

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES EN LA UNION EUROPEA

JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO
Profesor Titular de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. CONSIDERACION INTRODUCTORIA: EL SUSTRATO COMUN QUE PRESTA EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION. II. UNA APROXIMACION A LOS CRITERIOS EMPLEADOS PARA DESLINDAR EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE LA PRESTACION DE SERVICIOS. III. LOS REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES COMUNITARIAS EN EL CASO DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES. EN PARTICULAR, LA INCORPORACION A UN COLEGIO PROFESIONAL.

I. CONSIDERACION INTRODUCTORIA: EL SUSTRATO COMUN QUE PRESTA EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION

A) Es ya un lugar común en la doctrina europea recordar el carácter fundamental de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, que comprende actividades de muy variado signo, realizadas tanto por personas físicas como jurídicas. La idea central de la regulación comunitaria en la materia es, una vez más, impedir la discriminación basada en el dato de la nacionalidad; en palabras de la sentencia TJCE, de 18 de junio de 1985 (*Steinhauser*), "el art. 52 del Tratado, que es directamente aplicable en los Estados miembros desde el final del período transitorio, constituye una de las disposiciones jurídicas fundamentales de la Comunidad. En materia de derecho de esta-

blecimiento, este artículo impone el respeto de la regla de asimilación de los nacionales de otros Estados miembros a los propios nacionales, prohibiendo toda discriminación basada en la nacionalidad que dispongan las leyes, reglamentos o prácticas nacionales. La obligación de respetar esta norma afecta a todas las autoridades públicas competentes, como son las Corporaciones profesionales legalmente reconocidas, como este Tribunal de Justicia declaró en su sentencia, de 28 de abril de 1977 (*Thieffry*)”.

B) Una de las actividades comprendidas en el marco de aplicación de estas dos libertades es la de los servicios profesionales, a cuyo análisis se contraen las consideraciones que se formulan seguidamente.

Inicialmente, parece conveniente reparar en el contenido de los servicios profesionales como actividades comprendidas en las libertades comunitarias, sobre lo que no existe, como es conocido, ninguna definición expresa en el Tratado, aunque resulte de particular utilidad la identificación de las “profesiones liberales” que emplea el art. 60 d). El criterio interpretativo es realmente amplio, en la medida en que con carácter general se vinculan las actividades protegidas por la libertad de establecimiento y la de prestación de servicios con las “no asalariadas”, sin mayores especificaciones o limitaciones. Es el criterio que se maneja, desde antiguo; así, en el Programa General, de 18 de diciembre de 1961, para la supresión de restricciones a la libertad de establecimiento, y en el Programa General para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios. En ambos, por lo demás, y en el marco de las previsiones del Tratado, se atiende a uno de los extremos que entrañan realmente más complejidad, cual es el del reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos.

Ha sido con motivo del análisis de la Directiva 89/48/CEE, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años, cuando el Tribunal de Justicia se ha pronunciado, por vez primera, sobre el alcance o significación de las actividades profesionales en este ámbito. Como la Directiva se refiere a “profesiones reguladas”, el Tribunal ha declarado que “constituye dicha profesión una actividad profesional que, por lo que respecta a sus condiciones de acceso o de ejercicio, está directa o indirectamente regulada por disposiciones de carácter jurídico, a saber, disposiciones legales, reglamentarias o administrativas. El acceso a una profesión o su ejercicio debe considerarse directamente regulado por disposiciones jurídicas cuando existen disposiciones legales, reglamentarias o administrativas del Estado miembro de acogida que crean

un régimen cuyo efecto es reservar expresamente esta actividad profesional a las personas que reúnen determinados requisitos y prohibir el acceso a dicha actividad a las que no los reúnen" (sentencia, de 1 de febrero de 1996 —*Aranitis*—).

El asunto suscitado entonces se refería al reconocimiento de la equivalencia entre el título griego que se obtiene al finalizar la enseñanza superior de Geología y el título alemán de fin de formación comparable. Como en Alemania esta profesión no es de las que se consideran como reguladas, se suscitó el conflicto desde la perspectiva de las libertades comunitarias en cuestión. Supuesto que viene a plantear un aspecto relevante, cual es el de reconocer una cierta disponibilidad en manos de los Estados miembros a la hora de determinar las profesiones reguladas, que siguen un régimen específico desde la perspectiva de las libertades que ahora nos ocupan. Circunstancia que ratificó el Tribunal: "La cuestión de si una profesión está regulada depende de la situación jurídica existente en el Estado miembro de acogida y no de las condiciones del mercado de trabajo en dicho Estado miembro", por lo que, en el caso analizado, no podía considerarse que se tratase de una profesión regulada en Alemania.

El Tribunal, en fin, recordó la esencia común que inspira la regulación en materia de libertades, que es, como se ha indicado, el principio de no discriminación. En supuestos como el suscitado, que no se aplique la Directiva citada no significa que los Estados miembros puedan resolver libremente. Tanto en la libre circulación de trabajadores como en la libertad de establecimiento rige el principio (art. 6 del Tratado CE) de no discriminación por razón de la nacionalidad. Por ello, "según jurisprudencia reiterada, cuando se presenta a las autoridades competentes de un Estado miembro una solicitud de autorización para ejercer una profesión cuyo acceso esté subordinado, con arreglo a la legislación nacional, a la posesión de un título o de una aptitud profesional, dichas autoridades están obligadas a tomar en cuenta los títulos, certificados y otros diplomas que el interesado haya obtenido con objeto de ejercer esa misma profesión en otro Estado miembro, efectuando una comparación entre la capacidad acreditada por dichos títulos y los conocimientos y aptitudes exigidos por las disposiciones nacionales". Añadió la sentencia *Aranitis* que "lo mismo ocurre con las actividades profesionales que, por lo que respecta a sus condiciones de acceso o ejercicio, no están supeditadas por disposiciones jurídicas a la posesión de un título. En tales circunstancias, las autoridades competentes del Estado miembro de acogida que se encargan de la clasificación de los nacionales de otros Estados miembros, clasificación que

influirá en la posibilidad de que dichas personas encuentren trabajo en el Estado de acogida, están obligadas a tomar en cuenta, a la hora de efectuar la clasificación, los títulos, conocimientos, aptitudes y otros diplomas que el interesado haya obtenido con objeto de ejercer una profesión en su Estado miembro de origen o de procedencia". En términos semejantes se pronuncia la sentencia de 25 de julio de 1991 (*Comisión-Italia*): "La valoración de la equivalencia del diploma obtenido en otro Estado miembro debe hacerse exclusivamente considerando el nivel de los conocimientos y calificaciones que dicho diploma, habida cuenta de la naturaleza y de la duración de los estudios y de las formaciones prácticas cuya realización certifica, permite suponer que posee su titular".

La misma doctrina general estaba apuntada, con anterioridad, por el Tribunal en las sentencias de 15 de octubre de 1987 (*Heylens*), 7 de mayo de 1991 (*Vlassopoulou*) y 7 de mayo de 1992 (*Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria*). En esta última sentencia se indicó que "a falta de armonización de las condiciones de acceso a una profesión, los Estados miembros tienen derecho a definir los conocimientos y aptitudes necesarios para el ejercicio de dicha profesión y a exigir la presentación de un diploma que certifique que se poseen dichos conocimientos y aptitudes", pero siempre con pleno respeto a las exigencias del Tratado (en el caso, con motivo de la libertad de establecimiento, que impone "una obligación de resultado precisa, cuya ejecución debe ser facilitada, pero no condicionada, por la ejecución de un programa de medidas progresivas"): "Los requisitos nacionales de aptitud, incluso aplicados sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueden crear obstáculos para el ejercicio, por parte de los nacionales de otros Estados miembros, del derecho de establecimiento que les confiere el art. 52 del Tratado. Ello podría ocurrir si las disposiciones nacionales de que se trate no tomaran en consideración los conocimientos y aptitudes ya adquiridos por el interesado en otro Estado miembro".

Por lo tanto, en los supuestos en que no exista regulación comunitaria respecto a una determinada profesión, los Estados miembros tienen cierto margen de apreciación, conforme a los parámetros que se acaban de invocar. Se justifica en la jurisprudencia comunitaria esta conclusión, además, en las exigencias generales del Tratado: "Los objetivos del Tratado, y en particular la libertad de establecimiento, pueden ser realizados a través de medidas tomadas por los Estados miembros, los cuales, según el art. 5 del Tratado, deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumpli-

miento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las Instituciones de la Comunidad”, y abstenerse de “todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado”. La ordenación nacional en estos casos, que debe estar apegada “a una comparación entre la capacidad acreditada por dichos diplomas y los conocimientos y aptitudes exigidos por las disposiciones nacionales”, puede contemplar tres eventuales soluciones: si el examen comparativo de los títulos demuestra la equivalencia con los exigidos por las disposiciones nacionales, “el Estado miembro estará obligado a admitir que dicho título cumple los requisitos establecidos por las citadas disposiciones”; si no es así, deberá denegar el reconocimiento. Pero cabe una tercera solución: si el resultado del examen arroja como consecuencia la existencia de una equivalencia parcial de los conocimientos y aptitudes exigidos, “el Estado miembro de acogida estará facultado para exigir que el interesado demuestre haber adquirido los conocimientos y aptitudes que le faltan”.

Bien es cierto, en fin, que el margen de apreciación de los Estados miembros a la hora de imponer el régimen propio de las profesiones reguladas no es enteramente libre, sino susceptible de control por el Tribunal de Justicia, en lo que ahora nos ocupa, desde la perspectiva de la protección de las libertades comunitarias. Puede encontrarse un ejemplo de esta actuación de control en la sentencia de 25 de julio de 1991 (*Säger*), en la que, tras recordar su doctrina general (“habida cuenta de la naturaleza particular de determinadas prestaciones de servicios, no pueden considerarse incompatibles con el Tratado requisitos específicos impuestos al prestador, motivados por la aplicación de las normas que regulen dichas actividades”), destacó que las exigencias que se impongan “deberán ser objetivamente necesarias para garantizar la observancia de las normas profesionales y para asegurar la protección del destinatario de los servicios, y no deben excederse de lo necesario para alcanzar estos objetivos”. En el caso en cuestión, declaró que “el art. 59 del Tratado se opone a una normativa nacional que prohíbe a una sociedad domiciliada en otro Estado miembro prestar a titulares de patentes en el territorio nacional un servicio de vigilancia y de prórroga de estas patentes, mediante el pago de las anualidades establecidas debido a que dicha normativa reserva esta actividad únicamente a los poseedores de un título profesional particular, como el de Agente de la Propiedad Industrial”; lo declaró por considerar que la normativa nacional cuestionada excede de lo necesario para garantizar la protección del interés general “si supedita el ejercicio profesional de una acti-

vidad como la controvertida a la posesión por los prestadores de una calificación profesional particular y desproporcionada en relación con las necesidades de los destinatarios”.

En el ordenamiento jurídico español se ha tratado de aplicar este régimen jurídico, que se encuentra contenido, en sus aspectos principales, en el Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre, que regula el reconocimiento de títulos de enseñanza superior de nacionales de Estados miembros que exijan una formación superior mínima de tres años (desarrollado mediante O.M., de 25 de enero de 1995), cuya regulación afecta, según se destaca en su Preámbulo, “únicamente a los nacionales de un Estado miembro que se propongan ejercer por cuenta propia o ajena una profesión que haya sido regulada en el Estado miembro de acogida” (en el bien entendido de que sus previsiones no resultan de aplicación “a las profesiones que hayan sido objeto de una Directiva que establezca entre los Estados miembros un reconocimiento mutuo de títulos”) (art. 2.3). Es en esta norma donde se identifican las profesiones reguladas (Anexo I) a estos efectos, entendiéndose por tales “la actividad o conjunto de actividades profesionales para cuyo acceso, ejercicio o alguna de sus modalidades de ejercicio se exija directa o indirectamente un título y constituyan una profesión en un Estado miembro” (art. 1 b); para la determinación de las profesiones cada Estado cuenta con cierto margen de discrecionalidad, limitado por una parte por las exigencias del Derecho comunitario, y, por otra, por la estructura del orden interno (1). El principio fundamental que inspira la regulación, según se confiesa en el Preámbulo, es el de la aplicación del principio de no discriminación: “Con carácter general, el que esté en posesión de cualificaciones profesionales adquiridas en otro Estado miembro que sean análogas a las que se exigen en nuestro país para ejercer una profesión podrá acceder a ella en las mismas condiciones que quienes hayan obtenido un título español. Tan sólo

(1) El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto (Sentencia 42/1986, de 10 de abril) que “compete, pues, al legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuándo esta profesión debe dejar de ser enteramente libre para pasar a ser profesión titulada, esto es, profesión para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiéndose por tales la posesión de estudios superiores y otros estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia. Por ello, dentro de las coordenadas que anteriormente se han mencionado, puede el legislador crear nuevas profesiones y regular su ejercicio, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que la regulación del ejercicio de una profesión titulada debe inspirarse en el criterio del interés público y tener como límite el respeto del contenido esencial de la libertad profesional”.

cuando la formación adquirida en otro Estado comunitario no se corresponda con la exigida por las disposiciones nacionales para ejercer la profesión, o ésta abarque en España actividades que no estén comprendidas dentro del ámbito de la que resulte equivalente en el país de origen, se podrá evaluar la aptitud del profesional formado en otro país para adaptarse al nuevo entorno mediante los oportunos mecanismos de compensación”.

C) La regulación comunitaria, no obstante, ha fijado concretas previsiones de garantía, delimitando la efectividad de estas libertades comunitarias. El Tratado establece, en efecto, que las disposiciones reguladoras comunes “no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público” (art. 55). Igualmente, ha establecido que la regulación de las libertades en cuestión no prejuzga “la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas” (art. 56). Medidas de protección, por tanto, que son admisibles en el orden comunitario, siempre que se apliquen e interpreten adecuadamente, de forma que no entorpezcan la aplicación real y efectiva de las libertades comunitarias. Estas, como ya se ha indicado, cuentan con el respaldo común del principio de no discriminación: el art. 52 (que “constituye una disposición clara y completa, susceptible de producir efecto directo”), “asegura la ejecución del art. 7 del Tratado en el ámbito particular del derecho de establecimiento” (Sentencia de 21 de junio de 1974 —*Reyners*—; en el mismo sentido, en referencia también a la libre prestación de servicios, se pronuncia la Sentencia de 1 de febrero de 1996 —*Perfili*—); “el principio general que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad, aplicado por los arts. 48, 52 y 59 del Tratado en los ámbitos concretos que éstos regulan, implica que la libre circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios incluyen el acceso a las actividades por cuenta ajena o por cuenta propia y su ejercicio en las condiciones definidas por la legislación del Estado miembro de acogida para sus propios nacionales” (sentencia de 25 de julio de 1991 —*Comisión/Italia*—).

De ello deriva la necesidad de interpretar de forma restrictiva las limitaciones previstas en el Tratado. Lo puso de manifiesto, inicialmente, la sentencia *Reyners*: “Teniendo en cuenta el carácter fundamental, en el sistema del Tratado, de la libertad de establecimiento y de la regla del trato nacional, las excepciones admitidas por el art. 55,

párrafo primero, no pueden recibir un alcance que exceda del fin para el cual esta cláusula de excepción ha sido establecida". La cuestión se planteó en aquella ocasión de forma especialmente relevante, ya que se suscitó el problema de determinar "si en el seno de una profesión como la de abogado, se exceptúan de la aplicación del capítulo relativo al derecho de establecimiento únicamente las actividades inherentes a esta profesión que están relacionadas con el ejercicio del poder público, o si esta profesión habría que exceptuarla en su conjunto por el hecho de que comprende actividades que están relacionadas con el ejercicio de dicho poder". El Tribunal, interpretando el art. 55 del Tratado, declaró que tal excepción "debe ser restringida a aquellas actividades contempladas por el art. 52 que, por sí mismas, comportan una participación directa y específica en el ejercicio del poder público; no se puede dar tal calificación, en el marco de una profesión liberal como la de abogado, a actividades tales como la consulta y la asistencia jurídica, o la representación y la defensa de las partes en justicia incluso si la realización de estas actividades constituye el objeto de una obligación o de una exclusividad establecida por la ley".

Recordó entonces, aunque reconociendo un margen de disponibilidad en la concreta regulación de cada Estado miembro (la eventual aplicación de restricciones "debe, en consecuencia, ser apreciada separadamente, para cada Estado miembro, tomando en consideración las disposiciones nacionales aplicables a la organización y al ejercicio de esta profesión", pero en el bien entendido de que las medidas que se adopten deben garantizar el efecto útil del Tratado) que "una extensión de la excepción permitida por el art. 55 a una profesión entera no puede admitirse más que en los casos en que las actividades así caracterizadas se encontraran ligadas a ella, de tal manera que la liberalización del establecimiento tuviera por efecto el imponer al Estado miembro interesado la obligación de admitir el ejercicio, incluso ocasional, por no nacionales, de funciones propias del poder público".

En lo que respecta concretamente al ámbito de la profesión de Abogado, el Tribunal declaró que no determina la participación en el ejercicio del poder público los servicios profesionales "que comportan contactos, incluso regulares y orgánicos, con los órganos jurisdiccionales, y hasta una colaboración, incluso obligatoria, en su funcionamiento", y, en particular, no suponen tal participación las actividades "más típicas de la profesión de abogado, tales como la consulta y la asistencia jurídicas, así como la representación y defensa de las partes en justicia, incluso cuando la postulación o la asistencia del abogado es obligatoria o constituye el objeto de una exclusividad establecida por

la ley". Y ello, en definitiva, porque "el ejercicio de estas actividades deja intactas la apreciación de la autoridad judicial y el libre ejercicio del poder jurisdiccional".

D) Resta, en este apartado introductorio, destacar dos aspectos añadidos. Por una parte, la jurisprudencia comunitaria exige que el examen de equivalencia entre los conocimientos y aptitudes acreditados por el título extranjero y los exigidos en el Estado de acogida debe efectuarse "con arreglo a un procedimiento que se ajuste a las exigencias del Derecho comunitario relativas a la protección efectiva de los derechos fundamentales conferidos por el Tratado a los nacionales comunitarios"; esto es, que la decisión debe ser susceptible "de un recurso judicial que permita verificar su legalidad, en relación con el Derecho comunitario, y que el interesado ha de poder conocer los motivos en que se basa dicha decisión" (sentencia de 7 de mayo de 1992 —*Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria*—).

Por otra parte, y según declaró esta misma sentencia, los incumplimientos de estas exigencias nacionales pueden ser reprobados mediante el empleo de instrumentos jurídico penales: cumplidos los requisitos a que se acaba de aludir, "las disposiciones del Tratado en materia de libertad de establecimiento no afectan a la competencia de los Estados miembros para reprimir el ejercicio ilegal, por parte de un nacional de otro Estado miembro, de una profesión regulada, en particular, en el caso de que el nacional comunitario no haya solicitado el examen de la equivalencia entre el diploma o título profesional expedido en su Estado de origen y el expedido en el Estado de acogida, o cuando dicha equivalencia no se haya demostrado" (2).

(2) El art. 403 del vigente Código Penal tipifica los comportamientos constitutivos del delito de intrusismo: "El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente"; "si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacidad necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título"; y, en fin, la pena se agrava si el culpable "se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido". Con motivo de la resolución, precisamente, de procesos penales por intrusismo el Tribunal Constitucional ha llamado la atención sobre la necesidad, en términos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de considerar debidamente el régimen de la prejudicialidad administrativa (arts. 3 y 4 LECr); así, en la Sentencia TC 30/96, de 26 de febrero, en la que se estimó el recurso de amparo y se revocó la sentencia penal que condenó al entonces recurrente por un delito de intrusismo profesional (que derivaba de la falta de título profesional para ejercer una determinada especialidad de la medicina, cuya homologación la Administración había denegado y sobre la que la Jurisdicción contencioso-administrativa declaró el derecho del interesado a obtener el correspondiente título español), recordó la legitimidad constitucional de la prejudicialidad no

II. UNA APROXIMACION A LOS CRITERIOS EMPLEADOS PARA DESLINDAR EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE LA PRESTACION DE SERVICIOS

A) En la estructura del Tratado CEE, el régimen de ambas libertades es diferente; se suele destacar que las reglas de la libre prestación de servicios reclaman su aplicación con un carácter supletorio o excluyente, esto es, para cuando la actividad no está comprendida en la libertad de establecimiento. Extremo que obliga a identificar el ámbito de aplicación de una y otra.

Los mimbres normativos con los que se ha construido el régimen de ambas libertades se encuentran, como es conocido, en el Tratado de la Comunidad Europea; el segundo párrafo del art. 52 establece que "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... 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". Por su parte, el art. 60 señala que "se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a

devolutiva (SSTC 24/84, 62/84 y 171/94) "como vía para permitir el conocimiento en su integridad de asuntos complejos (en los que se entrecruzan instituciones integradas en sectores del ordenamiento, cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos) por un solo orden jurisdiccional, cuando el conocimiento de estas cuestiones resulta instrumental para resolver sobre la pretensión concretamente ejercitada, y a los sólo efectos del propio proceso". Está involucrado un fin relevante desde la perspectiva constitucional: "Unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado". El incumplimiento de esta regla vulneraría el principio de seguridad jurídica, y además el de la tutela judicial efectiva; por ello, puso de manifiesto que es constitucionalmente legítimo que el ordenamiento establezca, en algunos supuestos a través de la prejudicialidad devolutiva, la primacía o la competencia específica de una jurisdicción sobre otra, para evitar que aquel efecto, indeseado desde la perspectiva constitucional, llegue a producirse (STC 158/1985). En consecuencia, declaró que "cuando el ordenamiento jurídico impone la necesidad de deferir al conocimiento de otro orden jurisdiccional una cuestión prejudicial, máxime cuando del conocimiento de esta cuestión por el Tribunal competente pueda derivarse la limitación del derecho a la libertad, el apartamiento arbitrario de esta previsión legal del que resulte una contradicción entre dos resoluciones judiciales, de forma que unos mismos hechos existan y dejen de existir respectivamente en cada una de ellas, incurre en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por cuanto la resolución judicial así adoptada no puede considerarse como una resolución razonada, fundada en Derecho y no arbitraria, contenidos éstos esenciales del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE".

la libre circulación de mercancías, capitales y personas". Entre los servicios se incluyen, entre otras, las "actividades propias de las profesiones liberales". Y, en fin, concluye el precepto estableciendo que "sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales".

B) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha ocupado de la cuestión con detenimiento. Fundamentalmente, como consecuencia de conflictos suscitados con motivo de un aparente indebido empleo de la libertad de prestación de servicios, con la que se podría estar camuflando un fenómeno de libertad de establecimiento. Precisamente porque las normas que disciplinan la libertad de establecimiento son más estrictas que las que se aplican en el ámbito de la prestación de servicios, la jurisprudencia comunitaria ha recordado que estas últimas no pueden permitir que se eludan las relativas a la libertad de establecimiento. El Abogado General Lèger, en las conclusiones a la sentencia *Gebhard*, puso de manifiesto que "un operador no debe poder eludir las normas más rigurosas del derecho de establecimiento haciéndose pasar por prestador de servicios, cuando ejerce su actividad en las mismas condiciones que un operador establecido en el Estado de actividad".

Posiblemente, uno de los ámbitos en los que se aprecia con mayor intensidad este riesgo de aplicación fraudulenta de las reglas en materia de prestación de servicios es en el de la Abogacía, al menos porque las exigencias en uno y otro casos son distintas; cuando se trata de la libertad de establecimiento, el abogado debe seguir las mismas reglas que los abogados nacionales; esto es, incorporarse al Colegio de Abogados y abonar las cuotas, incorporarse al régimen de pensiones, respetar las reglas deontológicas y las que rigen en materia de honorarios e incompatibilidades. Por el contrario, cuando se ejerce la libertad de prestación de servicios no resultan necesariamente aplicables estas obligaciones.

Un buen ejemplo de ello lo suministra la sentencia de 30 de noviembre de 1995 (*Gebhard*) que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Consiglio Nazionale Forense (3), suscitada en el

(3) Sobre los órganos que pueden plantear cuestiones prejudiciales, *vid.* el interesante trabajo de J. M. TRAYTER, "Novedades en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado italianos, acerca de la utilización de la cuestión prejudicial prevista en el art. 177 CEE. Su influencia sobre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo", en *Noticias CEE*, n.º 102, julio de 1993.

seno de un procedimiento disciplinario seguido frente al Sr. Gebhard; éste, nacional alemán, fue autorizado para ejercer la profesión de Rechtsanwalt en Alemania, estando inscrito en el Colegio de Abogados de Stuttgart, donde es “colaborador libre” en un despacho, aunque no posee despacho propio en dicho Estado. Residía en Italia, con su esposa —italiana— y sus hijos; su renta estaba sujeta a tributación íntegramente en Italia. Ejerció su actividad profesional en Italia, inicialmente en calidad de colaborador (con un “rapporto di libera collaborazione”) en un despacho de abogados asociados en Milán, y después en calidad de socio (“associato”). Diez años después, abrió su propio despacho en Milán, en el que ejercería actividades esencialmente extrajudiciales de asistencia y representación de personas de lengua alemana (lo que representaría el 65 por 100 de su volumen de negocios), así como una actividad de representación de personas de lengua italiana en Alemania y en Austria (lo que representaría un 30 por 100 de su volumen de negocios), y de asistencia a profesionales italianos a quienes sus clientes plantean problemas de Derecho alemán (que representaría, en fin, un 5 por 100 de su volumen de negocios).

El procedimiento disciplinario arranca de una denuncia formulada frente a él por diversos abogados, por haber hecho figurar el título “avvocato” en el membrete de su papel de cartas profesional, por haber intervenido directamente con el título de “avvocato” ante la Pretura y el Tribunale di Milano, y por haber ejercido sus actividades profesionales desde el “Studio legale Gebhard”. Se le imputaba, en resumen, ejercer en Italia una actividad profesional con carácter permanente desde su propio despacho y utilizar el título de “avvocato”.

En el Derecho italiano, la Directiva 77/249, que se aplica a las actividades realizadas por los abogados en concepto de prestación de servicios, fue incorporada mediante la Ley 31/82, que permite a los nacionales de otros Estados miembros que estén autorizados a ejercer la profesión de abogado en los ámbitos judicial y extrajudicial, con carácter temporal (con “carattere di temporaneità”) y en las condiciones allí fijadas; el segundo párrafo del art. 2 señalaba que “para el ejercicio de las actividades profesionales contempladas en el párrafo anterior no se permitirá instalar en el territorio de la República un despacho ni un establecimiento principal o secundario”.

Como Gebhard había abierto su propio despacho profesional, la determinación de la compatibilidad de la ley italiana con el Derecho comunitario resultaba particularmente relevante. Por ello, el Consiglio Nazionale Forense preguntó al Tribunal si el art. 2 de la ley italiana era

compatible con la Directiva 77/249, "habida cuenta de que en ésta no se hace alusión alguna al hecho de que la apertura de un despacho pueda interpretarse como un indicio de la intención del abogado de ejercer su actividad de forma no temporal ni ocasional, o con carácter permanente". Igualmente, preguntó sobre los criterios, basados en la duración o la frecuencia de las prestaciones, que deben aplicarse para determinar si la actividad tiene o no carácter temporal.

De esta forma, se suscita ante el Tribunal una cuestión realmente central en el ámbito de las libertades que ahora nos ocupan. Explicó entonces que el concepto de establecimiento, en el sentido del Tratado, "es muy amplio e implica la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto del del Estado de origen, y de que se beneficie de ello, favoreciendo así la interpenetración económica y social en el interior de la Comunidad en el ámbito de las actividades por cuenta propia" (en palabras gráficas del Abogado General Léger, en sus conclusiones, citando otras anteriores del Abogado General Darmon: "Establecerse es integrarse en una economía nacional"); por el contrario, cuando el prestador del servicio se desplaza a otro Estado, el ejercicio de la actividad debe realizarse temporalmente. La cuestión, por tanto, es determinar cuándo se actúa temporalmente o de forma estable (4).

En el criterio del Tribunal, el carácter temporal de las activida-

(4) El Abogado General Léger, en sus conclusiones al asunto Gebhard, recordó que la jurisprudencia comunitaria maneja de ordinario dos grandes criterios para diferenciar la prestación de servicios del establecimiento: por una parte, el criterio temporal, según el cual "la temporalidad de la prestación de servicios se contraponen a la continuidad del establecimiento" ("la actividad del prestador es precaria y episódica. Utilizando el vocabulario de la Comisión, tiene carácter de discontinuidad"); por otra, un criterio geográfico, que viene a indicar que "el operador establecido en un Estado miembro se orienta principalmente hacia el mercado de ese Estado, donde concentra su actividad. El operador prestador de servicios ejerce en él su actividad sólo con carácter secundario o accesorio". No obstante, el Abogado General sostiene "la insuficiencia de estos dos criterios" en la medida en que no permitirían resolver supuestos como los suscitados entonces. En su opinión, no es admisible prohibir al prestador de servicios que cuente con una infraestructura; aunque la presencia de un despacho sea un indicio de un establecimiento ("permitir al abogado prestador abrir un despacho en el Estado de acogida es permitirle hacer una oferta de servicios a una clientela potencial y responder a las solicitudes de ésta. Por tanto, es permitir al abogado prestador ofrecer los mismos servicios que el abogado establecido y competir con éste sin estar sujeto a las mismas obligaciones"), añade que, "con carácter excepcional, el abogado prestador de servicios debe poder aportar la prueba de que la presencia de un despacho en el territorio del Estado en el que se efectúa la prestación le es indispensable para realizar ésta".

des de que se trate no puede determinarse atendiendo sólo a la duración de la prestación, sino también "en función de su frecuencia, periodicidad o continuidad". Tampoco se excluye este carácter por el mero hecho de tener abierta una oficina: "El carácter temporal de la prestación no excluye la posibilidad de que el prestador de servicios en el sentido del Tratado se provea, en el Estado miembro de acogida, de cierta infraestructura (incluida una oficina, despacho o estudio) en la medida en que dicha infraestructura sea necesaria para realizar la referida prestación". Aunque en el caso que motivó la decisión el Tribunal declarase que se trataba de un supuesto de libertad de establecimiento, y no de libre prestación de servicios.

La determinación de cuándo se está en presencia de un profesional establecido o del que actúa como prestador de servicios debe efectuarse, por tanto, atendiendo a diversos criterios. Es difícil, realmente, atender a uno solo, y desde luego al de la temporalidad de la actuación. Este fue el que aplicó, en España, inicialmente, el Real Decreto 607/86, de 21 de marzo, que estableció, en el apartado 2 de su art. 9, que si del Libro registro de actuaciones en España de abogados visitantes en régimen de prestación ocasional de servicios (que lleva el Consejo General de la Abogacía Española) resultare que un abogado visitante "hubiere tenido en un mismo año más de cinco actuaciones profesionales ante Tribunales colegiados o de diez ante órganos unipersonales y organismos administrativos, se le hará saber que su actuación quedaría sometida a las normas que regulen el derecho de establecimiento". Este apartado fue derogado por el Real Decreto 1062/88, de 16 de septiembre.

Por ello, concluye su razonamiento indicando que "la prohibición general y absoluta de abrir un despacho, impuesta por la normativa italiana a los abogados prestadores de servicios, se basa en una presunción irrefutable de fraude: dado que un abogado prestador de servicios que abra un despacho no puede ser sino un abogado que pretende eludir las normas en materia de establecimiento, la ley le cierra esta posibilidad. Considero, por el contrario, que la apertura de un despacho puede corresponder a una verdadera necesidad para el abogado prestador de servicios y que incumbe al Estado en que se abre el despacho demostrar, caso por caso, la existencia de una eventual infracción a las normas sobre la libertad de establecimiento".

III. LOS REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES COMUNITARIAS EN EL CASO DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES. EN PARTICULAR, LA INCORPORACION A UN COLEGIO PROFESIONAL

A) Tal vez uno de los extremos más relevantes para la delimitación de la eficacia de la libertad de establecimiento en el ámbito de las profesiones tituladas está constituido por el reconocimiento de los títulos profesionales entre nacionales de diferentes Estados miembros. Asunto realmente espinoso en la práctica, y en el que se encuentra en juego la realidad de la libertad comunitaria en cuestión. Por ello, el Tribunal de Justicia advirtió tempranamente de la improcedencia de las decisiones que pudieran adoptar los Estados miembros para impedir, por este camino, la realidad de la misma. Lo indicó, por ejemplo, en la sentencia de 28 de abril de 1977 (*Jean Thieffry*), al destacar que constituye una restricción incompatible con la libertad de establecimiento garantizada por el art. 52 del Tratado exigir a un ciudadano de un Estado miembro, que pretende ejercer una actividad profesional (en el caso, la Abogacía) en otro Estado miembro el título nacional que se expide en el Estado de acogida, cuando el título obtenido por el interesado en el país de origen ha sido declarado equivalente por la autoridad competente, y cuando había consentido someterse a la prueba especial del examen de idoneidad para el ejercicio de la profesión, habiendo superado dicha prueba. En la jurisprudencia española el criterio es igualmente explícito: "La negativa a acoger en el Colegio Profesional correspondiente a los que ostenten un título académico obtenido en un centro extranjero y debidamente convalidado por el Ministerio ... constituye un atentado al principio constitucional de igualdad del art. 14 de la Constitución, puesto que colocaría al solicitante en una situación de discriminación respecto a quienes en posesión de un título relativo a la misma disciplina científica o profesional e igualmente válido, no hubieran encontrado obstáculo a su colegiación" (STS de 24 de abril de 1996, por todas).

Las reglas generales, en todo caso, resultan inequívocas: los poderes públicos —y a estos efectos, sin ningún género de dudas, se integran en dicho concepto los Colegios Profesionales, como declaró el Tribunal en las sentencias *Thieffry* y *Steinhauser*, citadas— están obligados a dispensar un trato no discriminatorio a todos los titulares de las libertades en cuestión, y en particular sin distinción por razón de la nacionalidad; aunque también se incluyan en estas prohi-

biciones cualesquiera discriminaciones veladas o difuminadas, que produzcan finalmente el efecto de distorsionar la eficacia de las libertades fundamentales (5).

Extremo éste de la correcta intervención de los Colegios Profesionales que es realmente importante, en atención al gran protagonismo que les corresponde en la materia, conforme resulta de lo previsto en el art. 36 de la Constitución: “Constituyen una típica especie de Corporación, reconocida por el Estado, dirigida no sólo a la consecución de fines estrictamente privados, lo que podría conseguirse con la simple asociación, sino esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profesión —que constituye un servicio al común— se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio, que, en principio, por otra parte, ya ha garantizado el Estado con la expedición del título habilitante” (STC 89/89, de 11 de mayo). Su inequívoca condición de poder público a estos efectos, y el apego de su posición jurídico-pública con el acceso y ejercicio de los servicios profesionales, es lo que justifica constitucionalmente no ya su existencia, sino la admisibilidad inequívoca de la colegiación obligatoria (cfr. SS TC 89/89, de 11 de mayo; 131/89, de 19 de julio, y 35/1993, de 8 de febrero, entre otras). Y, en consecuencia, que sean considerados como poderes públicos obligados a respetar las libertades comunitarias (6), en los términos impuestos por el orden comunitario.

B) En la sentencia de 30 de noviembre de 1995 (*Gebhard*) se planteó este asunto; en particular, el Colegio de Abogados de Milán conside-

(5) I. BORRAJO, (“Las libertades de establecimiento y de servicios en el Tratado de Roma”, en E. GARCÍA DE ENTERRIA; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO (dirs.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho Español* —Civitas, Madrid 1986, vol. II, p. 185—), se ha referido a “la cualidad camaleónica de las libertades de establecimiento y de servicios”, en cuanto ambas “se traducen en tantas prohibiciones y derechos como aristas interpongan las normas estatales a las actividades económicas de las empresas, individuales o colectivas, de los restantes Estados de la Comunidad. En cuanto implican la prohibición abstracta y absoluta de discriminaciones (en comparación con los nacionales del Estado respectivo) se proyectan sobre cualquier norma o práctica, en cualquier sector económico y para cualquier actividad”.

(6) Procede remitir al lector al bien trabado estudio de I. BORRAJO, “Las libertades de establecimiento...” (op. cit., pp. 206 y ss.); igualmente son de gran interés las consideraciones formuladas por F. LOPEZ RAMON (“Libre competencia y Colegios Profesionales”) sobre la incidencia del Derecho comunitario sobre la libertad de establecimiento, y, con carácter general, el trabajo de L. MARTÍN-RETORTILLO (“El papel de los Colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional”), ambos en el volumen colectivo, dirigido por L. MARTÍN-RETORTILLO, *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución* (Unión Profesional/Civitas, Madrid 1996; pp. 254 y ss., y 289 y ss., respectivamente).

raba que sólo puede entenderse que una persona está establecida, en el sentido del Tratado, "si pertenece al Colegio Profesional de ese Estado o, por lo menos, si ejerce su actividad en colaboración o en asociación con personas que pertenecen a él". El Tribunal no convino con este criterio; declaró, por el contrario, que "el hecho de pertenecer a un Colegio Profesional forma parte de los requisitos aplicables al acceso a las actividades y a su ejercicio, y, por tanto, no puede considerarse como un elemento constitutivo de dicho establecimiento".

No obstante, se reiteran en esta Sentencia las reglas que deben presidir en cada Estado miembro el ejercicio de la libertad de establecimiento; en particular, es admisible que las condiciones para ello sean fijadas por la legislación de cada Estado miembro, y que su ejercicio deba realizarse en las mismas condiciones previstas en ella para sus propios nacionales. El acceso a algunas actividades por cuenta propia y su ejercicio pueden estar supeditados a la observancia de determinadas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, "justificadas por razones de interés general, tales como las normas de organización, de aptitud, de deontología, de control y de responsabilidad". Vale, por tanto, prever "que el ejercicio de una actividad específica quede reservado, según el caso, a aquellas personas que sean titulares de un diploma, certificado u otro título, a las que pertenezcan a un Colegio profesional o bien a las que estén sometidas a determinada disciplina o control". Pero en el bien entendido de que "las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo".

Entre ellas se cuenta la exigencia de la incorporación a un Colegio Profesional; como indicó la sentencia de 19 de enero de 1988 (*Gullung*), "la obligación de inscripción de los abogados en un Colegio que imponen ciertos Estados debe considerarse como lícita en relación con el Derecho comunitario, siempre a condición de que tal inscripción esté abierta a los nacionales de los Estados miembros sin discriminación", de tal forma que el art. 52 del Tratado permite a los Estados que contemplen la necesidad de que los abogados se incorporen a un Colegio, extender dicha obligación a los abogados de otros Estados miembros que se beneficien del derecho de establecimiento. Señala el Tribunal que "el fin específico de esta obligación es la garantía de la moralidad

y el respeto de los principios deontológicos, así como el control disciplinario de la actividad de los abogados; persigue, pues, un objetivo digno de protección". Reiteró, entonces, la doctrina ya formulada, por ejemplo, en la Sentencia de 22 de septiembre de 1983 (*Auer II*), donde señaló que la incorporación obligatoria es una exigencia que debe considerarse lícita, "teniendo en cuenta que pretenden garantizar la moralidad y el respeto de los principios deontológicos, así como el control disciplinario de la actividad de los veterinarios y, por lo tanto, las exigencias dignas de protección", por lo que concluyó sosteniendo que "las disposiciones legislativas de los Estados miembros que imponen la inscripción obligatoria en el Colegio Profesional no son, en sí mismas, incompatibles con el Derecho comunitario".

Cuestión distinta, y que no resulta contraria a las exigencias comunitarias, es la posibilidad de exigir el cumplimiento de ciertos requisitos de moralidad para acceder al ejercicio de la profesión, que se apliquen por igual a los nacionales del Estado que los establece y a los de otros Estados miembros. El art. 11 de la Ley francesa 71-1130, de 31 de diciembre, que reformó el régimen de algunas profesiones jurídicas y judiciales, estableció que nadie puede acceder a la profesión de abogado cuando ha sido autor de hechos que han producido una condena penal por actuaciones contrarias al honor, a la probidad o a las buenas costumbres, o bien autor de una conducta de la misma naturaleza que haya determinado la imposición de sanciones, disciplinarias o administrativas, de destitución, expulsión, revocación, retirada de habilitación o de autorización; y su art. 54 dispuso que las personas que no pertenecen a una profesión judicial o jurídica reglamentada, o cuyo título esté protegido y que con carácter profesional evacúen consultas o redacten documentos para otro en materia jurídica, deben cumplir los requisitos de moralidad exigidos a los abogados.

La aplicación de estos preceptos motivó el pronunciamiento, a título prejudicial, del Tribunal de Justicia, en la sentencia, de 19 de enero de 1988 (*Gullung*). El Sr. Gullung, a quien la Sala de Disciplina de los Notarios del Alto Rin impuso una sanción que determinó su separación, lo que motivó que se le denegaran sus peticiones de inscripción en la lista de Asesores Jurídicos de Marsella, y de abogado en el Colegio de Mulhouse, consiguió inscribirse como Rechtsanwalt en el Colegio de Offenburg, instalándose en Kehl y abriendo despacho también en Mulhouse. El Colegio de Abogados adoptó un acuerdo por el que prohibía a todos los abogados incorporados prestar su asistencia a todo abogado que no cumpliera los requisitos de moralidad exigidos. El Tribunal de Justicia recordó que la Directiva 77/249

excluye la exigencia de residencia o de inscripción en una organización profesional para el abogado prestador de servicios, aunque sí exige que éste respete las normas profesionales del Estado miembro de acogida: "Los abogados prestatarios de servicios están obligados a observar las normas deontológicas tal como se aplican en el Estado miembro de acogida".

Por ello, las disposiciones de la Directiva "no pueden ser alegadas por un abogado establecido en un Estado miembro para ejercer, en el territorio de otro Estado miembro, sus actividades como prestatario de servicios cuando, en este último Estado miembro, se le había prohibido el acceso a la profesión de abogado por razones derivadas de la dignidad, de la honorabilidad y de la probidad".

En el Derecho español, el Real Decreto 607/86, de 21 de marzo, exige que el "abogado visitante" (que es un abogado nacional de algún Estado miembro, establecido con carácter permanente en él, que realice, en régimen de prestación ocasional de servicios, actividades de abogado en España: art. 1) se presente al Decano de la Junta de Gobierno del Colegio respectivo, facilitando, además de su nombre y apellidos, el título profesional que posee, la dirección de su despacho permanente, la organización profesional a la que pertenece, su dirección durante su permanencia en España y, en su caso, el nombre, apellidos y domicilio del Abogado con el que actuará concertadamente; y añade su art. 5.2 que "facilitará, igualmente, una declaración de no estar incurso en causa de incompatibilidad ni de haber sido objeto de sanción penal, administrativa o profesional con efectos sobre el ejercicio profesional".

C) Frente a ello, cuando se trata de la prestación de servicios, la Directiva 77/249 excluye la obligación del prestador de servicios de la obligación de residencia y de incorporación a un Colegio Profesional; así lo establece, en España, el Real Decreto 607/86, de 21 de marzo: las actividades de representación y defensa en juicio "se ejercerán en las mismas condiciones que los abogados españoles, con exclusión de cualquier condición de residencia o colegiación en España, respetando las reglas profesionales españolas" (7); para el ejercicio de las restantes

(7) Igualmente, se exceptúa, como hace notar A. OLESTI RAYO, (*La libre circulación de los profesionales liberales en la CEE*, Barcelona, 1992, p. 139) la inscripción en un organismo de la Seguridad Social, cuando se exija en el Estado de acogida para realizar la prestación de servicios; así resulta de las Directivas 75/362, de 16 de junio; 77/452, de 27 de junio; 78/686, de 25 de julio; y 80/154, de 21 de enero, al indicar que "cuando en un Estado miembro de acogida sea preciso estar inscrito en un organismo de Seguridad Social de derecho público para poder regular con un organismo asegurado las cuentas relacionadas con las actividades ejercidas en beneficio de asegurados sociales, dicho

actividades, y sin perjuicio del cumplimiento de las reglas del Estado de origen, el abogado visitante debe respetar las reglas que rigen la profesión en España, “especialmente las que regulan la incompatibilidad entre el ejercicio de las actividades de abogado y el de otras actividades; el secreto profesional, las relaciones de compañerismo, la prohibición de asistencia por un mismo abogado a partes que tengan intereses opuestos y a la publicidad. Estas reglas no serán aplicables más que si pueden ser observadas por un abogado no establecido en España y sólo en la medida en que su observancia se justifique para asegurar el ejercicio correcto de las actividades de abogado, la dignidad de la profesión, el respeto a las incompatibilidades y el cumplimiento de sus obligaciones fiscales” (8).

Si se trata, en fin, de la realización de actividades judiciales en sentido estricto ante los Tribunales, la Directiva 77/249 permite al Estado de acogida obligar al abogado prestador de servicios a ser presentado al presidente del órgano jurisdiccional y a actuar de acuerdo con un abogado; el Tribunal de Justicia ha señalado (sentencia de 25 de febrero de 1988, *Comisión/Alemania*) que esta obligación “tiene por objeto facilitarle el apoyo necesario para que pueda actuar en un sistema judicial diferente de aquel al que está acostumbrado, así como proporcionar al Tribunal que conoce del asunto la seguridad de que el abogado que presta servicios dispone efectivamente de dicho apoyo y está, de este modo, en condiciones de cumplir plenamente las normas procesales y deontológicas aplicables”; por su parte, en la sentencia de 10 de julio de 1991 (*Comisión/Francia*) ha especificado que, como la Directiva permite a los Estados miembros exigir a los abogados presta-

Estado miembro, en caso de una prestación de servicios que implique el desplazamiento del beneficiario, dispensará de esta exigencia a los nacionales de los Estados miembros establecidos en otro Estado miembro”. Se trataría, como es obvio, de una suerte de discriminación encubierta, contraria a la exigencias comunitarias; como lo son cualesquiera exigencias específicas para no nacionales de documentación complementaria, que es un asunto que está expresamente resuelto en la jurisprudencia española: “Para obtener la colegiación se le puede exigir al interesado la previa autorización de residencia y permiso de trabajo, porque es cuestión que queda fuera de la competencia del Colegio Profesional y porque según la Ley Orgánica 7/1985, es el permiso de trabajo el que se puede condicionar, en su caso, a la colegiación y no a la inversa” (STS de 4 de marzo de 1996).

(8) La situación en el ordenamiento italiano no es, ciertamente, diferente. Adaptó la Directiva, aunque tardíamente, mediante la ley de 9 de febrero de 1982, sobre libre prestación de servicios por los abogados ciudadanos de los Estados miembros de la Comunidad Europea. *Vid.*, sobre ello, N. ANNECHINO, “Le professioni liberali: gli avvocati”, en A. TIZZANO (coord.); *Professioni e servizi nella CEE*; Padova 1985, en especial, pp. 311 y ss.).

dores de servicios que actúen de acuerdo con un abogado que ejerza ante el órgano jurisdiccional interesado únicamente "para el ejercicio de las actividades relativas a la representación y a la defensa de un cliente ante los Tribunales", "... no puede imponerse esa obligación en lo que respecta al ejercicio de actividades ante organismos o autoridades que no desempeñan una función jurisdiccional". Y ha añadido, en este sentido, como especificación de la regla sentada en la sentencia de 25 de febrero de 1988 (el art. 5 de la Directiva "no puede tener como efecto el de imponer al Abogado prestador de servicios exigencias que no encuentran equivalente alguno en las normas profesionales que resultarían aplicables en defecto de toda prestación de servicios en el sentido del Tratado") que no puede obligarse a un abogado prestador de servicios a actuar de acuerdo con un abogado que ejerza ante el órgano jurisdiccional en cuestión "en el marco de acciones judiciales para las que la legislación francesa no exige la intervención preceptiva de abogado".

El Real Decreto 607/96, de 21 de marzo, en la redacción dada por el Real Decreto 1062/88, de 16 de septiembre (que invoca la sentencia de 25 de febrero de 1988), exige al abogado visitante concertarse con un abogado inscrito en el Colegio en cuyo territorio haya de actuar (que responderá ante los órganos jurisdiccionales y organismos públicos) "cuando sea preceptiva la intervención de abogado para las actuaciones ante Juzgados o Tribunales o ante organismos públicos relacionados con el ámbito de la Administración de Justicia que ejerzan algún tipo de función jurisdiccional, así como para la asistencia, comunicación y visitas con detenidos y presos", así como "cuando no sea preceptiva la intervención de Abogado, pero la ley exigiere que si el interesado no interviene por sí mismo, no pueda hacerlo otra persona que no sea abogado".

D) Igualmente ha suscitado problemas la posible limitación del establecimiento físico del profesional que pretende ejercer la libertad de establecimiento; extremo que es realmente importante, porque puede falsear o restringir indebidamente la plena efectividad de aquélla. La cuestión se suscitó ante el Tribunal de Justicia, que se pronunció en la sentencia de 12 de julio de 1984 (*Klopp*). Este residente alemán, y abogado incorporado al Colegio de Düsseldorf, solicitó la inscripción en el de París, con la finalidad de instalar un despacho profesional, aunque manteniendo el suyo, y su domicilio, en Düsseldorf. El *Ordre des avocats au barreau de Paris* denegó la petición, señalando que, aunque cumplía todos los demás requisitos para ser abogado, no satisfacía las exigencias del art. 83 del Decreto 72-468 y del art. 1 del regla-

mento interno del Colegio, que imponen al abogado contar únicamente con un domicilio profesional, fijado en la sede del Tribunal de Grande Instance en el que se estableciera.

El *Ordre des avocats* y el Gobierno francés consideraban que la regla del domicilio profesional único del abogado se funda en la necesidad de un ejercicio real ante una Jurisdicción, que asegure la disponibilidad del abogado tanto frente a la propia Jurisdicción como ante sus clientes. El Tribunal no convino con este criterio, destacando que existe un principio general, aplicable igualmente a las profesiones liberales, según el cual el derecho de establecimiento comporta la facultad de crear y de mantener, con respeto a las reglas profesionales, más de un centro de actividad sobre el territorio de la Comunidad.

Bien es cierto que resulta admisible que los Estados miembros, en aras de la buena administración de la Justicia, exijan a quienes ejercen estas actividades que mantengan un contacto suficiente con sus clientes y con las autoridades judiciales, respetando las reglas de la deontología; pero en modo alguno pueden instrumentarse estas exigencias, según subraya el Tribunal, de forma tal que se restrinja la libertad de establecimiento: "Los medios actuales de transporte y de telecomunicación ofrecen la posibilidad de asegurar de manera apropiada el contacto con las autoridades judiciales y los clientes. Igualmente, la existencia de un segundo domicilio profesional en otro Estado miembro no es obstáculo a la aplicación de las reglas de la deontología en el Estado miembro de acogida". Esta doctrina encuentra antecedentes en la jurisprudencia comunitaria; por ejemplo, en materia de seguros, la sentencia de 26 de noviembre de 1997 (*Robert Gerardus Coennen*) destacó que los arts. 59, 60 y 65 del Tratado deben interpretarse en el sentido que la legislación nacional no puede impedir, imponiendo la residencia en el territorio del Estado, la prestación de servicios por parte de quien reside en otro Estado miembro, si es posible garantizar la observancia de las normas internas aplicables en la materia mediante procedimientos menos restrictivos.

En el ámbito español, el Real Decreto 697/86, de 21 de marzo, desarrolló la Directiva 77/249, para el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados. Su art. 1 reconoce la posibilidad de los abogados de los Estados miembros establecidos con carácter permanente en aquéllos, de desarrollar libremente en España, en régimen de prestación ocasional de servicios, actividades de abogados en las condiciones allí reguladas; añadiendo, en su inciso final, que "los abogados visitantes no podrán abrir despacho en España". Este Real Decreto fue modificado, únicamente en su art. 6, por el Real Decreto

1062/88, de 16 de septiembre, que no afectó al inciso final del art. 1, citado. Por lo que la prohibición de abrir despacho en España parece, formalmente, en vigor. Lo que supone, en aplicación de la jurisprudencia comunitaria, una infracción de las reglas que regulan la libre prestación de servicios.

El régimen de la apertura de establecimientos no puede emplearse, por ello, para dificultar el ejercicio de las libertades comunitarias. No sólo en el sentido al que acaba de aludirse, sino también en el contrario. Está explicado, con motivo de los auditores de cuentas, en la sentencia de 20 de mayo de 1992 (*Ramrath*). Allí se indicó que, según "reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia", "... el derecho de establecimiento implica asimismo la facultad de crear y mantener, respetando las normas profesionales, más de un centro de actividad en el territorio de la Comunidad", por lo que este derecho "se opone a que un Estado miembro exija que las personas que ejercen una profesión tengan un único establecimiento en el territorio de la Comunidad". Reglas que "son también válidas para el caso de un trabajador por cuenta ajena, establecido en un Estado miembro, que desee realizar, además, un trabajo por cuenta propia en otro Estado miembro".

La regla general, por tanto, según destaca la jurisprudencia comunitaria, es que la libre prestación de servicios "implica la supresión de toda discriminación contra el prestador de servicios basada en la circunstancia de que se encuentre establecido en un Estado miembro distinto del Estado en el que se haya de prestar el servicio". No obstante, el Tribunal recordó la admisibilidad de imponer limitaciones, debidamente justificadas y proporcionadas: "Teniendo en cuenta las características propias de determinadas actividades profesionales, no puede considerarse incompatible con el Tratado el hecho de que se impongan exigencias específicas motivadas por la aplicación de las normas que regulen esos tipos de actividades". En el bien entendido de que la libre circulación de personas "sólo puede limitarse mediante normas justificadas por el interés general y que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza tales actividades en el territorio del Estado de que se trate, en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por la normas a las que está sujeto el nacional comunitario en el Estado miembro, en el que está establecido". Además, estas exigencias deben ser "objetivamente necesarias para garantizar el cumplimiento de las normas profesionales y para asegurar la protección de los intereses que constituye el objetivo de aquéllas".

La aplicación de esta doctrina al caso de los auditores de cuentas permitió al Tribunal establecer una valoración concreta, y una excep-

ción. Según la primera, “los requisitos relativos a la existencia de una infraestructura en el territorio y a cierta presencia efectiva del auditor están justificados en aras de garantizar la protección de dicho interés”. Conforme a la segunda, tales requisitos “ya no resultan necesarios cuando el control legal de los documentos contables lo lleva a cabo un auditor de cuentas que, estando establecido y habiendo sido autorizado como tal en otro Estado miembro, se encuentre temporalmente al servicio de una persona física o jurídica autorizada a ejercer la profesión de auditor de cuentas por las autoridades del Estado miembro en el que dicho control se lleve a cabo. En tales circunstancias, en efecto, a través de dicha persona física o jurídica el Estado miembro podrá verificar la observancia de las normas por el auditor que efectúa periódicamente auditorías en su territorio”.

E) Una cuestión añadida es la referente al conocimiento por el profesional del idioma del Estado en que pretende establecerse o prestar sus servicios. En particular, se ha suscitado el extremo relativo a determinar si constituye un presupuesto inexcusable para el ejercicio de aquellas libertades, que pueda ser controlado preventivamente por el Estado de acogida como requisito del válido ejercicio de la libertad en cuestión. Está planteado, inicialmente, con motivo de las profesiones médicas, alcanzándose el resultado de negar que se pueda condicionar a la superación de una prueba lingüística; la Comisión ha considerado esta posibilidad como una medida injustificada, equivalente a una restricción en el sentido del art. 52 del Tratado, aunque haya señalado que el conocimiento de la lengua del paciente *constituye una exigencia de la ética profesional*, de tal forma —como sostiene R. de Rosa— el médico que comete un error profesional como consecuencia del desconocimiento de la lengua del paciente, incurriría con toda probabilidad en severas sanciones disciplinarias (9).

F) Los principios de la ordenación comunitaria, de necesaria observancia por los Estados miembros, tratan de armonizar dos exigencias que confluyen en la materia: impedir discriminaciones de cualquier género entre nacionales de los Estados miembros, por una parte, y garantizar por otra a los ciudadanos que los profesionales que desempeñen su actividad —sea cual fuese el territorio sobre el que se proyecta— cuenten con los requisitos exigibles. En el necesario equilibrio entre ambos intereses, dignos de protección, se debe mover la

(9) R. DE ROSA, “Le Professioni liberali: le attività mediche, paramediche e farmaceutiche”, en A. TIZZANO (coord.); *Professioni e servizi nella CEE*, Padova 1985, en especial p. 286).

actuación de los poderes públicos. La interdicción de regulaciones o comportamientos discriminatorios se proyecta no sólo sobre los más burdos u obvios (10), sino también, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, en otros ámbitos en los que se proyectan las libertades comunitarias (en particular, en el de la contratación pública) sobre las que resulten soterradas o camufladas: “el principio de igualdad de trato, del que los arts. 52 y 59 del Tratado constituyen una expresión particular, prohíbe no sólo las discriminaciones ostensibles, en razón de la nacionalidad, sino también cualquier forma encubierta de discriminación que, mediante la aplicación de otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado” (sentencia de 5 de diciembre de 1989 —*Comisión-Italia*—; en el mismo sentido, la de 29 de octubre de 1980 —*Boussac Saint-Frères*—).

(10) A. OLESTI RAYO (*La libre circulación...*, op. cit., pp. 303 y ss.) destaca dos exigencias que “implican una discriminación ostensible”: la exigencia de reciprocidad (condicionar la libertad de establecimiento a un convenio de reciprocidad con el otro Estado) y la exigencia de la nacionalidad, aludiendo a algunos supuestos suscitados ante el TJCE, que fueron reprobados de forma drástica. En lo que se refiere al primero, el Tribunal de Justicia tiene establecida una jurisprudencia reiterada según la cual “un Estado miembro que somete el acceso a determinadas profesiones de los nacionales de otros Estados miembros a un requisito de reciprocidad incumple las obligaciones que resultan de los artículos 48, 52 y 59 del Tratado” (SS, de 15 de octubre de 1986 —*Comisión-Italia*— y 25 de julio de 1991 —*Comisión-Italia*—). Sobre el de la nacionalidad, en España se corrigió tardíamente, en el Real Decreto 174/91, de 15 de febrero, que modificó los Estatutos Generales de la Abogacía y de los Procuradores de los Tribunales, para suprimir el requisito de la nacionalidad para la incorporación de profesionales de otros Estados miembros a los respectivos Colegios, de tal forma que, a partir de entonces, uno de los requisitos para el ejercicio profesional es “ser de nacionalidad española o de la de alguno de los Estados miembros de las Comunidades Europeas”.

