

ANUARIO ESPAÑOL
DE DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO

TOMO V

Iprolex
2005

Edición:**Iprolex, S.L.**

Mártires Oblatos, 19, bis
28224 Pozuelo, Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 709 00 65
Fax: (34) 91 709 00 66
e-mail iprolex@iprolex.com
<http://www.iprolex.com>

Redacción:

Profesora Dra. Elena Artuch Iriberry
Departamento de Derecho internacional público y de Derecho
internacional privado
Facultad de Derecho, Universidad Complutense
Ciudad Universitaria
28040 Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 394 58 03
Fax: (34) 91 394 55 37
e-mail artuch@der.ucm.es

Impresión:**Torreblanca Impresores**

Paseo Imperial, 57
28005 Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 365 20 07

Distribución:**Marcial Pons**

Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
San Sotero, 6,
28037, Madrid (España)
www.marcialpons.es

Web:

<http://www.aedipr.com>

ISBN: 84-931681-1-4 Obra completa.

ISBN:

Depósito Legal:

Impreso en España

LIBERTADES COMUNITARIAS Y NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Granada

SUMARIO: I. Introducción. II. Libertades no condicionadas a la nacionalidad de los operadores. III. Libertades personales: 1. Supuestos de extensión a nacionales de terceros Estados. 2. Problemas derivados de la determinación de la nacionalidad: A) Dobles nacionales; B) Propios nacionales; C) La relevancia del ámbito de aplicación de las libertades; D) Personas jurídicas. III. Conclusión

RESUMEN: La "nacionalidad" es un criterio de alcance relativo en el ámbito de las libertades comunitarias. La nacionalidad de un Estado miembro es una condición indispensable en el ámbito de la ciudadanía europea, esto es, para el ejercicio de derechos políticos o de contenido jurídico-público. Sin embargo, su relevancia es menor en el ámbito de los derechos económicos. Hay diferentes factores que muestran su relativismo: En primer término, no incide en la aplicación de la libre circulación de mercancías ni de capitales, ni afecta a las normas de cooperación judicial civil. En el ámbito de las libertades personales (trabajadores y servicios) hay supuestos de extensión a nacionales de terceros Estados por las normas de extranjería: familiares de un nacional comunitario, residentes de larga duración, nacionales de terceros Estados que disfrutan de un convenio de cooperación con la Comunidad Europea, etc. Por otra parte, la jurisprudencia del TJCE ha reducido la exigencia de nacionalidad a la posesión de un pasaporte o documento de identidad, al hilo de casos de doble nacionalidad. Finalmente, aunque las libertades personales excluyen el tratamiento de las situaciones puramente internas, la ciudadanía europea permite incluir tales situaciones cuando está en juego el derecho a la libre circulación de personas (Asunt García Avello). Asimismo, la jurisprudencia del TJCE en materia de sociedades facilita el acceso de los nacionales de terceros Estados a las actividades económicas en el mercado interior.

PALABRAS CLAVE: NACIONALIDAD.— LIBERTADES COMUNITARIAS.— CIUDADANÍA EUROPEA.— SITUACIONES PURAMENTE INTERNAS.— NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS

ABSTRACT: "Nationality" has a relative significance in relation with the European freedoms. The nationality of a Member State is an essential condition in order to implement the public rights included in the European Citizenship. However, it is less significant in relation to economic freedoms. Different factors show this relativism: first of all, nationality is not taken in account in the sphere of free movement of goods or capital, and it does not affect the judicial cooperation in civil matters. In the field of personal freedoms (free movement of workers and services) there are many cases of extension to third-country nationals, especially through immigration rules: the family of nationals from European Member States, long-term residents, third-country nationals who enjoy some privileges from a special Treaty or regime. Moreover, the ECJ has reduced the nationality condition to the possession of a passport or any equivalent document in cases of double nation-

ality. Finally, although the regime of personal freedoms excludes mere internal cases, the notion of European Citizenship allows the treatment of these cases due to the free movement of persons (García Avello case). The ECJ doctrine in company law cases also facilitates the right of third-country nationals to implement economical activities within the internal market.

KEY WORDS: NATIONALITY.— EUROPEAN FREEDOMS.— EUROPEAN CITIZENSHIP.— MERE INTERNAL CASES.— THIRD-COUNTRY NATIONALS.

I. Introducción

La nacionalidad es un concepto jurídico que expresa el vínculo de una persona física o jurídica con una determinada comunidad estatal. Desde un punto de vista funcional, la nacionalidad constituye un criterio de discriminación, o, lo que es lo mismo, de desigualdad de trato en el acceso y ejercicio de los derechos políticos, económicos, civiles y laborales garantizados por un determinado sistema jurídico. Se trata de un criterio de discriminación “legítimo”, que no puede equipararse a la discriminación por razón de raza, sexo o religión. En el ámbito político, este criterio de discriminación se traduce en un régimen especial de Derecho público para el extranjero: algunos derechos fundamentales quedan reservados exclusivamente a los nacionales, al igual que la posibilidad de ocupar ciertos cargos que implican el ejercicio del poder público; la libertad de acceso y permanencia en el territorio nacional sufre asimismo importantes restricciones para quienes no son nacionales. La discriminación basada en la nacionalidad suele ser menor en el ámbito del Derecho privado, pero también aquí existen restricciones de índole socioeconómica, referidas al ejercicio de las actividades comerciales, profesionales y laborales, que presentan manifestaciones muy variadas, incluida la posibilidad de una posición procesal desigual.

La nacionalidad como criterio de discriminación del extranjero frente a la Ley de un Estado es una realidad que se suscita asimismo en los fenómenos de integración supranacional, particularmente en la UE. La cuestión estriba en determinar en qué medida la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro constituye un elemento imprescindible para disfrutar de las ventajas políticas y socioeconómicas derivadas del Derecho comunitario. La posesión de la nacionalidad de un Estado miembro es una condición esencial para ostentar la cualidad de “ciudadano de la Unión Europea”, conforme establece el art. 17 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) y el art. I-10 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (C.Eur.). Dicha condición es imprescindible para disfrutar de los derechos políticos contemplados en los arts. 18 a 20 TCE (art. I-10 C.Eur.), en particular el derecho de sufragio activo y pasivo; por ende, es condición asimismo para que le sean exigibles los hipotéticos “deberes”.

Ciertamente, este estatuto de derechos políticos o jurídico-públicos derivados de la ciudadanía de la UE tiene un contenido más bien modesto o *in status nascendi*, y sin duda gozará de una proyección notable en el futuro, especial-

mente si se adopta la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión contenida en la Parte II de la Constitución Europea. Pero por muy embrionarios que sean tales derechos, del mismo modo que lo es la idea “política” de la UE, el art. 17 TCE –al igual que el art. I-10 C.Eur.- establece un criterio de discriminación destinado a prevalecer: el ejercicio de los derechos y deberes públicos y políticos en la UE dependerá de que el interesado ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La identidad política de la Unión se construye, pues, a través de este vínculo personal y de fidelidad que es la nacionalidad.

En el ámbito socio-económico, sin embargo, los valores no coinciden. No nos referimos aquí a la UE como idea política, sino a la UE como “mercado”.. Hablamos, pues, del Mercado Único. Desde esta perspectiva, no jugamos con un problema de identidad política frente a la Comunidad internacional, sino de la integración de un mercado supranacional, regionalizado, que actúa como un ente dotado de personalidad en el ámbito del comercio mundial y de las organizaciones institucionales que lo rigen. Las libertades de circulación, junto a las políticas sectoriales, constituyen los pilares básicos de este Mercado Único, y desde esta perspectiva económica resulta dudoso que la nacionalidad deba funcionar como un criterio de discriminación. La razón de mi ponencia es poner de relieve el valor relativo que, *de facto*, tiene la nacionalidad, a la luz del juego de las libertades comunitarias respecto de nacionales de terceros Estados no miembros de la UE.

II. Libertades no condicionadas a la nacionalidad

El art. 12 TCE enuncia con carácter general el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Dicho precepto, como afirma la STJCE 20 de octubre de 1993 (As. 92 y 326/92: “Phil Collins”) , posteriormente reiterada, implica que las legislaciones nacionales que están comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Tratado por razón de sus efectos sobre los intercambios comunitarios de bienes y servicios se encuentran necesariamente sometidas al principio general de no discriminación establecido en el art. 12, sin que sea necesario relacionarlas con las disposiciones específicas de los arts. 28, 30, 49 y 55 TCE. Ello justifica, por ejemplo, que la jurisprudencia comunitaria haya considerado como contraria al Derecho comunitario la *cautio iudicatum solvi* o excepciones procesales semejantes, que prevén la posibilidad de exigir al demandante nacional de otro Estado miembro una caución o fianza que no es exigible al demandante nacional del foro, si la reclamación o acción procesal del demandante se inscribía en una relación de libre circulación de mercancías o de servicios [SSTJCE 1 de julio de 1993: As. C-20/92 (*Hubbard/Hamburger*) 26 de septiembre de 1996: As. C-43/95 (*Forsberg*) 20 de marzo de 1997: As. C-323/95 (*Kronenberger*)] y 2 de septiembre de 1997, As. C-122/96 (*Saldaña*).

Este beneficio o principio de igualdad de trato para los nacionales de los Estados miembros, en el ejercicio de las libertades comunitarias, derivado del art. 12 TCE, se extiende asimismo, como veremos, a nacionales de terceros Estados, en virtud de Acuerdos internacionales. Pero al margen de su alcance, sobre el que luego incidiremos, no significa que las libertades comunitarias sólo sean posibles o actúen únicamente cuando los beneficiarios sean nacionales de un Estado miembro.

En el ámbito de la libre circulación de mercancías, el criterio que determina la aplicación de las normas comunitarias que garantizan dicha libertad, la supresión de los derechos de aduana y la prohibición de restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente no es en modo alguno la nacionalidad del operador económico, productor o titular del producto o mercancía, sino, en todo caso, la "nacionalidad" de dicho producto o mercancía. Evidentemente, se utiliza el término "nacionalidad" en un sentido impropio. Dicha libertad opera respecto de productos originarios de un Estado miembro o de las mercancías procedentes de terceros Estados que se hallen en libre práctica en los Estados miembros, esto es, en relación con productos fabricados o transformados en un Estado miembro o con aquellos que, procediendo de terceros Estados, hayan cumplido en un Estado miembro las formalidades de importación y allí se hayan 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.

La nacionalidad tampoco es el criterio determinante del juego de la libre circulación de capitales. Previamente a la liberalización absoluta que hoy se contempla en los arts. 56 a 60 TCE, la libre circulación de capitales se extendía a los capitales cuya titularidad recaía en una persona residente en un Estado miembro. En la actualidad, salvo las escasas restricciones excepcionales que pueden mantenerse en las inversiones de capital, se trata de un ámbito liberalizado tanto al mercado intracomunitario como extracomunitario.

La quinta libertad comunitaria, constituida actualmente sobre la base de un espacio de libertad seguridad y justicia (Título IV del TCE), se erige en la actualidad a partir de los Reglamentos adoptados con base en el art. 65 TCE, que abarcan distintos aspectos del Derecho procesal civil internacional (competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones, obtención de pruebas, notificaciones, asistencia gratuita, etc...). Siguiendo los criterios de aplicación espacial del viejo Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, los privilegios del régimen procesal dependen de criterios diferentes de la nacionalidad. En materia de competencia judicial internacional, se extienden a cualquier supuesto en que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro, con independencia de su nacionalidad (art. 2 Reglamento CE 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judi-

cial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 7 Reglamento CE 1347/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes; art. 7 Reglamento 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento CE nº 1347/2000). Más amplias son aún las reglas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones, donde la nacionalidad de ambas partes en el proceso es indiferente, al ser aplicadas únicamente en razón de tratarse de una decisión de un Estado miembro, circunstancia que abre asimismo el “título ejecutivo europeo” (Reglamento CE nº 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados) a cualquier acreedor que sea nacional de un tercer Estado. El mismo criterio de aplicación, basada en la mera cooperación entre las autoridades de dos Estados miembros, con independencia de la nacionalidad de las partes, justifica la aplicación de las normas referidas a actos procesales de notificación o prueba que deben llevarse a cabo en un Estado miembro (Reglamento CE 1348/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil y Reglamento CE 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil). Por último, la Directiva 2002/8/CE, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia para dichos litigios, contempla la concesión de dicho beneficio en atención al domicilio o residencia del solicitante, con independencia de la nacionalidad (art. 2).

Lo mismo cabría decir de otras políticas comunitarias. En particular, la aplicabilidad de las reglas de control de la libre competencia no se hace depender de la nacionalidad de los operadores, sino del criterio de los “efectos” sobre el mercado único de las prácticas empresariales en cuestión.

En suma, buena parte de las libertades de circulación comunitarias no están vedadas a los nacionales de terceros Estados. La nacionalidad parece erigirse como en un criterio de aplicación del régimen de las libertades exclusivamente personales (libre circulación de trabajadores, libre prestación de servicios y derecho de establecimiento), esto es, de las vinculadas a la libertad general de circulación de personas. Y aún en este ámbito, como vamos a ver, su importancia queda asimismo relativizada por la concurrencia de diversos factores.

III. Libertades personales

1. *Extensión a nacionales de terceros Estados*

La libre circulación de trabajadores y servicios parece reservada, a la luz del TCE, a los nacionales de los Estados miembros (arts. 39 y 49.1º). No hay que olvidar, sin embargo, que el propio art. 49.2º permite una acción institucional de la UE, sin necesidad de negociación convencional entre los Estados miembros, que extienda el beneficio de las disposiciones relativas a la libre circulación de servicios a los nacionales de terceros Estados que se hallen establecidos dentro de la Comunidad. Si el Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, hace uso de esta posibilidad, la nacionalidad de un Estado miembro habrá dejado de ser una condición indispensable para beneficiarse de la libre prestación de servicios en el ámbito comunitario. Esta posibilidad aún no se ha materializado, pero fue contemplada por una Propuesta de Directiva del año 2000 (*DOCE* C 311 31 noviembre de 2000) modificada el 21 de noviembre de 2001 [Doc. 500PC027(2)]. Se establecía en esta Directiva determinados derechos para los trabajadores autónomos de terceros Estados que llevase residiendo legalmente al menos un año en un Estado miembro, quienes podrían beneficiarse de la libre prestación de servicios y la consiguiente libre circulación, provistos de una tarjeta especial. Se barajaba asimismo un principio de igualdad de trato en el régimen de reconocimiento de títulos y diplomas.

Dicha propuesta parece descartada y se ha optado por una solución distinta, consistente en garantizar la libre circulación dentro del territorio comunitario de los residentes de larga duración pertenecientes a terceros Estados (Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003). El estatuto de residente de larga duración se obtiene previa solicitud tras cinco años de residencia legal e ininterrumpida en un Estado miembro. Exige acreditar recursos para el solicitante y su familia y la disposición de un seguro médico. Aunque el estatuto es permanente, se acredita mediante el "permiso de residencia de residente de larga duración-CE", automáticamente renovable cada cinco años. El contenido de este estatuto consiste en un principio básico de igualdad de trato (art. 11) en el acceso al trabajo por cuenta propia o ajena, educación y formación profesional, reconocimiento de títulos, beneficios fiscales, asistencia y seguridad social, acceso a bienes y servicios, derechos de asociación y afiliación y la libre circulación en el territorio del Estado miembro de que se trate. Implica asimismo una protección reforzada contra la expulsión (art. 12). Pero, desde el punto de vista de las libertades comunitarias, lo más relevante es el derecho que concede este estatuto a residir en otro Estado miembro, por razones de trabajo por cuenta propia o ajena (capítulo III). No se extiende, sin embargo, a la prestación de servicios transfronterizos y es susceptible de someterse a restricciones cuantitativas, amén de las condiciones previstas en los arts. 15, 17 y 18. Los miembros de la familia tam-

poco se benefician automáticamente de este derecho (art. 16). Una vez obtenido el permiso de residencia en el segundo Estado, el nacional del tercer Estado se beneficiará asimismo del principio de igualdad de trato reconocido en el art. 11.

En segundo lugar, junto a estas disposiciones de alcance general, es preciso destacar que ya el Derecho comunitario extiende a ciertos nacionales de terceros Estados algunos beneficios de la libre circulación de trabajadores y de servicios. La entrada en vigor, el 1 de enero de 1994, del Acuerdo EEE, firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992 y ratificado por España el 26 de noviembre de 1993, ha extendido dichos beneficios a nacionales de Estados que no pertenecían - y algunos siguen sin pertenecer - a la UE. Originalmente, se trataba de Islandia y Noruega; a partir del 1 de enero de 1998 se incluía en la lista a Liechtenstein.

Por otra parte, y en aplicación de las Directivas comunitarias, el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada, permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo EEE, extiende en su art. 2 a) y b), en relación con el art. 3.2, el acceso al territorio español y al ejercicio de las actividades económicas por cuenta propia y ajena, en igualdad de condiciones con los españoles, a los nacionales de terceros Estados, emparentados con nacionales españoles, de la UE o de un país del EEE, concretamente: a) a los cónyuges, siempre que no estén separados de derecho; b) a sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de Derecho, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas. Respecto de los ascendientes contemplados en el art. 2. c) el privilegio se limita a la libre entrada y circulación. Debe señalarse que la legislación española contiene una extensión unilateral de este privilegio a los familiares de españoles, cuando el Derecho comunitario sólo obliga a reconocerlo a los familiares de los nacionales de otros Estados miembros. El objeto de esta extensión es impedir las discriminaciones inversas de los españoles, y hace que no se puedan producir supuestos como el resuelto por la STJCE 11 de julio de 2001 (As. C-60/00: *Mary Carpenter*). Se trataba en este caso de la expulsión de una ciudadana filipina casada con un ciudadano británico, residentes ambos en el Reino Unido, perfectamente posible a la luz de las exigencias del Derecho comunitario, dado que el privilegio de los cónyuges no opera en el Reino Unido cuando se refiere a británicos. No obstante, el TJCE consideró contraria al Derecho comunitario la normativa británica aludiendo *in extremis* a la ayuda que prestaba la esposa de Carpenter en el hogar cuando él prestaba servicios en otros Estados miembros, y a la influencia del derecho a la vida familiar. A la postre, se trataba no de un derecho personal de su esposa, sino de una restricción a la propia prestación de servicios transfronteriza del señor Carpenter. En España la Sra. Carpenter habría estado directamente incluida en el supuesto del art. 2.a) RD 178/2003. De esta forma, por ejemplo, si un tal Ronaldinho, de nacionalidad brasileña, contrae matrimonio con una nacional española o comunitaria pasaría a

beneficiarse directamente de las consecuencias de la doctrina *Bosman* y no ocuparía plaza de extranjero en un club de fútbol español.

Finalmente, y con independencia de los criterios anteriores, las libertades personales se extienden de forma variable a nacionales de terceros Estados con los cuales la UE ha suscrito convenios específicos de asociación o cooperación. Es el caso de países recientemente incorporados a la UE (República Checa, Eslovaquia, Polonia, Hungría, Estonia, Letonia, Lituania), o aún fuera de ella (Turquía, Bulgaria, Moldavia, Rumanía, Ucrania, Rusia, Suiza), enmarcados en los acuerdos euromediterráneos (Túnez, Marruecos, Argelia, Egipto, Siria, Israel, Palestina, Líbano, Jordania) o países ACP (casi ochenta Estados africanos, caribeños y del Pacífico Sur). En la mayoría de estos Acuerdos no se modifica el régimen de acceso al territorio por el régimen general de extranjería, pero una vez cumplimentado éste se garantiza el principio de igualdad de trato en el acceso al mercado laboral y en las condiciones de trabajo. La trascendencia de esta extensión de las libertades personales a nacionales de terceros Estados es indudable, incluso para los países que se han incorporado tras la última ampliación y que deben sufrir plazos transitorios para conseguir la plena libertad de circulación de trabajadores y servicios. A título de ejemplo, la Asociación Española de Clubes de Baloncesto (ACB) se llevó una auténtica sorpresa en su día cuando la propia Comisión Jurídica de la UE les comunicó que la doctrina de la sentencia “*Bosman*” no sólo implicaba que no ocuparan “plaza de extranjero”, los jugadores originarios de Francia, Alemania, Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, Italia, Gran Bretaña, Irlanda, Dinamarca, Grecia, Portugal, Suecia, Austria, Finlandia Islandia o Noruega (EEE a fecha de abril de 1996), sino que tampoco “contabilizaban” los nacionales de Turquía, Chipre, Malta, Suiza, Hungría, Polonia, Rumanía, Eslovaquia, Letonia, Estonia, Lituania, Bulgaria, República Checa, Eslovenia, Marruecos y Túnez. Hoy en día la lista se ha ampliado, y sus consecuencias se han hecho palpables en un sector de extranjeros privilegiados –y bien asesorados– como es el deporte profesional. Por su parte, la STJCE 19 de septiembre de 2004 (asunto C-465/01: *Comisión/Austria*) ha dejado claro el amplio alcance del principio de igualdad de trato laboral en relación con su supuesto de representación sindical que involucraba a trabajadores polacos, por razones transitorias susceptibles de considerarse bajo el término vulgar de “comunitarios B”.

2. Problemas derivados de la determinación de la nacionalidad

La incidencia de la posesión de la nacionalidad como condición de acceso a las libertades comunitarias de naturaleza personal se atenúa igualmente por razón de los mecanismos y dificultades que suscita la propia cuestión de la determinación de la nacionalidad. Tratándose de personas físicas, la nacionalidad de un Estado miembro es la única condición subjetiva exigida para la libre circulación de trabajadores y para el derecho de establecimiento principal. Sin embargo,

la libre prestación de servicios, al igual que la libertad de abrir establecimientos secundarios, agencias y sucursales, exige una condición adicional esencial: tener el establecimiento principal en un Estado miembro. La determinación de los beneficiarios de estos últimos derechos no depende, pues, exclusivamente de la nacionalidad, sino que el establecimiento dentro de la Unión resulta indispensable.

En cualquiera de los casos, cabría preguntarse si es realmente la “nacionalidad” el criterio determinante para fijar el ámbito de aplicación subjetivo de las libertades mencionadas, y cuál es el alcance de este concepto a tales efectos. La práctica jurisprudencial comunitaria nos desvela cómo efectivamente el criterio aparece en cuestión cuando se suscitan problemas de determinación de la “nacionalidad”, en dos supuestos: a) la situación de los dobles nacionales; b) la extensión de las libertades a los “propios nacionales”.

A) Dobles nacionales

Podría pensarse que, en supuestos de doble nacionalidad, la determinación de la nacionalidad dependerá de la voluntad de los propios Estados miembros, pues estos conservan su competencia soberana en la materia. En el ámbito de la ciudadanía europea, la Declaración 2ª anexa al Acta Final de la Conferencia de Maastricht declaraba que “la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros podrán declarar, a efectos informativos, quiénes deben considerarse sus nacionales a efectos comunitarios mediante una declaración presentada a la Presidencia y dicha declaración podrá modificarse en caso necesario”. Sin embargo, esta declaración no debe ser operativa para determinar los sujetos beneficiarios de las libertades económicas, lo que demuestra una vez más la diversidad funcional del concepto “nacionalidad” en el ámbito del Derecho público y del Derecho privado comunitario, como vamos a ver.

En el célebre asunto *Micheletti* (STJCE 7 de julio de 1992: As. C-369/90) se planteó la determinación de la nacionalidad de un italo-argentino que pretendía establecerse en España. El interfecto había obtenido la homologación en España de su título de odontólogo amparándose en un Convenio bilateral hispano-argentino. A continuación solicitó su tarjeta de residente comunitario, alegando su nacionalidad italiana. La Delegación del Gobierno en Cantabria no accedió a su solicitud, al considerar que su nacionalidad era la argentina, en aplicación del artº 9.9º Cc que, *in casu*, apuntaba a la última residencia habitual anterior a su llegada a España. La decisión de la Administración española resultaba en sí misma criticable, puesto que el artº 9.9º Cc no es una norma sobre determinación de la “nacionalidad”, sino del punto de conexión “nacionalidad” en las normas de conflicto, sin que pueda extrapolarse a otros sectores, y menos aún al Derecho público o administrativo. Lo verdaderamente interesante de la sentencia

“Micheletti” es que el TJCE introduce el criterio de aplicación subjetiva de las libertades desde la “nacionalidad” a la “posesión de pasaporte o documento de identidad” de un Estado miembro. En efecto, después de insistir en la competencia exclusiva de cada Estado sobre la nacionalidad, de prohibir la limitación de los efectos de la atribución de la nacionalidad por un Estado miembro, mediante la exigencia de requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades del Tratado, el Tribunal sostiene que el ámbito de aplicación personal de las libertades comunitarias se construye sobre la base de la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios. Del mismo modo que para la libre circulación de trabajadores (Directiva 68/360/CE, del consejo, de 15 de octubre de 1968), el Derecho derivado obliga a los Estados miembros a admitir en su territorio y a expedir la correspondiente tarjeta de residencia a aquellos que presenten un pasaporte o documento de identidad correspondiente a un Estado miembro. Desde el momento en que los interesados presentan alguno de estos documentos para demostrar su condición de nacional de un Estado miembro “los demás Estados miembros no pueden negar tal condición basándose en que los interesados ostentan también la nacionalidad de un Estado tercero, la cual prevalece sobre la del Estado miembro en virtud de la legislación del Estado de acogida”.

En suma, el beneficio de las libertades de circulación personales no se cifra estrictamente en la posesión de la “nacionalidad”, sino de un documento acreditativo de dicha nacionalidad, a saber, el documento de identidad o pasaporte. Como es bien sabido, en muchos ordenamientos dichos documentos no hacen prueba o, al menos, prueba plena de la posesión de la nacionalidad. Incluso en la STJCE 5 de marzo de 1991 (As. C-376/89) el TJCE consideró suficiente la posesión de un documento de identidad griego, cuya legislación no permitía al titular salir del territorio nacional, con la consiguiente limitación geográfica.

Los conflictos de nacionalidades pueden producirse asimismo entre dos nacionalidades de Estados miembros diferentes. Este era el caso de Claude *Gullung*, que ostentaba la doble nacionalidad francesa y alemana. El caso resuelto por la STJCE 19 de enero de 1988 (As. 292/86) no agota la problemática de estos supuestos. En efecto, *in casu*, Gullung ejercía ya su profesión de abogado en Alemania, y lo que se discutía era si tenía derecho de establecimiento y prestación de servicios en Francia. En estas circunstancias, el hecho de que las autoridades francesas consideraran a Gullung francés o alemán era intrascendente: debían reconocerle sus derechos en uno u otro caso, pues, como vamos a ver, las libertades comunitarias son esgrimibles por los propios nacionales frente a su mismo Estado, cuando hay un elemento de conexión relevante con otro Estado miembro: en este caso, el hecho de que Gullung se hallase establecido en Alemania. El supuesto verdaderamente problemático vendría dado por la eventual

discriminación inversa respecto de uno de los Estados involucrados: suponiendo que Gullung no presentara más vínculo con Alemania que su doble nacionalidad, las autoridades francesas podrían considerar el supuesto como puramente interno y, en consecuencia, no conceder a Gullung los beneficios de las libertades comunitarias, e incluso discriminarlo “inversamente”, esto es, otorgarle un trato perjudicial en comparación con los nacionales de otros Estados miembros. Pero esta cuestión nos introduce de lleno en la problemática de los “propios nacionales”.

B) Propios nacionales

La STJCE 28 de junio de 1984 (As. 180/83: *Moser*) constituye un ejemplo ilustrativo de lo que acabamos de apuntar: Se trataba de un nacional alemán que cursa sus estudios en Alemania para poder ejercer como profesor de enseñanza primaria. Habiendo superado todas las pruebas, debía realizar un curso preparatorio, para el que es rechazado por su condición de comunista. Moser alega en su derecho que tal decisión le impide culminar su formación y acceder a un puesto de profesor de enseñanza primaria en otro Estado miembro. El TJCE contesta que la libre circulación de trabajadores, y en particular el art. 39 TCE, no pueden ser aplicados a situaciones puramente internas de un Estado miembro, es decir, en ausencia de cualquier elemento de conexión con las situaciones contempladas por el Derecho comunitario.

El caso contrario vendría representado por el asunto *Knoors* (STJCE 7 de febrero de 1979, Asunto 115/78). Se trataba de un nacional holandés que había adquirido su cualificación profesional como fontanero e instalador de calefacciones en Bélgica. De por sí, el ejercicio de esta actividad profesional en Bélgica sería suficiente para reconocer en los Países Bajos una cualificación profesional que le permitiese ejercer allí idéntica actividad; pero las autoridades holandesas le negaron tal derecho al considerar que siendo Knoors nacional holandés no se beneficiaba de las libertades comunitarias. El TJCE consideró que el supuesto sí se sujetaba al ámbito de aplicación de las libertades comunitarias, por cuanto Knoors había adquirido su cualificación en otro Estado miembro (punto de conexión) y, en consecuencia, podía oponer frente a las autoridades de su propio Estado sus derechos derivados de la libre circulación de servicios. Sería absurdo, señala el TJCE, que el Sr. Knoors disfrutase de las libertades comunitarias para desplazarse a Bélgica a adquirir una cualificación profesional, sin que pudiera hacerla valer, posteriormente, en su propio país de origen. Idéntica doctrina se encuentra, entre otras, en las STJCE 6 de octubre de 1981 (As. 246/80: *Broeckmeulen*) y 31 de marzo de 1993 (As. C-19/92: *Graus*).

En resumidas cuentas, las libertades de circulación no sólo son derechos que esgrimen los extranjeros nacionales de otros Estados miembros, sino los propios nacionales frente a su propio Estado, cuando hay un punto de conexión intracomunitario suficientemente relevante. Por tanto, cuando hablamos de libertades comunitarias, no sólo la “nacionalidad” tiene un papel relativo, sino

comunitarias, no sólo la “nacionalidad” tiene un papel relativo, sino también el propio concepto de “extranjería”. Esto es precisamente lo que llevó a la STJCE 10 de julio de 1991 (As. C-294/89: *Comisión/Francia*) a considerar contraria al Derecho comunitario a la legislación francesa de adaptación del Derecho derivado comunitario en materia de libre prestación de servicios de los abogados, al disponer que “serán reconocidos en Francia, como abogados, *los nacionales de otros Estados miembros*, que ejerzan en su país de origen sus actividades profesionales”. Evidentemente, la norma debía contemplar asimismo la libre prestación de servicios de los abogados franceses establecidos en otros Estados miembros distintos a Francia.

C) La relevancia del ámbito de aplicación espacial de las libertades

La cuestión clave en este punto estriba en determinar qué elementos de conexión pueden considerarse suficientes para que una situación sea considerada como intracomunitaria y no puramente interna, y, en consecuencia, extenderse asimismo a los propios nacionales. Consecuentemente, el ámbito de aplicación personal de las libertades se halla en estrecha relación con su ámbito de aplicación espacial. La jurisprudencia comunitaria ha tenido ocasión de pronunciarse sobre distintos elementos de conexión: en primer término, que el nacional propio esté establecido o domiciliado en otro Estado miembro [STJCE 3 de diciembre de 1974 (As. 33/74: *Van Binsbergen*) y 24 de octubre de 1978 (As. 15/78: *Koestler*) o que haya adquirido en otro Estado miembro su titulación o formación profesional [asunto *Knoors* y SSTJCE 7 de febrero de 1979 (As. 136/78: *Auer I*); 22 de julio de 1983 (As. 271/82: *Auer II*); 3 de octubre de 1990 (As. 14/89: *Nino, Pradini, Pierini*)]. Pero también ha admitido el TJCE elementos de conexión objetivos mucho más sutiles: así, que el destino de un transporte fuera otro país comunitario [STJCE 14 de julio de 1994 (As. C-379/92: *Matteo Peralta*)]; que el lugar de establecimiento de las empresas proveedoras de una señal de televisión se hallase en otro Estado miembro [STJCE 18 de marzo de 1980 (As. 52/79: *Debauve*); o el lugar de repercusión indirecta de un gravamen [STJCE 12 de abril de 1994 (As. C-1/93: *Halliburton*)].

Cabría preguntarse si la posesión de una nacionalidad distinta a la propia del foro sería suficiente para considerar que no se trata de un supuesto puramente interno. En principio, la respuesta parece clara. Como criterio de conexión la “nacionalidad” debe tener valor cero. En otro caso, se vulneraría el propio principio de no discriminación por razón de la nacionalidad contenido en el art. 12 TCE. Si un supuesto deja de considerarse interno por el mero hecho de la nacionalidad extranjera del sujeto, la aplicación o inaplicación del Derecho comunitario se hace depender de la nacionalidad, con la consiguiente discriminación entre regímenes jurídicos. En principio la jurisprudencia del TJCE parece seguir este criterio. En el caso *Koelster* el hecho de que el deudor fuera alemán no convirtió

un supuesto interno “francés” en intracomunitario, sino el hecho de que trasladara su domicilio a Alemania antes de poner fin a su relación contractual. Más claramente aún, la STJCE 17 de junio de 1997 (Asunto C-70/93: *Sodemare*) se refería a la recepción de servicios por parte de nacionales daneses que se desplazaban para acogerse a residencias de la tercera edad en Italia. El hecho de que este desplazamiento fuera un cambio de domicilio permanente o definitivo, dada la naturaleza del servicio, bastó para entender que se trataba de un supuesto puramente interno “italiano”, con independencia de la nacionalidad u origen de los destinatarios del servicio. Aparentemente, la STJCE 2 de octubre de 2003 (As. C-148/92: *García Avello*) podría interpretarse como una inversión de esta jurisprudencia. Se trataba de una controversia planteada en Bélgica y referida a la inscripción del apellido de un nacido de padre español y madre belga con doble nacionalidad belga y española. Frente a la pretensión de la autoridad belga de aplicar la ley belga haciendo constar un solo apellido, los padres, que obtuvieron una decisión favorable del TJCE, pretendían poder hacer constar los dos apellidos como es característico del sistema español. Al margen de la cuestión de fondo, lo cierto es que el único elemento intracomunitario radicaba en la nacionalidad española del niño. Aunque el TJCE parece vincular su decisión al juego de las libertades, existe en este caso un elemento diferencial, puesto que el fundamento de la decisión reposaba más bien en la libre circulación de personas contenida en la ciudadanía europea, como Derecho jurídico-público, y no en la libre circulación de personas como elemento consustancial a la libre circulación de trabajadores o a la libre prestación de servicios. En efecto, cuando el contenido del Derecho que se reclama se entronca con la libre circulación de personas como parte esencial de la ciudadanía europea, es evidente que el ámbito de aplicación deja de ser relevante, por cuanto la disposición resulta aplicable por el mero hecho de la nacionalidad comunitaria del sujeto [SSTJCE 12 de mayo de 1998 (As. C-85/96: *Martínez Sala*); 17 de diciembre de 2002 (As. C-413/99: *Baumbast*); 20 de septiembre de 2001 (As. C-184/99: *Grzelczyk*) y 19 de octubre de 2004 (As. C-200/02: *Zhu-Chen*). De ahí que, en el caso *García Avello* se tuviera en cuenta las dificultades futuras que podrían surgir para la libre circulación de una persona de una designación diferente de sus apellidos en dos Estados miembros. Ahora bien, también es cierto que, con esta nueva lectura de la libre circulación de personas, el caso *Moser*, por ejemplo, podría tener hoy una solución diferente.

D) Personas jurídicas

El derecho de establecimiento principal de las personas jurídicas tampoco depende, *stricto sensu*, de que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro. En efecto, la nacionalidad de las sociedades presenta una regulación muy dispar en los distintos Estados de la Unión, que oscilan entre criterios de atribución de

la nacionalidad basada en la constitución conforme a la legislación de un Estado miembro o de la sede social. Ambos criterios son retenidos en el art. 48 TCE que sólo confiere este derecho aquellas sociedades constituidas conforme a la legislación de un Estado miembro, que además tengan su sede social, administración central o centro de actividad principal dentro de la UE. Los Programas Generales de 1961 (*DOCE* 15 enero 1962), al desarrollar esta libertad, se limitaron a señalar que había que exigir un vínculo efectivo y continuo con la economía de un Estado miembro si la sociedad se había constituido conforme a la legislación de un Estado miembro, pero sólo mantenía en territorio comunitario su sede social. Sin embargo, precisaron que este vínculo era por completo ajeno al origen del capital o la nacionalidad de los socios. En consecuencia, es bastante claro que una sociedad puede beneficiarse de las libertades comunitarias aún cuando haya sido constituida exclusivamente por socios de terceros Estados.

La circunstancia señalada en el apartado anterior adquiere una enorme relevancia cuando se pronuncia la STJCE 9 de marzo de 1999 (As. C-212/97: *Centros*), a la que siguieron las STJCE 5 de noviembre de 2002 (As. C-208/00: *Überseering*) y 30 de septiembre de 2003 (Asunto C-167/01: *Inspire Art*). Según el TJCE, es perfectamente posible que dos daneses constituyan una sociedad ficticia en el Reino Unido con la única finalidad de orientar toda su actividad productiva hacia Dinamarca, utilizando para ello la posibilidad de apertura de establecimientos secundarios. Pero la situación es exactamente la misma si quienes constituyen la sociedad son nacionales de terceros Estados. Con esta posibilidad se abre un mundo de opciones de ingeniería societaria que permiten salvar las trabas que imponen las libertades comunitarias a los ciudadanos de terceros Estados. Así, dos marroquíes pueden constituir una sociedad en Inglaterra y, a partir de ella, abrir una sucursal en España. Según el régimen de los trabajadores desplazados con ocasión de una prestación de servicios, nada impide que esa sociedad contrate a los propios socios y los desplace legalmente a territorio español [Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios y Propuesta de Directiva relativa a las condiciones de desplazamiento de trabajadores asalariados, nacionales de un tercer Estado, en el marco de una prestación de servicios transfronterizos: Doc. 500PC027 (01)]. De hecho, las iniciativas que señalamos más arriba en orden a extender las libertades personales a nacionales de terceros Estados residentes en territorio comunitario ponían de manifiesto la paradoja de que un trabajador autónomo residente en Inglaterra no tiene derecho a prestar servicios o establecerse en España, pero sí puede conseguirlo a través de la creación de una sociedad. Hoy por hoy, la ingeniería societaria es una vía para que los nacionales de terceros Estados alcancen la libre circulación de trabajadores y la libre prestación de servicios de los nacionales comunitarios.

III. Conclusión

El Derecho comunitario camina hacia dos conceptos: el “ciudadano” titular de derechos y deberes públicos, y el “residente” beneficiario de las libertades económicas. La nacionalidad sólo será previsiblemente un requisito esencial del primero. Sin embargo, esta evolución no ha de cambiar el elemento clave de la relación entre Nacionalidad y Extranjería. Si antes y aún ahora el problema clave era el acceso al territorio de un Estado miembro, pues a su través se residía legalmente y esta residencia permitía acceder a la nacionalidad, abriéndose las puertas de los beneficios comunitarios, el problema no cambia si extendemos dichos beneficios a los simples residentes. Con más razón aún, el proteccionismo se acentuará a la hora de evitar que nacionales de terceros Estados accedan a nuestros territorios y por la simple residencia legal obtengan los sabrosos beneficios de nuestro mercado. Previsiblemente, ello no hará sino acentuar la importancia estratégica de nuestro régimen de extranjería.