

La jurisprudencia reciente (2010-2015) del Tribunal de Justicia en materia de libre circulación

Recent case law (2010-2015) on free mobility from the Court of Justice

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN—2. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN — 3. CONDICIONES DE TRABAJO. 3.1. Exigencias lingüísticas. 3.2. Empleo en las Administraciones Públicas.— 4. VENTAJAS SOCIALES. 5. RECONOCIMIENTO DE TÍTULOS. 5.1. Abogados. 5.2. Ingenieros. 5.3. Arquitectos. 5.4. Otras profesiones.

1. INTRODUCCIÓN

rente a los *grandes casos* que en otro tiempo ocupaban la atención del Tribunal de Justicia en materia de libre circulación, la actualidad jurisprudencial en los años recientes se centra en aspectos de relevancia considerablemente menor. Las cuestiones de detalle han llegado al Tribunal de Luxemburgo y en lo que ahora ocupa también se reproduce esta tendencia.

2. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN

La delimitación de quiénes son titulares de los derechos derivados de esta libertad fundamental es una tarea constante en la trayectoria del Tribunal, que normalmente se ha mostrado favorable a una ampliación de su ámbito.

Sin embargo, en la sentencia *McCarthy*¹, no ha sido así. En ella se estudió el curioso caso de una ciudadana con nacionalidad británica e irlandesa, que jamás salió del Reino Unido ni desempeñó actividad económica alguna, por cuenta ajena o propia (sobrevivía a base de prestaciones sociales), y que contrajo matrimonio con un nacional jamaicano. Al solicitar un permiso de residencia para éste en su condición de cónyuge de ciudadano de la Unión, le fue denegado por las autoridades británicas.

Estudiando la dicción de la Directiva 2004/38/CE, el Tribunal indicó que ésta se aplica a cualquier ciudadano de la Unión que se «traslade» a, o resida en, un Estado miembro «distinto» del Estado del que tenga la nacionalidad. No habiendo salido jamás del Reino Unido, la Sra. McCarthy no podía invocar derecho alguno, puesto que se trataba de invocar una situación estrictamente interna, en la que el Derecho de la Unión no desem-

¹ Sentencia de 5 de mayo de 2011, Shirley McCarthy y Secretary of State for the Home Department, asunto C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277.

* Universidad de Santiago de Compostela.

peñaba papel alguno. El hecho de que tuviera doble nacionalidad no aportaba matiz alguno al caso, a ojos de la sentencia.

Descartada la aplicación de la Directiva, el Tribunal analizó la invocación del artículo 21 TFUE y reflexionó sobre el estatuto de ciudadano de la Unión. Tras repasar las principales sentencias relacionadas con esta cuestión, el Tribunal desechó la petición. Es necesario, pues, haberse desplazado de un Estado a otro para poder invocar los derechos derivados de la libre circulación.

Por su parte, la sentencia *L.N.*² estudió el caso de un sujeto de nacionalidad desconocida pero en todo caso ciudadano de la Unión, que había entrado en Dinamarca para realizar un trabajo por cuenta ajena. Con anterioridad, había tramitado su admisión en un centro de estudios de dicho país, que le fue concedida, solicitando a continuación una beca, que en este caso fue denegada.

El Sr. N. invocó en su favor el principio de igualdad de trato derivado de su condición de trabajador que había ejercitado la libre circulación, mientras que la Administración danesa entendió que su solicitud de admisión al estudio previa al trabajo indicaba que su finalidad principal era el estudio y no el trabajo, por lo que no gozaba de los derechos derivados de la condición de trabajador; en tanto que estudiante, podía denegársele. La cuestión clave, pues, era determinar si, a los efectos del Derecho de la Unión, el Sr. N era trabajador o estudiante.

Para ello, el Tribunal llevó a cabo una ponderación entre el estatuto de la Ciudadanía de la Unión, de carácter general y expansivo, y las excepciones a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad contenidas en la Directiva 2004/38/CE. De ésta se derivaba la fundamentación jurídica de la denegación³.

² La sentencia de 21 de febrero de 2013, *L.N.* y *Styrelsen for Videregående Uddannelser og Uddannelsessøtte*, asunto C-46/12, ECLI:EU:C:2013:97.

³ Su artículo 24, apartado 2, dispone que ningún Estado miembro está obligado, antes de la adquisición del derecho de

La sentencia recordó que las excepciones deben ser siempre interpretadas de forma restrictiva, y en este sentido señaló que esta regla «no es oponible a las personas que hayan adquirido un derecho de residencia permanente ni a los “trabajadores por cuenta ajena, [a los] trabajadores por cuenta propia, [a las] personas que mantengan este estatuto o [a los] miembros de sus familias”».

El Tribunal recordó asimismo que la noción de trabajador tampoco puede ser interpretada de forma restrictiva, y que su característica esencial estriba en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución. Realizar esta comprobación en el caso del Sr. N quedaba encomendado al Tribunal original, que debería verificar si éste desarrollaba actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. De ser así, sería trabajador y gozaría del derecho a obtener la beca disputada. Las intenciones previas y posteriores del trabajador carecían de relevancia a ojos del Tribunal, siempre que existiera la realización efectiva de trabajo.

Como ya se indicó, desde la sentencia *Unger* de 1964, el Tribunal de Justicia ha ido ampliando la noción de trabajador beneficiario de la libre circulación. En la sentencia *Saint*⁴, se estudió el caso de una profesora francesa en el Reino Unido que, incapaz de trabajar como tal por causa de su embarazo (que concluyó con un parto prematuro), abandonó toda actividad. Solicitó una prestación, que le fue denegada por su nacionalidad, ya que la Ad-

residencia permanente, a conceder ayudas de manutención por estudios, incluidos los de formación profesional, consistentes en becas o préstamos de estudios, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, las personas que mantengan dicho estatuto o los miembros de sus familias.

⁴ Sentencia de 19 de junio de 2014, *Jessy Saint Prix y Secretary of State for Work and Pensions*, en el que participa *AIRF Centre*, asunto C-507/12, ECLI:EU:C:2014:2007.

ministración británica no la consideraba como beneficiaria de la libre circulación al no ser ni trabajadora ni demandante de empleo. El Tribunal Supremo británico planteó la cuestión prejudicial al albergar dudas sobre este punto.

El Tribunal de Justicia comenzó analizando las disposiciones de la Directiva 2004/38/CE, donde ciertamente no se contempla el embarazo como un escenario que permita extender el derecho de residencia. Señaló también que no puede ser equiparado en modo alguno a una enfermedad que implique incapacidad temporal – situación que ampara la residencia. Ahora bien, el Tribunal recordó una vez más que la noción de trabajador debe ser objeto de una interpretación amplia: «todo nacional de un Estado miembro que haya hecho uso del derecho a la libre circulación de los trabajadores y que haya ejercido una actividad profesional en otro Estado miembro está comprendido, independientemente de su lugar de residencia y de su nacionalidad, dentro del ámbito de aplicación del artículo 45 TFUE».

Señalando que uno de los contenidos de la libre circulación es el derecho a desplazarse para buscar un empleo, la sentencia subrayó que no hay exigencia de una relación laboral efectiva, como ya había señalado en los años 80 en *Lair y Universidad de Hannover*. En el caso de autos, la Sra. Saint Prix había trabajado y se había reincorporado a su puesto tras el parto. Carecía de sentido, a ojos del Tribunal, privarla en el interludio de su condición de trabajadora, habida cuenta de que el plazo transcurrido permanecía dentro de lo razonable. A la hora de valorar este plazo, hay que tener en cuenta la duración del permiso de maternidad. Como argumento adicional, la sentencia apuntó que a efectos del cómputo del período continuado de cinco años de residencia en el Estado miembro de acogida que permiten que los ciudadanos de la Unión tengan un derecho de residencia permanente en éste, la continuidad de dicha residencia no se verá afectada, entre otros, por una ausencia no superior a doce meses consecutivos por motivos importantes, como el embarazo y el parto. Con mayor motivo, argumentó, deberá

tenerse en cuenta esas situaciones para determinar la condición de trabajador. Lo contrario conllevaría una restricción de la libre circulación de las embarazadas, colectivo que recibe una especial protección por parte del Derecho de la UE.

3. CONDICIONES DE TRABAJO

La sentencia *Olympique*⁵ estudió la regulación francesa que obligaba a los denominados «jugadores promesa» (fichados en formación por un club) a firmar su primer contrato como profesionales con el equipo que les había formado. En el caso de autos, el jugador había fichado por el Newcastle, abandonando el Olympique Lyonnais, que le exigía una indemnización. Para intentar evitar tal pago, el jugador invocó una restricción de su derecho a la libre circulación, teniendo la duda el Tribunal planteante de si la formación de jugadores jóvenes era un objetivo legítimo que justificara tal obstáculo.

Los Gobiernos que intervinieron en el asunto consideraron casi unánimemente que la restricción era contraria, en efecto, a la libre circulación. Centaron sus argumentaciones en el siguiente paso, la proporción de la medida y su admisibilidad como objetivo legítimo. El Tribunal siguió la misma senda, admitiendo el carácter restrictivo de la medida.

Desde la clásica sentencia *Bosman*, el Tribunal ha sostenido que habida cuenta de la considerable importancia social que revisten dentro de la Unión la actividad deportiva y, más especialmente, el fútbol, ha de reconocerse que el objetivo consistente en alentar la contratación y la formación de los nuevos jugadores es legítimo. Atendiendo al riesgo en que incurren los equipos al fomentar nuevas carreras, de incierto futuro, la sentencia consideró apropiado que existan medidas de

⁵ Sentencia de 16 de marzo de 2010, Olympique Lyonnais y Olivier Bernard, Newcastle FC (asunto C-325/08), ECLI:EU:C:2010:143.

blindaje, siempre que sean proporcionadas. En el caso concreto, el Tribunal consideró que el sistema no respetaba tal exigencia, al ir desvinculados los gastos de formación de la indemnización que se exigía al jugador al cambiar de club.

3.1. Exigencias lingüísticas

La sentencia *Las*⁶ pone de manifiesto los escenarios inusitados en los que pueden plantearse problemas relativos a la libre circulación de trabajadores. El Sr. Las, holandés residente en los Países Bajos, fue contratado por una empresa con domicilio en Bélgica, perteneciente a un grupo multinacional con sede en Singapur. Si bien la norma de la Comunidad Flamenca (la empresa estaba situada en Amberes) exige que todos los contratos de trabajo firmados en su territorio se redacten en flamenco, el contrato del Sr. Las fue hecho en inglés. Al extinguirse su relación laboral, solicitó la nulidad del contrato por dicha infracción, lo cual le habría otorgado una indemnización superior. La empresa señaló que al ser un contrato en el marco de la libre circulación, la norma lingüística carecía de efecto.

Interrogado el Tribunal de Justicia, éste recuperó su doctrina sobre el efecto de la libre circulación en los empresarios, que pueden valerse de ella para reclutar en condiciones que les sean favorables. En ese marco, la sentencia recordó que el artículo 45 TFUE se opone a cualquier medida que, aunque sea aplicable sin discriminación por razón de nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio por los nacionales de la Unión de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado.

En defensa de la medida lingüística, el Gobierno belga alegó que respondía a una triple necesidad: en primer lugar, fomentar y estimular el uso de una de sus lenguas oficiales;

en segundo lugar, garantizar la protección de los trabajadores, permitiéndoles tomar conocimiento de los documentos laborales en su propia lengua y gozar de una protección efectiva por parte de las instituciones representativas de los trabajadores y de las autoridades administrativas y judiciales a las que corresponda pronunciarse sobre esos documentos y, por último, garantizar la eficacia de los controles y de la vigilancia que efectúa la inspección de trabajo.

El Tribunal aceptó el primer motivo. Sin embargo, los otros dos fueron rechazados por su falta de proporcionalidad en lo que se refería al trabajo transfronterizo. La escasa flexibilidad, que impedía que dos partes por su libre consentimiento se vincularan en otra lengua, fue considerada por el Tribunal como una restricción injustificada y por lo tanto contraria al Derecho de la Unión.

Por su parte, la más reciente sentencia *Comisión contra Bélgica*⁷) estudió un problema similar al resuelto por la sentencia *Angonese* hace varios años. El único certificado lingüístico admitido por las Administraciones regionales belgas para concurrir a sus respectivas oposiciones era el emitido por un organismo situado en Bruselas. Esta exigencia, obviamente, favorece a los candidatos residentes en Bélgica y supone una discriminación por razón de nacionalidad. A pesar de que las autoridades belgas han iniciado la reforma oportuna, la sentencia condenó al Estado belga por el incumplimiento de sus obligaciones.

3.2. Empleo en las Administraciones Públicas

La sentencia *Barth*⁸ estudió el caso de un profesor de Universidad en Austria cuyo periodo de servicios en Alemania no fue teni-

⁷ Comisión contra Bélgica de 5 de febrero de 2015 (ECLI:EU:C:2015:63).

⁸ Sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, asunto C-542/08. ECLI:EU:C:2010:193.

⁶ Sentencia de 16 de abril de 2013, Anton Las y PSA Antwerp NV, asunto C-202/11. ECLI:EU:C:2013:239.

do en cuenta para calcular un complemento salarial devengado conforme a la legislación austriaca. Modificada ésta en un sentido que le favorecía al tener en cuenta dicho tiempo, solicitó nuevamente el complemento, que le fue reconocido de forma parcial por la aplicación de reglas de prescripción. En el litigio original, el Sr. Barth atacó tal plazo por considerarlo contrario a la libre circulación de trabajadores.

La cuestión fue examinada por el Tribunal de Justicia desde la doble perspectiva de los principios de equivalencia (la tutela de los derechos concedidos por el ordenamiento de la Unión Europea debe transcurrir por vías que no sean menos favorables que las de los recursos semejantes de naturaleza interna) y efectividad (los mecanismos nacionales no pueden hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión).

Estudiando los requisitos de la legislación austriaca el Tribunal no apreció contradicción alguna con el primer principio, puesto que se regulaba de forma similar la situación derivada del Derecho interno que la derivada del Derecho de la Unión. Misma fortuna corrió el razonamiento sobre el principio de efectividad. La sentencia apuntó que el Derecho de la Unión no prohíbe que un Estado miembro oponga un plazo de caducidad a una solicitud que tiene por objeto obtener un complemento especial de antigüedad como el controvertido en el litigio principal, que no ha sido concedido, en contra de las disposiciones del Derecho de la Unión, aun cuando dicho Estado miembro no haya modificado sus normas nacionales para hacerlas compatibles con tales disposiciones. Matizó, eso sí, que tal situación sería válida salvo que el comportamiento de las autoridades nacionales, junto con la existencia del plazo de caducidad, implique que una persona haya quedado totalmente privada de la posibilidad de hacer valer sus derechos ante los órganos jurisdiccionales nacionales. La petición del Sr. Barth, en definitiva, fue descartada.

La insistencia de Austria en el mantenimiento de cláusulas salariales que encubren discriminaciones por razón de nacionalidad no disminuye con el paso del tiempo. La sentencia *Zentralbetriebsrat*⁹ estudió las retribuciones del personal sanitario en el Land de Salzburgo. En la tierra de Mozart, para quienes siempre hubieran trabajado en servicios dependientes del Land, los períodos de empleo se computan íntegramente a efectos de la carrera profesional, mientras que, para el resto de los trabajadores, los períodos de empleo cubiertos antes de ser contratados por el Land únicamente se computan hasta el 60 %. De ello se sigue, en consecuencia, que los empleados que inician su actividad profesional en el Land son clasificados en un escalón retributivo superior que quienes han adquirido una experiencia profesional comparable y de la misma duración con otros empleadores.

Considerando que detrás de dicha regla podía detectarse una discriminación por razón de nacionalidad, la representación de los trabajadores impugnó judicialmente la medida. Para asegurarse de la compatibilidad de esta regla con el Derecho de la UE, el tribunal austriaco planteó la cuestión prejudicial.

Tras descartar las peticiones de la Administración de Salzburgo de inadmisión de la cuestión, el Tribunal comenzó caracterizando la discriminación indirecta, señalando en especial que «para que pueda calificarse una medida como indirectamente discriminatoria no es necesario que tenga como efecto favorecer a todos los nacionales del Estado miembro interesado, o desfavorecer sólo a los nacionales de los otros Estados miembros, con exclusión de los primeros». Dentro de esta amplia óptica, el Tribunal señaló que la regla perjudicaba sin duda alguna a quienes habían trabajado en otros lugares, pero también a quienes estaban a su servicio desde el inicio, puesto que restringía su libre circulación: «si deciden de-

⁹ Sentencia de 5 de diciembre de 2013, *Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GMBH v Land Salzburg*, asunto C-514/12, ECLI:EU:C:2013:799.

jar los servicios del Land Salzburg, en caso de que desearan reincorporarse posteriormente a ellos, al calcular su retribución, todos los períodos de empleo que hubiesen cubierto hasta entonces se computarían únicamente de modo parcial».

No había duda para el Tribunal de que la medida enjuiciada encajaba en sus parámetros jurisprudenciales de obstáculo a la libre circulación. Debía, por lo tanto, analizar si existía alguna justificación objetiva para ella. Las alegaciones sobre su configuración como «prima de fidelidad» o los motivos de simplificación administrativa señalados fueron rechazadas por la sentencia como suficientes, no constituyendo, de acuerdo con la regla consagrada, razones imperiosas de interés general. La conclusión del Tribunal fue, por lo tanto, la colisión entre la normativa salzburguesa y el Derecho de la UE.

Una materia que nunca abandona la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y que reaparece periódicamente es la reserva de puestos en la Administración Pública por los Estados miembros. La sentencia *Haralambidis*¹⁰ estudió el caso de un nacional griego nombrado como Presidente de la Autoridad Portuaria de Brindisi, en el sur de Italia. Dicho nombramiento fue impugnado por un nacional italiano con altas probabilidades de ser designado para el puesto si se consideraba que el puesto no estaba abierto para un extranjero. Ante las numerosas dudas surgidas en el proceso, el Consejo de Estado italiano planteó una cuestión prejudicial – bastante defectuosa en su formulación y que al estar organizada en forma de preguntas subsidiarias sólo fue respondida en la primera de sus cuatro preguntas.

La cuestión central del litigio era determinar si la prohibición de que un no italiano ocu-

para el puesto de Presidente constituía o no una discriminación por razón de nacionalidad. Para ello, debía determinarse en primer lugar si un puesto de esas características tenía, o no, la naturaleza de «trabajador». Dependencia y subordinación existen, puesto que el Ministro está por encima de él y tiene facultades de control. Por otra parte, siguiendo al Abogado General, el Tribunal señaló que en modo alguno el Presidente de una Autoridad Portuaria es un prestador de servicios independiente, puesto que «carece de las características que se suelen asociar con las funciones (...), a saber, mayor flexibilidad en lo que respecta a la elección del tipo de trabajo y de las tareas que han de ejecutarse, del modo en que dicho trabajo o tareas deben ser acometidas, del horario laboral, del lugar de trabajo y para seleccionar a sus propios colaboradores». La nota de retribución es obvia, puesto que cobra los emolumentos correspondientes a un Director General.

El hecho de que se trate de un puesto de confianza y no de una relación laboral ordinaria no fue tenido en cuenta por el Tribunal, que recordó su jurisprudencia sobre la falta de importancia de la naturaleza jurídica del vínculo a estos efectos, sea de Derecho público o de Derecho privado. Y aprovechó para volver a traer a la luz su polémica sentencia *Danosa*, con la que extendió los límites de la protección laboral a personas tradicionalmente excluidas.

El Presidente es, pues, un trabajador. Pero de acuerdo con el artículo 45.4 TFUE determinados puestos en la Administración Pública pueden reservarse por los Estados a sus propios nacionales. Desde el caso *Sotgiu* en 1974 la jurisprudencia ha sido abundante. Se puede sintetizar, en las propias palabras del Tribunal, con la siguiente regla: «la excepción prevista en el artículo 45 TFUE, apartado 4, no se aplica a los empleos que, a pesar de depender del Estado o de otros organismos de Derecho público, no implican sin embargo ninguna participación en las actividades que competen a la Administración pública propiamente dicha».

¹⁰ Sentencia de 10 de septiembre de 2014, Iraklis Haralambidis y Calogero Casilli, en el que participan: Autorità Portuale di Brindisi, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Regione Puglia, Provincia di Brindisi, Comune di Brindisi, Camera di Commercio Industria Artigianato ed Agricoltura di Brindisi, asunto C-270/13, ECLI:EU:C:2014:2185.

El siguiente punto de la sentencia, por lo tanto, era dirimir si un Presidente de Autoridad Portuaria tiene prerrogativas de poder público y de salvaguardia de los intereses generales del Estado. Examinando sus funciones, sólo dos de entre ellas podían tener esta naturaleza: la facultad de ordenar a todo aquel que ocupe abusivamente zonas de dicho dominio situadas dentro del recinto del puerto, que devuelva el lugar a su estado inicial, teniendo la facultad, en caso de inejecución de dicha orden, de ordenar de oficio dicha reposición a expensas del infractor; y garantizar la navegabilidad en la zona del puerto, así como la ejecución de tareas de excavación y mantenimiento de los fondos marinos, para lo cual puede tomar decisiones ejecutivas.

Ahora bien, en un razonamiento paralelo a *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, el Tribunal señaló que estas potestades son absolutamente esporádicas. La actividad diaria del Presidente se centra en la gestión económica y es una tarea técnica. Por todo ello, la sentencia declaró que la reserva italiana por nacionalidad era contraria al Derecho de la Unión Europea.

4. VENTAJAS SOCIALES

En la sentencia *Czop*¹¹ también las cuestiones prejudiciales se plantean por el Upper Tribunal (en este caso, Administrative Appeals Chamber), Reino Unido)

En el primer asunto, la Sra. Czop, nacional polaca, llegó al Reino Unido durante el año 2002, con un visado de estudiante y obtuvo, el 8 de diciembre de 2002, un permiso de residencia sin recurso a prestaciones públicas. La Sra. Czop trabajó por cuenta propia del año 2003 al mes de noviembre de 2005. Sus cuatro hijos viven con ella en el Reino Unido,

habiendo nacido los tres últimos hijos en el Reino Unido de padre también polaco, el Sr. Krzyzowski, quien realizó trabajos por cuenta propia entre 2002 y 2007 viéndose obligado a abandonar Reino Unido en 2008, regresando en el 2010 para vivir con sus hijos y la Sra Czop. El hijo mayor de ésta nació en Polonia de padre distinto y se fue a vivir con su madre al Reino Unido siguiendo el sistema educativo desde el año 2006, no estando ninguno de sus hijos escolarizados en el Reino Unido cuando ella trabajaba, entre 2003 y 2005, por cuenta propia. Habiendo solicitado el complemento de ingresos la solicitud le fue denegada por considerar que dicha Sra tenía la condición de «persona de origen extranjero» por el hecho de que no contaba con permiso de residencia y, con arreglo a la normativa interna el Reglamento del complemento de ingresos de 1987, para tener derecho al complemento de ingresos se exige residencia habitual en el Reino Unido, las islas Anglonormandas, la isla de Man o Irlanda so pena de que en otro caso son considerados como personas de origen extranjero sin derecho al complemento de ingresos. En instancia se estimó el recurso de la Sra Czop por considera que ésta gozaba del derecho de residencia y por consiguiente del derecho al complemento, pero luego se recurrió dicha decisión ante el Upper Tribunal (Administrative Appeals Chamber) (Reino Unido).

En el otro asunto acumulado, la Sra. Punakova, nacional checa, llegó al Reino Unido el 3 de marzo de 2001 y trabajó por cuenta propia como limpiadora del 16 de noviembre de 2007 al 8 de septiembre de 2008. Sus tres hijos nacieron en el Reino Unido, el primero de ellos Nikholas Buklierius fue escolarizado una semana antes de que la Sra. Punakova dejara de trabajar por cuenta propia. Al solicitar esta señora el complemento de ingresos, también le fue denegada por considerar que la interesada tenía la condición de «persona de origen extranjero», estimándose después su recurso y recurrida la resolución también por el Secretary of State for Work and Pensions recurrió la resolución del First-tier Tribunal ante el tribunal remitente.

¹¹ STJUE de 6 de septiembre de 2012, Secretary of State for Work and Pensions y Lucja Czop (asunto C-147/11), Margita Punakova (asunto C-148/11), asuntos acumulados C-147/11 y C-148/11, ECLI:EU:C:2012:538.

En ambos casos se pregunta si nacionales (polacas/checas) que llegaron al Reino Unido antes de que su país se adhiriera a la Unión Europea y que se establecieron como trabajadoras por cuenta propia en virtud del art. 49 TFUE (antes de la adhesión o después de ella), que permanecieron en el Reino Unido (donde siguieron trabajando por cuenta propia o comenzaron a trabajar por cuenta propia) tras la adhesión de su país a la Unión, que ya no trabajan por cuenta propia y que tienen la guarda efectiva de un menor (que llegó al Reino Unido y se escolarizó después de la adhesión de su país a la Unión y de que hubiera dejado de trabajar por cuenta propia, en el caso de la Sra. Czop; o que se escolarizó mientras ella estaba establecida como trabajadora por cuenta propia en el caso de la Sra. Punakova) ¿tiene derecho a residir en el Reino Unido basándose (aislada o acumulativamente) en que: a) es aplicable el Reglamento n° 1612/68, b) existe un principio general del Derecho de la Unión que equipara a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia; c) se obstaculizaría o se desalentaría el ejercicio del derecho a la libertad de establecimiento si se le denegase el derecho de residencia?

El artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 reconoce a los hijos de un nacional de un Estado miembro que esté o haya estado empleado en el territorio de otro Estado miembro el derecho a ser admitidos en los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, si esos hijos residen en su territorio. Este derecho de acceso a la educación implica el derecho de residencia del hijo de un trabajador migrante o de un antiguo trabajador migrante, cuando este hijo desea continuar sus estudios en el Estado miembro de acogida, y un derecho de residencia correlativo en favor del progenitor que ejerce efectivamente la custodia de este hijo. De la jurisprudencia comunitaria, asimismo, basta que el hijo que cursa estudios en el Estado miembro de acogida se haya establecido en este último cuando uno de sus progenitores ejercía allí el derecho

de residencia como trabajador migrante. El derecho del hijo a residir en dicho Estado para cursar estudios, de conformidad con el artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 y, en consecuencia, el derecho de residencia del progenitor que ejerce efectivamente su custodia, además, no pueden estar supeditados al requisito de que uno de los progenitores del hijo haya ejercido, en la fecha en que éste último comenzó sus estudios, una actividad profesional como trabajador migrante en el Estado miembro de acogida.

En la sentencia el TJUE declara que el artículo 12 del Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, debe interpretarse en el sentido de que atribuye a la persona que ejerce efectivamente la custodia de un hijo de un trabajador migrante o de un antiguo trabajador migrante, que cursará sus estudios en el Estado miembro de acogida, un derecho de residencia en el territorio de ese Estado, siendo así que dicho artículo no puede ser interpretado en el sentido de que atribuye tal derecho a quien ejerza efectivamente la custodia de un hijo de un trabajador por cuenta propia.

Por ello la Sra Punakova ostenta en virtud de dicho precepto un derecho de residencia, en su condición de madre de un hijo de un trabajador migrante, hijo del que ejerce efectivamente su custodia y que cursa estudios primarios. Pero no así la Sra Czop quien no puede derivar un derecho de residencia del solo hecho de que ejerza efectivamente la custodia de su hijo Lukasz Czop, que se incorporó al sistema educativo del Reino Unido durante el año 2006 pues ni ella ni el padre de su hijo trabajaron en el Reino Unido por cuenta ajena y del tenor claro y preciso del artículo 12 del Reglamento n° 1612/68, que menciona «los hijos de un nacional de un Estado miembro que esté o haya estado empleado», resulta que este precepto únicamente se aplica a los hijos de los trabajadores por cuenta ajena; interpretación literal que confirma la propia estructura del reglamen-

to tras su modificación (ap. 31) y que impide una interpretación extensiva a los trabajadores por cuenta propia.

Cuestión distinta es que la residencia permanente le corresponda a la Sra. Czop en virtud del artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2004/38 porque en ausencia de disposiciones específicas en el Acta de adhesión, los períodos de residencia de un nacional de un tercer Estado en el territorio de un Estado miembro, transcurridos antes de la adhesión de ese tercer Estado a la Unión, que se hayan cubierto de conformidad con las condiciones enunciadas en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2004/38, deben computarse a efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente en virtud del artículo 16, apartado 1, de ésta y la Sra. Czop residió antes del 29 de mayo de 2008, fecha en la que solicitó la concesión del complemento de ingresos, durante un período continuado de más de cinco años en el Reino Unido. Residiendo «legalmente» de acuerdo con el art. 16.1 de dicha directiva pues aunque no hubiese trabajado por cuenta propia durante cinco años en el Reino Unido y no cumpliese, por tanto, los requisitos fijados en la letra b) de dicho precepto. De ello concluye el TJUE que el artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, debe interpretarse en el sentido de que un ciudadano de la Unión, nacional de un Estado miembro que se ha adherido recientemente a la Unión Europea, puede invocar, en virtud de dicho precepto, un derecho de residencia permanente cuando hubiera residido durante un período continuado de más de cinco años en el Estado miembro de acogida, una parte del cual hubiera transcurrido con anterioridad a la adhesión del primero de dichos Estados a la Unión Europea, en la medida en que hubiese residido de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2004/38.

La sentencia *Caves Krier Frères*¹² estudió la negativa de la Administración luxemburguesa a abonar a una empresa de dicho país una bonificación por la contratación de una nacional que residía en Alemania (aunque había desarrollado toda su vida laboral en Luxemburgo), alegando que no figuraba inscrita como demandante de empleo en el Gran Ducado sino en la República Federal. Considerando que esta exigencia podía implicar una discriminación por razón de nacionalidad fundada en la residencia, el Tribunal luxemburgués planteó la cuestión prejudicial.

Varios Estados miembros presentaron observaciones en este litigio, muchas de ellas encaminadas a impedir su celebración. El Tribunal desechó estas alegaciones iniciales, abordando libremente el fondo del asunto (como suele ser habitual). El principio del razonamiento se encaminó a caracterizar a la protagonista del caso como «trabajadora» en el sentido del artículo 45 TFUE. En tanto que demandante de empleo, y recurriendo a la doctrina de la sentencia *Martínez Sala*, el Tribunal consideró que en efecto lo era, y que por lo tanto gozaba de todos los beneficios de la libre circulación. Pero no solo ella, sino también su empleador, como el Tribunal ya había establecido en sentencias anteriores.

El Gobierno luxemburgués intentó con todo detener el procedimiento señalando que el tribunal nacional había interpretado erróneamente la normativa y que cualquiera podía inscribirse en los servicios de empleo luxemburgueses, con independencia de su residencia. El Tribunal, valorando la documentación que había sido puesta a su disposición, hizo caso omiso de estas alegaciones.

Atendiendo a todo ello y no habiendo proporcionado el Gobierno luxemburgués justificación objetiva alguna sobre esta regla, el Tribunal declaró la incompatibilidad del sis-

¹² Sentencia de 13 de diciembre de 2012, *Caves Krier Frères Srl* contra *Directeur de l'Administration de l'emploi*, asunto C-379/11. ECLI:EU:C:2012:798.

tema de ayudas con el Derecho de la Unión Europea. Esta sentencia continúa, pues, el camino abierto por la sentencia *ITC* años atrás para favorecer la intermediación laboral transnacional.

La sentencia *Giersch*¹³ se ha ocupado de detectar y remover una nueva discriminación indirecta, basada en la nacionalidad, dentro del ordenamiento de un Estado miembro. Todos los demandantes en el litigio principal (y 600 más, según indica la sentencia) eran hijos de trabajadores en Luxemburgo que residían fuera del Gran Ducado. Al solicitar una beca para cursar estudios universitarios, les fue denegada, aduciendo la Administración luxemburguesa que incumplían el requisito de residencia. Alegando que dicho era requisito era de más fácil cumplimiento para los nacionales luxemburgueses (quienes además podían obtener la ayuda simplemente por motivo de la nacionalidad), los demandantes orientaron su petición en sede judicial como una discriminación por razón de nacionalidad, al tratarse de una ventaja social de acuerdo con el Reglamento (CEE) n° 1612/68.

No es la primera vez que el Tribunal señala que ayudas de este tipo entran en el ámbito del Reglamento, como hizo tiempo atrás en la sentencia *Bernini*. Desde esa óptica, la sentencia señaló tajantemente que el requisito de residencia era discriminatorio y que sólo podría admitirse por motivos objetivos y justificados. El análisis de dicha motivación constituye el punto más interesante de la sentencia.

El Gobierno luxemburgués ofreció un primer motivo: el objetivo elevar la tasa de ciudadanos con estudios superiores del 28% al 66 % (ambicioso objetivo, ciertamente). Sólo se ayudaría a los residentes ya que estos son los que retornarían a Luxemburgo tras haber cursado sus estudios en el extranjero, mientras que los

no residentes no se instalarían en el Gran Ducado, perdiéndose la inversión formativa. El segundo motivo tenía carácter presupuestario, pero fue abortado por el Tribunal de forma expeditiva, señalando que la eficacia del Derecho de la Unión no puede quedar sometida a consideraciones económicas variables.

El meollo, pues, era «el retorno de los cerebros», que a ojos del Tribunal sí tenía carácter legítimo. A esta situación, no obstante, debía añadir el ser apropiado. Los demandantes señalaban su integración en Luxemburgo, argumento respaldado por la Comisión. La sentencia señaló, no obstante, que el grado de integración era diferente entre trabajadores ordinarios y fronterizos, admitiendo parte de la argumentación gubernamental.

El último examen que debía superar la medida era la proporcionalidad, esto es, decidir si la medida iba más allá de lo necesario para el cumplimiento de sus objetivos. Para esta valoración, el Tribunal consideró una serie de situaciones. El hijo de un trabajador migrante que residiera con sus padres en un Estado miembro fronterizo del Gran Ducado de Luxemburgo y que deseara estudiar en este Estado está excluido del beneficio de la ayuda económica del Estado para estudios superiores. Por lo demás, aunque sus padres residan en Luxemburgo, los estudiantes no residentes en la fecha de la solicitud de ayuda están excluidos del beneficio de tal ayuda, aun cuando sus padres continúen sufragando su manutención. Además, el efecto del régimen de ayuda económica controvertido en los asuntos principales es excluir del beneficio de dicha ayuda a los hijos de trabajadores no residentes que desde hace mucho tiempo trabajen en Luxemburgo. Todo ello condujo a determinar que el régimen luxemburgués era excesivamente estricto en sus condiciones y por lo tanto contrario al Derecho de la Unión.

Ha tenido especial relieve mediático la sentencia *Dano*¹⁴. En ella se estudió la situa-

¹³ Sentencia de 20 de junio de 2013, Elodie Giersch, Benjamin Marco Stemper, Julien Taminiaux, Xavier Renaud Hodin, Joëlle Hodin y Estado del Gran Ducado de Luxemburgo, en el que interviene: Didier Taminiaux, asunto C-20/12, ECLI:EU: C:2013:411.

¹⁴ Sentencia de 11 de noviembre de 2014, Elisabeta Dano, Florin Dano y Jobcenter Leipzig, asunto C-333/13, ECLI:EU: C:2014:2358.

ción de una mujer rumana con un hijo, que vivían en Alemania en casa de la hermana de ella y percibían una ayuda estatal por hijo a cargo y una pensión alimenticia¹⁵. Al solicitar una prestación no contributiva, ésta le fue denegada por las autoridades alemanas, por considerar que carecía de conexiones con el mercado de trabajo alemán. En el marco de la impugnación de dicho rechazo, se planteó la cuestión prejudicial.

Tras un breve estudio del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, la sentencia recordó que las prestaciones especiales en metálico no contributivas deben concederse únicamente de conformidad con la legislación del Estado miembro en cuyo territorio residen la persona interesada o los miembros de su familia, totalizando, según las necesidades, los períodos de residencia cumplidos en el territorio de cualquier otro Estado miembro y sin discriminación alguna basada en la nacionalidad. Se conceden sin perjuicio de la nacionalidad, pero no se exportan al ser válidas las cláusulas de residencia, tal es su especialidad.

El Tribunal centró a continuación su análisis en el artículo 18 TFUE y en el artículo 20 TFUE, la prohibición general de discriminación por razón de nacionalidad y el estatuto del ciudadano de la Unión. Si bien repitió su consolidada jurisprudencia sobre ambas cuestiones, pronto llevó el debate jurídico a las medidas específicas que resultan de aplicación en este caso, concretamente la Directiva 2004/38/CE.

Su artículo 24.2 permite a los Estados no otorgar prestaciones de asistencia social du-

rante los primeros tres meses de residencia y eximirse del pago de diversas ayudas antes de la obtención de la residencia permanente a quienes no sean trabajadores. Como la Sra. Dano llevaba en el momento del litigio más de tres meses en Alemania y había obtenido un certificado de residencia del Ayuntamiento de Leipzig, el Tribunal declaró que el precepto no era aplicable.

El marco jurídico era, por lo tanto, el artículo 24.1 de la Directiva, que establece un principio de igualdad de trato, pero condicionado al cumplimiento de los requisitos que establece la propia Directiva. Recuérdese que entre los objetivos de la norma se encuentra evitar que determinadas personas se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. De ahí la categórica afirmación del Tribunal: «admitir que personas que no disfrutaban del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38/CE puedan reclamar un derecho a percibir prestaciones sociales en las mismas condiciones que las aplicables a los propios nacionales iría en contra de un objetivo de dicha Directiva, recogido en su décimo considerando, consistente en evitar que los ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida.»

Y continuó el Tribunal: «un Estado miembro debe tener la posibilidad, con arreglo al citado artículo 7, de denegar las prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad económica y ejercen su libertad de circulación con el único objetivo de poder disfrutar de la ayuda social de otro Estado miembro cuando no disponen de recursos suficientes para optar al derecho de residencia.»

Dado que la Sra. Dano no ejercía actividad económica alguna, el Tribunal reconoció la licitud de la Administración alemana en su negativa. Las alegaciones a propósito de la Carta de Derechos Fundamentales, una vez más, no prosperaron.

¹⁵ Las circunstancias personales de la Sra. Dano son descritas así por el Tribunal: «La Sra. Dano fue a la escuela durante tres años en Rumanía, pero no obtuvo ningún certificado de fin de estudios. Entiende el alemán hablado y puede expresarse de forma sencilla en dicha lengua. En cambio, no es capaz de escribir en tal lengua y sólo de modo limitado puede leer textos redactados en alemán. No tiene cualificación profesional y, hasta ahora, no ha ejercido ninguna actividad profesional ni en Alemania ni en Rumanía. Aunque nunca se ha discutido su capacidad para trabajar, nada induce a pensar que haya buscado trabajo».

5. RECONOCIMIENTO DE TÍTULOS

El reconocimiento de títulos, uno de los aspectos colaterales de la libre circulación, gana importancia año a año en la jurisprudencia y en los últimos tiempos es una presencia constante en la actividad del Tribunal de Justicia. La validez de los estudios cursados en un Estado miembros para acceder al mercado de trabajo de otro Estado continúa generando problemas de reconocimiento al no estar homologados todavía ni estudios ni requisitos de actividad. De ahí que la búsqueda de empleo pueda verse obstaculizada por problemas formales derivados de la validez de los estudios. Estas dificultades ponen de manifiesto una vez más la evolución de la libre circulación. Se ha pasado de un escenario de movimiento de mano de obra poco cualificada¹⁶ a otro donde trabajadores de alta cualificación son los que buscan empleo dentro de la Unión.

5.1. Abogados

Prueba de estas dificultades, o de una cierta tendencia querulante entre los juristas que ejercitan su derecho a la libre circulación, son las sentencias dictadas en los años anteriores sobre distintas trabas (o distintos subterfugios) a este respecto, de las que aquí se expondrán dos a modo de ejemplo.

La sentencia *Pésła*¹⁷ tuvo como protagonista a un ciudadano polaco que pretendía acceder en Alemania a las prácticas preparatorias para las profesiones jurídicas sin haber aprobado el examen de aptitud que autoriza

su realización. La legislación del *Land* alemán implicado permite dispensar de este examen a los titulados en otros Estados si sus conocimientos y aptitudes corresponden a los conocimientos y aptitudes acreditados mediante la superación de una parte del examen de Estado. Para ello, se analiza el título universitario y los justificantes presentados, en especial, los justificativos de las cualificaciones o de la experiencia profesional. Cuando este examen ponga de manifiesto que no existe equivalencia o que ésta es parcial, se procederá a la realización de una prueba de aptitud, si así se solicita. La solicitud del Sr. Pésła, titulado en Polonia y con estudios complementarios en Alemania, fue rechazada por la Administración alemana señalando que sus conocimientos de Derecho germano no estaban a la altura de lo que se esperaba del examen de Estado. El demandante alegó en juicio contra dicha resolución que un título extranjero no podría en ningún caso cumplir dicho criterio, dado que, con carácter general, el Derecho alemán no se imparte en los otros Estados miembros, vaciando de contenido la legislación indicado y restringiendo la libre circulación.

El primer problema al que se enfrentó el Tribunal de justicia para resolver la cuestión fue el de determinar la normativa comunitaria aplicable, puesto que la Directiva 98/5/CE¹⁸ no puede ser invocada por quien no ha obtenido todavía la habilitación para ejercer tal actividad. La sentencia recurrió, por este motivo, al propio Tratado de la Comunidad Europea, invocando directamente los artículos 39 y 43 TCE (actuales 45 y 49 TFUE). Consideró el Tribunal que las distintas restricciones contenidas en el Tratado a propósito de limitaciones en el empleo público no eran aplicables al caso, por la naturaleza mixta de las prácticas controvertidas. Entrando ya en el fondo de la cuestión, el Tribunal expuso una síntesis de su jurisprudencia en la materia, recordando

¹⁶ En las palabras un tanto desconcertantes del Informe Spaak, «On pourrait même soutenir qu'il y a un intérêt commun à faciliter les mouvements de la main-d'œuvre à proportion qu'elle est moins qualifiée: c'est celle-ci, en effet, qui trouve le plus difficilement à s'employer dans le pays où le chômage est étendu; dans les pays d'immigration, elle vient relayer la main-d'œuvre nationale, qui peut ainsi rechercher les métiers mieux rémunérés ou moins pénibles».

¹⁷ Sentencia de 10 de diciembre de 2009, Krzysztof Peśła contra Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern, asunto C-345/08, ECLI:EU:C:2009:771.

¹⁸ Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título.

que las autoridades de un Estado miembro están obligadas, cuando examinan una solicitud de un nacional de otro Estado dirigida a obtener el acceso a un período de formación práctica para ejercer una profesión regulada, a tomar en consideración la cualificación profesional del interesado comparando, por una parte, la cualificación acreditada por sus títulos, certificados y otros diplomas, así como por su experiencia profesional pertinente, y, por otra, la cualificación profesional exigida por la legislación nacional. Se debe comprobar con ello la equivalencia del título extranjero, teniendo en cuenta exclusivamente el grado de conocimientos y de cualificación que, atendidas la naturaleza y la duración de los estudios y formaciones prácticas correspondientes, ese título permite presumir a favor del titular.

Toda esta argumentación no implica, sin embargo, un reconocimiento automático, puesto que un Estado miembro puede tomar en consideración las diferencias objetivas relativas tanto al marco jurídico de la profesión de que se trate en el Estado miembro de procedencia como a su ámbito de actividad. En el caso de la profesión de abogado, el Tribunal consideró que esta diferenciación está especialmente justificada y la *sustancia* debe primar sobre la *forma*. Lo contrario, como de forma aguda apuntó el órgano proponente, implicaría en una reducción al absurdo admitir que un candidato pueda acceder a las prácticas preparatorias sin poseer los más mínimos conocimientos tanto de Derecho alemán como de la lengua alemana. La última cuestión prejudicial planteada por el Tribunal se refería a la posibilidad de que los Estados exijan para el reconocimiento requisitos inferiores a los que se exigirían normalmente a los nacionales del Estado. La respuesta fue ambigua: el artículo 39 TCE (actual 45 TFUE) ni lo impone ni lo prohíbe. Eso sí, el reconocimiento, siquiera parcial, debe poder ser viable, para no variar de contenido la normativa comunitaria¹⁹.

¹⁹ Extensamente al respecto, BLÁZQUEZ PEINADO, M.D., La competencia de los Estados relativa a la fijación de las condiciones de acceso a las profesiones jurídicas reguladas: la nece-

La posterior sentencia **Koller**²⁰ volvió sobre la cuestión, en este caso a propósito de la homologación del título de Abogado para poder ejercer la profesión en un país distinto de aquel en que se obtuvo. El Sr. Koller disponía de un diploma austriaco en Derecho que homologó en España, cursando el quinto año de la Licenciatura en Derecho, y mediante el cual accedió a la profesión de abogado en nuestro país. Al mes siguiente, solicitó participar en la prueba de aptitud en Austria, solicitando dispensa por la posesión del título. Dicha petición fue denegada, sosteniéndose que pretendía esquivar los cinco años de prácticas obligatorias mediante el subterfugio español. El Sr. Koller obtuvo del Tribunal Constitucional austriaco la anulación de la denegación y al plantearse por segunda vez el asunto tuvo origen la cuestión prejudicial.

El Tribunal de Justicia, enfrentado con el caso, señaló que quien está en posesión de un título expedido en el Estado miembro de acogida que acredita haber concluido un ciclo de estudios universitarios de más de tres años de duración y de un título equivalente expedido en otro Estado miembro tras una formación complementaria de menos de tres años, que lo habilitan para acceder, en ese último Estado, a la profesión regulada de abogado que ejercía efectivamente en dicho Estado en el momento en que solicitó ser admitido a la prueba de aptitud, puede invocar las disposiciones de la Directiva 89/48/CEE con el objetivo de acceder, siempre que supere una prueba de aptitud, a la profesión regulada de abogado en el Estado miembro de acogida. En línea con otras sentencias anteriores, el Tribunal recordó que para la concreta profesión de abogado es posible exigir la superación de una prueba de aptitud. Ahora bien, recordó el Tribunal, la negativa a permitir participar al Sr. Koller

sidad de compatibilizarla con el ejercicio efectivo de la libre circulación de trabajadores, a propósito de la sentencia del TJUE de 10 de diciembre de 2009, *Pesla*, *Revista General de Derecho Europeo*, 21, 2010.

²⁰ Sentencia de 22 de diciembre de 2010, Robert Koller, asunto C-118/09, ECLI:EU:C:2010:805.

por no haber realizado sus prácticas en Austria resultaba contraria al sistema de reconocimiento de títulos, lo que flexibiliza de forma muy importante sistemas tan rígidos como el austriaco.

En la sentencia **Torresi**²¹ el Tribunal estudió el caso de dos titulados en Derecho italianos que obtuvieron sucesivamente sus diplomas en Italia y en España y posteriormente se inscribieron como abogados ejercientes en Santa Cruz de Tenerife. Al solicitar la colegiación en Italia como abogados con título de abogado expedido en otro Estado, pero ejercientes en Italia, el Colegio de Macerata no les dio respuesta alguna, bloqueando su inscripción. El Consejo Nacional de la Abogacía consideró que el regreso inmediato de los dos italianos tras colegiarse en España ocultaba un fraude de ley, si bien por las dudas a propósito de la Directiva 98/5/CE elevó la cuestión prejudicial. Merece la pena resaltar el ángulo desde el que se plantearon las preguntas, ya que una respuesta afirmativa por parte del Tribunal implicaría reconocer que el Derecho de la Unión ampara un fraude.

La primera parte de la sentencia, de gran enjundia técnica, estuvo dedicada a comprobar si el Consiglio Nazionale Forense podía plantear una cuestión prejudicial. El Tribunal consideró que era apropiado y que lo preguntado no constituía en modo alguno un «acto claro» (curiosamente, esta doctrina está reapareciendo a menudo en la jurisprudencia reciente, si bien el Tribunal suele hacer caso omiso de ella).

Sentadas estas premisas, el Tribunal abordó en su segunda parte el fondo de la cuestión. Comenzó recordando que el objetivo de la Directiva 98/5/CE es facilitar el ejercicio profesional en los distintos Estados miembros, a través del reconocimiento mutuo. En este sentido, recordó que ya existe jurisprudencia

anterior que señala que «la presentación ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida de una certificación de inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de origen es el único requisito al que debe supeditarse la inscripción del interesado en el Estado miembro de acogida para permitirle ejercer en él con su título profesional de origen».

Ahora bien, la sentencia recordó que existe retirada jurisprudencia según la cual los justiciables no pueden prevalerse de sus normas de forma abusiva y fraudulenta. Para determinar la existencia de una conducta de este tipo, la sentencia exigió la concurrencia de un elemento objetivo («que, a pesar de haberse respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa de la Unión, no se ha alcanzado el fin perseguido por dicha normativa») y de un elemento subjetivo («una voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa de la Unión, creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención»).

A juicio del Tribunal, «la circunstancia de que el nacional de un Estado miembro haya elegido adquirir una cualificación profesional en un Estado miembro distinto de aquel en el que reside para beneficiarse en él de una legislación más favorable no permite por sí solo concluir que existe un fraude de ley». Por su parte, la falta de tiempo no tenía transcendencia alguna, ya que no es un requisito exigido en la Directiva para el reconocimiento. Por todo ello, la sentencia concluyó que no existía práctica abusiva.

La segunda cuestión prejudicial, que preguntaba por el choque entre ese artículo y el principio del TUE de respeto a las instituciones nacionales, fue desechada con brevedad y oscuridad por el Tribunal. Cabe preguntarse qué puede constituir un fraude de ley para el Tribunal tras haber admitido este mercadeo en el acceso a la profesión de abogado. Y también cabe preguntarse si se habría dado la misma respuesta si se hubiera tratado del acceso en Alemania, con su terrible Examen de Estado

²¹ Sentencia de 17 de julio de 2014, Angelo Alberto Torresi, Pierfrancesco Torresi y Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata, asuntos acumulados C-58/13 y C-59/13, ECLI:EU:C:2014:2088.

5.2. Ingenieros

No aquejados de sesgo profesional alguno, los problemas de los ingenieros griegos ante el Tribunal de Justicia también abundan en los últimos tiempos. La sentencia *Vandorou*²² se ocupó de tres asuntos acumulados, en los que nacionales griegos con titulación académica y experiencia en el extranjero eran sometidos por la Administración helénica a un periodo de prácticas o a exámenes para la homologación de sus títulos. La cuestión litigiosa residía en determinar si su trayectoria equivalía a la «experiencia profesional» establecida en la Directiva 89/48/CEE como objeto de homologación.

En una formulación general, el Tribunal señaló que en la medida en que toda experiencia práctica en el ejercicio de actividades afines puede aumentar los conocimientos de un solicitante, corresponde a la autoridad nacional competente tomar en consideración toda experiencia práctica útil para el ejercicio de la profesión a la cual se solicita acceder. El valor preciso que debe otorgarse a dicha experiencia será determinado por la autoridad competente a la luz de las funciones específicas ejercidas, de los conocimientos adquiridos y aplicados en el ejercicio de dichas funciones, así como de las responsabilidades y del grado de independencia conferidos al interesado en cuestión.

Por su parte, la posterior sentencia *Ioanni Toki*²³ ha fijado claramente qué debe entenderse como experiencia profesional para lograr el reconocimiento de actividades anteriores llevadas a cabo en otro país. La Directiva 89/48/CEE considera actividad profesional regulada, además de aquellas sometidas a la posesión de un título, a la actividad profesional

ejercida por los miembros de una asociación u organización cuyo objetivo sea promover y mantener un nivel elevado en el ámbito profesional de que se trate y que, para alcanzar dicho objetivo, goce de un reconocimiento bajo una forma específica otorgada por un Estado miembro y que expida un título a sus miembros, dicte normas profesionales a las que habrán que atenerse sus miembros, y confiera a éstos el derecho de ostentar un título, abreviatura o condición que correspondan a tal título. En el Reino Unido, las actividades correspondientes a la profesión de ingeniero están reguladas por el Engineering Council, mencionado expresamente en la Directiva 89/48/CEE como uno de estos casos. La demandante en el litigio original se inscribió como miembro en prácticas, mientras impartía docencia en el Departamento de Ingeniería Civil de una Universidad británica. Al desplazarse a Grecia, solicitó el reconocimiento de esta actividad para poder ejercer como ingeniero medioambiental, que le fue denegado, al no haber alcanzado el nivel de miembro de pleno derecho del Engineering Council.

El Tribunal estableció en primer lugar qué mecanismo de reconocimiento de los recogidos en la Directiva era aplicable al caso, el señalado en el «ejercicio efectivo de la profesión» durante dos años. Para la sentencia, el requisito de la experiencia profesional de esa duración se refiere al carácter real de la posibilidad de que el solicitante ejerza la profesión de que se trate en el Estado miembro de origen. A estos efectos, carece de pertinencia saber en qué contexto organizativo y estatutario un solicitante ha ejercido su profesión en el Estado miembro de origen o el hecho de que su empresario en el referido Estado miembro fuese un organismo sin ánimo de lucro. Tampoco es necesario que un solicitante se haya dedicado total y exclusivamente al conjunto de las actividades que constituyen la profesión de que se trata para que pueda tenerse en cuenta su experiencia profesional.

De acuerdo con esta doctrina, el Tribunal señaló que la cuestión de cuáles son las actividades profesionales que constituyen una

²² Sentencia de 2 de diciembre de 2010, Vassiliki Stylianou Vandorou, Vassilios Alexandrou Giankoulis, Ioannis Georgiou Askoxilakis y Ypourgos Ethnikis Paideias kai Thriskevmaton, asuntos acumulados C-422/09, C-425/09 y C-426/09, ECLI:EU:C:2010:732.

²³ Sentencia de 5 de abril de 2011, Christina Ioanni Toki y Ypourgos Ethnikis paideias kai Thriskevmaton, asunto C-424/09, ECLI:EU:C:2011:210.

profesión determinada es principalmente una cuestión de hecho a la que deben dar respuesta las autoridades competentes de los Estados miembros bajo el control de los órganos jurisdiccionales nacionales, en su caso, recurriendo a la asistencia de las autoridades del Estado miembro de origen, comprobando si la actividad consiste principalmente en una experiencia práctica y vinculada al mercado laboral correspondiente a la profesión de que se trate. En este sentido, el Tribunal no consideró que las funciones en la Universidad de la demandante encajaran en esta caracterización.

La segunda parte del fallo de esta sentencia constituye una excelente síntesis de la noción de experiencia profesional: «la experiencia profesional que invoca el solicitante de una habilitación para ejercer una profesión regulada en el Estado miembro de acogida debe reunir los tres requisitos siguientes: la experiencia invocada debe consistir en un trabajo ejercido a tiempo completo durante al menos dos años en el curso de los diez años anteriores; dicho trabajo tiene que haber consistido en el ejercicio constante y regular de un conjunto de actividades profesionales que caracterizan la profesión de que se trate en el Estado miembro de origen, sin que sea necesario que dicho trabajo haya cubierto la totalidad de las referidas actividades, y la profesión, tal como normalmente se ejerce en el Estado miembro de origen, debe ser equivalente, en lo que atañe a las actividades que abarca, a aquella para cuyo ejercicio se ha solicitado la habilitación en el Estado miembro de acogida».

5.3. Arquitectos

La sentencia *Ordine degli ingegneri*²⁴ ha vuelto a pronunciarse sobre el sistema europeo de reconocimiento de títulos, que afecta principalmente a los trabajadores más preparados (y en ocasiones a algunos espabilados que pretenden obtener importantes ventajas).

La Directiva 85/384/CEE se ocupa en concreto de los títulos que habilitan para el ejercicio de la profesión de arquitecto.

En Italia, lugar de proveniencia de la cuestión prejudicial, los ingenieros civiles que hayan obtenido sus títulos en el propio país están excluidos de las obras de construcción civil que presenten un carácter artístico relevante o estén relacionadas con la restauración y la rehabilitación de los edificios de interés cultural. Desde hace años, los ingenieros italianos han estado combatiendo jurídicamente esta situación, obteniendo un auto del propio Tribunal de Justicia en 2004 en el que no se negaba la existencia de una discriminación, pero que no podía ser analizada por el Tribunal al ser un asunto exclusivamente interno. El último episodio llevó hasta el Consejo de Estado, cima de la jurisdicción contenciosa en Italia, que fue el responsable del planteamiento de la cuestión prejudicial a propósito de los ingenieros civiles extranjeros.

En esta ocasión, el Tribunal sí decidió entrar en el fondo del asunto, desviando el hecho de que se trataba de una situación interna a través del reconocimiento de una posible discriminación inversa. Comenzó señalando que del texto de la Directiva no cabía inferir que ésta permitiese a dicho Estado miembro supeditar el ejercicio de las actividades que afectasen a inmuebles de interés artístico a la comprobación de las calificaciones de los interesados en dicho ámbito. Ello equivaldría a permitir la exigencia de pruebas adicionales, lo que choca con la finalidad de la Directiva.

Recordó a continuación el Tribunal su jurisprudencia sobre el sentido de estas normas, que se traducen en que si los arquitectos que poseen un título expedido por el Estado miembro de acogida ejercen habitualmente una determinada actividad, un arquitecto migrante que posea un diploma, certificado u otro título comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva también debe tener acceso a dicha actividad, incluso si sus diplomas, certificados u otros títulos no implican necesariamente que exista una equivalencia material en la formación recibida.

²⁴ Sentencia de 21 de febrero de 2013, *Ordine degli ingegneri* asunto C-111/12, ECLI:EU:C:2013:100.

A partir de ahí, el razonamiento se volvió un tanto opaco, sin que quede claro el camino mental del Tribunal para llegar a su juicio final. Éste fue que la normativa europea se opone a la nacional según la cual las personas que estén en posesión de un título expedido por un Estado miembro distinto del Estado miembro de acogida que dé acceso a las actividades en el sector de la arquitectura y aparezca mencionado expresamente en la Directiva, sólo pueden ejercer en ese último Estado actividades que afecten a inmuebles de interés artístico si demuestran, en su caso, a través de una comprobación específica de su idoneidad profesional, disponer de las calificaciones propias del ámbito de los bienes culturales.

En la sentencia *Ordre des architectes*²⁵, se estudió la queja del equivalente del Colegio de Arquitectos belga a propósito de la dispensa del período de prácticas como arquitecto prevista por el Derecho belga para los nacionales de los Estados miembros distintos del Reino de Bélgica. Dicha dispensa no estaba sometida, a juicio del Colegio, a la observancia de requisitos que permitan comprobar que ese nacional ha realizado en el extranjero prestaciones consideradas equivalentes al período de prácticas. En el marco del litigio nacional, el Tribunal consideró que la exigencia planteada por el Colegio podía ser contraria a la Directiva 2005/36/CE, sobre reconocimiento de títulos y planteó la cuestión prejudicial.

El Tribunal comenzó recordando que la Directiva prevé un sistema de reconocimiento automático de los títulos de formación basado en la coordinación de las condiciones mínimas de formación en lo que se refiere a los arquitectos. Esto implica, de acuerdo con la jurisprudencia existente, la prohibición de exigencias adicionales y la absoluta limitación de los Estados miembros. Por todo ello, el Tribunal consideró contraria a la Directiva 2005/36/CE la exigencia del periodo de prácticas demandado por el Colegio belga.

En materias relacionadas con la libre circulación de personas, ha de darse noticia de la sentencia *Angerer*²⁶. Es una más de la larga lista de pronunciamientos sobre el reconocimiento de títulos y en concreto del de arquitecto. En este caso, el Tribunal ha considerado que las «razones particulares y especiales» a las que hace mención la Directiva 2005/36/CE deben ser demostradas por quien las invoca, para poder beneficiarse de las excepciones previstas en la Directiva. En la profesión concreta estudiada, la noción de arquitecto ha de determinarse conforme a la legislación del Estado de acogida, esto es, aquel donde se solicita el reconocimiento.

5.4. Otras profesiones

Una nueva sentencia, en este caso de 27 de junio de 2013, ha insistido sobre este contenido instrumental de la libre circulación. El acceso a la profesión de fisioterapeuta ha sido analizado en la sentencia *Nasiopoulos*²⁷. El griego demandante que da nombre al litigio había recibido en Alemania una formación de masajista-especialista sanitario en hidroterapia de una duración de dos años y medio que incluye una formación teórica y práctica, obtuvo el título que le autoriza a ejercer dicha profesión. Dicha formación es de nivel de enseñanza profesional de grado medio (secundaria). Con base en estas cualificaciones profesionales, el demandante presentó, en el Ministerio de Sanidad en Grecia, una solicitud de que se le reconociese el derecho a acceder a la profesión de fisioterapeuta, por ser en Grecia la profesión más similar a la de masajista-especialista sanitario en hidroterapia. Dicha solicitud fue denegada por no existir dicha especialidad en Grecia y por requerir la profesión de fisioterapeuta un diploma de tres años.

²⁶ Sentencia Angerer de 16 de abril (ECLI:EU:C:2015:239).

²⁷ Sentencia de 27 de junio de Eleftherios-Themistoklis Nasiopoulos y Ypourgos Ygeias kai Pronoias, asunto C-575/11, ECLI:EU:C:2013:430.

²⁵ 30 de abril de 2014, *Ordre des architectes y État belge*, asunto C-365/13, ECLI:EU:C:2014:280.

El Tribunal comenzó señalando que no ha habido armonización alguna sobre esta concreta profesión y que la competencia de los Estados está intacta al respecto, por lo tanto. Ahora bien, señaló que el respeto de las libertades fundamentales constituye un límite infranqueable. En el caso griego, la denegación absoluta del ejercicio de la profesión parecía excesivo. En efecto, el Tribunal señaló que el objetivo legítimo de la protección de los consumidores puede alcanzarse con medios menos coercitivos que la exclusión total de acceder, incluso parcialmente, a una profesión, en particular, mediante la obligación de ostentar el título profesional de origen o el título de formación tanto en la lengua en la que ha sido expedido y según su forma original como en la lengua oficial del Estado miembro de acogida.

El Tribunal indicó que la de fisioterapeuta no es una profesión médica, sino paramédica, y a partir de ahí elaboró un argumento sobre la protección de la salud y el respeto de las libertades fundamentales. Dentro de él enganchó una, cuando menos, extraña dicotomía. Cuando se trate de dos profesiones «comparables», que puedan considerarse «la misma», no será contrario a la normativa europea denegar el acceso parcial a la del país de destino, siempre que existan medidas compensatorias que permitan una equiparación de la formación a la exigida en él y el acceso total a la profesión. En cambio, cuando se trate de profesiones efectivamente distintas (como era el caso, aparentemente, pues la comprobación quedó remitida al órgano griego), la denegación del ejercicio parcial es contraria a los Tratados, puesto que disuade efectivamente del ejercicio en otros Estados miembros.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL