a la escisión de sociedades anónimas

*“(…) **Artículo 48 párrafo segundo.**

Por sociedad se entiende las sociedades de Derecho Civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo. (...)

- Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado, relativa a las cuentas consolidadas con el fin de lograr un mayor control para terceros y asociados, así como para cumplir fines de comparación y equivalencia de informaciones.
- Octava Directiva 84/253/CEE del Consejo, de 10 de abril de 1984, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado CEE, relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables
- Reglamento (CEE) nº 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE) que ayuden a las personas físicas y jurídicas a desarrollar actividades económicas para mejorar sus propios resultados.
- Undécima Directiva 89/666/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado Miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado
- Duodécima Directiva 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único
- Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros
- Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados Miembros diferentes
- Comunicación de la Comisión Participación de las agrupaciones europeas de interés económico (AEIE) en licitaciones públicas y en programas financiados con fondos públicos
- Recomendación de la Comisión, de 15 de noviembre de 2000, sobre el control de calidad de la auditoria legal en la Unión Europea: requisitos mínimos
- Recomendación de la Comisión, de 30 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento, la medición y la publicación de las cuestiones medioambientales en las cuentas anuales y los informes anuales de las empresas

- Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores
- Reglamento (CE) No. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)
- Recomendación de la Comisión, de 16 de mayo de 2002, independencia de los auditores de cuentas en la UE: Principios fundamentales (Texto pertinente a efectos del EEE)
- Reglamento (CE) No. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad
- Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros
- Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores
- Reglamento (CE) No. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE)
- Reglamento (CE) No. 1725/2003 de la Comisión, de 29 de septiembre de 2003, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) No. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo
- 2004/913/CE: Recomendación de la Comisión, de 14 de diciembre de 2004, relativa a la promoción de un régimen adecuado de remuneración de los consejeros de las empresas con cotización en bolsa
- **Directiva 2004//25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a las ofertas públicas de adquisición.**
- 2005/380/CE: Decisión de la Comisión, de 28 de abril de 2005, relativa a la creación de un Grupo de expertos no gubernamentales en gobierno empresarial y Derecho de sociedades

- CE: Recomendación de la Comisión, de 15 de febrero de 2005, relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los comités de consejos de administración o de supervisión, aplicables a las empresas que cotizan en bolsa
- Convenio sobre el reconocimiento mutuo de sociedades y personas morales
- Protocolo relativo al Convenio sobre el reconocimiento mutuo de sociedades y personas morales
- Protocole concernant l'interprétation par la Cour de justice de la convention du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales, signé à Luxembourg le 3 juin 1971
- Declaración de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, de 17 de diciembre de 1973, relativa a la eliminación de las barreras jurídicas que se oponen a la aproximación de las empresas
- Convenio relativo a la adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia al Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas

Ahora bien, esta intención de unificación de criterios comunitarios en torno al derecho de sociedades a través de directivas, reglamentos, protocolos y declaraciones que no hacen más que velar por el cumplimiento de los fines, principios y derechos al interior de esta integración económica y política y de los cuales ya hemos tratado con cierto detenimiento, muchas veces se ven truncados por actuaciones no solo de los ciudadanos comunitarios sino de los propios Estados miembros.

Uno de los casos, que aún hoy es materia de controversia, al cual haremos alusión y que se relaciona directamente con lo mencionado a lo largo de este trabajo es el caso EON-ENDESA, y esto porque a través aquel, se observará la interrelación entre las distintas instituciones, actos, niveles, pilares y principios comunitarios.

EON es una empresa alemana que se formó de la fusión de las empresas VEBA-VIAG y es hoy el proveedor más grande de electricidad y gas en Europa; su fuerza radica en el posicionamiento que ha realizado en el centro y este de Europa. No obstante, en el proceso de crecimiento empresarial consideró oportuno ingresar en otro mercado que aún no había explorado, concretamente el mercado las empresas eléctricas españolas. Fue así como ubicó a una de las empresas más grandes de España, nos referimos a ENDESA.

Con una posible fusión entre EON-ENDESA, además del crecimiento propio de una concentración económica, se abrirían nuevos campos, más de 50 millones de clientes en gas y electricidad, el ingreso a más de 30 países y la apertura de las puertas a un mercado que hasta hace unos años era desconocido para Europa en las proporciones que se ven ahora, el Latinoamericano. Cada vez economías jóvenes como la de Chile, Brasil, Argentina o Colombia resultan atractivas, máxime cuando las mismas presentan cada año un incremento de su producto interno bruto, como el caso colombiano que estuvo en el 5.13%.

Con todo, no solo EON es consciente de esta situación, muchas otras empresas, entre ellas las mismas españolas observan estas fuentes de ingreso, por esta razón la empresa GAS NATURAL fue la primera que hizo una oferta por las acciones de ENDESA, 21.3 Euros por acción, ofrecimiento que fue rechazado por la propia ENDESA por considerarlo como una *toma hostil*.

Con posterioridad, la eléctrica alemana EON hizo una contraoferta casi irresistible, 27.5 Euros por acción, en otras palabras, Caja Madrid que es el primer accionista de ENDESA con casi un 10% de la compañía, si hubiera aceptado la primera oferta de GAS NATURAL solo habría ganado unos 250 millones de euros mientras que con la oferta de EON se están ganando unos 900 millones de euros, sencillamente, triplicarían sus ganancias.

Esta “Guerra de las Eléctricas” ha determinado la intervención del Gobierno Español para favorecer la OPA de GAS NATURAL y así conservar en manos españolas la eléctrica ENDESA. Esta ayuda se observó cuando el Presidente del Gobierno Español el **24 de febrero de 2006** aprobó el **Real Decreto-Ley 4/2006** por el cual se modificaron las funciones de la Comisión Nacional de Energía, y se estableció que de conformidad con la legislación existente no era posible examinar los supuestos de toma de control de las empresas en la medida que afectaran los intereses generales de la política energética española y de la seguridad pública.

Así las cosas, se modificó la Ley 34 de 1998 en lo relativo a la Disposición Adicional Undécima. Tercero. 1. función 14, que facultaba a la Comisión Nacional de Energía a otorgar la autorización para la toma de participación por sociedades con actividades reguladas en cualquier entidad que realizara actividades de naturaleza mercantil, no obstante, no se establecía la misma previsión cuando la sociedad objeto de la participación realizara actividades reguladas pero no la sociedad que pretendía dicha participación. Por todo esto se dispuso una nueva redacción de las funciones de la Comisión Nacional de Energía*.

* “(...) **Artículo Único. RDL 4 de 2006.**

1. Autorizar la adquisición de participaciones realizada por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas o actividades que estén sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial, tales como centrales térmicas nucleares, centrales térmicas de carbón de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional, o que se desarrollen en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, así como las actividades de almacenamiento de gas natural o de transporte

Después de haberse modificado las facultades de la Comisión Nacional de Energía y por ende haberse investido a la misma con el poder para obstaculizar la OPA de EON ya que tiene la facultad para comprobar el proceso de fusión y eventualmente impedirlo, tres (3) días después del RDL 4/2006, es decir el 27 de febrero de 2006, la Comisión Nacional de Energía autorizó la OPA de GAS NATURAL sobre el 100% de las acciones de ENDESA, lo que supone una nueva oferta de GAS NATURAL quien ya buscó aliados, entre ellos IBERDROLA.

de gas natural por medio de gasoductos internacionales que tengan como destino o tránsito el territorio español.

La autorización será igualmente requerida cuando se pretenda la adquisición de participaciones en un porcentaje superior a un 10% del capital social o cualquier otro que conceda influencia significativa, realizada por cualquier sujeto en una sociedad que, por sí o por medio de otras que pertenezcan a su grupo de sociedades, desarrolle alguna de las actividades mencionadas en el párrafo anterior de este apartado 1. La misma autorización se requerirá cuando se adquieran directamente los activos precisos para desarrollar las citadas actividades.

2. Las autorizaciones definidas en los dos párrafos del apartado 1 anterior podrán ser denegadas o sometidas a condiciones por cualquiera de las siguientes causas:

a. La existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos sobre las actividades contempladas en el apartado 1 anterior.

Protección del interés general en el sector energético y, en particular, la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de política sectorial, con especial afección a activos considerados estratégicos. Tendrán la consideración de activos estratégicos para el suministro energético aquellos que puedan afectar a la garantía y seguridad de los suministros de gas y electricidad. A estos efectos, se definen como estratégicos los siguientes activos:

Las instalaciones incluidas en la red básica de gas natural definida en el [artículo 59 de la presente ley](#).

Los gasoductos internacionales que tengan como destino o tránsito el territorio español

Las instalaciones de transporte de energía eléctrica definidas en el [artículo 35 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico](#).

Las instalaciones de producción, transporte y distribución de los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares.

▪ Las centrales térmicas nucleares y las centrales térmicas de carbón de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional.

b. La posibilidad de que la entidad que realice las actividades mencionadas en el apartado 1 anterior de esta función decimocuarta quede expuesta a no poder desarrollarlas con garantías como consecuencia de cualesquiera otras actividades desarrolladas por la entidad adquirente o por la adquirida.

c. Cualquier otra causa de seguridad pública y, en particular:

1. La seguridad y calidad del suministro entendidas como la disponibilidad física ininterrumpida de los productos o servicios en el mercado a precios razonables en el corto o largo plazo para todos los usuarios, con independencia de su localización geográfica; así como:

2. La seguridad frente al riesgo de una inversión o de un mantenimiento insuficiente en infraestructuras que no permitan asegurar, de forma continuada, un conjunto mínimo de servicios exigibles para la garantía de suministro.

3. La autorización de la Comisión Nacional de Energía deberá ser solicitada antes de la adquisición, de forma que dicha adquisición solo será válida una vez obtenida la autorización. En el caso de que la adquisición se produzca por medio de una oferta pública de adquisición de acciones, el adquirente deberá obtener dicha autorización con carácter previo a la autorización de la oferta conforme a la normativa del mercado de valores. (...)"

Precisamente a estas empresas, ENDESA las demandó en noviembre pasado, con el fin de parar la OPA de GAS NATURAL, por considerar que entre ellas se estaban repartiendo el mercado eléctrico (pactos colusorios) y por asistencia financiera. Pero el Juez encargado determinó la caución más alta fijada hasta el momento para suspender la OPA, mil Millones de Euros. Esta situación a determinado que la Comisión Nacional de Energía esté estudiando la posibilidad de parar la OPA de EON, mientras al parecer se resuelve el problema.

No obstante lo anterior, ya la Unión Europea está tomando cartas en el asunto; la Comisión Europea a través de la Dirección General de Mercado Interior (Comisario Europeo Charlie McCreevy) está preparando su posición con el fin de proteger los Tratados, Reglamentos y las Directivas aprobadas por el Consejo.

Para el Comisión Europea se está transgrediendo en principio la Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado encargada de regular las fusiones de las sociedades anónimas y la protección de terceros y accionistas en este tipo de operaciones y la Directiva 2004//25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a las ofertas públicas de adquisición de acciones.

Por tal razón se está preparando un recurso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en razón de la aplicabilidad del Derecho Comunitario, por cuanto las nuevas normas dictadas por el Gobierno español obstaculizan la Libre Circulación de Capitales y la Libertad de Establecimiento en España de nacionales de otros Estados miembros como resulta ser para el caso concreto la empresa alemana EON.

Hemos de seguir atentos a lo que ocurra, realizando un seguimiento a las decisiones de los tribunales y jueces así como a los argumentos de las partes, bien para en los casos particulares o para el proceso en donde intervendrá el Gobierno español.

BIBLIOGRAFÍA

- **AGUILAR NAVARRO, Mariano.** El Derecho Internacional Privado y la Sociedad Internacional en Estudios jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues. Tomo II. Ed. Tecnos. 1971.
- **BARRERA FUENTEALBA, Adolfo.** El Funcionalismo y los Procesos de Integración., en <http://www.ilustrado.com>.
- **BORCHARDT, Klaus-Dieter,** El ABC del derecho Comunitario. Comunidades Europeas, 2000
- **FARRANDO MIGUEL, Ignacio.** El Derecho Mercantil y la Armonización y Unificación Comunitaria. Revista de Derecho Privado. No. 6. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2000.
- **FONTAINE, Pascal.** Doce Lecciones sobre Europa. Comunidades Europeas. 2000
- **GALINDO VÁCHA, Juan Carlos.** Manual de Derecho Europeo de Sociedades. Universidad Javeriana. 1995.
- **GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán.** Derecho Societario Contemporáneo. Estudios de Derecho Comparado. Ed. Legis. 2004.
- **GARRIGUES, Joaquín.** Curso de Derecho Mercantil. Tomo.I y II. Ed. Temis. 1987.
- **LITOVKIN, Viktor.** Cuando Churchill pensaba con una alianza con los nazis. Rev. Ria Novosti., en <http://www.voltairenet.org>.
- **MONROY CABRA, Marco Gerardo.** Tratado de Derecho Internacional Privado. Ed. Temis. 1999.
- **RAVASSA MORENO, Gerardo José.** Derecho Mercantil Internacional. Principios y Normas. 2ª ed. Ed. Doctrina y Ley. 2004.
- **URÍA, Rodrigo.** Derecho Mercantil. 28ª ed. Ed. Marcial Pons. 2002.
- **VARIOS.**
<http://www.uv.es>
<http://www.europa.eu.int>