

LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO  
EN LOS ACUERDOS EUROPEOS:  
¿NUEVOS DERECHOS DE ENTRADA Y RESIDENCIA  
PARA LOS CIUDADANOS DE LA EUROPA DEL ESTE?

(A propósito de la STJCE, de 20 de noviembre de 2001,  
asunto C-268/99, *Jany e.a.*).

Por IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ \*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL LITIGIO PRINCIPAL.—III. EL ENCUADRE JURÍDICO: LOS ACUERDOS EUROPEOS.—IV. SOBRE EL EFECTO DIRECTO DE LOS ARTÍCULOS 44 DEL ACUERDO CE/POLONIA Y 45 DEL ACUERDO CE/REPÚBLICA CHECA.—V. SOBRE EL SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO.—VI. LA FACULTAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS PARA SOMETER EL DERECHO DE ENTRADA Y RESIDENCIA DE LOS NACIONALES EXTRACOMUNITARIOS A SU PROPIA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA.—VII. SOBRE LA NOCIÓN DE «ACTIVIDAD ECONÓMICA POR CUENTA PROPIA», Y EN PARTICULAR, LA INCLUSIÓN DE LA PROSTITUCIÓN EN DICHA CATEGORÍA.—VIII. SOBRE LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO.—IX. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco del asunto *Aldona Malgorzata Jany e.a.*, de 20 de noviembre de 2001, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)

---

\* Doctora en Derecho. Profesora asociada de Derecho internacional privado. Universidad de Córdoba.

habrá de interpretar el sentido y alcance del derecho de establecimiento comprendido en los Acuerdos exteriores firmados, en la década de los noventa, entre la Comunidad Europea y los países de la Europa Central y Oriental<sup>1</sup>. En particular, la relevancia de esta sentencia estriba en dar respuesta a la siguiente incógnita: ¿se puede derivar de tal libertad de establecimiento un derecho de entrada y residencia para los ciudadanos de la Europa del Este en el territorio de los Estados miembros? Reconocida esta prerrogativa ¿se podría beneficiar de ella todo trabajador por cuenta propia aunque su actividad esté prohibida o no sea socialmente aceptada, tal como es la prostitución? Sin duda, la cuestión no es baladí, ya que reconocer tal posibilidad implicaría una puerta de entrada así como una vía de regularizar su situación en la Europa comunitaria para un amplio colectivo de nacionales procedentes de la Europa del Este<sup>2</sup>. Además, no se puede obviar que una vez reconocido un derecho o una obligación en el orden comunitario, dada la primacía de éste con respecto al Derecho interno, aquéllos forman parte de la esfera jurídica de los particulares aunque con ello se incurriera en contradicción con la respectiva ley de extranjería estatal<sup>3</sup>.

Ha sido el 27 de septiembre de 2001, cuando el TJCE ha interpretado por vez primera el mencionado derecho de establecimiento incluido en los

---

<sup>1</sup> En concreto, este asunto C-268/99 interpreta los arts. 44 y 58 del Acuerdo Europeo entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Polonia, por otra, de 13 de diciembre de 1993 (*DOCE* L 348, de 31 de diciembre de 1993), así como los arts. 45 y 59 del Acuerdo Europeo entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República Checa, por otra, de 19 de diciembre de 1994 (*DOCE* L, de 31 de diciembre de 1994). No obstante, dicha interpretación jurisprudencial será vinculante asimismo para el resto de los Acuerdos Europeos dado el mismo tenor literal, objeto y finalidad. Véase, arts. 44 y 58 de los Acuerdos con Hungría, Lituania y Letonia; arts. 45 y 59 con la República Checa, la República Eslovaca, Bulgaria, Rumanía y Eslovenia; arts. 43 y 53 del Acuerdo con Estonia.

<sup>2</sup> Según el *Annuaire Eurostat 2000* aproximadamente el 50% de los inmigrantes de la UE provienen de los PECO y de la antigua Unión Soviética. Además, no parece que dicha presión migratoria va a remitir dado que la tasa de desempleo en estos países ronda el 20% de su población activa, superando el 30% en Polonia, Bulgaria y Eslovaquia (*Statiscal Yearbook on candidate and South-East Countries 2001*).

<sup>3</sup> En cuanto a esta interrelación del Derecho comunitario y nuestra legislación de extranjería, *vid.* M. MOYA ESCUDERO, *Comentario sistemático a la ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001, pp. 22 y ss.

Acuerdos Europeos<sup>4</sup>. En particular, este Alto Tribunal, se pronunció este mismo día en tres ocasiones sobre la misma controversia: el efecto directo del derecho de establecimiento, y en concreto sus implicaciones sobre la entrada y residencia para los ciudadanos procedentes de la Europa del Este. La sentencia que nos ocupa es algo posterior en el tiempo, exactamente de 20 de noviembre de 2001; no obstante hemos preferido su comentario ya que al tiempo que recoge la jurisprudencia anterior atiende a otros extremos de interés tales como la propia noción de «actividad económica independiente» o la potestad de los Estados a efecto de evitar la aplicación del Derecho comunitario al amparo de «la excepción de orden público».

## II. EL LITIGIO PRINCIPAL

La problemática referida se ha suscitado en el marco de un litigio entre dos nacionales polacas, Sras. Jany y Szepietowska, y cuatro nacionales checas, Sras. Padevetova, Zacialova, Hrubcinova y Überlackerova, y el *Staatssecretaris van Justitie* (Secretario de Justicia neerlandés). Estas nacionales procedentes de la Europa del Este han fijado su residencia en los Países Bajos en fechas distintas, entre mayo de 1993 y octubre de 1996, conforme a la ley de extranjería y trabajando en Amsterdam como «prostitutas de escapatate». Tras habérseles denegado por el Jefe de Policía de Amsterdam-Amstelland su solicitud de permiso de residencia, las demandantes alegan respectivamente el efecto directo del art. 44 del Acuerdo con Polonia y del art. 45 del Acuerdo con la República Checa, y sobre la base de este precepto un *derecho de entrada y residencia* en los Países Bajos en tanto que trabajadoras independientes, así como un *derecho de trato no menos favorable* que aquél que es reservado a los propios nacionales holandeses. Por considerar, en estas circunstancias, que la solución del litigio requería una interpretación de los mencionados Acuerdos de asociación, el *Arrondissementsrechtbank te's-Gravenhage* decidió suspender el procedimiento y plantear al TJCE las cuestiones prejudiciales siguientes:

<sup>4</sup> Vid. las sentencias de 27 de septiembre de 2001, *Gloszczuk* (C-63/99), sobre el Acuerdo de asociación CE-Polonia, *Kondova* (C- 235/99), sobre el Acuerdo de asociación CE-Bulgaria y *Barkoci y Malik* (C-257/99) sobre el Acuerdo de asociación CE-República Checa, aún no publicadas en el Repertorio se encuentran disponibles en <http://curia.eu.int>.

a) ¿Pueden los nacionales polacos y checos *invocar directamente los Acuerdos Europeos*, con el fin de hacer valer un derecho de entrada y residencia derivado de la libertad de establecimiento reconocida en tales Acuerdos?

b) Por su parte, ¿pueden los Estados miembros alegar el *art. 58 del Acuerdo con Polonia y el art. 59 del Acuerdo con la República Checa* a fin de supeditar tal derecho de acceso y de residencia a condiciones fijadas por su propia legislación de extranjería?

c) ¿Permiten los arts. 44 del Acuerdo con Polonia y 45 del Acuerdo con la República Checa *excluir determinadas actividades económicas*, por razones de moralidad, ya que la prostitución está prohibida en la mayoría de los países asociados y entraña problemas difíciles de controlar?

d) ¿Comparten un mismo significado y alcance, por una parte, el derecho de establecimiento reconocido a los ciudadanos europeos en el *art. 43 CE* y, por otra, en los mencionados arts. 44 del Acuerdo con Polonia y 45 del Acuerdo con la República Checa?

### 3. EL ENCUADRE JURÍDICO: LOS ACUERDOS EUROPEOS

Tras el desmantelamiento del antiguo bloque soviético, los países de la Europa Central y Oriental —los denominados PECO— no tardaron en iniciar relaciones con la Comunidad. En un breve período de tiempo empezaron a negociar una serie de Acuerdos de asociación que pronto pasarían a ser denominados en los distintos foros como «Acuerdos Europeos»<sup>5</sup>. Con la meta fijada en la adhesión a la Unión Europea, se consideró como primer objetivo el establecimiento progresivo de una zona de libre cambio así como de una armonización de las legislaciones, todo ello a través de un diálogo político y de una asistencia técnica y financiera (art. 1, apdo. 2 de los distintos Acuerdos Europeos).

Los primeros Acuerdos Europeos se firmaron el 16 de diciembre de 1992 con el denominado «Grupo Visegrad»<sup>6</sup>, formado por Hungría, Polo-

<sup>5</sup> Tal como ha destacado el Abogado General S. ALBER, en sus conclusiones al citado asunto *Gloszczuk*, «*La notion d'accord européen tient compte de la circonstance que ces États appartiennent politiquement à l'Europe et qu'ils visent à adhérer ultérieurement à l'Union Européenne*» (apdo. 34), <http://curia.eu.int>.

<sup>6</sup> El llamado «Grupo Visegrad» tiene su origen en una reunión que tuvieron los países de Hungría, Polonia y Checoslovaquia en la ciudad húngara de Visegrad con

nia y Checoslovaquia. Como consecuencia de la división de este último país, la Comunidad, en junio de 1993, firmaría dos Acuerdos independientes con la República Checa, por una parte, y con la República Eslovaca, por otra. Ese mismo año se firmarían Acuerdos Europeos con Rumanía, el 2 de febrero, y con Bulgaria, el 8 de marzo, y con posterioridad, el 12 de junio de 1995, con las Repúblicas bálticas de Estonia, Letonia y Lituania, siendo el último de los Acuerdos Europeos firmado, el 10 de junio de 1996, entre las Comunidades Europeas y la República de Eslovenia.

En este contexto esbozado, en los Acuerdos Europeos no podían faltar asimismo varios capítulos bajo la rúbrica genérica de «circulación de trabajadores, derecho de establecimiento, servicios» (Título IV). En cuanto a la libre circulación de trabajadores asalariados, el sentido de los Acuerdos Europeos es claro ya que pese al tenor del citado Título estos nacionales procedentes de los PECO no tienen prácticamente posibilidad alguna de «circulación»<sup>7</sup>. En efecto, tal como ha constatado recientemente el TJCE en el asunto *Meyer*, de 29 de enero de 2002<sup>8</sup>, la posición jurídica de estos ciudadanos —polacos, húngaros, checos, eslovacos, rumanos, búlgaros, eslovenos, estonios, letones y lituanos— se materializa en cuanto al ejercicio de una *actividad económica asalariada* en el beneficio de un tratamiento nacional en materia de condiciones de trabajo, remuneración o despido, así como en una cierta armonización en el sector de la seguridad social<sup>9</sup>. La cuestión es distinta cuando se trata del ejercicio de *acti-*

---

el objeto de llegar a un acuerdo en cuanto a la creación de un espacio comercial en Europa central. Este «Grupo Visegrad» continuó sus negociaciones que desembocaron en la firma, el 21 de diciembre de 1992, en Cracovia de un acuerdo de libre cambio denominado *Central European Free Trade Agreement* (CEFTA).

<sup>7</sup> Pese a que la libre circulación de trabajadores asalariados no se contempla en la actualidad como una facultad real en estos Acuerdos Europeos, sí en cambio se reconoce una circulación temporal de personas físicas que presten un servicio o que estén contratadas por quien los preste como personal básico. *Vid. ad exemplum* art. 55 del Acuerdo con Polonia y art. 56 del Acuerdo con la República Checa.

<sup>8</sup> Asunto C-162/00, véase sobre este particular, apdos. 30, 40 y 41, <http://curia.eu.int>.

<sup>9</sup> Ha de advertirse que este sentido restrictivo atribuido a la «libre circulación de trabajadores», que se aleja ampliamente de la existente en el Mercado interior y, por ende, reconocida a los nacionales comunitarios, es la consagrada básicamente en los restantes Acuerdos firmados con terceros países, tales como el Acuerdo de Asociación con Turquía o los Acuerdos de Cooperación con el Magreb, así como los actuales Acuerdos Euromediterráneos. Para un estudio detallado sobre la cuestión, C. RUMPF, «La libre circulation des travailleurs turcs et l'association entre la

*vidades económicas por cuenta propia* ya que, a diferencia de otros Acuerdos de cooperación y asociación firmados entre la Comunidad Europea y terceros países<sup>10</sup>, los Acuerdos Europeos hacen referencia de una manera expresa y detallada a su ejercicio tanto si se trata del derecho de establecimiento como de la libre prestación de servicios. Pese al aludido detalle por parte de tales Acuerdos, aparecieron desde el inicio ciertas dudas en cuanto a la aplicabilidad directa y al alcance material de tales prerrogativas, extremos que el TJCE se ha encargado de concretar en la resolución que nos ocupa.

#### IV. SOBRE EL EFECTO DIRECTO DE LOS ARTÍCULOS 44 DEL ACUERDO CE/POLONIA Y 45 DEL ACUERDO CE/REPÚBLICA CHECA

La problemática básica que subyace en el asunto *Jany e.a.* es determinar si estas ciudadanas checas y polacas se benefician, en tanto en cuanto trabajadoras independientes que ejercen como «prostitutas de escaparate», de un derecho de entrada y de residencia en el territorio de los Países Bajos, y por extensión en todos los Estados miembros derivado de una libertad de establecimiento reconocida en cada uno de los Acuerdos Europeos. Para ello, es preciso determinar, en primer lugar, si estas disposiciones tienen la virtualidad de hacer nacer en la esfera jurídica de los particulares derechos invocables ante las jurisdicciones estatales, es decir gozan de *efecto directo*. Y en segundo lugar, en caso afirmativo si los Estados miembros tienen potestad para establecer limitaciones a la entra-

---

Communauté européenne et la Turquie; De *Demirel à Kus* en passant par *Sevince*», *Actualités du Droit*, 1994, pp. 265-285; M. P. LAFRANCHI, *Droit communautaire et travailleurs migrants des États tiers -Entrée et Circulation dans la Communauté Européenne*, Economica, Paris, 1994, en especial la sección 4 titulada «*les accords de coopération et développement n'étendent pas les champ d'application et de la libre circulation des travailleurs*».

<sup>10</sup> Me estoy refiriendo a las escasas alusiones habidas, por una parte, en los arts. 13 y 14 del Acuerdo de asociación con Turquía y, por otra, a la falta de mención expresa en los Acuerdos de cooperación con el Magreb. No obstante, con los Acuerdos Euromediterráneos firmados con Túnez y Marruecos la situación es algo diversa dado que su Título III dedica dos preceptos al ejercicio de actividades económicas no asalariadas. *Vid.* I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Universidad de Córdoba, 2001, pp. 267-273.

da, residencia y establecimiento de tales nacionales procedentes de terceros países.

En cuanto al efecto directo de una disposición incluida en un acuerdo celebrado por la Comunidad con un país tercero, es jurisprudencia reiterada del TJCE desde el asunto *Pabst & Richarz*, de 29 de febrero de 1982, que el precepto en cuestión «*debe considerarse directamente aplicable cuando contiene, a la vista de su tenor, de su objeto, así como por la naturaleza del acuerdo, una obligación clara y precisa, cuya ejecución y cuyos efectos no se subordinen a la adopción de acto ulterior alguno*»<sup>11</sup>. Para comprobar que el art. 44.3º del Acuerdo CE/Polonia y el art. 45.3º del Acuerdo CE/República Checa cumplen estos criterios habrá que examinar en primer lugar su tenor literal y, a continuación, el contexto donde se ubican. Ciertamente, mediante estos preceptos se compele a los Estado miembros a «conceder un trato no menos favorable que el que conceda a sus propias sociedades y nacionales para su establecimiento y el desarrollo de sus actividades». Tal como afirma el Abogado General PH. LÉGER en sus Conclusiones al caso, ambos artículos incluyen una obligación descrita «en términos desprovistos de ambigüedad cuyos contornos están perfectamente delimitados»<sup>12</sup>. En efecto, el principio de igualdad de trato incluido en tales preceptos impone una obligación de resultado precisa y, por tanto, los nacionales polacos y checos, y en su extensión el resto de nacionales cuyos Estados han suscrito Acuerdos Europeos, pueden invocarlo ante un órgano jurisdiccional nacional cuando crean que sufren cualquier violación o menoscabo en su disfrute<sup>13</sup>. Así las cosas, en relación

<sup>11</sup> En concreto, el TJCE se pronunció con carácter prejudicial sobre el efecto directo de una disposición del Acuerdo con Atenas de 1961 (asunto 17/81, *Pabst & Richarz KG*, Rec. 1982, p. 1331). Sobre este parecer, pueden consultarse asimismo las sentencias de 30 de septiembre de 1987, *Demirel* (asunto 12/86, Rec. 1986, p. 3719, apdo. 14), de 20 de septiembre de 1990, *Sevince* (asunto 192/89, Rec. 1989, p. 3461, apdo. 15), de 16 de junio de 1998, *Racke* (asunto 162/96, Rec. 1996, p. 3655, apdo. 31), de 2 de marzo de 1999, *El-Yassini* (asunto 416/96, Rec. 1999, p. 1209, apdo. 13).

<sup>12</sup> Vid. Conclusiones del Abogado General presentadas el 8 de mayo de 2001, p. 8. Con anterioridad a este pronunciamiento por parte del TJCE, la doctrina mayoritaria se inclinaba por tal efecto directo, vid. *inter alia*, S. PEERS, «Towards Equality: Actual and Potential Rights in the European Unión», *CML Rev.*, 1996, p. 40; A. CASTRO OLIVEIRA, «Immigrants from Third Countries under EC External Agreements: The Need for Improvement», *European Foreign Affairs Review*, Summer 1999, p. 227.

<sup>13</sup> Así se ha pronunciado el TJCE en las citadas sentencias *Gloszcuk* (apdo. 38), *Kondova* (apdo. 34) y *Barkoci y Malik* (apdo. 39).

al objeto y naturaleza de dichos Acuerdos, el hecho de que éstos se dirijan esencialmente a favorecer el desarrollo económico de los Países de la Europa Central y Oriental no es óbice al reconocimiento del efecto directo de estas disposiciones<sup>14</sup>.

Una vez admitido el efecto directo del precepto, la siguiente controversia se centra en determinar si el régimen relativo al establecimiento previsto en estos Acuerdos de asociación conlleva correlativamente una obligación en términos absolutos para los Estados miembros de acogida de reconocer un derecho de entrada y residencia a favor de sus beneficiarios. Cuestión ésta que nos introduce en el significado y alcance del derecho de establecimiento en el marco de estos Acuerdos Europeos y sobre la eventual aplicación a tales disposiciones de la interpretación jurisprudencial gestada en torno al art. 52 del Tratado de Roma (actual art. 43 CE).

## V. SOBRE EL SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO

Según el tenor del art. 44.4º del Acuerdo con Polonia, así como del art. 45.4º del Acuerdo con la República Checa, en su contexto ha de entenderse por establecimiento «el derecho a iniciar y proseguir actividades económicas por cuenta propia y a establecer y gestionar empresas, particularmente sociedades, que controlen efectivamente». Con ello se retoma la noción existente desde el Tratado de Roma sobre el derecho de establecimiento; no obstante, la duda surge sobre si aquél comprende el mismo alcance y, en particular, un derecho incondicional de libre movilidad para estos ciudadanos del Este semejante al que poseen desde hace décadas los nacionales de los Estados miembros. Ante tal incógnita, en las citadas sentencias, de 27 de septiembre de 2001<sup>15</sup>, el TJCE declaró que el derecho de establecimiento, tal cual se define en los Acuerdos Europeos implica que se confiere un derecho de entrada y un derecho de residencia, como corolarios de aquél, a los nacionales polacos y checos, que deseen ejercer actividades de carácter industrial, comercial y artesanal o profesiones liberales en un Estado miembro. Sin embargo, la controversia estriba en cómo casar esta prerrogativa con la siguiente disposición inser-

<sup>14</sup> Tal como es jurisprudencia del TJCE, *vid. inter alia*, sentencia de 11 de mayo de 2000, *Savas* (C-37/98, *Rec.* 1998, p.2927, apdo. 39).

<sup>15</sup> Punto segundo de las citadas sentencias *Głoszczuk, Kondova y Barkoci y Malik*.



ta en los propios Acuerdos «(...) ninguna de las disposiciones de este Acuerdo impedirá a las Partes el aplicar su propia legislación y reglamentos relativos a la entrada y estancia, trabajo, condiciones de trabajo y establecimiento de personas físicas y prestación de servicios, siempre que no las apliquen de manera que anulen o reduzcan los beneficios que correspondan a cualquiera de las Partes». De una lectura conjunta de ambos preceptos ha de llegarse a la conclusión que *tales derechos no constituyen prerrogativas absolutas*, ya que, las normas del Estado miembro de acogida relativas a la entrada, estancia y establecimiento de extranjeros pueden limitar su ejercicio. Como consecuencia, ha de afirmarse que pese a las similitudes existentes entre el art. 43 CE, aplicable a los nacionales de los Estados miembros, y los preceptos insertos en los Acuerdos Europeos el alcance de uno y otro es diferente, no pudiendo extender a estos últimos la jurisprudencia habida en torno al primero. Desde el asunto *Demirel*, de 3 de septiembre de 1987<sup>16</sup>, nacido en el marco del Acuerdo de Asociación con Turquía<sup>17</sup>, el TJCE dejó clara su posición en este sentido: «*la extensión de la interpretación de una disposición del Tratado CE a una existente en un acuerdo internacional concluido entre la CE y un país tercero, redactada en términos comparables, similares o incluso idénticos, depende necesariamente de la finalidad perseguida por cada una de dichas disposiciones en su propio marco*»<sup>18</sup>. Ciertamente, en el asunto que nos ocupa la diferencia de fines es notable. Así, el Tratado CE se dirige a la creación de un Mercado interior caracterizado por la abolición, entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (art. 3, letra c). Por su parte, los Acuerdos Europeos, tienen por objeto favorecer un desarrollo

<sup>16</sup> Sentencia de 30 de septiembre, asunto 12/86, *Demirel*, Rec. 1987, p. 3719.

<sup>17</sup> Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, de 23 de noviembre de 1970, JOCE L n.º 293, de 29 de diciembre de 1973.

<sup>18</sup> El TJCE, en realidad, se limita básicamente a trasponer a los acuerdos exteriores el método utilizado en la legislación comunitaria *stricto sensu*. No obstante, en este sentido es preciso tener presente una distinción crucial entre ambos cuerpos normativos. El Abogado general en el asunto *Demirel*, M. DARMON, ha señalado la diferencia entre las normas derivadas de las obligaciones externas de la Comunidad, por una parte, y las del Tratado de Roma, por otra, al declarar que las primeras *no gozan de la presunción de efecto directo* que la famosa sentencia *Van Gend & Loos* declara (sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, Rec. 1963, p. 1). Vid. sobre este aspecto, N. H. TAGARAS, «L'effet direct des accords internationaux de la Communauté», *Cah.dr.eur.*, 1984, pp. 15-53.

económico de los PECO con el fin de crear un contexto adecuado para la integración progresiva de éstos en la Comunidad<sup>19</sup>.

Teniendo en cuenta que el derecho de establecimiento confiere a estas nacionales polacas y checas un derecho de entrada y de estancia, si bien limitado, el siguiente paso será determinar si las normas de extranjería fijadas por el Estado miembro resultan compatibles o, por el contrario, llegan a anular o hacer prácticamente imposible el ejercicio del mencionado derecho.

## VI. LA FACULTAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS PARA SOMETER EL DERECHO DE ENTRADA Y RESIDENCIA DE LOS NACIONALES EXTRACOMUNITARIOS A SU PROPIA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA

Del análisis realizado hasta este punto se puede extraer la siguiente conclusión básica: el derecho de establecimiento incluido en los Acuerdos Europeos goza de efecto directo, si bien la libertad de circulación y acceso a los Estados miembros que éste comporta no es, a diferencia de lo que sucede en el Tratado de Roma, de carácter absoluto. Ante esta realidad, los Acuerdos Europeos se precipitan a la instauración de un sistema casuístico, en el sentido que será preceptivo analizar el caso particular a efecto de determinar si las condiciones fijadas por la legislación de extranjería de cada Estado miembro llegan o no a anular o reducir los beneficios del derecho de establecimiento reconocido en el marco de estos Acuerdos. Hasta la fecha presente, el TJCE se ha pronunciado en cuatro ocasiones distintas sobre el alcance de este derecho de establecimiento y la correlativa competencia de los Estados miembros amparada en el art. 58 de los Acuerdos Europeos. De un análisis de tales resoluciones es posible ir elaborando un catálogo, que se irá completando con cada nueva

<sup>19</sup> En todos los preámbulos de los distintos Acuerdos Europeos aparece la siguiente fórmula «RECONOCIENDO el hecho de que el objetivo final es llegar a ser miembro de la Comunidad, y que la presente asociación, en opinión de las Partes, contribuirá a alcanzar este objetivo». En este mismo sentido se reitera el artículo primero en su párrafo segundo de los citados Acuerdos. Para profundizar sobre este objeto, *vid.* M. MARESCEAU, «Les Accords européens: analyse générales», *RMC*, n.º 369, juin 1993, pp. 507-515; A. TOLEDANO LAREDO, «L'Union Européenne, L'Exunion soviétique et les pays de l'Europe Centrale et Orientales: un aperçu de leurs accords», *Cah.dr.eur.*, n.º 5-6, 1994, pp. 543-562.

interpretación jurisprudencial, de aquellas condiciones exigidas para la entrada de los nacionales procedentes de los PECO compatibles con el ejercicio de un derecho de establecimiento reconocido en estos Acuerdos suscritos con la CE.

En primer lugar, en el asunto *Barkoci y Malik*<sup>20</sup> se consideró que no anulaba el derecho reconocido en los Acuerdos Europeos un *sistema de control previo de la naturaleza exacta de la actividad* que se propone ejercer el solicitante. Mediante éste el Estado miembro de acogida supedita la expedición de un permiso de entrada a la comprobación por las autoridades competentes en materia de inmigración de que el solicitante se propone realmente ejercer en ese Estado exclusivamente una actividad por cuenta propia, sin ejercer simultáneamente un trabajo por cuenta ajena ni recurrir a fondos públicos, y que dispone desde un primer momento de recursos económicos suficientes y tiene posibilidades razonables de conseguir sus objetivos.

En segundo lugar, en los asuntos *Gloszczuk y Kondova*<sup>21</sup> se concretó asimismo que las autoridades competentes del Estado de acogida pueden denegar una solicitud presentada al amparo del derecho de establecimiento por el hecho de que, al presentar ésta, *el nacional residía ilegalmente en el territorio de ese Estado* a consecuencia de falsas declaraciones emitidas ante dichas autoridades con el fin de obtener un permiso de entrada inicial por otro concepto. Por consiguiente, se puede considerar, tal cual ha concretado el TJCE en el asunto *Kondova*, que un ciudadano de la Europa del Este que «burla los controles pertinentes de las autoridades nacionales se sitúa fuera de la esfera de protección que se le reconoce con arreglo al Acuerdo de asociación» (apdo. 80). Así pues y sobre la base de esta ilegalidad, se podría exigir que este nacional presente *una nueva solicitud formal de establecimiento* basada en dicho Acuerdo desde su propio Estado de origen<sup>22</sup>.

En tercer lugar, la jurisprudencia comunitaria ha dejado en manos de la soberanía estatal *la facultad de expulsar a estos nacionales procedentes de los PECO del territorio nacional o prohibirles acceder a él por razones de orden público*. Tal como ha concretado el TJCE en el asunto *Kondova*, el hecho de que tales medidas no puedan llevarse a cabo contra los

<sup>20</sup> Apdo. 70 del asunto *Barkoci y Malik*. Vid. asimismo apdos. 56 del asunto *Gloszczuk*, 61 del asunto *Kondova* y 29 del asunto *Jany e.a.*

<sup>21</sup> Apdos. 66 y ss. del asunto *Gloszczuk* y apdos. 71 y ss. del asunto *Kondova*.

<sup>22</sup> Apdo. 82 del asunto *Gloszczuk* y apdo. 87 asunto *Kondova*.

propios nacionales por parte del Estado de acogida no atenta contra el principio de igualdad de trato consagrado en los Acuerdos Europeos (apdo. 83). Deriva de un principio clásico de Derecho internacional que ningún Estado tiene facultad para expulsar o negar la entrada al territorio a sus propios nacionales. Si bien, tal como ha sido confirmado desde la sentencia *Van Duyn*, de 4 de diciembre de 1974, los Estados miembros, observando una serie de condiciones<sup>23</sup>, podrían adoptar tales medidas con respecto a nacionales tanto comunitarios como procedentes de terceros países<sup>24</sup>.

A la luz de las facultades reconocidas a los Estados miembros se confirma de nuevo que los Acuerdos Europeos consagran un derecho de establecimiento muy limitado en cuanto a su alcance y aplicación práctica. Justamente, éste cuenta con un importante límite: la obtención con anterioridad a su salida hacia el Estado miembro de acogida de un *permiso de entrada previo* cuya expedición estará sujeta a la comprobación de la naturaleza exacta de la actividad así como de la tenencia de los medios suficientes para el desarrollo de la misma.

#### VII. SOBRE LA NOCIÓN DE «ACTIVIDAD ECONÓMICA POR CUENTA PROPIA», Y EN PARTICULAR, LA INCLUSIÓN DE LA PROSTITUCIÓN EN DICHA CATEGORÍA

La tercera cuestión prejudicial que se plantea en el asunto *Jany y otras* es esbozada por el órgano jurisdiccional remitente de la siguiente manera: ¿Permiten los artículos 44 del Acuerdo con Polonia y 45 del Acuerdo con la República Checa que la prostitución no se incluya entre las actividades económicas por cuenta propia, porque ésta se encuentra excluida de los Acuerdos Europeos, por razones de moralidad, ya que la prostitución

<sup>23</sup> A lo largo de su interpretación jurisprudencial el TJCE ha fijado unas pautas a tal competencia estatal: a) la excepción ha de entenderse en un sentido restrictivo, en tanto que supone una excepción a una libertad reconocida por el Derecho comunitario (sentencia de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, C- 41/74, *Rec.* 1974, p.1337, apdo. 22); b) la medida nacional debe de descansar sobre un comportamiento de un individuo, y no por la pertenencia a un grupo (sentencia de 26 de febrero de 1975, *Bonsignore*, C-67/74, *Rec.* 1975, p. 297); c) el comportamiento de la persona debe constituir una amenaza real y suficientemente grave para el orden público (sentencia de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, C-36/75, *Rec.* 1975, p.1219)

<sup>24</sup> *Vid.* asunto citado *Van Duyn*, apdo. 22 y sentencia de 16 de julio de 1998, *Pereira Roque*, C-171/96, *Rec.* 4607, apdo. 37.

está prohibida en (la mayoría de) los países asociados y entraña problemas difíciles de controlar?

Para dar respuesta a la controversia suscitada, estimo ha de atenderse fundamentalmente a dos premisas, en primer lugar, a la noción misma de «actividad económica por cuenta propia» y, a continuación, a la posibilidad de los Estados miembros de alegar la excepción de orden público a efectos de eludir la aplicación en su caso de los Acuerdos Europeos a aquellas personas cuya actividad económica sea la prostitución.

A diferencia del Tratado CE cuyo art. 43 utiliza el término «actividades no asalariadas», los Acuerdos Europeos optan por la noción de «actividad económica por cuenta propia». Pese a la distinción conceptual ambos se refieren a actividades económicas ejercidas por una persona sin ningún tipo de relación de subordinación por lo que respecta a las condiciones de trabajo y de retribución y bajo su propia responsabilidad<sup>25</sup>. Sobre la base de esta definición, se plantea el órgano jurisdiccional si la prostitución puede considerarse como actividad económica independiente y, por tanto, las demandantes podrían acogerse a los arts. 44 y 45 de los Acuerdos con Polonia y la República Checa respectivamente. Los mencionados artículos definen tales actividades como «aquellas de carácter industrial, comercial y artesanal, así como las profesiones liberales». No obstante, con excepción de las versiones española y francesa, todas las versiones lingüísticas de estas disposiciones añaden a la definición reproducida en el apartado anterior términos que significan «en particular», «principalmente» o «especialmente», lo que expresa la intención inequívoca de las Partes contratantes de no limitar exclusivamente a las actividades expresamente enumeradas el concepto de «actividades económicas»<sup>26</sup>. En efecto, no se encuentra en tales Acuerdos ningún indicio que permita suponer que sus Partes hayan tenido la intención de limitar a una o varias categorías de actividades por cuenta propia la libertad de estableci-

<sup>25</sup> Vid. la sentencia de 27 de junio de 1996, *Asscher*, C-107/94, *Rec.* 1996, p. 3089, apdos. 25 y 26.

<sup>26</sup> Según jurisprudencia reiterada, una sola versión lingüística de un texto plurilingüe de Derecho comunitario no puede prevalecer frente a todas las demás versiones, que en la aplicación uniforme de las normas comunitarias exige que éstas sean interpretadas en función tanto de la voluntad real de su autor como del objetivo perseguido por este último, teniendo en cuenta, entre otras cosas, las versiones redactadas en todas las lenguas (*vid.* sentencias de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, C-29/69, *Rec.* 1969, p. 419, apdo. 3, y de 17 de julio de 1997, *Ferriere Nord/Commission*, C-219/95, *Rec.* 1997, p. 4411, apdo. 15).

miento que confieren a los nacionales polacos y checos. Sobre la inexistencia de tal *numerus clausus*, el TJCE ha considerado que la prostitución se trata de una actividad por la que el prestador satisface, con carácter oneroso, una demanda del beneficiario sin producir o ceder bienes materiales. Así pues, concluye el Alto Tribunal: «la prostitución constituye una prestación de servicios remunerada que está comprendida en el concepto de actividades económicas» (apdo. 49).

No obstante, a efecto de beneficiarse del aludido derecho de establecimiento, no sólo será necesario que se trate de una actividad económica sino que habrá que demostrar asimismo que ésta es ejercida de manera independiente. En concreto, el órgano jurisdiccional remitente planteaba si la prostitución podía considerarse una actividad económica ejercida por cuenta propia habida cuenta de su carácter ilegal, por razones de moralidad pública y fundamentalmente debido a que es difícil controlar si las personas que la ejercen disponen de libertad para actuar. Tal como destacó la Comisión en cuanto a la ilegalidad de la prostitución, en la mayoría de los Estados miembros ésta no se encuentra prohibida en cuanto tal<sup>27</sup> y las prohibiciones se refieren más bien a determinados fenómenos que la rodean, como el tráfico de mujeres, la prostitución de menores o el proxenetismo. Por lo que respecta a la alegación relativa a la existencia de una relación laboral por cuenta ajena encubierta, los mencionados arts. 58 del Acuerdo CE/Polonia y 59 del Acuerdo CE/República Checa permiten al Estado miembro de acogida controlar si las prostitutas que desean establecerse en su territorio son verdaderamente trabajadoras por cuenta propia y si siguen siéndolo tras su entrada en dicho territorio. En cuanto a la inmoralidad de la actividad de la prostitución, tal como ha destacado el Abogado General en sus Conclusiones a este caso, si ésta puede ejercerse de manera lícita en su territorio, no pueden alegarse consideraciones como la moral a efecto de inspirar la calificación jurídica que ha de aplicarse a la actividad en cuestión<sup>28</sup>.

Atendiendo a tales razones, el TJCE ha concluido que ha de corresponder al juez nacional comprobar en cada caso si se reúnen las condi-

<sup>27</sup> En diez Estados miembros de la Comunidad, al menos, el ejercicio individual de la prostitución no constituye infracción (Bélgica, Dinamarca, Alemania, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Suecia, Reino Unido), *Le régime juridique de la prostitution féminine*, Les documents de travail du Sénat, série: Législation comparée, n.º LC 79, 11 octobre 2000, Paris.

<sup>28</sup> Conclusiones del Abogado General PH. LÉGER, presentadas al asunto *Jany e.a.*, el 8 de mayo de 2001, <http://curia.eu.int>.

ciones que permiten considerar que la prostitución se ejerce de manera independiente, a saber: sin que exista ningún vínculo de subordinación; bajo responsabilidad propia, y a cambio de una remuneración que se paga íntegra y directamente a quien la ejerce (apdo.70).

### VIII. SOBRE LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO

Los arts. 53 del Acuerdo CE/Polonia y 54 del Acuerdo CE/República Checa, permiten al Estado miembro de acogida establecer excepciones a lo dispuesto en tales Acuerdos en cuanto al derecho de establecimiento, en particular por motivos de orden público, seguridad o salud públicas.

Se está ante una excepción importante, prevista asimismo por el Tratado CE y por el Derecho derivado que afecta tanto a la libertad de movimiento como al ejercicio de actividades económicas de los ciudadanos comunitarios<sup>29</sup>. En este sentido, constituye el orden público una medida que puede incluso devenir discriminatoria ya que sólo podrá ser llevada a cabo frente a un extranjero, así la prohibición de entrada o la expulsión del territorio nacional. Las nociones de «orden público, seguridad pública y salud pública» se encuentran bajo la apreciación de cada autoridad nacional ya que, como es jurisprudencia reiterada, el Derecho comunitario no impone a cada Estado «un elenco uniforme de valores» para la apreciación de aquellos comportamientos que pueden considerarse contrarios a su orden público<sup>30</sup>. Asimismo, el Tratado de Amsterdam reconoce expresamente en su Título IV relativo a «visados, asilo, inmigración y otras cuestiones relacionadas con la libre circulación de personas» que el mantenimiento del orden público es una responsabilidad propia de los Estados miembros (art. 64 CE). No obstante, tal facultad no conlleva una potestad ilimitada de apreciación en manos de los Estados ya que se encuentra sometida a exigencias derivadas del propio Derecho comunitario y al control de las Instituciones de la Comunidad<sup>31</sup>. Desde el asunto *Adoui y Cor-*

<sup>29</sup> *Ad exemplum*, en cuanto a los trabajadores asalariados (art. 39.3° CE), al ejercicio de actividades económicas independientes (art. 46.1° CE) y a la libre circulación de personas en general (art. 18.1° CE).

<sup>30</sup> *Vid. inter alia*, sentencias del TJCE, de 18 de mayo de 1982, *Adoui y Cornuaille*, asuntos acumulados 115/81 y 116/81, *Rec.* 1982, p. 1665 y el citado asunto *Van Duyn*.

<sup>31</sup> En este sentido, F. HUBEAU, «L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire», *Cah.dr.eur.*, 1981, pp. 219 y ss.; WOOL-

*nuaille*, de 18 de mayo de 1982<sup>32</sup>, el TJCE ha insistido que a efecto de que una autoridad nacional pueda establecer una excepción de orden público es necesario que exista «una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad». Además, insiste el Alto Tribunal que «no cabe considerar que un comportamiento es lo suficientemente grave como para justificar la imposición de restricciones a la entrada o la estancia en el territorio de un Estado miembro de un extranjero si, cuando el mismo comportamiento proviene de sus propios nacionales, el primer Estado no adopta medidas represivas u otro tipo de medidas reales y efectivas destinadas a combatir este comportamiento»<sup>33</sup>. Por consiguiente, los comportamientos que un Estado miembro acepta cuando se trata de sus propios nacionales no pueden considerarse una verdadera amenaza para el orden público prevista en los arts. 53 y 54 de dichos Acuerdos. Si trasladamos esta teoría al caso que nos ocupa, la interposición de la excepción de orden público está supeditada, por lo que respecta a los nacionales polacos y checos que deseen ejercer una actividad de prostitución en el territorio del Estado miembro de acogida, a la condición de que dicho Estado haya adoptado medidas efectivas para controlar y reprimir igualmente las actividades de este tipo ejercidas por sus propios nacionales; situación inexistente en la actualidad ya que, tal como se ha mencionado anteriormente, en la mayoría de los Estados miembros el ejercicio individual de la prostitución no constituye infracción alguna. En concreto en el país que dio lugar al litigio, los Países Bajos, la prostitución de escarparte como en la calle están autorizadas y son objeto de una normativa municipal en dicho Estado.

---

DRIDGE, «The Limitation Based on Public Policy and Public Security», *ELR*, 1977, pp. 206 y ss. *Vid.* asimismo nota n.º 23 de este trabajo.

<sup>32</sup> En efecto, en un inicio la postura del TJCE fue distinta. *Ad exemplum* en el citado asunto *Van Duyn* se justificó la posibilidad de que un Estado miembro negase la entrada a un nacional de otro Estado miembro para trabajar en una entidad a la que se consideraba un peligro social, no estando prohibida ésta para los propios nacionales. Con ello se llegaba al resultado de poder apreciar las medidas de orden público con distinto criterio según se aplicasen a los propios nacionales o a extranjeros.

<sup>33</sup> Las cursivas son mías, *idem*, apdo. 8.



## IX. REFLEXIÓN FINAL

El presente asunto *Jany e.a.*, de 20 de noviembre de 2001, centra básicamente su controversia en dos cuestiones que son resueltas por el TJCE de la siguiente manera.

En primer lugar y retomando la jurisprudencia habida en los citados asuntos *Gloszczuk*, *Kondova*, *Barkoci* y *Malik*, de 27 de septiembre de 2001, este Tribunal concluye que los arts. 44 del Acuerdo CE/Polonia y 45 del Acuerdo CE/República Checa gozan de *efecto directo* de manera que pueden ser invocados por los interesados ante las jurisdicciones nacionales. No obstante, tales preceptos en conjunción con los arts. 58 y 59 de los respectivos Acuerdos, han de interpretarse en el sentido de que el derecho de establecimiento que ellos instituyen *no comprende la obligación para los Estados miembros de conceder un derecho absoluto de entrada y residencia* a sus territorios y, por tanto, éstos pueden aplicar sus propias normas de extranjería.

En segundo término, el TJCE ha considerado que *la prostitución en tanto que servicio prestado a cambio de una remuneración debe considerarse como «actividad económica»* no interfiriendo en este carácter argumentos tales como la ilegalidad o moralidad de la actividad, resultando asimismo impracticable la excepción de orden público a efecto de evitar tal reconocimiento. Además, este Alto Tribunal estima que tal actividad puede ejercerse de manera independiente correspondiendo al juez nacional comprobar que ésta se realice a cambio de una remuneración que sea íntegra y directamente recibida por la interesada y sin que las modalidades de su actividad sean dictadas por tercera persona.

A la luz de tales conclusiones, de la argumentación utilizada por el Tribunal y sin obviar el marco jurídico y político de referencia, el asunto *Jany e.a.* nos aboca a una serie de reflexiones encadenadas.

En primer lugar, con la presente resolución se produce una ruptura con la reciente jurisprudencia anterior si bien ésta tiene la virtualidad de resultar respetuosa con la argumentación precedente. En los asuntos, *Kondova*, *Gloszczuk* y *Barkoci* y *Malik*, el TJCE niega en todos ellos cualquier posibilidad de permanencia en el territorio de los Estados miembros a estos ciudadanos procedentes de la Europa Central y Oriental; con el presente asunto *Jany e.a.*, el mismo Tribunal rompe con aquel elenco de sentencias denegatorias y admitirá que, bajo ciertas condiciones y límites, el de-

recho de establecimiento es una prerrogativa real en la esfera jurídica de sus beneficiarios. Como consecuencia de tal reconocimiento, los Acuerdos Europeos dan paso a una nueva categoría de extranjeros privilegiados frente a la Unión Europea que los distingue de aquellos que les es aplicable el régimen general. En efecto, existe en el orden comunitario europeo una multitud de estatutos jurídicos, teniendo en cuenta pautas de ordenación tales como la legalidad de su situación, su procedencia, su relación familiar o como en el caso que nos ocupa, la normativa que le es aplicable<sup>34</sup>. Por último, pese al avance operado no se puede obviar que estamos ante un derecho de establecimiento limitado, impreciso en muchos de sus aspectos y en nada comparable al que disfrutaban los ciudadanos comunitarios. Ciertamente, reconocer un derecho de esta índole a nacionales de terceros países sobre la base del Derecho comunitario y, al mismo tiempo, mantener toda entrada y residencia bajo la competencia estatal da lugar a situaciones de difícil solución. Desde mi parecer, dada la proximidad de la adhesión de estos países a la Unión deberían haberse articulado fórmulas concretas en cuanto a las posibilidades de entrada y residencia de estos nacionales procedentes de los PECO que desean ejercer una actividad económica independiente en el territorio de los Estados miembros. Sin duda, la solución sino sencilla sí cada vez se encuentra más próxima dada la traslación paulatina de poderes a la Comunidad en materia de entrada y circulación que nos aboca a una futura política migratoria común<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Para profundizar sobre los diferentes estatutos de extranjería en la Unión, *vid.* I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, *cit.*, pp. 49-54.

<sup>35</sup> En este sentido, el mayor hito lo ha supuesto el Tratado de Amsterdam ya que mediante su nuevo Título IV denominado «visado, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas» comunitariza importantes ámbitos relativos a la situación de los nacionales de terceros países en la Unión Europea. Reconocidas las competencias comunitarias en este sentido, el Consejo Europeo de Tampere en octubre de 1999 y, más recientemente los Consejos Europeos de Laeken de los días 14 y 15 de diciembre de 2001 y de Sevilla, de 21 y 22 de junio de 2002, suponen un importante impulso para el establecimiento de una política común en materia migratoria. *Vid.* respectivamente, *Bol. UE*, n.º 10, 1999 y *Bol. UE*, n.º 12, 2001.