

**LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES RECONOCIDAS POR LA U.E.
ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA GEBHARD**

Por Dña. GABRIELA ISABEL ALVAREZ-PALACIOS ARRIGHI
Área de Derecho Administrativo
Universidad de Extremadura

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LAS LIBERTADES COMUNITARIAS
 - A) LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES
 - B) LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS
 - C) LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES. EL CASO BOSMAN
 - D) LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS
 - E) EL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO
- III. EL ASUNTO GEBHARD
 - A) HECHOS Y CUESTIONES PREJUDICIALES SOMETIDAS AL T.J.C.E.
 - B) ANÁLISIS DE LA SENTENCIA
 - a') **Delimitación entre la libre prestación de servicios y el derecho de establecimiento**
 - b') **Posibilidad del prestador de servicios de proveerse de la infraestructura necesaria**
 - c') **Normativa aplicable a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios: límites a las restricciones nacionales**
 - C) INCIDENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de las libertades comunitarias es un tema que ha sido objeto de numerosos trabajos, así como de gran cantidad de normativa tanto comunitaria como nacional y que, a su vez, ha dado lugar a gran e importante jurisprudencia por parte del Tribunal de Luxemburgo.

Sin embargo, es una cuestión que aún hoy se encuentra en fase de desarrollo, aunque quizás pueda decirse que más cercana a su consolidación definitiva, pero lo cierto es que, incluso en las actuales sentencias del T.J., encontramos que la doctrina por él sentada sigue innovando la materia y perfilando cada vez con mayor nitidez la frontera que separa una libertad de otra.

Dos sentencias dictadas recientemente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, muy próximas entre sí tanto en el orden temporal como en el sustancial, han producido un gran impacto en el entendimiento que, a partir de las mismas, ha de tenerse sobre la libre circulación de trabajadores y sobre la libre prestación de servicios y el derecho de establecimiento. Se trata de los asuntos Bosman y Gebhard, sobre la libre circulación de trabajadores y el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios respectivamente.

Si bien haremos una exposición de las cuatro libertades fundamentales consagradas por el Tratado de la Unión Europea con el propósito de ofrecer una visión general y esquemática del campo de actuación y la interdependencia existente entre ellas, así como su necesaria complementariedad para conseguir el Mercado Interior; centraremos el presente estudio en el análisis de la libre circulación de personas y servicios, en concreto en el asunto Gebhard, en el cual el Tribunal de Luxemburgo a la vez que ha introducido un nuevo derecho inherente a la libre prestación de servicios –la dotación de la infraestructura necesaria para llevar a cabo dicha prestación–, ha perfilado los límites entre el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios.

Las libertades fundamentales reconocidas por la U.E. a todos las personas, físicas y jurídicas, que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro, se encuentran recogidas en el art. 7A T.C.E., según el cual «el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado».

El primer párrafo de dicho artículo establece el 31 de diciembre de 1992 como fecha límite para el establecimiento del Mercado Interior; y, si bien es cierto que muchos de los objetivos previstos se han ido cumpliendo, no menos cierto es que

no todos los problemas derivados de la implantación del Mercado Común y sus reglas comunitarias han sido resueltos ni definitiva ni satisfactoriamente, y es precisamente por ello por lo que el Tribunal sigue –aún hoy– dictando importantes sentencias que nos aproximan cada vez más a un verdadero espacio interior sin fronteras ni físicas ni jurídicas.

El Título III del T.C.E., titulado «Libre circulación de personas, servicios y capitales», regula la libre circulación de trabajadores¹, el derecho de establecimiento², la libre prestación de servicios³ y la libre circulación de capitales⁴, mientras que la libre circulación de mercancías ha sido incluida entre las políticas de la Comunidad y abarca los arts. 9 a 29 del citado cuerpo normativo.

II. LAS LIBERTADES COMUNITARIAS

A) LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

El contenido de la libre circulación de mercancías y el de la libre circulación de capitales no presenta grandes problemas de delimitación respecto a la libre prestación de servicios, el derecho de establecimiento o la libre circulación de trabajadores, si bien es cierto que, como señala Grass⁵, todas las libertades fundamentales recogidas en el Tratado están estrechamente vinculadas entre sí; de modo que el objetivo perseguido por cada una de ellas no puede alcanzarse de forma completa si no va acompañada del reconocimiento y la posibilidad del efectivo ejercicio de las demás. En este sentido hay que tener en cuenta que, como señala Soriano⁶, los sectores materiales sobre los cuales ha recaído la mayor parte de la actividad normativa europea son de carácter económico y, por lo tanto, difícilmente encajables en parámetros normativos estables y aislados de otras actividades.

Concretamente, y por lo que a la libre circulación de capitales se refiere, las demás libertades reconocidas por el T.U.E. presuponen una cierta libertad de los movimientos de capitales. Piénsese, por ejemplo, que en ejercicio del derecho de establecimiento una empresa abre una sucursal en otro Estado miembro distinto de aquél en el cual tiene su sede social. En esta hipótesis difícilmente podría conseguirse el objetivo del Mercado Único si tal empresa no dispusiera también del derecho a la libre circulación de capitales y, en su caso, de la libre circulación de mercancías en el territorio comunitario.

¹ Arts. 48 a 51.

² Arts. 52 a 58.

³ Arts. 59 a 66.

⁴ Arts. 67 a 73 H.

⁵ Grass, R., «La libre circulación de capitales en la Comunidad Económica Europea», en la obra *Estudios de Derecho Comunitario Europeo*, Consejo General del Poder Judicial, 1989, págs. 395 y ss.

⁶ Soriano García, J. E., *Reglamentos y Directivas en la jurisprudencia comunitaria*, Tecnos, 1988, pág. 20.

La libre circulación de capitales se encuentra regulada en el Capítulo 4 –*Capital y Pagos*– del Título III –*Libre circulación de personas, servicios y capitales*– del Tratado de la Comunidad Europea, en los arts. 67 a 73H.

Una vez cumplida la fecha de 1 de enero de 1994 prevista en el art. 73A T.C.E., la regulación de la libre circulación de capitales y pagos queda circunscrita a los arts. 73B a 73H, el primero de los cuales prohíbe todas las restricciones a los movimientos de capitales y sobre los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.

No entraremos en los pormenores de las previsiones del T.U.E. sobre esta importante libertad dado que excedería el objeto del presente estudio⁷, sino que nos limitaremos a exponer brevemente los aspectos puntuales que caracterizan este derecho comunitario a fin de obtener una visión general del mismo que nos permita comprender su alcance y significado.

Siguiendo a Grass, hemos de diferenciar los pagos corrientes del movimiento de capitales; entendiéndolos a los primeros como los pagos relacionados con los intercambios de mercancías, de servicios y de capitales⁸, mientras que los segundos son operaciones financieras dirigidas esencialmente a la colocación o inversión del importe de que se trate sin que exista una contraprestación. Son estos últimos los que se encuentran sometidos a la normativa de los arts. 67 y siguientes T.C.E.

Es evidente que la libre circulación de capitales así definida influye notablemente en la política económica y monetaria de los Estados miembros, materia en la cual conservan éstos sus competencias hasta que se produzca –si es que se produce– la unión económica y monetaria en la Unión, tema sobre el cual hay gran disparidad de posiciones y opiniones.

Debido a tal influencia, los Estados miembros han sido muy prudentes al redactar los preceptos relativos a la libre circulación de capitales, intentando celosamente conservar sus poderes en esta materia. Producto de tal actitud de los Gobiernos nacionales es la redacción de los artículos correspondientes del T.C.E., donde claramente puede apreciarse una importante reticencia estatal a que la U.E. se inmiscuya excesivamente en la regulación de la circulación de capitales en la Comunidad. Prueba de ello es el art. 67, el cual afirma que las restricciones a los movimientos de capitales serán suprimidos *en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado común*. No se prohíbe, por tanto, todo tipo de limitación a los movimientos de capitales, sino sólo aquellas que afecten al funcionamiento del Mercado Común; por consiguiente, habrá que analizar en cada supuesto concreto si las restricciones mantenidas por los Estados obstaculizan el desarrollo del Mercado Interior o no, y sólo en el primer caso podrán considerarse contrarias al Tratado.

⁷ A mayor abundamiento ver Ortiz-Arce de la Fuente, A., *La libre circulación de capitales, la jurisprudencia comunitaria y el Ordenamiento Español*, págs. 819-847.

⁸ Los pagos corrientes estarían, por tanto, sometidos a las normas sobre la libre circulación de mercancías, el derecho de establecimiento o la libre prestación de servicios.

B) LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

La libre circulación de mercancías se encuentra regulada entre las políticas de la Comunidad, en los arts. 9 a 37 del Tratado C.E.⁹, y es caracterizada por el mismo como una *unión aduanera*, a la cual concreta estableciendo que abarcará la totalidad de los intercambios de mercancías y que implicará la prohibición, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación y exportación y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente, así como la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros países (art. 9).

Sin embargo, las citadas medidas, por sí mismas, serían insuficientes en orden a la consecución del Mercado Único y, por ello, el T.C.E. prohíbe también la existencia –entre los Estados miembros– de restricciones cuantitativas a la importación y de medidas de efecto equivalente.

En esta línea, Pérez de las Heras¹⁰ destaca la confluencia, en el Mercado Común, de una proyección interna –de libre intercambio comercial entre Estados miembros– y una externa –concretada en la instauración y aplicación de un Arancel Aduanero Común por las aduanas nacionales a las mercancías procedentes de países terceros– de la libre circulación de mercancías; la cual configura el funcionamiento de la Unión Aduanera.

En este sentido, la libre circulación de mercancías ha sido definida por Mattered¹¹ como «el conjunto de reglas que mediante la supresión de los obstáculos de cualquier naturaleza que se oponen a su realización, a través de la prevención de las nuevas restricciones que pudieran introducirse, mediante la creación de reglas armonizadas y normas comunes, tienen como objetivo la fusión de los doce (actualmente quince) mercados nacionales en un único espacio económico, en el interior del cual las mercancías comunitarias circulen libremente en condiciones análogas a las que concurren en un mercado nacional».

La libre circulación de mercancías constituye una libertad esencial en orden a la consecución de un Mercado Interior; difícilmente podría pensarse en el mismo si los Estados miembros pudieran establecer medidas destinadas a impedir el ingreso en su territorio de productos provenientes de otros Estados miembros, a proteger la producción nacional, a controlar el tráfico de mercancías en su territorio conforme a técnicas planificadoras y restrictivas de la competencia, etc.

Como sabemos, la U.E. se basa en el principio de libre competencia y no intervención de los Gobiernos en la economía; este principio no puede ser respetado sólo en el interior de cada Estado miembro, con independencia del tráfico

⁹ Como veremos más adelante, los arts. 95 a 99 T.C.E. complementan los art. 9 a 37 relativos a la libre circulación de mercancías.

¹⁰ Pérez de las Heras, B., *Las libertades económicas comunitarias. Mercancías, personas, servicios y capitales*, Universidad de Deusto, 1995, pág. 22.

¹¹ Mattered, A., *El Mercado Único Europeo, sus reglas, su funcionamiento*, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 1991, pág. 55.

interfronterizo intracomunitario, porque, en esta cuestión, la suma de los elementos no es igual al todo, sino que sumando el mercado interior de cada Estado miembro obtendríamos un mercado comunitario fraccionado por las fronteras intracomunitarias.

La normativa sobre la libre circulación de mercancías no sólo es aplicable a los productos originarios de los Estados miembros en cuanto mercancías enteramente fabricadas en la Comunidad, sino también a los productos procedentes de terceros países que se encuentren en *libre práctica* en los Estados miembros¹² y a las mercancías *transformadas* en la Comunidad, es decir, aquellas que han sufrido en un Estado miembro su última transformación o elaboración sustancial, económicamente relevante, y que ha conducido a la fabricación de un producto nuevo o que representa un grado de fabricación importante.

Veremos sintéticamente en qué consiste cada una de estas previsiones que tienden a garantizar la libre circulación de mercancías en el territorio de la U.E.

Derechos de aduana

Los derechos de aduana son toda carga pecuniaria que grava de forma unilateral y exclusiva los productos en el momento de la importación o de la exportación con motivo precisamente de ese hecho.

En este sentido, los derechos de aduana suelen tener un doble objetivo fiscal –conseguir ingresos para el Estado– y proteccionista –defender la producción nacional frente a la competencia exterior–¹³.

No cabe duda que el mantenimiento de los mismos no sólo supone un obstáculo, sino que, además, es incompatible con la idea del Mercado Interior.

Exacción de efecto equivalente a los derechos de aduana

Siguiendo a Mattera¹⁴, podemos definir las exacciones de efecto equivalente como «toda carga pecuniaria distinta de un derecho de aduana o de un tributo en el sentido del art. 95 T.C.E. unilateralmente impuesta, cualesquiera que sean su denominación, su técnica, el objetivo que persigue, el destino de los ingresos que procura y la naturaleza de los productos gravados, ya sean industriales o agrícolas; que grave las mercancías comunitarias con motivo de su paso por la frontera; independientemente del hecho de que la carga sea mínima; incluso si no se percibe en favor del Estado; aún cuando no tenga ningún efecto discrimi-

¹² Según el art. 10.1 T.C.E., «se considerarán en libre práctica en un Estado miembro los productos procedentes de terceros países respecto de los cuales se hayan cumplido, en dicho Estado miembro, las formalidades de importación y percibido los derechos de aduana y cualesquiera otras exacciones de efecto equivalente exigibles, siempre que no se hubieren beneficiado de una devolución total o parcial de los mismos».

¹³ Pérez de las Heras, B., ob. cit., pág. 35.

¹⁴ Mattera, A., ob. cit., págs. 350 y ss.

natorio o protector y no exista, en relación con el producto gravado, producción nacional competidora».

La actitud proteccionista de los mercados nacionales por parte de los Estados miembros los ha llevado a utilizar técnicas que, si bien no se incluyen dentro de los conceptos tradicionales, sirven para restringir u obstaculizar el paso por la frontera de mercancías provenientes de terceros Estados.

Ante este fenómeno, y a fin de salvaguardar la consecución del Mercado Interior, la U.E. ha ampliado la prohibición de los derechos de aduana a todo tipo de medida susceptible de producir los mismos efectos que aquellos.

Restricciones cuantitativas

Prohibidas por el art. 30 T.C.E., se refieren al establecimiento de limitaciones en la cantidad de un determinado producto cuya importación es permitida por el Estado receptor de las mismas, es decir, se trata de una limitación –real o potencial– cuantitativa a la importación de determinados productos.

En este supuesto nos encontramos ante normas restrictivas internas, no ante cargas pecuniarias que ha de soportar el importador o el exportador.

Su incidencia en la libre circulación de mercancías es evidente y no merece mayor análisis; aunque es conveniente señalar que en el art. 36 T.C.E. se autoriza el mantenimiento o la adopción de restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación en base a unas causas taxativamente enumeradas en dicho precepto.

Medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas

Quedan englobadas dentro de este concepto todas las medidas de los Estados miembros a través de las cuales intervengan en el mercado restringiendo directa o indirectamente e incluso de forma potencial, los intercambios de mercancías en el interior de la Comunidad.

Se trata de barreras que, a través de técnicas diversas y distintas a las restricciones cuantitativas, también tienen el efecto de impedir los intercambios comunitarios, las cuales, tal como pone de manifiesto Soriano¹⁵, «pueden suponer un daño mayor que una restricción puramente cuantitativa, dando lugar a repartos de mercados, falta de competencia, monopolios, etc.».

Esta previsión será utilizada para regular todas aquellas medidas que no estén previstas por otra norma comunitaria e influyan en la libre circulación de mercancías en la U.E., así como en el buen funcionamiento del Mercado Interior.

¹⁵ Soriano García, J. E., «Luces y sombras en el Tribunal de Justicia de Luxemburgo sobre las medidas de efecto equivalente», en *Perspectivas Jurídicas Actuales*, Homenaje a Alfredo Sánchez-Bella Carswell, ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, págs. 339-359.

El Arancel Aduanero Común (A.A.C.)

Como señala Mattera¹⁶, la supresión de las barreras aduaneras no podía conseguirse exclusivamente con las acciones represivas que hemos citado, sino que era necesario, también, elaborar una normativa aduanera sustitutiva o de armonización de la normativa nacional en la materia.

Las antes citadas previsiones del Tratado se refieren a los intercambios intracomunitarios; pero la U.E. efectúa también intercambios extracomunitarios con terceros países, y es precisamente para regular estos intercambios desde la perspectiva del Mercado Único para lo que surge el A.A.C., el cual desempeña un papel de capital importancia en la construcción de la normativa aduanera común.

Tanto la libre circulación de mercancías como la de capitales y pagos se encuentran estrechamente vinculadas a las libertades relativas a la circulación de servicios y personas, dado que, como hemos señalado con anterioridad, sin las primeras difícilmente podría conseguirse un ejercicio efectivo de las segundas; pero el conjunto de todas ellas es indispensable para la consecución de un Mercado Único que funcione como el mercado interior de cada uno de los Estados miembros. La implantación y el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales estaba prevista para el 1 de enero de 1992 y, aunque aún hay cuestiones por terminar de regular y concretar, lo cierto es que ya el objetivo ha sido alcanzado y las expectativas están centradas ahora en la unión económica y monetaria; unión muy debatida y criticada.

En relación con el presente estudio, es necesario tener en cuenta que la libre circulación de mercancías y la de pagos y capitales se refieren a elementos materiales, en tanto que el derecho de establecimiento, de prestación de servicios y de circulación de trabajadores regulan la libertad que tiene todo ciudadano nacional de un Estado miembro de circular libremente por el territorio de la U.E., así como de establecerse en él con carácter transitorio o permanente desarrollando una actividad por cuenta propia o por cuenta ajena, y ello en las mismas condiciones establecidas para los nacionales del Estado de acogida¹⁷ –salvo las excepciones previstas o autorizadas por el propio T.C.E.–.

C) LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES. EL CASO BOSMAN

Mayores problemas delimitativos encontramos entre la circulación de trabajadores y el derecho de establecimiento, debido a que –en relación con ciertas categorías de actividades– la distinción puede no ser todo lo nítida que sería deseable.

Según el art. 48 párrafo segundo T.C.E., la libre circulación de trabajadores supone la inexistencia de discriminaciones por razón de la nacionalidad entre los

¹⁶ Mattera, A., ob. cit., pág. 357.

¹⁷ Es lo que comúnmente se conoce como *libre circulación de personas*.

trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y demás condiciones de trabajo.

Este derecho se completa, según Dastis Quacedo¹⁸, con el derecho «a responder a ofertas efectivas de trabajo, a desplazarse con tal fin por el territorio de los Estados miembros, residir en ellos mientras se ejerce un empleo y permanecer allí después de haberlo ejercido», y ello según las condiciones fijadas por el derecho derivado.

Por su parte, el art. 53 T.C.E. establece que la libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las *actividades no asalariadas* y su ejercicio.

Del contenido de los citados preceptos se deduce que la libre circulación de trabajadores se refiere a las relaciones laborales o de dependencia, en tanto que el derecho de establecimiento –y, como veremos más adelante, la libre prestación de servicios– regulará las profesiones liberales o autónomas, es decir, caracterizadas por la independencia –o no dependencia– en el ejercicio de la actividad.

Sin embargo, la cuestión no es tan clara, y los problemas comienzan a la hora de delimitar las profesiones o actividades que se encuadran dentro de una u otra categoría, y ello dado que algunas de éstas –como la abogacía, la medicina, la arquitectura, etc.– pueden ejercerse tanto en relación de dependencia como de forma liberal.

En esta línea, y dejando al margen las hipótesis de relación funcionarial o estatutaria¹⁹, Montoya Melgar²⁰ establece dos grupos de actividades que pueden efectuar los abogados: a) aquellas realizadas por cuenta y bajo dependencia de un empresario, e insertos en la organización de éste, y b) aquellas otras actividades efectuadas a favor de una clientela en régimen de autoorganización profesional; cada una de las cuales entraría bajo el campo de regulación de una de las dos libertades en cuestión.

No entraremos en el análisis pormenorizado de las profesiones liberales²¹, baste con dejar constancia que, a efectos de determinar si a una actividad le son apli-

¹⁸ Dastis Quacedo, Alonso M.ª, «La libre circulación de trabajadores», en la obra *Estudios de Derecho Comunitario Europeo*, Consejo General del Poder Judicial, 1989, págs. 299 y ss.

¹⁹ Si bien Montoya Melgar analiza la abogacía desde el punto de vista interno, sus afirmaciones son perfectamente extrapolables al ámbito comunitario; y la trilogía que establece entre relación funcionarial o estatutaria, relación laboral y ejercicio liberal de la profesión, se corresponde con las previsiones de los arts. 55, 48 y ss., y 52 y ss. T.C.E..

Por lo que respecta a la relación funcionarial, los arts. 55 y 66 exceptúan respectivamente de las normas sobre el derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios, las *actividades que en el Estado miembro interesado estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público.*

²⁰ Montoya Melgar, A., y Cámara Botía, A., *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 9.

²¹ Ver Alvarez-Palacios Arrighi, G. I., «El ejercicio de la abogacía en el marco de la Unión Europea», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, U.E.X., número conmemorativo del 20 aniversario de la Facultad de Derecho de Cáceres, núm. 11, 1993, Cáceres 1995, págs. 87-90.

cables las normas sobre la circulación de trabajadores o aquellas relativas al derecho de establecimiento –o las de libre prestación de servicios–, no se puede efectuar una clasificación de las diversas profesiones, sino que habrá que atender a la actividad concreta objeto de análisis y determinar si en ella concurren los elementos de una o de otra categoría.

En esta línea, la sentencia del Tribunal Central de Trabajo español de 7 de marzo de 1978 estableció que *el ejercicio de una profesión liberal no excluye por sí solo la existencia de un contrato de trabajo, si en el vínculo contractual habido entre las partes se dan las notas (...) que configuran la relación laboral.*

Siguiendo a Montoya Melgar²², el criterio a utilizar a los efectos de identificar la actividad en cuestión es la concurrencia o no de las características de la laboralidad establecidas en el art. 1 del Estatuto de los trabajadores²³, que pueden sintetizarse en la personalidad y la dependencia del trabajo; es decir, si concurren estas dos circunstancias estaremos ante un supuesto regulable por la libre circulación de trabajadores, por el contrario, si no están presentes dichos elementos, nos encontraremos o bien ante una hipótesis de derecho de establecimiento, o bien ante la libre prestación de servicios.

La personalidad del trabajo exige que se trate de una obligación *in tuitu personae*, con la consecuencia de que el deudor ha de cumplir personalmente la prestación, sin que exista la posibilidad de sustituirlo. Si la prestación es susceptible de ser efectuada por otra persona distinta del deudor, estamos ante una relación de naturaleza civil y, por tanto, relativa al ejercicio independiente de la profesión. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la personalidad del trabajo es requisito necesario pero no suficiente para calificar una relación como laboral.

Por lo que a la dependencia respecta, la jurisprudencia viene señalando como criterios determinantes de la misma el lugar de trabajo, la exclusividad, la jornada y horario y la retribución. Sin embargo, tales elementos han sido relativizados y en cierta medida superados, ya que en la práctica no son determinantes o excluyentes de la existencia de una relación laboral, aunque sí son criterios interpretativos de gran utilidad a la hora de analizar en el caso concreto la actividad en cuestión.

También Dastis Quacedo²⁴ se refiere a la dependencia en el ejercicio de la actividad como elemento caracterizador de los trabajadores al señalar que la libre circulación de trabajadores está destinada a «los nacionales de un Estado miembro que se desplacen por la Comunidad para ejercer una actividad económica real y efectiva con carácter subordinado».

²² Ob. cit., págs. 15-25.

²³ El art. 1 E.T. establece que dicho texto legal se aplicará «... a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario».

²⁴ Ob. cit., pág. 290.

Añade el autor citado, que, conforme al Reglamento 1.612/68, de 15 de octubre, relativo a la libre circulación de trabajadores en el interior de la Comunidad, también son beneficiarios de este derecho comunitario el cónyuge y los descendientes menores de 21 años del trabajador, así como sus descendientes y los de su cónyuge siempre que se encuentren a su cargo y con independencia de la nacionalidad que ostenten; con lo cual, el alcance de los arts. 48 y siguientes del Tratado y el propio concepto de trabajador se ve ampliado considerablemente.

En esta línea señala Merino Jara²⁵ que «mientras el concepto de trabajador tiene carácter comunitario, el de nacional de un Estado miembro es un concepto de derecho interno», con las consecuencias que tales afirmaciones tendrán en la práctica en cuanto al alcance e interpretación de tales términos.

El Caso Bosman (*Sentencia de 15 de octubre de 1995 –asunto C-415-93–*)²⁶

En esta polémica sentencia, el T.J.C.E. ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre dos cuestiones relacionadas entre sí dado que ambas afectan al art. 48 del Tratado; se trata de la existencia o no de un obstáculo a la libre circulación de trabajadores por la exigencia del pago de compensaciones por transferencia, formación o promoción, y por las cláusulas de nacionalidad establecidas en la legislación deportiva.

Si bien la sentencia se refiere a la libre circulación de deportistas, sus fundamentos son de gran importancia para la materia en general, por lo cual en el presente análisis haremos abstracción de aquellas cuestiones estrictamente deportivas y centraremos nuestra atención en la interpretación que del art. 48 efectúa el Tribunal.

Toda la argumentación de la sentencia gira en torno a la libre circulación de trabajadores en la Comunidad, pues el T.J. entiende que las relaciones de los deportistas son de carácter laboral y, por lo tanto, entran en el ámbito de aplicación de los arts. 48 y siguientes T.C.E.

En este sentido, el Real Decreto español 1.006/1985, de 26 de junio, sobre las relaciones laborales especiales de los deportistas profesionales considera a éstos «como aquéllos que en virtud de una relación establecida con carácter regular se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del

²⁵ Merino Jara, I., «La incidencia de la fiscalidad sobre la libertad de circulación y de establecimiento», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, número conmemorativo del 20 Aniversario de la Facultad de Derecho de Cáceres, núm. 11, Universidad de Extremadura, 1993, págs. 175-198.

²⁶ El señor J. M. Bosman, jugador profesional de fútbol, quería abandonar su club belga –S. A. Royal Club Liégeois– para incorporarse a otro club de un Estado miembro, pero según la legislación nacional y de la U.E.F.A. vigente no podía abandonar ni dicho club ni la Federación belga sin que antes se expidiera un documento de transferencia, con el correspondiente pago de una compensación por transferencia. El señor Bosman planteó dicha cuestión y la posible vulneración del Tratado por las normas limitativas del número de jugadores extranjeros que pueden ser alineados en un equipo de un país comunitario ante el T.J.C.E.

ámbito de organización y dirección de su club o entidad deportiva a cambio de retribución». A la luz de este precepto es evidente la inclusión de los deportistas en el concepto de relación laboral recogida en el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores que apuntábamos más arriba.

Según Bañeguil Espinosa²⁷, la sentencia del asunto *Bosman* «inicia un camino sin retorno en la interpretación de la actividad de los jugadores de fútbol profesional, como actividad laboral, y, por tanto, no sometida a ningún límite o restricción en cuanto a la libre circulación».

Respecto a la cuestión de la existencia o no de un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores por las normas relativas a las transferencias, el Tribunal ha establecido que

«(...) el conjunto de disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas tiene por objeto facilitar a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio comunitario, y se oponen a las medidas nacionales que pudieran colocar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro».

Y ello incluso cuando tales medidas constituyan obstáculos a la libertad de circulación de trabajadores aplicadas con independencia de la nacionalidad de los trabajadores afectados.

En esta línea, resulta interesante el paralelismo que realiza Martínez Lage²⁸ entre las sentencias *Bosman* –para la libre circulación de trabajadores– y *Cassis de Dijon*²⁹ –para la libre circulación de mercaderías–; en el sentido que en ambos casos «también las reglamentaciones nacionales indistintamente aplicables –incluso cuando no contengan una discriminación ni siquiera indirecta o encubierta– si restringen la libre circulación, deben ser consideradas como prohibidas, a salvo de que puedan encontrar una justificación».

En el asunto *Cassis de Dijon*, el Tribunal de Justicia sentó el principio de que el art. 30 del T.C.E. será de aplicación a cualquier medida nacional que tenga el efecto de impedir la venta en un Estado miembro de cualquier producto legalmen-

²⁷ Bañeguil Espinosa, A., «La aplicación del derecho comunitario europeo al deporte, después de la sentencia del Tribunal de Justicia de las C.E. sobre el caso *Bosman*», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 228, 11 de enero, 1996, pág. 3.

²⁸ Martínez Lage, A., «Las sentencias *Bosman*, *Cassis de Dijon* y *Keck y Mithouard*», en *Gaceta Jurídica de la C.E.*, Boletín-109, enero 1996, págs. 1-4.

²⁹ En el asunto *Cassis de Dijon*, la normativa alemana impedía la venta en territorio alemán de licores cuya graduación alcohólica fuera inferior a una determinada graduación, de tal modo que, pese a que la norma fuera aplicable tanto a los productores nacionales como a los extranjeros, y dado que los licores alemanes tenían un grado alcohólico superior al legalmente establecido como mínimo, en la práctica la medida era restrictiva de la libre circulación de mercancías aunque no contuviera una discriminación en función de la nacionalidad de los productos; impidiendo, en el caso concreto, la comercialización en Alemania del licor francés *Cassis* cuyo grado alcohólico era inferior al legalmente permitido.

te producido y comercializado en otro Estado miembro, y ello incluso en los supuestos en los que la medida nacional se aplique indistintamente a productos nacionales e importados.

Siguiendo el razonamiento del Tribunal en el asunto Bosman, el mismo principio se extraería, *mutatis mutandis*, del art. 48 T.C.E. para la libre circulación de trabajadores dentro del ámbito comunitario.

De esta forma, las normas sobre transferencias vulneran el art. 48 en la medida en que restringen la libre circulación de los jugadores que deseen ejercer su actividad en otro Estado miembro, dado que la libre circulación de los mismos se ve condicionada al cumplimiento de una normativa que establece que previamente se pague al club de origen una compensación económica.

El T.J. entiende que no hay violación del precepto en cuestión si la norma sobre transferencias

«... persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y se justifica por razones imperiosas de interés general».

Tal hipótesis debería, además, estar amparada por el principio de la proporcionalidad, es decir, en palabras del Tribunal

«... sería necesario que la aplicación de dichas normas sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo».

Pero después de analizar la cuestión y las posibles justificaciones esgrimidas por la U.R.B.S.F.A., la U.E.F.A., y los Gobiernos francés e italiano, el T.J. estimó la no existencia de tales justificaciones en el presente asunto.

Al abordar la cuestión de si las cláusulas de nacionalidad –que son aquellas en virtud de las cuales un equipo de fútbol sólo puede alinear a un número limitado de jugadores de otros Estados miembros en los partidos de competición– el T.J. destaca que el art. 48 establece expresamente «la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo».

Tal como se afirma en la sentencia, según el art. 4 del Reglamento 1.612/68 del Consejo, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que limiten el empleo de extranjeros en número o porcentaje, por empresa, rama de actividad, región o escala nacional, no serán aplicables a los nacionales de los otros Estados miembros.

Por tanto, las cláusulas deportivas de nacionalidad no serían aplicables a los jugadores que ostentasen la nacionalidad de un Estado miembro y, en caso de aplicárseles, sería contraria al citado precepto y al art. 48 T.C.E.

Tras examinar la posible existencia de justificaciones, el Tribunal concluye en que las mismas no concurren en el caso en cuestión y establece que

«... las cláusulas de nacionalidad no pueden ser consideradas como conformes al art. 48 del Tratado, so pena de privar a dicha disposición de su efecto útil y de suprimir el derecho fundamental de acceder libremente a un empleo que dicha disposición atribuye individualmente a todo trabajador de la Comunidad».

Por último, y siguiendo a Bañeguil, señalar que la argumentación del abogado general Carl Otto Lenz ha girado en torno al derecho de la competencia y la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado a las federaciones deportivas en cuanto agrupaciones privadas de empresas. Sin embargo, el Tribunal, en el fundamento 138 de la sentencia, justifica su no pronunciamiento sobre la interpretación de dichos preceptos en que «los dos tipos de normas a las que se refieren las cuestiones prejudiciales³⁰ son contrarios al art. 48», resultando improcedente, por tanto, el análisis de los arts. 85 y 86.

D) LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

El T.C.E. recoge en el párrafo primero del art. 60 un concepto residual de servicios, previendo que se considerarán como tales *las prestaciones realizadas* –por los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación³¹– *normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas*; es decir, todas las actividades que no sean reguladas por las otras libertades comunitarias estarán sometidas a las normas relativas a la libre prestación de servicios.

Siguiendo el tenor del párrafo segundo del citado precepto, la libre prestación de servicios consiste en la posibilidad de realizar una actividad industrial, mercantil, artesanal o propia de las profesiones liberales sin ningún tipo de restricción establecida por los Estados miembros.

El contenido del derecho que estudiamos es concretado en este precepto normativo, el cual no deja de presentar ciertos problemas interpretativos y de delimitación, fundamentalmente con el derecho de establecimiento.

En este sentido, y en un intento de distinguir el ámbito de cada una de dichas libertades³², el art. 60 establece *la temporalidad* en el ejercicio de la actividad como característica diferenciadora e inherente a la libre prestación de servicios. Efectivamente, mientras ésta se refiere a los nacionales de un Estado miembro que no tienen –o no pueden tener– ni la residencia ni el establecimiento **permanente** en

³⁰ Recordemos que se trataba de normas sobre compensación por transferencia, formación o promoción y cláusulas de nacionalidad.

³¹ Art. 59 T.C.E.

³² Las diferencias entre libre prestación de servicios y derecho de establecimiento serán estudiadas en el epígrafe dedicado al asunto Gebhard; baste en este momento con dejar somera constancia de los elementos diferenciadores que serán analizados en profundidad en el lugar correspondiente.

otro país de la Comunidad, el derecho de establecimiento implica precisamente tal residencia o establecimiento con carácter permanente³³.

Muy descriptiva es en este sentido la Directiva 65/1, de 14 de diciembre de 1964, que, al regular la libre prestación de servicios en las actividades de agricultura y horticultura, establece que *para la ejecución de prestaciones en el país del destinatario, los beneficiarios ejercerán su actividad a título temporal, con exclusión de todo establecimiento y con una duración que se corresponderá con la naturaleza de los servicios prestados, quedando claro que el centro de sus operaciones profesionales está en el otro Estado miembro.*

Por su parte, la Directiva 77/249, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados³⁴, establece en el considerando primero que la misma sólo se refiere a las medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la abogacía en concepto de prestación de servicios, excluyendo de su ámbito de aplicación el establecimiento de abogados en el Estado miembro en cuestión³⁵; expresando claramente que la regulación de la prestación de servicios no satisface las necesidades propias del derecho de establecimiento, resultando, por tanto, insuficiente a los efectos de dicha libertad.

E) EL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO

Regulado en los arts. 52 a 58 T.C.E., el derecho de establecimiento comprende «el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas (...) en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales».

Este precepto recoge el derecho de los nacionales de un Estado miembro no sólo a desplazarse por el territorio de la Comunidad, sino también a establecerse con carácter *permanente* en cualquier país comunitario y a acceder y ejercer en el mismo cualquier actividad económica no asalariada directa o indirectamente —a través de empresas o sucursales—, sin que puedan establecerse normas discriminatorias de ningún tipo en relación con los nacionales del Estado de acogida; derecho que se traduce en la no imposición de restricciones o formalidades que restrinjan, perturben o dificulten el establecimiento de un nacional de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro.

³³ Ver Alvarez-Palacios Arrighi, G. I., ob cit., pág. 97.

³⁴ D.O.C.E. n.º L 78/26-3-77. Texto modificado por el Acta de adhesión de Grecia (D.O.C.E. n.º L 291 de 19-11-79) y por el Acta de adhesión de España y Portugal (D.O.C.E. n.º L 302 de 15-11-87).

³⁵ Dado el carácter temporal de la prestación de servicios y el de permanencia del derecho de establecimiento, las normas que regulan una y otra libertad son muy diferentes, y la problemática que gira en torno a ellas también presenta diversas peculiaridades. Así, por ejemplo, y tal como se desprende de la directiva 77/249, la prestación de servicios de un abogado en el Estado miembro de destino no exige reconocimiento de diplomas ni inscripción en organización profesional alguna, cuestiones que, por el contrario, constituyen el núcleo del problema respecto al derecho de establecimiento.

Sobre la Directiva 77/249 y la libre prestación de servicios por los abogados ver Alvarez-Palacios Arrighi, G. I., ob cit., págs. 96 y ss.

En España, la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España exige que los extranjeros «que deseen fijar residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener, simultáneamente con el permiso de residencia, que expide el Ministerio del Interior, el permiso de trabajo, cuyo otorgamiento corresponderá al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social». A los efectos del presente trabajo lo relevante es la incompatibilidad de las exigencias previstas para quienes *carezcan de la nacionalidad española*³⁶ –entre los cuales se encuentran los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad– con las previsiones del T.C.E.

Sin embargo, tal incompatibilidad viene resuelta en la propia ley al establecer, en el art. 3, que «lo dispuesto en la presente Ley se entenderá sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los *Tratados Internacionales en los que sea parte España*». Es esta previsión normativa la que abre las puertas al Derecho Comunitario y evita un conflicto entre el ordenamiento de la U.E. y el español.

En consecuencia, a los nacionales de un Estado miembro que deseen establecerse en nuestro territorio se les requiere la obtención de una tarjeta de residencia que sustituye a los dos permisos exigidos a los extranjeros no comunitarios y que es otorgada sin excesivas formalidades.

Frente a la sencillez y específica regulación que presenta la libre prestación de servicios, y tal como adelantábamos en páginas precedentes, el derecho de establecimiento conlleva mayores y más complicados problemas, y presenta una regulación más rígida. Muchas de las dificultades con que se encuentran los operadores jurídicos a la hora de hacer efectivo el derecho de los arts. 52 y siguientes aún no han encontrado una solución definitiva dada la complejidad de la materia.

Piénsese simplemente en el reconocimiento recíproco de títulos expedidos por los Estados miembros. La voluntad de los Estados en resolver esta cuestión ha sido manifestada en numerosas ocasiones, pero la diversa formación y práctica exigida en cada uno para el acceso y el ejercicio en su territorio a una determinada profesión difieren considerablemente, a lo cual ha de añadirse la existencia de titulaciones en un Estado que no encuentran su correlativa en el Estado miembro de destino.

III. EL ASUNTO GEBHARD³⁷

A) HECHOS Y CUESTIONES PREJUDICIALES SOMETIDAS AL T.J.C.E.

El señor Gebhard, nacional alemán y residente italiano, con título de abogado alemán, ejerció su actividad laboral como tal –en régimen de colaboración pri-

³⁶ El art. 1 de la Ley 7/85 considera extranjeros a «quienes carezcan de la nacionalidad española».

³⁷ T.J.C.E. Pleno S30 noviembre 1995. Asunto: C-55/94: Gebhard, en Jurisprudencia del T.J.C.E., «Derecho a la prestación de actividad profesional por el nacional de un Estado miembro en el país de acogida», *La Ley*, 14 de febrero de 1996, págs. 12-14.

mero y como socio después— en un despacho de abogados de Milán durante once años.

En 1989 el señor Gebhard abrió su propio despacho y trabajó con abogados y procuradores italianos.

Posteriormente, el señor Gebhard fue denunciado por algunos profesionales italianos de a) haber hecho figurar el título de *avvocato* en el encabezamiento de su papel de carta profesional, b) haber intervenido directamente con el título de *avvocato* ante la Pretura y el Tribunale di Milano, y c) haber ejercido sus actividades profesionales desde el «Studio legale Gebhard».

En consecuencia, el Colegio de Abogados de Milán prohibió al señor Gebhard utilizar el título de *avvocato* e inició contra él un procedimiento disciplinario, el cual culminó con una sanción de suspensión del ejercicio de la actividad profesional durante seis meses, decisión recurrida por el sancionado ante el Consiglio Nazionale Forense.

Dicho órgano suspendió el proceso y planteó dos cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia:

«a) El art. 2 de la Ley núm. 31, de 9 de febrero de 1982, relativa a la libre prestación de servicios por parte de los abogados nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas [por la que se ejecuta la directiva (C.E.E.) de 22 de marzo de 1977], según el cual no se permite «instalar en el territorio de la República un despacho ni un establecimiento principal o secundario», ¿es compatible con el régimen establecido por dicha Directiva, 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, sino con carácter permanente?»

b) ¿Qué criterios, basados en la duración o en la frecuencia de las prestaciones efectuadas por el abogado que actúe dentro del régimen de que trata la mencionada Directiva, deben aplicarse para determinar si la referida actividad tiene o no carácter temporal?».

B) ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

Sostener que la sentencia Gebhard haya supuesto un cambio trascendental o una regulación novedosa respecto de las dos grandes libertades recogidas en los arts. 52 y siguientes de Tratado no sería correcto, y ello puesto que tanto su contenido, como su eficacia ya habían sido consagrados en reiterada jurisprudencia del Tribunal, y su reconocimiento por los Estados miembros era un hecho.

Lo realmente novedoso e innovador de la decisión del T.J. lo encontramos en que por primera vez efectúa una clara y expresa delimitación entre la libre prestación de servicios y el derecho de establecimiento, a la vez que enuncia los criterios a tener en cuenta para su diferenciación y establece el principio de que

el prestador de servicios puede proveerse, en el Estado miembro de acogida, de la infraestructura necesaria para realizar su prestación.

a') Delimitación entre la libre prestación de servicios y el derecho de establecimiento

Por lo que se refiere a la primera cuestión, y como pone de manifiesto el Tribunal, todo supuesto en el que un nacional de un Estado miembro se desplace a otro Estado miembro a fin de ejercer en este último una actividad económica caerá bajo el ámbito de aplicación de la libre circulación de trabajadores, la libre prestación de servicios o el derecho de establecimiento, ámbitos que en todo caso se excluyen entre sí.

Dado que, tal como expusimos en el lugar correspondiente, la libre circulación de trabajadores se refiere a situaciones de trabajo por cuenta ajena, esta libertad no será considerada por el T.J., ya que el señor Gebhard ejercía la profesión de abogado por cuenta propia, planteándose la cuestión de delimitar el campo de la prestación de servicios y el del establecimiento.

La temporalidad en el ejercicio de la actividad es nota específica y característica de la prestación de servicios, la cual la diferencia del establecimiento; sin embargo, la concreción del carácter temporal de la actividad ha dado lugar a numerosos problemas y a grandes dificultades en la calificación de un caso concreto como prestación de servicios o establecimiento.

En la sentencia que examinamos, el Tribunal de Justicia, siguiendo al abogado general, ha establecido que «el carácter temporal de las actividades de que se trata debe determinarse no sólo en función de la duración de la prestación, sino también en función de su *frecuencia, periodicidad o continuidad*».

Como señala de Dios Marce³⁸, con tal afirmación el T.J. ha huido de toda delimitación estricta y apriorística de la libertad de prestación de servicios, apostando por un análisis del caso concreto a la luz de los criterios sentados por el Tribunal, criterios que, además, no se excluyen entre sí, sino que deben ser aplicados cumulativamente a fin de conseguir una calificación adecuada de la actividad objeto de análisis.

A fin de realizar tal labor, el Tribunal recuerda que las normas del Tratado relativas a los servicios «son subsidiarias respecto a las del capítulo relativo al derecho de establecimiento en la medida en que, en primer lugar, el tenor del párrafo primero del art. 59 presupone que el prestador y el destinatario del servicio de que se trate estén «establecidos» en dos Estados miembros diferentes y en que, en segundo lugar, el párrafo 1.º del art. 60 especifica que las disposiciones relativas a los servicios son de aplicación únicamente en caso de que no lo sean las relativas al derecho de establecimiento».

³⁸ De Dios Marce, J. M., «La posibilidad de los abogados de abrir un despacho en otro Estado miembro en régimen de prestación de servicios», en *La Ley*, 14 febrero, 1996, pág. 9.

Lo cual pone de manifiesto que es imposible efectuar un análisis de la prestación de servicios sin comenzar por delimitar el establecimiento.

Por lo que respecta a dicha libertad, el Tribunal ha concretado su contenido en

«(...) el acceso, en el territorio de cualquier otro Estado miembro, a toda clase de actividades por cuenta propia y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y la apertura de agencias, sucursales o filiales».

Y ello sin perjuicio de las excepciones y requisitos previstos en el derecho comunitario o en el estatal de desarrollo del comunitario.

En contraposición a la temporalidad de la prestación de servicios, el derecho de establecimiento se caracteriza por su carácter permanente, estable y duradero en el ejercicio de la actividad. En palabras del Tribunal, el derecho de establecimiento «... implica la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen, y de que se beneficie de ello...».

Como vemos, sigue siendo la naturaleza temporal o permanente de la actividad la que permite encuadrarla dentro de una u otra libertad comunitaria, y ello con independencia de cuestiones cuantitativas³⁹ o, como veremos a continuación, de infraestructura.

Al abordar frontalmente la cuestión de la delimitación entre el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios, el T.J. ha aportado elementos de gran valor y utilidad, pero no por ello debemos pasar por alto que el Tribunal utiliza conceptos jurídicos indeterminados; los cuales permiten una interpretación flexible que también conllevará problemas en el momento de su aplicación en el caso concreto.

b') Posibilidad del prestador de servicios de proveerse de la infraestructura necesaria

Una vez delimitadas la libre prestación de servicios y el derecho de establecimiento, el T.J. respondió de una forma clara y rotunda a la posibilidad de que el prestador de servicios cuente con infraestructura en el Estado de acogida a fin de ejercer su actividad:

³⁹ En un poco afortunado intento de delimitar la prestación de servicios y el establecimiento conforme a un criterio cuantitativo y no cualitativo, el Real Decreto español 607/1986, de 21 de mayo, dictado en desarrollo de la Directiva 77/249/C.E.E., antes de la reforma de 1988 establecía que si un abogado comunitario en régimen de prestación ocasional de servicios 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 regulan el derecho de establecimiento.

El texto de esta norma fue modificado como consecuencia de la sentencia del T.J. de 25 de febrero de 1988, asunto 427/85, Comisión contra Alemania Federal, la cual estimó que el Decreto de desarrollo de la normativa comunitaria sobre prestación de servicios alemán —cuya regulación era muy similar a la española— era contrario a lo previsto en el T.C.E.E.

«(...) 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 necesaria para realizar la referida prestación».

Puede decirse que ésta sea la afirmación más innovadora y trascendental de la sentencia, puesto que no sólo aclara una cuestión oscura del derecho a la libre prestación de servicios, sino que, además, pone de manifiesto la incompatibilidad con las previsiones del Tratado de numerosa normativa estatal que prohíbe a los nacionales de otros Estados miembros que ejerzan una actividad a título de prestación de servicios, la posibilidad de abrir un despacho en el Estado de acogida, justificada en que ello sería prueba de establecimiento, con el consiguiente sometimiento a las normas sobre el derecho de establecimiento y no a las de la libre prestación de servicios.

Tal es el caso de la Ley italiana núm. 31, relativa a la libre prestación de servicios por parte de los abogados nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas que prohíbe «instalar en el territorio de la República un despacho ni un establecimiento principal o secundario», y que fue objeto de una cuestión prejudicial en el asunto Gebhard.

También el Real Decreto español 607/1986 –tal como será expuesto en el siguiente epígrafe del presente estudio– resulta incompatible con la nueva interpretación que de la prestación de servicios efectúa el Tribunal.

Estas normas, tal como expresa Adserá Ribera⁴⁰, introducen una restricción excesiva a la libre prestación de servicios, dado que el prestador de los mismos que cuente con la infraestructura necesaria para el desarrollo de su actividad ocasional no podría, en su caso, demostrar que no se encuentra establecido en el Estado de acogida y que, por tanto, no intenta beneficiarse de la mayor flexibilidad de la normativa reguladora de la prestación de servicios cuando en realidad se encuentra en un supuesto de establecimiento; por el contrario, se elimina la posibilidad de tal prueba y se le impide –siempre que pretenda que la actividad que ejerce sea regulada por las normas recogidas en los artículos 59 y siguientes T.C.E.– proveerse de un despacho, oficina, etc.

La solución dada por el Tribunal se concreta en el entendimiento de que la distinción entre una y otra libertad comunitaria no ha de hacerse en base a la infraestructura, sino en base a la actividad; es decir, la infraestructura para el ejercicio de la actividad puede existir tanto en un supuesto de establecimiento como de prestación de servicios y lo que habrá que hacer en el caso concreto es analizar el carácter con que se ejerce la concreta actividad, esto es, la temporalidad o la permanencia –y ello *en función de la duración, frecuencia, periodicidad y continuidad de la actividad*–.

⁴⁰ Adserá Ribera, E., «Libertad de Establecimiento y libre prestación de servicios: el asunto Gebhard», en *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, n.º 4, 1996, págs. 16-18.

En esta línea, de Dios Marce⁴¹ sostiene que la infraestructura puede considerarse como elemento *accessorio* de la prestación de servicios, la cual se caracteriza simplemente por la actividad en sí misma y las circunstancias que la rodean.

Precisamente es en torno a las circunstancias que concurren en la prestación de servicios hacia donde debe dirigirse la actuación estatal. Partiendo de la premisa sentada por el Tribunal, según la cual la infraestructura ni es prueba de establecimiento ni es incompatible con la prestación de servicios, la cuestión es examinar en qué condiciones se ejerce la actividad en el Estado de acogida a fin de determinar si nos encontramos ante una u otra hipótesis y evitar que se produzcan fraudes y abuso de derecho por parte de quienes aparentan ejercer una actividad a título ocasional beneficiándose de la normativa de la libre prestación de servicios cuando en realidad se encuentran establecidos con carácter permanente en el Estado en cuestión ejerciendo en el mismo una actividad que debería ser regulada por las normas del derecho de establecimiento⁴².

En la sentencia objeto de estudio, el Tribunal sentó la doctrina de la posibilidad de proveerse de la infraestructura necesaria para la prestación de servicios con carácter temporal, pero ello no significa que quien cuenta con dicha infraestructura no esté efectivamente ejerciendo una actividad permanente sometida por tanto a los arts. 52 y siguientes del Tratado; por el contrario, habrá que determinar cuándo dicha infraestructura es utilizada para el ejercicio temporal de una actividad y cuándo para el desarrollo permanente de una profesión.

Ahora bien, dado que la delimitación de ambas libertades comunitarias es compleja y habida cuenta que el nuevo derecho reconocido por el T.J. a los prestadores de servicios asimila aún más ambas figuras, cabría preguntarse por los límites del ejercicio de tal derecho, es decir, los condicionantes para la disposición de infraestructura en el Estado de acogida por el prestador de servicios.

Lamentablemente el Tribunal no se ha pronunciado sobre esta cuestión con la misma claridad con la que lo hizo respecto a otras, y simplemente ha señalado que será compatible con el Tratado la provisión de una oficina, despacho o estudio «*en la medida en que dicha infraestructura sea necesaria para realizar la referida prestación*».

Es la *necesidad*, por tanto, el único elemento indicado por el T.J. como límite y control de esta facultad reconocida a los ciudadanos comunitarios, elemento que a todas luces se presenta como escueto e indeterminado y que conduce a que sean

⁴¹ De Dios Marce, J. M., ob. cit., pág. 10.

⁴² Precisamente el señor Gebhard se encontraba en esa situación, y el T.J. fue rotundo al señalar si bien el carácter temporal de la prestación de servicios no excluye la posibilidad de proveerse de la infraestructura necesaria para el ejercicio de la actividad, sin embargo «esta situación debe distinguirse de la del señor Gebhard, nacional de un Estado miembro, que ejerce, de manera estable y continuada, una actividad profesional en otro Estado miembro en el que, a partir de un centro de actividad profesional, se dirige, entre otros, a los nacionales de ese Estado. Dicho nacional está comprendido dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento y no del relativo a los servicios».

los propios interesados los que determinen cuándo será necesaria y cuándo no la existencia de cierta infraestructura para el ejercicio de la prestación de servicios, y sólo en el caso de falta de justificación podrán los Estados estimar que tal infraestructura oculta un verdadero establecimiento y no responde una necesidad de la prestación de servicios.

Otra cuestión a tener en cuenta dada su relevancia a la hora de aplicar la doctrina sentada por el T.J. es el concepto de *infraestructura*, que el propio Tribunal concreta en *oficinas, despachos o estudios*, pero, como señala de Dios Marce⁴³, con dicho término se hace referencia al «derecho a un uso de un bien inmueble dotado de un soporte material (tanto bibliográfico como comunicativo, «teléfono o fax») y personal (referido en principio exclusivamente al personal administrativo o de secretaría)».

c') Normativa aplicable a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios: límites a las restricciones nacionales

En relación al derecho de establecimiento, el propio Tratado de la Comunidad Europea en el párrafo segundo de su art. 52 establece que tal derecho se ejercerá *en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales*.

Dicho precepto establece una prohibición de discriminación basada en la nacionalidad en el ejercicio del derecho de establecimiento, la cual supone no sólo la imposibilidad de establecer medidas restrictivas para los nacionales de otros Estados miembros protectoras de los propios ciudadanos, como también la discriminación positiva, esto es, el establecimiento de normas que, fomentando el ingreso en el Estado en cuestión de determinados productos, personas, capitales, etc., los sometan a regímenes legales más favorables que el aplicable a los nacionales del Estado de acogida. En consecuencia, quienes pretendan establecerse en un Estado miembro distinto a aquel del cual son nacionales deben cumplir y someterse a la misma normativa que los nacionales del Estado en el cual se establecerán.

Si bien el art. 52 T.C.E. recoge el principio general aplicable a la materia, su ambigüedad ha dado lugar a importantes problemas y a la necesidad de su concreción por parte del Tribunal.

En la sentencia Gebhard, el T.J. se ha pronunciado sobre el tema distinguiendo el supuesto en el cual la actividad en cuestión se encuentre regulada por el Estado de acogida y aquel en el cual no cuenta con normativa específica.

Respecto a esta última hipótesis, el T.J. ha establecido que

«En el supuesto de que las actividades específicas de que se trata no estén reguladas por ninguna normativa en el Estado de acogida, de manera que un

⁴³ De Dios Marce, J. M., ob cit, pág. 10.

nacional de ese Estado miembro no necesite ninguna aptitud especial para ejercerlas, el nacional de cualquier otro Estado miembro tiene derecho a establecerse en el territorio del primer Estado y a ejercer en él esas mismas actividades».

No parece que este supuesto presente grandes inconvenientes en orden a la equiparación de los nacionales de otros Estados miembros con los del Estado de acogida, aunque sí pueden surgir dificultades para el país en cuestión en cuanto a la falta de regulación de una actividad a la cual puede acceder cualquier ciudadano —con independencia que sea nacional suyo o de otro Estado comunitario—. Pero, mientras no se establezca una discriminación basada en la nacionalidad, la cuestión permanece dentro del ámbito estatal y no trasciende a la esfera comunitaria.

Distinta es la situación en la que el acceso y ejercicio de la actividad se encuentran regulados y condicionados a la observancia de determinadas normas.

Tal como señala Abellán Honrubia⁴⁴, la previsión del art. 52 se refiere a cada uno de los factores que concurren en el establecimiento, es decir, la entrada al territorio, la estancia en él y el acceso y ejercicio de una actividad no asalariada.

El art. 56 del T.C.E. recoge la posibilidad de una regulación estatal en la materia estableciendo que «las disposiciones del presente Capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán 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*».

Siguiendo una doctrina consolidada, en el asunto Gebhard el T.J. se ha referido también a las normas justificadas por razones de *interés general*, tales como las normas de organización, de aptitud, de deontología, de control y de responsabilidad, así como de utilización de los títulos profesionales.

Con independencia de las distintas clasificaciones y en relación a todas las normas estatales que regulen determinadas profesiones, el T.J. ha establecido que

«Cuando el acceso a una actividad específica, o su ejercicio, esté supeditado a tales requisitos en el Estado miembro de acogida, el nacional de otro Estado miembro que pretenda ejercer esa actividad deberá, **en principio**, reunir dichos requisitos».

La clave del pronunciamiento está justamente en el término «en principio», dado que a continuación el T.J. precisa que

«las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben

⁴⁴ Abellán Honrubia, V., «El derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios en la C.E.E.», en *Estudios de Derecho Comunitario Europeo*, Consejo General del Poder Judicial, 1989, pág. 327 y ss.

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».

En todo caso, las medidas nacionales a las cuales hace referencia el Tribunal serán aplicables indistintamente a los nacionales de terceros Estados miembros y a los nacionales del Estado miembro de acogida y, aún en este supuesto en el cual no habría discriminación basada en la nacionalidad, se deben cumplir los cuatro requisitos recogidos por el T.J. y que deben reunir las normas que *puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades comunitarias*—aunque también cumplan este efecto respecto de los nacionales del Estado de acogida—.

Con tales previsiones y aclaraciones lo que en última instancia persigue el Tribunal es conseguir el efectivo ejercicio del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios en cuanto libertades fundamentales recogidas en el T.C.E. e indispensables para la consecución del Mercado Interior europeo que posibiliten la libre circulación de personas en el territorio de la Unión Europea.

C) INCIDENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Como señalábamos más arriba, una de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Consiglio Nazionale Forense italiano al T.J. fue en relación al art. 2 de la ley italiana núm. 31, relativa a la libre prestación de servicios por parte de los abogados nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, en la parte en la cual prohíbe instalar en el territorio de la República un despacho ni un establecimiento principal o secundario al prestador de servicios; en concreto, se preguntaba si dicha norma era compatible con la Directiva 77/249/C.E.E., de 22 de marzo de 1977, relativa a la prestación de servicios por parte de los abogados, a la que, a su vez, desarrolla.

El T.J. recordó que, conforme a reiterada jurisprudencia, es incompetente para pronunciarse sobre la compatibilidad del derecho nacional con el comunitario, pero que sí es de su competencia «proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación pertenecientes al ámbito del Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para la resolución del asunto que le haya sido sometido».

Al abordar la cuestión de la posibilidad de que un abogado cuente con un despacho en el Estado miembro en el cual ejerce su actividad a título de prestación de servicios y concluir con que tal hipótesis es perfectamente compatible con el Tratado y no presupone el ejercicio del derecho de establecimiento, el T.J. reconoce el derecho de los ciudadanos comunitarios a disponer de la infraestructura necesaria para el ejercicio de la prestación de servicios y proporciona al Estado italiano los elementos necesarios para advertir que el precepto sometido a la

consideración del T.J. es incompatible con la Directiva 77/249/C.E.E. y con la interpretación que del derecho de establecimiento efectúa el Tribunal.

En derecho español, la Directiva 77/249 ha sido desarrollada por el Real Decreto 607/1986, de 21 de mayo, que en su art. 1 establece que

1. La prestación de servicios deberá ser ocasional.
2. En ningún caso, podrán los abogados visitantes abrir despacho en España, ya que ello supondría el ejercicio del derecho de establecimiento, cuya regulación queda expresamente excluida del ámbito de la Directiva y también del Real Decreto.

No podía ser más claro el legislador español ni, por ello mismo, más evidente la incompatibilidad de dicho precepto normativo con el derecho comunitario tras la sentencia Gebhard.

La norma española no sólo establece la prohibición de contar con infraestructura en el Estado de acogida, sino que, además, afirma que la misma de por sí y sin más requisitos ni análisis, determina que la actividad en cuestión será regulada por las normas relativas al derecho de establecimiento.

Hemos señalado con anterioridad que en la sentencia Gebhard, el Tribunal aclaró la cuestión de delimitación de ambas libertades en función de un estudio de la actividad desarrollada por el sujeto –con independencia de la infraestructura utilizada al efecto–, de tal forma que sea el carácter temporal de la actividad –determinado en función de la *duración de la prestación, de su frecuencia, periodicidad y continuidad*– lo que permita encuadrarla dentro del ámbito de aplicación de la prestación de servicios, y no el hecho de que el prestador de servicios no disponga de un despacho profesional o de una oficina en el Estado de acogida.

En este sentido –y contrariamente a lo establecido en el Real Decreto 607/1986– el hecho de que el nacional de un Estado miembro se desplace a otro Estado miembro para ejercer una actividad por cuenta propia contando para ello con la infraestructura material y personal necesaria para el efectivo cumplimiento de la misma, no significa de por sí que nos encontremos ante un supuesto de derecho de establecimiento, sino que será necesario efectuar un análisis del carácter temporal o permanente con el cual se ejerce la profesión, así como de las demás circunstancias que concurren en el caso concreto.

De esta forma, el Real Decreto español queda, por segunda vez⁴⁵, en evidente incompatibilidad con el derecho comunitario tras una sentencia dictada por el T.J.

⁴⁵ La primera reforma la sufrió el Real Decreto 607/1986 por el Real Decreto 1.062/1988, de 16 de septiembre, relativo a la concertación entre abogado visitante y abogado español como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 1988, que estimó que el Decreto alemán de desarrollo de la normativa sobre prestación de servicios era contrario a las previsiones del Tratado en cuanto que establecía restricciones al ejercicio de la abogacía en concepto de prestación de servicios que excedían de la regulación prevista por la Directiva 77/249/C.E.E., ya que –al igual que la norma española– exigía que el abogado visitante se concertara con un abogado inscrito en el Colegio pro-

con ocasión de una cuestión prejudicial planteada por otro Estado miembro de la Comunidad; y como consecuencia de la sentencia recaída en el asunto Gebhard, y tal como sucedió en 1988, la norma española deberá ser modificada a fin de adaptarse a la interpretación que de la libre prestación de servicios ofrece el T.J.; en concreto, en lo relativo al reconocimiento, a favor de quienes ejerzan una actividad en concepto de prestación de servicios, del derecho de proveerse en el Estado de acogida de la infraestructura necesaria para la realización de tal prestación.

fesional en cuyo territorio fuera a actuar a fin de realizar las actuaciones ante tribunales u organismos públicos, asistencia a detenidos o presos y para la comunicación con presos y penados incluso cuando tal intervención letrada no fuera preceptiva para la actuación. Sobre la modificación del Real Decreto 607/1986 ver Álvarez-Palacios Arrighi, G. I., ob. cit. págs. 101 y ss.

I.2 DERECHO CONSTITUCIONAL

**LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS DE ESTADO Y COMUNIDADES
AUTÓNOMAS SOBRE EXPROPIACIÓN FORZOSA
(A PROPÓSITO DE LAS S.S.T.C 37/1987, DE 26 DE MARZO Y 186/1993,
DE 7 DE JUNIO)**

Por D. FRANCISCO JAVIER DONAIRE VILLA