

## *Sobre la nueva Regulación Comunitaria del Derecho de Establecimiento de abogados y la realización de las Libertades Comunitarias.*

(Algunas reflexiones sobre la Directiva 98/5/CE para facilitar el derecho de establecimiento de abogados)

Antonio Javier Adrián Arnaiz. Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Valladolid.

### I. INTRODUCCIÓN: ¿UN NUEVO PUNTO DE PARTIDA?

1.- La *Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de Febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título*<sup>1</sup>, el último texto legal del Derecho comunitario en materia de libre circulación de abogados, es, en muchos sentidos, un artificio normativo.

Artificio normativo inteligente, como no cabría esperar de otro modo del proceso legislativo comunitario actual, artificio normativo lúcido en algunos aspectos que instituyen diagnósticos no por implacables menos ciertos de la realidad del proceso de construcción de la Europa comunitaria, y, sin embargo, en nuestra opinión, artificio normativo en lo sustancial fallido por la endeblez jurídica del razonamiento que construye para justificar la necesidad de una nueva Directiva sectorial en materia exclusivamente de abogados complementaria, y dejando totalmente de lado el problema del desarrollo de la libre circulación de las profesiones jurídicas.

2.- La tesis que despliega la *Directiva 98/5/CE* a lo largo de las poco más de siete páginas del Diario Oficial de las Comunidades Europeas —y que desarrolla en nuevas fórmulas jurídicas una temática que ya esbozara con más timidez (legislativa) diez años atrás en la *Directiva-marco 89/48/CEE del Consejo, de 21 de Diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionen formaciones profesionales de una duración mínima de tres años*<sup>2</sup>— gira en torno a lo que cabría llamar como la degradación de los estándares normativos de la libre circulación de abogados por el efecto de las condiciones establecidas en la letra b) del apartado 1 del artículo 4 de la *Directiva 89/48/CEE* para acceder a la profesión de abogado en el Estado miembro de acogida, singularmente el mecanismo

de compensación de la prueba de aptitud, aunque también por los nuevos rumbos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativa a la *Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de Marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por lo abogados*<sup>3</sup>, en particular las consecuencias jurídicas de la sentencia Gebhard de 30 de Noviembre de 1995.<sup>4</sup>

Lo que estas condiciones legales y jurisprudenciales alteran es ni más ni menos que el punto de partida en el Tratado de la CE de las nociones de establecimiento y libre prestación de servicios en el ordenamiento jurídico comunitario, que degenera en la Propuesta inicial de Directiva de la Comisión Europea presentada el 30 de Marzo de 1995 para facilitar el derecho de establecimiento de abogados<sup>5</sup> en la aparición de las nociones de establecimiento permanente y establecimiento temporal a través del protagonismo de figuras legales sincréticas —la integración del abogado en el Estado de acogida y la asimilación del abogado en el Estado de acogida—, de su conversión en un nuevo punto de partida del modelo comunitario para la libre circulación de personas.

3.- La diferencia entre los distintos modos de ejercicio de una actividad económica no asalariada que propician la libre circulación de abogados (o, simplemente, la contraposición entre derecho de establecimiento y libre prestación de servicios en la CE), por un lado, y la jurisprudencia Gebhard del TJCE que establece una jerarquización entre el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios por el otro, tienen consecuencias determinantes sobre el nuevo modelo comunitario relativo al derecho de establecimiento de abogados<sup>6</sup>.

De las distintas dimensiones de la contraposición derecho de establecimiento y libre prestación de servicios que interesan a la libre circulación de abogados, cabe retener una idea de referencia en la aparición y posterior justificación de la *Directiva 98/5/CE*: que sólo mediante nuevas perspectivas legales se podrá construir un modelo adecuado que

conduzca realmente a la libre circulación de abogados en la Unión Europea.

4.- Mientras el modelo tradicional de libre circulación de abogados (imperante hasta la adopción de la *Directiva-marco 89/48/CEE*) propiciaba el papel fundamental del artículo 57 del Tratado de la CE relativo al reconocimiento de los títulos universitarios que habilitan para el ejercicio de una actividad profesional, el desarrollo del aparato normativo de la *Directiva-marco 89/48/CEE* (la facultad del Estado miembro de acogida para imponer el período de prácticas o la prueba de aptitud) condiciona tanto el modo de diferenciación entre establecimiento y libre prestación de servicios que llega en el mejor de los casos a ser una noción instrumental, pero no alcanzan a convertirse en una noción conceptual, en capacidad de abstracción, de permitir el ejercicio de actividades económicas no asalariadas en el Estado miembro de acogida.

5.- El paso de la esfera de un derecho de establecimiento con el título profesional de origen (de carácter permanente) a la de un derecho de establecimiento mediante la equiparación con el abogado del Estado miembro de acogida (que supone la integración definitiva en el Estado de acogida para el ejercicio permanente de la abogacía) es el principal efecto que atribuimos al mantenimiento, sólo parcialmente rectificado en la *Directiva 98/5/CE*, de la tesis relativa a la necesidad de la contraposición entre derecho de establecimiento y libre prestación de servicios a los fines de la realización del Mercado Interior comunitario según las previsiones del Acta Única Europea, primero, las exigencias del Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea, en la actualidad, y, (si todo va bien) a partir del 1 de Mayo de 1999, el Tratado de Amsterdam sobre la Unión Europea.

## II.- LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO DE ABOGADOS EN LA DIRECTIVA 89/48/CEE DEL CONSEJO, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1988, RELATIVA A UN SISTEMA GENERAL DE RECONOCIMIENTO DE TÍTULOS DE ENSEÑANZA SUPERIOR QUE SANCIONAN FORMACIONES PROFESIONALES.

6.- ¿Ha llegado la hora de hacer balance sobre la función real y el significado de la *Directiva-marco 89/48/CEE* en el ordenamiento jurídico comunitario? La lectura detenida del Informe de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el estado de aplicación del Sistema General de Reconocimiento de los Títulos de Enseñanza Superior sólo ayuda en parte. El diagnóstico de la Comisión Europea es el siguiente: "Cambios de este grado y naturaleza (los que propiciaba la *Directiva-marco 89/48/CEE*) llevan tiempo, por lo que todavía

no es posible llegar a ninguna conclusión definitiva en lo que se refiere al funcionamiento del sistema general". La postura del Parlamento Europeo al respecto es algo más crítica, pero sin grandes excesos, en particular a la hora de analizar el problema de la confusión entre el reconocimiento académico y el reconocimiento de las formaciones nacionales por parte de algunas autoridades nacionales<sup>9</sup>.

¿Balance global positivo? En ningún caso. La *Directiva-marco 89/48/CEE* fue una respuesta realista al problema del derecho de establecimiento de los profesionales liberales en la CEE<sup>10</sup> y, al mismo tiempo, y en el mismo contexto, fue una respuesta extremadamente realista al problema del derecho de establecimiento de abogados. ¿Realismo y realismo extremo fueron las posturas características del legislador comunitario para hacer frente al problema de la libre circulación de abogados según las previsiones normativas del Acta Única Europea? Sí, siempre que estos calificativos se entiendan como dos maneras de entender el fenómeno de la racionalidad comunitaria de la contraposición entre derecho de establecimiento y libre prestación de servicios en el campo de la abogacía. La idea de que la profesión de abogado se sustenta en el conocimiento preciso del derecho nacional (del Estado en el que quiere establecer), o que la profesión de abogado lleva la asesoría y/o asistencia relativas al derecho nacional a la práctica cuando ejercita esa actividad, es tomada como premisa que parece ser usualmente aceptada por un sector de los destinatarios de la *Directiva-marco 89/48/CEE*. O, para decirlo de un modo todavía más claro: el legislador comunitario aceptó sin más que existe una vinculación estrecha entre la profesión de abogado y el conocimiento preciso del derecho nacional (como también aceptó que la única manera de verificar tal conocimiento giraba sobre la base exclusivamente de la actitud del Estado de acogida plasmada en la unilateralidad de la decisión final respecto de la prueba de aptitud).

7.- El realismo se identificó con una determinada actitud de la Comisión de las Comunidades Europeas en su propuesta inicial y en las negociaciones finales de la misma, ya que era consciente de que para invertir los términos de la liberalización de las profesiones regladas en la realización del Mercado Interior no se podía desconocer el punto de partida anterior al Acta Única Europea: el papel esencial de la figura jurídica de la homologación en el Estado de acogida del título universitario obtenido en el Estado de origen del profesional liberal, y que es la causa que desencadena todo el proceso armonizador de los títulos universitarios antes de la entrada en vigor del Acta Única Europea según las bases y exigencias formales del artículo 57 del TCE<sup>11</sup>.

Pero cual sea esa actitud era algo debatible cuando se pretendía esconder la problemática del derecho de establecimiento de los abogados en el conjunto de respuestas jurídicas ideadas por el legislador comunitario para el tratamiento de la libre circulación de profesiones liberales: el resultado final ha sido, de una parte, que no se ha conseguido mejorar el problema de la libre circulación de abogados y, de otra parte, se ha reconocido legalmente un concepto diferenciado de la profesión de abogado respecto de la noción general de profesional liberal que es, en el fondo y en la forma, una noción discriminatoria<sup>12</sup>.

*1.- Las razones y causas del tratamiento diferenciado de las profesiones jurídicas en la regulación global del derecho de establecimiento de las profesiones liberales en la Comunidad Europea.*

8.- ¿Qué consecuencias prácticas ha tenido esta (doble) actitud? La más importante, a nuestro juicio, es la de que el mantenimiento en la Directiva-marco 89/48/CEE de una estructura dual —profesiones jurídicas/restantes profesiones tituladas no sometidas a Directivas sectoriales— para la libre circulación de las profesiones liberales ocultaba entonces otro tipo de preocupaciones: el fracaso (sin paliativos) del largamente negociado (con las propias asociaciones de abogados en particular) proceso de adopción de una Directiva específica para el derecho de establecimiento de abogados.<sup>13</sup> El dato real así lo indicaba: lo fundamental no es que el considerando nº 9 de la Exposición de Motivos de la Directiva 89/48/CEE en relación con el artículo 4.1.b) in fine, recogen la idea de la profesión de abogado de manera individual y con un tratamiento sectorializado en comparación con el conjunto del articulado de la Directiva en lo relativo a las restantes profesiones regladas en cada Estado miembro de la Comunidad, sino la cautela de poder relacionar de cara al futuro los citados preceptos legales con la eventualidad de nuevas Directivas sectoriales (para el establecimiento con menos restricciones de los abogados).

Y esto es lo que ha sucedido finalmente, y como no podía ser menos en tales (desafortunadas) circunstancias. El resultado final del proceso no pudo ser otro que la adopción de la Directiva 98/5/CE destinada (como indica textualmente su encabezamiento) a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título. ¿Porqué este final? La razón es elemental: algunos Estados miembros y grupos de colectivos de abogados decidieron añadir su concepción personal a la concepción de sus ideas en una postura ambigua que encerró —sin aspiración de respuestas funda-

mentales— las preguntas fundamentales sobre la necesidad de la contraposición entre derecho de establecimiento y libre prestación de servicios en el campo de la abogacía.

9.- Cuál es el centro de gravedad y la regla de base del sistema ideado en la Directiva-marco 89/48/CEE respecto de la abogacía? La regulación del derecho de establecimiento de los abogados en la Directiva-marco 89/48/CEE se inserta, en efecto, con evidentes dificultades —de orden teórico y sin olvidar los problemas de orden práctico— en el centro de gravedad del nuevo sistema general de reconocimiento de títulos universitarios. En efecto, el centro de gravedad del nuevo sistema persigue el desplazamiento del centro de gravedad del modelo comunitario (antes del Acta Única Europea) desde la técnica de la homologación de títulos universitarios a la técnica de la equivalencia de los mismos: un desplazamiento en el que corresponde al mecanismo del reconocimiento conciliar y hacer compatibles la autoridad del Estado y la libertad del profesional liberal en la realización del Mercado Interior comunitario.

Este desplazamiento está lleno de luces y sombras respecto de la concepción tradicional del problema del ejercicio de la abogacía: de un lado, se reconoce el problema específico de la profesión de abogado y en particular esto se manifiesta en la unilateralidad de la imposición de la prueba de aptitud; y de otro lado, se diluye el concepto tradicional de abogado en una noción más amplia y de perfiles hasta cierto punto imprecisos como es la de profesiones jurídicas<sup>14</sup>.

10.- La base jurídica del reconocimiento mutuo de los títulos universitarios en cuanto que centro de gravedad del nuevo sistema se asienta en la primacía del principio de confianza mutua como concepto estructural y eje fundamental del nuevo sistema<sup>15</sup>. Este principio es enunciado en el artículo 3 de la Directiva-marco y está dotado de una función normativa real pero que al mismo tiempo cumple otras funciones en orden a compatibilizar intereses antagónicos por definición. En este sentido, el principio de confianza mutua entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas es algo más que la expresión jurídica de la voluntad real de los Estados miembros de hacer plenamente efectiva la libre circulación de los profesionales liberales.

La primacía de este principio implica que la compatibilidad entre el orden político y el orden social en la Directiva 89/48/CEE se instrumentaliza a través del cauce de la comparabilidad de las formaciones profesionales, cuya función básica gira alrededor de la necesidad de conciliar los distintos sistemas universitarios existentes en las Comunidades Europeas sobre la base de una presunción legal: la similitud entre los distintos sistemas de formación o en las estructuras de las profesiones<sup>16</sup>.

11.- Pues bien, la realidad es que nada de esto ocurre en relación con el derecho de establecimiento de abogados. La razón está en la *desnaturalización* del concepto de centro de gravedad del (nuevo) sistema de reconocimiento mutuo de títulos universitarios —que se convierte por obra del legislador comunitario— en una concepción de centro de gravedad del (nuevo) sistema de reconocimiento mutuo de títulos jurídicos. ¿Qué significa, en esencia, la noción de desplazamiento del centro de gravedad en este ámbito de cuestiones? Que el legislador comunitario localiza el núcleo duro de su intervención reguladora en el dominio de acción del Estado de origen del título universitario, es decir, en el Estado en el que se realiza la formación académica y práctica del profesional liberal. Y de esta manera se llega al tema (y a los problemas) de la idea de *profesional cualificado*, esto es, el que tiene aptitudes y conocimientos para ejercer la libre circulación en el Mercado Interior comunitario.

La lógica del (nuevo) sistema descansa en su coherencia interna en los postulados que aseguran el papel sobresaliente del Estado de origen del *profesional cualificado*: el Estado que produce y orienta —a imagen y semejanza de una mercancía— hacia el Mercado Interior comunitario tales factores productivos de carácter personal. El principio de la confianza mutua sólo es operativo, por tanto, en este sector de problemas cuando el papel del Estado de origen en la producción y orientación de profesionales liberales no queda enteramente subordinado a la exigencias del Estado de acogida: que es justamente lo que sucede en el caso del derecho de establecimiento de las profesiones jurídicas<sup>17</sup>.

12.- El principio de confianza mutua expresa sobre todo la realidad política del nuevo sistema: la comparabilidad entre las distintas categorías de agentes económicos refleja, al mismo tiempo, la posibilidad de particularidades (nacionales) en la formación de esas categorías, lo que se agudiza respecto de las singularidades diferenciadas de las profesiones jurídicas. A este respecto, el artículo 4 de la Directiva-marco 89/48/CEE responde a la singularidad de cada Estado miembro en el proceso de formación o en la estructura de la profesión, una respuesta jurídica estructurada en mecanismos de compensación y control, un conjunto de soluciones que en realidad se diga lo que diga constituye parte también del núcleo operativo del centro de gravedad del nuevo sistema<sup>18</sup>.

Luego, el principio de confianza mutua es un principio jurídico cuya función de conciliación alcanza a la estructura del mecanismo del reconocimiento mutuo de títulos universitarios en las Comunidades Europeas. El abandono de la técnica de la armonización previa de los estudios de enseñanza superior en la Directiva 89/48/CEE es sin duda el punto de inflexión del nuevo sistema, es la

premisa básica de un enfoque horizontal de las profesiones tituladas.

13.- La Directiva-marco 89/48/CEE establece, a este respecto, tres hipótesis. La primera es que en el nivel de comparación no existen diferencias sustanciales en la formación o estructura de la profesión: el Estado de acogida puede exigir al profesional que acredite una experiencia profesional en un Estado miembro no superior al doble del periodo de formación universitaria que falte; o, en su caso, exigir al profesional que acredite una experiencia profesional que no podrá superar el periodo de formación no universitaria que falte en el caso de la práctica profesional efectuada con la asistencia de un profesional adecuado.

En la segunda hipótesis tenemos que en el nivel de comparación existe diferencias sustanciales en la formación o en la estructura de la profesión: el Estado de acogida puede exigir al profesional liberal que efectúe un periodo de prácticas, durante tres años como máximo, o que se someta a una prueba de aptitud. En este caso, el profesional tendrá derecho a escoger entre el periodo de prácticas y la prueba de aptitud<sup>19</sup>.

14.- La tercera hipótesis plantea el problema de si en el nivel de comparación existen diferencias sustanciales en la formación jurídica o en la estructura de la profesión jurídica. Luego el tercer nivel de comparación pertenece al proceso de equivalencia entre las profesiones jurídicas y tiene su acomodo legal en el artículo 4.1.b) último párrafo, de la Directiva 89/48/CEE y que se refiere al supuesto en el que la formación jurídica que haya recibido el profesional en el Estado de origen en una rama del Derecho no comprenda los conocimientos jurídicos exigidos en el Estado de acogida en el sector jurídico correspondiente.

La estructura del tercer nivel de comparación resulta, por tanto, atípica respecto del esquema de equivalencia de los títulos universitarios regulados en la Directiva, singularidad expresamente reconocida en el considerando nº 9 de la Exposición de motivos de la Directiva con carácter general para el conjunto de las profesiones jurídicas. La singularidad del tercer nivel se manifiesta en los mecanismos de compensación y control de los diferentes niveles de formación jurídica: el Estado de acogida está facultado para imponer libremente al profesional solicitante el periodo de prácticas o la prueba de aptitud.

*2.- La realización de la libre circulación de abogados en el contexto del funcionamiento del Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea.*

15.- La entrada en vigor del TUE de Maastricht sobre la Unión Europea agudizó, por tanto, las carencias y contradicciones del nuevo sistema de reconocimiento de títulos universitarios respecto



de los abogados: pues, la realidad es que el proceso de realización del Mercado Interior comunitario ha avanzado con evidentes dificultades cuando se trata del ejercicio permanente de la abogacía en el Estado de acogida y, no obstante, que toda la dinámica final de realización del citado proceso se caracteriza por un renovado impulso por parte del legislador comunitario respecto de la creciente utilidad y eficacia del principio del reconocimiento mutuo, incluso en sectores ciertamente cruciales para el buen éxito del Libro Blanco de la Comisión sobre el Mercado Interior y las previsiones y objetivos del Acta Única Europea como es el caso, por poner un ejemplo, de las telecomunicaciones.

Un análisis de tales insuficiencias puede seguir dos direcciones: la primera, una *dirección minimalista* (pero muy realista) se limita al estudio de la figura jurídica de la prueba de aptitud en su proceso de incorporación a los diferentes Estados miembros de las Comunidades Europeas; la segunda, una *dirección maximalista*, se ocupa de la justificación de la aparición de un discurso de relación entre la racionalidad del abogado como profesional plenamente cualificado y las libertades de circulación en el ordenamiento jurídico comunitario y, a tal fin, se abordan conjuntamente problemas tales como el ámbito personal de aplicación de la Directiva 89/48/CEE y sus beneficiarios concretos, la relevancia excluyente del papel de la función pública en el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios, el nuevo sistema de reconocimiento para las titulaciones inferiores a tres años o las expectativas de la consolidación de una política comunitaria en materia de enseñanza superior.

Parece claro, pues, que tales análisis en profundidad desbordan el marco teórico de este trabajo. Luego parece realista simplificar los problemas en función de la siguiente premisa básica: ¿las causas y las razones que explicaban y justificaban la necesidad de una Directiva-marco para el derecho de establecimiento de los profesionales liberales como los abogados tenían un reflejo normativo real en el articulado del texto comunitario? El orden de respuestas puede ordenarse en tres bloques de ideas. El primero de estos bloques se refiere a las causas y razones económicas. El segundo se relaciona con los motivos políticos. Y el último versa sobre los criterios de racionalidad jurídica.

16.- El primer orden de respuestas se centra en la idea de que (en su momento) los doce Estados miembros de las Comunidades Europeas quisieron establecer un gran Mercado Único y, a tal fin, el sistema general de reconocimiento de títulos universitarios al suprimir obstáculos a las libertades económicas de circulación participa del amplio proceso de reestructuración económico que implica que doce mercados nacionales se fusionen en un único Mercado Interior. El segundo orden analiza que

los doce Estados de las Comunidades Europeas por motivos políticos ambicionan crear una Europa de los ciudadanos que garantice la identidad política del proceso de construcción europea y, a tal efecto, el sistema general de reconocimiento participa de estos objetivos, pues, contribuye decisivamente a estrechar los vínculos culturales de Europa por la vía de la armonización de las actividades de las profesiones liberales. El último orden de respuestas estudia el enfoque de la aproximación horizontal por niveles de formación en la idea de que este método constituye la única vía posible para eliminar los obstáculos resultantes de las disparidades entre las titulaciones universitarias de duración mínima de tres años en la CEE, a corto plazo y de manera efectiva con los objetivos del Acta Única Europea.

Pues bien, el modelo ha fallado y el problema de su fracaso debe centrarse en el aparente espíritu transformador de las previsiones normativas del principio de confianza mutua y su regla de base de aplicación del reconocimiento mutuo en la Directiva-marco 89/48/CEE: la reflexión política en el seno de las Instituciones comunitarias sobre la identidad del abogado plenamente cualificado en relación al proceso de realización del Mercado Interior comunitario habría tenido que comenzar por enmarcar su análisis en las coordenadas de una pluralidad de realidades nacionales a disolver, es decir, una forma de ver y entender el proceso de integración europea de manera positiva, pero faltó el necesario impulso para profundizar el sentido integrador de la reflexión sobre la equivalencia de las formaciones profesionales nacionales. Lo peor de todo, como veremos dentro de poco, es que la Directiva 98/5/CE ha vuelto a esconder el problema.

17.- En efecto, en la Directiva 98/5/CE sucede otro tanto que en la Directiva-marco 89/48/CE, que cuando el problema se aboca al terreno de la abogacía, la tematización de la realidad nacional se convierte en un dilema jurídico. Cuando se trata de la noción de profesiones jurídicas, entonces se convierte en un dilema político. Derecho y política confluyen cuando como en el caso de la libre circulación de abogados la discusión sobre la realidad nacional del proceso de formación nacional, con sus resultados o incapacidades en la construcción del Mercado Interior comunitario, ha obligado a proponer como esencial en la dimensión legislativa del Mercado Interior comunitario la rehabilitación de la racionalidad práctica del Estado de acogida en la regulación comunitaria del derecho de establecimiento (y aquí puede estar acaso la razón por la cual la Comisión Europea en su Propuesta inicial de Directiva de 30 de Marzo de 1995 para facilitar el establecimiento de abogados se inclinaba por un modelo legislativo sincrético de establecimiento

permanente y establecimiento temporal del abogado en el Estado de acogida).

### III.-JUSTIFICACIÓN Y EXPLICACIÓN DE LAS RAZONES DE LA DIRECTIVA 98/5/CE PARA FACILITAR EL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO DE ABOGADOS.

18.- Algunos textos legales comunitarios nacen rodeados de mimos y cuidados que no siempre redundan en su favor, pues, ponen de relieve sus insuficiencias. Este es el caso del que nos ocupa. Un texto legal redactado en estrecha colaboración con el organismo representativo de los abogados de los Estados miembros de la Unión Europea, esto es, el Consejo de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea<sup>40</sup>.

La Propuesta inicial de Directiva de la Comisión Europea para facilitar el derecho de establecimiento de abogados tenía como razón de ser neutralizar el papel perturbador para la libre circulación de abogados de la prueba de aptitud en el Estado de acogida (prevénida en la *Directiva-marco 89/48/CEE*) para de este modo garantizar realmente el derecho de establecimiento de abogados en la Comunidad Europea. Objetivo loable sin duda alguna. El objetivo interesa también por preluar la necesidad de instaurar un nuevo modelo de libre circulación de personas: la emergencia de la tesis sobre una nueva perspectiva legal comunitaria descansa en la idea reductora del modelo de contraposición entre derecho de establecimiento y libre prestación de servicios. Es decir, aliviar la oposición disyuntiva (existente en la actualidad en el TCE) entre derechos económicos subjetivos descontextualizados sobre la base de la necesidad de la contraposición entre derecho de establecimiento y libre prestación de servicios, por una parte, y derechos económicos subjetivos contextualizados al margen de la necesidad de la contraposición entre derecho de establecimiento y libre prestación de servicios, por otra parte.

La Propuesta de Directiva de la Comisión Europea era un intento de regular la diversidad de los fenómenos de la libre circulación de abogados, cuya realización se pretendía abordar en términos de concreción de una perspectiva legal unificadora respecto del proceso de construcción del Mercado Interior comunitario. No obstante, la idea de base de la Propuesta de Directiva no podía evitar todavía (y no lo hizo) la tentación, especialmente en el contexto actual de las economías de los Estados miembros de la Unión Europea sometidas a las exigencias de procesos de privatización y desregulación normativa, de apuntarse a ambas disyuntivas, esto es, estar de acuerdo con normas y principios reguladores del derecho de establecimiento abstractas, generales y formales que han de ser continua-

mente interpretadas o aplicadas a situaciones particulares.

Y todo ello por dos consideraciones básicas: de una parte, el término facilitar enunciado en el encabezamiento de la propuesta de Directiva se acompaña o más bien se asocia al requisito de la supresión o, en su caso, atenuación o flexibilización de la prueba de aptitud prevenida en la *Directiva-marco 89/48/CEE*; y, de otra parte, la regulación de nueva planta del fenómeno del ejercicio colectivo de la abogacía indica el grado creciente de acumulación de (nuevos) problemas que lleva consigo el mantenimiento de la contraposición entre derecho de establecimiento y libre prestación de servicios en la abogacía.

#### 1.- Los fundamentos de la Propuesta de Directiva, presentada por la Comisión Europea, el 30 de Marzo de 1995, destinada a facilitar el establecimiento de abogados.

19.- La fundamentación general de la Comisión Europea en la Propuesta de Directiva no consigue distinguir entre el hecho y las consecuencias de la contraposición entre derecho de establecimiento y libre prestación de servicios en el ámbito de la abogacía. Las nociones de establecimiento permanente y establecimiento temporal facilitarían el acceso a la profesión de abogado en el Estado miembro de acogida por no requerir la realización de la prueba de aptitud, pero la Comisión caracteriza erróneamente los términos establecimiento permanente y establecimiento temporal porque su argumentación jurídica considera que es posible trazarse dos líneas precisas para el acceso a la profesión de abogado en el Estado miembro de acogida: una entre el establecimiento y la libre prestación de servicios, y otra entre el establecimiento permanente y el establecimiento temporal.

La única postura razonable al respecto es que la mejor forma de caracterizar el establecimiento (no sólo por contraposición a la libre prestación de servicios) es como careciendo de límites temporales.

20.- La Propuesta de Directiva de la Comisión Europea se coloca, por tanto, en la esfera jurídica de reducir y/o neutralizar el juego de hipótesis legales que potencialmente perturben el derecho de establecimiento de abogados: la tesis a desarrollar legalmente es que puesto que no hay forma de predecir normativamente la variedad de posturas existentes en los diferentes Estados miembros de acogida respecto de la existencia de diferencias sustanciales en la formación o en la estructura de la profesión de abogado, no hay posibilidad de predecir por completo su significado —por ejemplo, respecto de la función de la prueba de aptitud en el proceso de verificación de los conocimientos prácticos del abogado solicitante—.

En la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea eran posible de analizar las diferencias y los puntos de conexión entre las nociones de **integración** del abogado en el Estado de acogida (artículo 2 de la Propuesta de Directiva) —establecimiento con carácter temporal— y **asimilación** al abogado del Estado de acogida (artículo 10 de la Propuesta de Directiva) —establecimiento con carácter definitivo—.

El ejercicio con carácter temporal en el Estado de acogida sin que sea necesario el reconocimiento del título obtenido en el Estado de origen y la experiencia continuada y efectiva del ejercicio de la abogacía en el Estado de acogida, eran los dos instrumentos centrales que permitirían una convergencia —calificada por la Comisión Europea como **plusvalía**—<sup>21</sup> entre las exigencias de la *Directiva-marco 89/48/CEE* y las nuevas exigencias **flexibilizadas** para el derecho de establecimiento de abogados en el contexto de las previsiones normativas del Mercado Interior comunitario.

21.- A tal fin, el artículo 2 de la Propuesta de Directiva tenía como finalidad básica que un abogado pueda **integrarse totalmente en el Estado de acogida** y según unas exigencias menos restrictivas que las previstas en este sentido en la *Directiva-marco 89/48/CEE* y, en consecuencia, pretende que para **facilitar** el ejercicio de la profesión de abogado sea suficiente, a título temporal, el título profesional obtenido en el Estado de origen durante un periodo de tiempo de cinco años, si bien aunque el abogado estará sometido a las reglas profesionales y deontológicas vigentes en el Estado de acogida y en el Estado de origen y, a tal fin, dicho abogado debe estar inscrito tanto ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida como ante la autoridad competente del Estado miembro de origen, lo cierto es que a las actividades del abogado en el Estado de acogida se aplican las normas profesionales y deontológicas de este Estado y no las del Estado de origen.

La paradoja alcanzaba, pues, a que la armonización de legislaciones respecto de la nueva noción de **derecho de establecimiento temporal**, que perseguía **contextualizar** mediante su reducción o atenuación la actual contraposición entre derecho de establecimiento y libre prestación de servicios en el Mercado Interior comunitario, podía producir una ruptura (bien que parcial) del rumbo jurisprudencial concretado en el principio de **origen** según el modelo (y las nuevas tendencias —rectificadas—) **Cassis de Dijon**<sup>22</sup>.

Por su parte, esta paradoja era menos intensa en lo que concierne al ámbito de actuación del artículo 10 de la Propuesta de Directiva que se ocupa de la regulación del acceso definitivo al derecho de establecimiento de abogados. A este respecto, este precepto indica que el ejercicio con carácter defini-

tivo se produce a través de la **asimilación** al abogado del Estado de acogida y tras tres años de actividad efectiva y permanente respecto de materias jurídicas del Estado de acogida. Si bien, el apartado segundo del artículo 10 de la Propuesta de Directiva contempla que cuando la actividad efectiva y permanente de tres años en el Estado miembro de acogida no se haya referido al derecho de dicho Estado miembro, podrá aplicarse la prueba de aptitud prevenida en la Directiva 89/48/CEE pero limitada al derecho procesal y a la deontología de dicho Estado miembro de acogida.

## 2.- *El dictamen, en primera lectura, del Parlamento Europeo, de 19 de Junio de 1996, (y la postura del Comité Económico y Social).*

22.- El criterio general del dictamen, en primera lectura, en el marco del procedimiento de codecisión del artículo 189.B del TCE, del Parlamento Europeo, de 19 de Junio de 1996, sobre la Propuesta de Directiva para facilitar el derecho de establecimiento de abogados es la afirmación de que la propuesta constituye efectivamente un **plus** para el marco legislativo que reglamenta el derecho de establecimiento de abogados en la Comunidad Europea, pues, "amplía las posibilidades de que un abogado comunitario se establezca en otro Estado miembro y ejerza con el título de dicho Estado y remedia parcialmente algunas insuficiencias de la Directiva 89/48/CEE"<sup>23</sup>.

A este respecto, conviene subrayar el carácter metodológico de la noción de **plusvalía** en la fundamentación de la necesidad de una Directiva sectorial para el establecimiento de abogados: en efecto, como recuerda N. FONTAINE —ponente de la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos del Parlamento Europeo— el Parlamento Europeo cuando dió su conformidad a la *Directiva-marco 89/48/CEE* pidió expresamente a la Comisión Europea que en el futuro no excluyera la posibilidad de la adopción de nuevas Directivas sectoriales, con dos condiciones: una, que hubiera una necesidad demostrada o, al menos, una mejora aportada al marco jurídico existente; (dos, que en el seno de la profesión en cuestión hubiera un amplio consenso sobre el contenido de las disposiciones que se habrían de establecer)<sup>24</sup>.

En este contexto, el dictamen considera igualmente positivo tanto el tratamiento legal que la propuesta ofrece al problema de las normas profesionales y deontológicas como el nuevo régimen normativo del ejercicio transfronterizo de la abogacía en forma colectiva, así como el respeto estricto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>25</sup>.

23.- No obstante, el dictamen ofrece una fundamental doble línea de resistencia a la propuesta de

la Comisión Europea: de una parte, se critica el carácter temporal (de 5 años) del derecho de ejercicio con el título profesional de origen (artículo 2 de la Propuesta de Directiva); y, de otra parte, se critica el mantenimiento de una prueba de aptitud cuando el abogado comunitario no demuestre haber ejercido en el derecho del Estado miembro de acogida (apartado 2 del artículo 10 de la propuesta de Directiva)<sup>26</sup>.

Esta perspectiva se articula en dos enmiendas básicas: de un lado, la enmienda 10, relativa al artículo 2 de la Propuesta de Directiva; y, de otro lado, en la enmienda 35, relativa al apartado 2 del artículo 10 de la Directiva. La enmienda 10 propone que el abogado comunitario pueda ejercer en el territorio de otro Estado miembro la profesión de abogado con el título profesional de su Estado de origen con la forma de establecimiento permanente (esto es, sin límite temporal alguno). La enmienda 35 propone la supresión de la prueba de aptitud por un procedimiento de comprobación de competencias profesionales<sup>27</sup>.

### **3.- La Propuesta modificada de Directiva presentada por la Comisión Europea, el 25 de Septiembre de 1996, destinada a facilitar el establecimiento de abogados.**

24.- Ambas enmiendas —la enmienda 10 avalada también por el Comité Económico y Social (y por el Consejo de Abogados de la Comunidad Europea)<sup>28</sup>— son aceptadas por la Comisión Europea en la Propuesta modificada de Directiva para facilitar el derecho de establecimiento de los abogados, de 24 de Septiembre de 1996, cuyo objetivo principal sigue siendo ofrecer a los abogados una vía más fácil para la integración en la profesión en el Estado miembro de acogida<sup>29</sup>.

En este contexto, la Propuesta modificada de Directiva establece en el artículo 2 el derecho a ejercer con carácter definitivo la profesión de abogado en el Estado de acogida con el título profesional de origen: la consecuencia fundamental de este cambio normativo es que desaparece la noción de la integración del abogado en el Estado de acogida mediante el establecimiento temporal. Dicho de otro modo: el artículo 2 de la Propuesta modificada de Directiva abandona, al menos, formalmente la idea de la contraposición entre establecimiento permanente y establecimiento temporal en el Estado de acogida, y la idea de la integración del abogado cambia de sede jurídica, es decir, pasa al ámbito normativo de aplicación del artículo 10 de la Propuesta modificada de Directiva.

Este precepto se ocupa ahora de la figura de la asimilación al abogado del Estado miembro de acogida: el encabezamiento del artículo de la Propuesta modificada de Directiva es idéntico al de la

Propuesta inicial de Directiva, pero su contenido difiere sustancialmente no sólo en su contenido normativo sino sobre todo en la metodología de regulación de la integración del abogado a la profesión en el Estado de acogida. Conforme al nuevo artículo 10, el abogado que ejerza con su título profesional de origen, que justifique una actividad efectiva y regular de una duración mínima de tres años en relación con el Derecho comunitario, estará dispensado de la prueba de aptitud prevista en la Directiva 89/48/CEE, para acceder a la profesión de abogado en el Estado miembro de acogida.

### **4.- La Posición Común del Consejo, de 24 de Julio de 1997.**

25.- La Posición Común del Consejo, de 24 de Julio de 1997, recoge casi totalmente el texto de la Propuesta modificada de Directiva, "bien que aclarando ciertos aspectos y simplificando otros con objeto de ajustarse al citado objetivo y, al mismo tiempo, tratar de asegurar la calidad de los servicios que prestan los abogados".

En el razonamiento de la Exposición de Motivos de la Posición Común del Consejo la referencia textual al "citado objetivo" parecer tener un **doble escalón de justificación**: en efecto, el primer escalón, objetivo general de la Directiva, es posibilitar a los abogados de los Estados miembros el acceso y el ejercicio de su profesión en un Estado miembro distinto de aquel en el que ya están autorizados a ejercerla; el segundo escalón, objetivo sectorial de la Directiva, es un nuevo enfoque que permita al abogado su establecimiento con arreglo al título profesional de origen. El primer escalón de justificación tiene un enunciado literal, sin embargo, ciertamente confuso. De su literalidad, no hay manera de distinguir en el objetivo de la nueva Directiva para facilitar el derecho de establecimiento de abogados donde comienza el establecimiento y cuales son sus límites con la libre prestación de servicios. El segundo escalón de justificación tiene un enunciado más claro, no obstante, de su literalidad podemos deducir que el nuevo enfoque no alcanza a la asimilación al abogado del Estado miembro de acogida (prevista en el artículo de la Propuesta modificada de Directiva).

En todo caso, las aclaraciones y simplificaciones de la Posición Común del Consejo son relativamente importantes respecto del artículo 10 de la Propuesta modificada de Directiva por las dos siguientes razones: primera, el Consejo hace explícitas la facultad de la autoridad competente para comprobar el carácter regular y efectivo de la actividad ejercida en el Estado de acogida y la facultad para no conceder la dispensa de la prueba de aptitud si no se aportan pruebas de esta actividad; segunda, el Consejo precisa la regulación del trata-



miento reservado a los abogados que no cumplen con los requisitos de una duración mínima de tres años en el Estado miembro de acogida.

**5.- El dictamen, en segunda lectura, del Parlamento Europeo de 19 de Noviembre de 1997.**

26.- El criterio general del dictamen, en segunda lectura, del Parlamento Europeo es que la Posición Común del Consejo refleja no sólo la orientación general mantenida por el Parlamento Europeo respecto de la Propuesta de Directiva de la Comisión, sino también las opciones específicas expresadas por el Parlamento<sup>10</sup>. Y, aunque, el dictamen constata que el Consejo no ha aceptado algunas de las enmiendas del Parlamento Europeo, se señala a este respecto el **carácter sectorial** de las enmiendas no aceptadas por el Consejo (es decir, enmiendas que no influyen apenas en las opciones principales y en la orientación general de la futura Directiva)<sup>11</sup>. En consecuencia, el Parlamento Europeo da su aprobación a la Posición Común del Consejo.

**6.- La Exposición de Motivos de la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de Febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título.**

27.- El centro de la Exposición de Motivos de la Directiva 98/5/CEE lo constituye el razonamiento de una justificación: la instauración de un modelo de establecimiento de abogados a dos velocidades. El Considerando nº 3 de la Directiva dice a este respecto textualmente lo siguiente: "Considerando que si bien algunos abogados pueden integrarse rápidamente en la profesión del Estado miembro de acogida, en particular tras superar una prueba de aptitud prevista en la Directiva 89/48/CEE, otros abogados plenamente cualificados deberían poder obtener dicha integración tras un cierto período de ejercicio profesional en el Estado miembro de acogida con su título profesional de origen, o bien continuar su actividad con su título profesional de origen".

El texto del Considerando nº 3 habla, por tanto, de dos modelos de establecimiento de abogados en la Comunidad Europea: de un lado, modelo de velocidad rápida, la superación de la prueba de aptitud de la Directiva-marco 89/48/CEE; y de otro lado, modelo de velocidad lenta, la Directiva 98/5/CEE. La diferencia real entre ambos modelos la encontramos en el Considerando nº 5 de la Directiva: el nuevo modelo para el establecimiento de abogados en la Comunidad Europea es más lento en el tiempo, pero a cambio es una vía más fácil para la integra-

ción efectiva del abogado en el Estado miembro de acogida.

28.- Todo análisis jurídico entraña un lugar y unos parámetros desde donde ejercerlo y defenderlo. Pero cuando de un texto jurídico comunitario se trata, ese lugar no está enteramente en quien valora, sino que emana del propio texto jurídico, de las expectativas que suscita y de las reglas que el mismo instaura y que definen su especificidad. Pero cuando lo que se pretende es mantener dos modelos alternativos para el establecimiento de abogados en la Comunidad Europea (uno más fácil que el otro dependiendo exclusivamente de la voluntad política del Estado miembro de acogida en cuestión), estamos asistiendo a la vulneración de algo imprescindible: la necesidad de coherencia jurídica y, a través de ella, la justificación del sentido de la nueva norma jurídica. Dicho de otro modo: Dinamarca no precisa del modelo de vía lenta de la Directiva 98/5/CE, pues, exige a los abogados migrantes (a los efectos de los mecanismos de compensación de la Directiva 89/48/CEE) un período de prácticas.

En consecuencia, la Exposición de Motivos de la Directiva 98/5/CE no puede ocultar el carácter artificial de sus principales reglas jurídicas: la unidad del régimen normativo del establecimiento de abogados se ha sacrificado a la preeminencia de un sistema fragmentario de actividades prácticas en el Estado de acogida.

**IV.- EL DERECHO A EJERCER CON EL TÍTULO PROFESIONAL DE ORIGEN.**

29.- Habida cuenta de que el objetivo fundamental de la nueva Directiva sobre establecimiento de abogados es posibilitar **realmente** a los abogados de los Estados miembros de la Unión Europea el acceso y ejercicio de su profesión en un Estado miembro distinto de aquel en el que ya están autorizados a ejercerla, la Directiva 98/5/CE adopta un nuevo enfoque que permite el establecimiento de los abogados con arreglo al título del Estado de origen, y para ello reduce al máximo el juego de las hipótesis legales nacionales que potencialmente obstaculizan hoy en día el derecho de establecimiento de abogados, a saber: **la eliminación de la prueba de aptitud** en el Estado de acogida del abogado prevista en la Directiva-marco 89/48/CEE.

A tal fin, la presente Directiva introduce dos nuevos instrumentos jurídicos: las nociones de **integración del abogado en el Estado de acogida — establecimiento permanente con vocación de carácter temporal—** (artículo 2 de la Directiva) y **asimilación al abogado del Estado de acogida — establecimiento con carácter definitivo—** (artículo 10 de la Directiva).<sup>12</sup>

Ahora bien, estos dos instrumentos jurídicos son formulados en la Directiva con vocación de ser ins-

trumentos jurídicos complementarios, pero en la práctica funcionarán como instrumentos jerarquizados. Es decir, el ejercicio de un instrumento jurídico precede necesariamente al ejercicio del otro instrumento jurídico. En suma, las nociones de establecimiento temporal y establecimiento definitivo, como no podría ser de otro modo, son correlativas. Parafraseando al propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia **Gebhard**, las reglas jurídicas del artículo 10 de la Directiva 98/5/CE referentes a **la asimilación al abogado del Estado de acogida** son **subsidiarias** respecto a las del artículo 2 de la Directiva 98/5/CE relativas a **la integración del abogado en el Estado de acogida**.

Más aún, podría suceder (la experiencia así lo indica) que el desarrollo práctico de estos dos instrumentos jurídicos en los respectivos Estados miembros de acogida sea muy desigual: mientras que la idea del derecho a ejercer con el título profesional de Estado de origen permite poco o ningún margen de discrecionalidad a los Estados miembros a la hora de incorporar la Directiva al derecho nacional, por el contrario la idea de equiparación al abogado del Estado miembro es más compleja porque depende (entre otras cosas) de la noción de temporalidad del derecho a ejercer con el título profesional de origen.

#### **1.- El régimen general: artículo 2 de la Directiva.**

30.- El artículo 2 de la Directiva 98/5/CE tiene como finalidad básica que un abogado pueda **integrarse totalmente en el Estado de acogida** según unas exigencias menos restrictivas que las previstas en este sentido en la Directiva-marco 89/48/CEE.

La integración es total porque el ejercicio de la abogacía en el Estado miembro de acogida con el título profesional de origen es de carácter permanente, si bien la racionalidad jurídica del artículo 2 de la Directiva 98/5/CE descansa en el hecho (razonablemente previsible) de que el abogado aspire a la equiparación total al abogado del Estado miembro de acogida, esto es, a las previsiones normativas del artículo 10 de la Directiva.

El establecimiento del artículo 2 de la Directiva 98/5/CE es de carácter permanente, pero su racionalidad jurídica no puede ocultar su realidad subyacente: el ejercicio con el título profesional de origen es sólo un paso previo para el establecimiento definitivo del abogado en el Estado miembro de acogida.

31.- Cuestión distinta (y que no debe confundirse) es que la Directiva 98/5/CE pretende que para **facilitar** el ejercicio de la profesión de abogado sea

suficiente el título profesional obtenido en el Estado de origen.

Luego en la práctica, aunque el artículo 2 de la Directiva 98/5/CE ha suprimido la noción de establecimiento temporal respecto del derecho a ejercer con el título profesional de origen, todo parece indicar que la situación jurídica contemplada en el artículo 2 es marcadamente provisional.

32.- El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 98/5/CE concreta el modo de ejercicio de la abogacía con el título profesional de origen: el abogado que ejerza en el Estado miembro de acogida con su título profesional de origen estará obligado a hacerlo con dicho título, que deberá estar expresado en la lengua o en una de las lenguas oficiales del Estado miembro de origen, pero de forma inteligible y que evite cualquier confusión con el título profesional del Estado miembro de acogida.

A estos efectos, el apartado 2, del artículo 4 de la Directiva dispone que el Estado miembro de acogida podrá exigir que el abogado que ejerza con el título profesional de origen añada la mención de la organización profesional de la que dependa en el Estado miembro de origen o del órgano jurisdiccional ante el que pueda ejercer en aplicación de la legislación del Estado miembro de origen.

33.- Respecto de las normas profesionales y deontológicas aplicables al ejercicio con el título profesional de origen, el artículo 6 de la Directiva dispone que el abogado estará sometido a las reglas profesionales y deontológicas vigentes en el Estado de acogida y en el Estado de origen, de tal modo, que dicho abogado debe estar inscrito tanto ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida como ante la autoridad competente del Estado miembro de origen.

No obstante, se aplicarán a las actividades del abogado en el Estado de acogida las normas profesionales y deontológicas de este Estado y no las del Estado de origen.

#### **2.- El régimen alternativo: apartado 2 del artículo 10 de la Directiva.**

34.- El régimen alternativo al artículo 2 de la Directiva 98/5/CE es un modelo de velocidad rápida para el establecimiento de abogados cuya justificación formal no oculta su dudosa viabilidad (de futuro, pues la actual es la razón fundamental de ser de la Directiva 98/5/CE).

En efecto, el apartado 2 del artículo 10 de la Directiva 98/5/CE dice textualmente que los abogados que ejerzan con su título profesional de origen en un Estado miembro de acogida podrán, en cualquier momento, solicitar el reconocimiento de su título en virtud de la Directiva 89/48/CEE, con objeto de acceder a la profesión de abogado del Estado miembro de acogida y de ejercerla con el título pro-

fesional correspondiente a esta profesión en dicho Estado miembro.

35.- El legislador comunitario ha optado por mantener la vigencia del régimen normativo de las profesiones jurídicas prevenido con carácter general en la Directiva-marco 89/48/CE mediante una argumentación jurídica que puede y debe extrañar. ¿Porqué? La razón es elemental una vez más: la Directiva-marco 89/48/CEE se vincula con el modo en que evoluciona en el ordenamiento jurídico comunitario el papel regulador del principio de igualdad de tratamiento en (el Estado de acogida) en las relaciones intracomunitarias. Para una visión (legal y jurisprudencial) tradicional del principio de igualdad de tratamiento, este principio es el eje fundamental sobre el que gira el esquema normativo del modelo comunitario de integración negativa para la realización de un Mercado Único entre varios Estados. Dicho de otra manera: un concepto legal estructural, pero que tiene desarrollos jurisprudenciales **desreguladoras** variables tanto verticales como horizontales.

La adopción de la Directiva-marco 89(48)/CEE es consecuencia de una realidad a superar: que si bien el artículo 57 del TCE invoca la necesidad de la armonización vertical de legislaciones en el plano del reconocimiento de títulos universitarios, lo hace, sin embargo, con una singularidad, que es absolutamente imprescindible la gradualización del principio de tratamiento, esto es, su enfoque horizontal, por la necesidad de establecer comparaciones formales y sustanciales en los procesos de formación de un grupo específico de agentes económicos que operan a través de las fronteras interiores de la Comunidad Europea: la noción (no siempre bien entendida en España del profesional plenamente cualificado<sup>34</sup>).

### **3.- El régimen especial: apartado 3 del artículo 10 de la Directiva.**

36.- El régimen especial se refiere al caso del abogado que ejerza con su título profesional de origen, que justifique una actividad efectiva y regular de duración mínima de tres años en el Estado miembro de acogida, pero de menor duración en materias relativas al Derecho de dicho Estado miembro.

A este respecto, la Directiva articula un procedimiento, al margen totalmente de los requisitos mencionados en la letra b) del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 89/48/CEE, mediante el cual la autoridad competente del Estado miembro de acogida tomará en consideración la actividad efectiva y regular durante el periodo en cuestión, así como cualquier conocimiento y experiencia profesional en el Derecho del Estado miembro de acogida y cualquier participación en cursos o seminarios relativos al Derecho del Estado miembro de acogida,

incluidas las normas reguladoras de la profesión y las normas deontológicas.

El régimen especial descansa básicamente en las orientaciones de la jurisprudencia **Vlassopolou** del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>35</sup>.

### **V.- EQUIPARACIÓN AL ABOGADO DEL ESTADO MIEMBRO DE ACOGIDA.**

37.- El apartado 1 del artículo 10 de la Directiva 98/5/CE se ocupa de la regulación del acceso definitivo al derecho de establecimiento de abogados. A este respecto, este precepto indica que el ejercicio con carácter definitivo se produce a través de la **asimilación** al abogado del Estado de acogida y tras tres años de actividad efectiva y regular respecto de materias jurídicas (propias) del Estado de acogida, incluido el Derecho comunitario.

A los efectos de la Directiva, por **actividad efectiva y regular** se entenderá el ejercicio efectivo de la actividad sin otra interrupción que la que resulte de acontecimientos de la vida corriente.

38.- Este precepto en relación con el artículo 2 de la Directiva 98/5/CE es consecuencia directa de un modo de entender el alcance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el ámbito de la libre circulación de los profesionales liberales y, en particular, de la libre circulación de los abogados.

39.- En Noviembre de 1995, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —en el ya decisivo caso **Gebhrad**— resolvió que era contrario al Derecho comunitario —a la noción de derecho de establecimiento del artículo 52 del Tratado de la Comunidad Europea— (como pretendía el Colegio de Abogados de Milán) que sólo puede considerarse que una persona (como el Sr. Gebhrad) está **establecida**, en el sentido del TCE, en un Estado miembro, (en el caso en cuestión en Italia), si pertenece al Colegio profesional de ese Estado o, por lo menos, si ejerce su actividad en colaboración o en asociación con personas que pertenecen a él<sup>36</sup>.

La cuestión de la jerarquía entre las disposiciones del TCE relativas al derecho de establecimiento — artículos 52 a 58— y las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios —artículos 59 a 66— es el (primer) tema de fondo discutido por los jueces de Luxemburgo, en sus razonamientos jurídicos del caso en cuestión. ¿Jerarquía entre normas que operan en ámbitos de aplicación que se **excluyen mutuamente** según las conclusiones del Abogado General Sr. LEGER? La conclusión del Tribunal de Justicia es que el modelo que mejor describe como se desarrollan las nociones de **establecimiento** y **libre prestación de servicios** es la subsidiariedad de los servicios (formulado en el punto n° 22 de la sentencia): "las disposiciones del capítulo referente

a los servicios son subsidiarias respecto a las del capítulo relativo al derecho de establecimiento”<sup>40</sup>.

40.- El modelo (presentado como el único racionalmente defendible) se justifica en dos razones (formuladas igualmente en el punto nº 22 de la sentencia): “(primera razón) el tenor del párrafo primero del artículo 59 presupone que el prestador y el destinatario del servicio de que se trate estén “establecidos” en dos Estados miembros diferentes y, en que (segunda razón), el párrafo primero del artículo 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”.

A continuación, señala el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para cerrar los argumentos jurídicos enunciados en el punto nº 22 de la sentencia: “es necesario examinar el ámbito de aplicación del concepto de establecimiento”. La frase (no) anuncia verdaderamente las intenciones reales del Tribunal Justicia: la confirmación de que es posible sostener racionalmente en el ordenamiento jurídico comunitario una teoría general del derecho establecimiento al margen del principio de igualdad de tratamiento (en el Estado de acogida).

41.- En efecto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europea en el caso **Gebhard** (y, en particular, en los razonamientos de los puntos nº 32, 34, 36 y 37 de la sentencia) se centra en desarrollar en el caso en cuestión las causas que justifican su **aproximación judicial** a la realización de las libertades económicas en el modelo comunitario de integración económica: la existencia en el TCE de un modelo de integración negativa que **facilita** las modalidades de ejercicio de la libre prestación servicios y **obstaculiza** las formas de acceso al derecho de establecimiento de los profesionales liberales en las Comunidades Europeas.

A este respecto, por ejemplo, el Tribunal de Justicia cuando afirma en el punto nº 32 de la sentencia “que la posibilidad de que un nacional de un Estado miembro ejerza su derecho de establecimiento y las condiciones para su ejercicio deben determinarse en función de las actividades que pretenda ejercer en el territorio del Estado miembro de acogida” se limita una vez más a constatar que el modelo legal de los artículos 52 y 59 del TCE no **optimiza** las diferentes modalidades de exigencias del factor reconocimiento de los títulos universitarios en un proceso de realización de un Mercado Común entre varios Estados.

42.- El fenómeno de las reglas jurisprudenciales constructivas (establecidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) forma parte de la **sintomatología** del proceso de construcción de la Europa comunitaria. Las reglas jurisprudenciales constructivas como paso previo (en determinadas ocasiones) a la creación legislativa debe ser

señalada como necesidad del proceder legislativo comunitario (en amplios sectores de actividad económica). Regla jurisprudencial constructiva equivale a decir método de interpretación del derecho. De esa regla jurisprudencial impuesta por la propia singularidad del ordenamiento jurídico comunitario derivaría un razonamiento que halla en sí mismo la necesaria resistencia con la que puede debatirse la racionalidad normativa del proceso de creación legislativa en la Comunidad Europea.

Los ejemplos de reglas jurisprudenciales constructivas a las que se somete la creación legislativa abundan notoriamente. Una consideración especial merecen, a este respecto, las manifestaciones que, como la doctrina sobre el **agotamiento de los derechos** del titular de una patente, marca o modelo de utilidad, la doctrina de la **actividad específica** de la función pública, la noción de **obstáculo no normativo**, el concepto de **discriminación indirecta**, y, desde luego, el **principio de origen**, exhiben una particular radicalidad en su circunspección normativa.

Al cada día más emergente **principio de origen** le corresponden, entre otros, los méritos de haber ejercido de fundador y avanzada de la experimentación de las reglas jurisprudenciales constructivas más severamente volcadas en el diseño de un modelo de integración de **intensa** racionalidad normativa, con prescripciones normativas fieles a la exactitud de las relaciones entre los componentes del proceso de creación del Derecho comunitario.

## VI.- CONCLUSIONES.

43.- Estas últimas consideraciones no nos alejan demasiado de la jurisprudencia **Gebhard**, en la que se anuncia (hasta cierto punto) la imposibilidad de realizar la libre circulación de abogados sin la referencia de alguna perspectiva legal **unificadora** de las nociones de **establecimiento** y **libre prestación de servicios** respecto de las profesiones jurídicas. El valor de una producción jurisprudencial (comunitaria) en relación con la legislación (comunitaria) debe medirse por la capacidad de encontrar una perspectiva unificadora, de atacar las mismas cuestiones teniendo en cuenta los supuestos de hecho que la integración plantea.

La Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de Febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título va indisolublemente unida a una determinada visión de la jurisprudencia **Gebhard**: la diversificación de la noción de **establecimiento** y la competencia (o jerarquía) entre las nociones de **establecimiento** y **libre prestación de servicios**. Pero esa visión debe compatibilizarse con las exigencias legales que plan-

tea la pervivencia (en algunos supuestos) de la regulación del derecho de establecimiento de abogados dictada por la Directiva-marco 89/48/CEE del Consejo, de 21 de Diciembre de 1988, relativa al reconocimiento de títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales.

## NOTAS

- 1- DOCE L/77 de 14.3.1998. Pg 36.
- 2- DOCE L/19 de 24.1.1989. Pg 1.
- 3- DOCE L/78 de 26.3.1997. Pg 17 cuya última modificación la constituye el Acta de Adhesión de 1994 de Austria, Suecia y Finlandia a la Unión Europea.
- 4- TJCE. Asunto C-55/94. Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. 1995.
- 5- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a facilitar el ejercicio permanente de la abogacía en un Estado miembro distinto de aquel en el se expidió el título. CoM (94) 572 final.
- 6- Subrayar, a este respecto, la opinión de D.MARTIN respecto de que la ambivalencia de objetivos del artículo 52 del TCE, tal como resulta de los apartados 1 (que prohíbe las restricciones al derecho de establecimiento) y 2 (que prevé que el ejercicio del derecho de establecimiento se realiza en las condiciones definidas para sus nacionales por el Estado de acogida), permite explicar, al menos, parcialmente la jurisprudencia Gebhard según la cual el artículo 52 del TCE prohíbe igualmente las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio del derecho de establecimiento. Véase, MARTIN, D. "Discrimination", "entraves" et "raisons imperieuses" dans le Traité CE: trois concepts en quête d'identité. Cahiers de Droit Européen. 1999. Pg 261 y ss, en particular pag 270. A mayor abundamiento véase HATZOPOULOS, V. Exigences essentielles, impératives ou imperieuses: une théorie, des théories ou pas de théorie du tout?. Revue Trimestrielle de Droit Européen. Pg 222.
- 7- Véase, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el estado de aplicación del Sistema General de Reconocimiento de los Títulos de Enseñanza Superior. CoM(96) 46 final.
- 8- Véase, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEA. Informe al Parlamento y al Consejo sobre el estado de aplicación del Sistema General... op. cit. Pg 39.
- 9- Véase, PARLAMENTO EUROPEO. Informe sobre el informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el estado de aplicación del sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior, realizado de conformidad con el artículo 13 de la Directiva 89/48/CEE. A4-0029/97. 31 de Enero de 1997. (Ponente: N.FONTAINE).
- 10- Realismo que en todo caso casa mal con el grado de incumplimiento de la misma como certificar (al día de hoy) las sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de Marzo de 1995, Asunto C-365/93, Comisión c.Grecia, (no publicada en la Recopilación de Jurisprudencia) y de 13 de Julio de 1995, Asunto C-216/94, Comisión c.Bélgica (no publicada en la Recopilación de Jurisprudencia), que condenan a los citados Estados por no incorporar a sus respectivas legislaciones la Directiva 89/48/CEE. Sobre el panorama general que precede y anuncia el sentido de estas sentencias véase, HUGLO, J-G. La reconnaissance mutuelle des diplomes et des titres universitaires dans la jurisprudence communautaire. Gazette Européenne. N° 10. Pg 4 y ss.
- 11- Para un análisis de todo el sentido del proceso a partir de los problemas de cada profesión titulada véase, GARCIA VELASCO, I. Régimen general de las actividades farmacéuticas en la CEE. Libre circulación de profesionales liberales en la CEE...op. cit. Pg 61 y ss.
- 12- Para un análisis de todas las formas jurídicas posibles de esta noción y su negativo (de la noción indirecta) en el sistema comunitario véase, GARRONE, P. La discrimination indirecte en droit communautaire: vers un théorème générale. Revue trimestrielle de Droit Européen. 1994. Pg 425 y ss.
- 13- Véase, BOIXAREU, A. Las profesiones jurídicas en la Directiva relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior. Gaceta Jurídica de la CEE. No 67. Pg 4.
- 14- Véase, BOIXAREU, A. Las Profesiones jurídicas...op. cit. Pg 5.
- 15- Véase, COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES. Systeme général de reconnaissances des diplomes d'enseignement supérieur. Bulletin des CE. Supplément 8/85. Pg 7.
- 16- Véase, COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES. Systeme général... op. cit. Pg 7.
- 17- Para una visión general del problema respecto de las libertades de circulación véase, BERNARD, N. La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le Traité CE sous l'angle de la compétence. Cahiers de Droit Européen. 1998. Pg 11 y ss.
- 18- Véase, PERTEK, J. La reconnaissance mutuelle des diplomes d'enseignement supérieur. (Commentaires de la Directive du Conseil du 21 Décembre 1988). Revue Trimestrielle de Droit Européen. 1989. Pg 637 y ss.
- 19- Sobre la operatividad de las dos primeras hipótesis véase, WAGENBAUR, R. La reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles. JURIS/CLASSEUR-EUROPE. Fascicule 720. 1990. N° 72 y ss.
- 20- Sobre el papel del proyecto del Consejo de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea en el inicio y desarrollo de la Directiva 98/5/CE véase, MULLERAT, R. El ejercicio de la profesión de abogado en la Unión Europea (y II). La Ley. Número 4385. 1 de octubre de 1997. Pg 1 y ss.
- 21- Véase, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo para facilitar el ejercicio permanente de la abogacía... op. cit. Pg 4.
- 22- Sobre este rumbo jurisprudencial véase, ADRIAN, A. Nuevas perspectivas legales en el derecho de establecimiento de abogados en la Comunidad Europea. Noticias de la Unión Europea. N° 143. Diciembre de 1996. Pg 47 y ss. Del mismo autor véase también Entre el pasado y el futuro de la libre circulación de personas: la sentencia Bosman del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Revista de Estudios Europeos. N° 16. 1997. Pg 59 y ss.
- 23- Véase, PARLAMENTO EUROPEO. Informe sobre la propuesta de directiva del Parlamento y del Consejo destinada a facilitar el ejercicio permanente de la abogacía en un Estado miembro distinto de aquel en que expidió el título. Ponente: Nicole FONTAINE. A4-0146/96. Pg 21.
- 24- Véase, PARLAMENTO EUROPEO. A4-0146/96. op. cit... Pg 18.
- 25- Véase, PARLAMENTO EUROPEO. A4-0146/96... op. cit. Pg 21.
- 26- Véase, PARLAMENTO EUROPEO. A4-0146/96... op. cit. Pg 22 y ss.
- 27- El dictamen, en primera lectura, del Parlamento Europeo contiene 27 enmiendas: las seis primeras enmiendas se refieren a los considerandos de la Propuesta de Directiva, y las restantes



enmiendas se ocupan propiamente del articulado de la Propuesta de Directiva. Además de las dos enmiendas básicas subrayadas en el texto, conviene resaltar que la mayoría de las enmiendas del Parlamento Europeo fueron aceptadas, primero, por la Comisión Europea, y posteriormente por el Consejo.

28 - Véase, COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL. Dictamen sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a facilitar el ejercicio permanente de la abogacía en un Estado miembro distinto de aquel en el que se expidió el título. DOCE C/256 de 2.10.1996. Pg 256.

29 - COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo Y del Consejo destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se expidió el título. CoM(96) 446 final.

30 - Véase, PARLAMENTO EUROPEO. Recomendación Para la segunda lectura respecto de la posición común aprobada por el Consejo con vistas a la adopción de la directiva del Parlamento Europeo Y del Consejo destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que obtuvo el título. Ponente: Nicole FONTAINE. A4-0337/97. Pg 5.

31 - Véase, PARLAMENTO EUROPEO. A4-0337/97... op. cit. Pg 6.

32 - Subrayar que conforme al artículo 16 de la Directiva, los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 14 de Marzo de 2000.

33 - En consecuencia, conviene subrayar que el nuevo sistema general no permite per se al nacional comunitario ejercer su profesión en toda la Comunidad Europea. Es necesario además que dicha profesión exista en el Estado miembro de acogida en cuyo territorio desee ejercerla el nacional comunitario en cuestión. No obstante, aunque la existencia de la profesión es necesaria para la aplicación del nuevo sistema general, no es suficiente. La profesión de que se trate debe también estar regulada en el Estado de acogida. Por consiguiente, el carácter regulado de una actividad profesional en un Estado miembro es el que determina la aplicación de la Directiva 89/48/CEE. Indicar, en este sentido, que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia Arinitis de 1 de Febrero de 1996, declaró que una profesión (de geólogo en Alemania) no puede calificarse como regulada cuando, en el Estado miembro de acogida (Alemania), ninguna disposición legal, reglamentaria o administrativa regula el acceso a dicha profesión, su ejercicio o una de sus modalidades de ejercicio, aun cuando la única formación que permite ejercerla consista en estudios de enseñanza superior de una duración mínima de cuatro años y medio sancionados por un título y, por esta razón, sólo quienes poseen dicho título de enseñanza superior se presentan normalmente en el mercado de trabajo y ejerzan en él esta profesión. Sobre el papel fundamental de la sentencia Arinitis en el devenir de la Directiva 98/48/CEE véase, PERTEKJ. Une dynamique de la reconnaissance des diplomes a des fins professionnelles et a des fins académiques: réalisations et nouvelles réflexions. Revue du Marché Unique Européen. 1996. Pg 89 y ss.

34 - La sentencia (prejudicial) Vlassopoulou de 7 de mayo de 1991, que concierne al problema de Vlassopoulou, ciudadana de nacionalidad griega, que fue admitida para el ejercicio de la profesión por el Colegio de Abogados de Atenas en 1982 e intenta establecerse en Alemania para el ejercicio de la abogacía. Pues bien, indicar que en el año 1982 se doctoró por la Universidad alemana de Tübingen y desde Julio de 1983 trabaja en un bufete de abogados de Mannheim en funciones de asesoramiento a los abogados alemanes de ese bufete y, al mismo tiempo, continúa ejerciendo la abogacía en Grecia. El 13 de Mayo de 1988 Vlassopoulou solicita su inscripción como abogado en el Colegio de Abogados de Mannheim (Alemania), y se denegó dicha solicitud en base a que la demandante carecía de la aptitud que la legislación alemana exige para el ejercicio de la

abogacía en Alemania, esto es, la tenencia del título alemán de Licenciado en Derecho y aprobar el primer examen de Estado tras un periodo de prácticas. Esta sentencia (de notables consecuencias jurídicas para el derecho de establecimiento) establece que los Estados miembros no pueden, al aplicar sus disposiciones nacionales, dejar de tomar en consideración los conocimientos y aptitudes ya adquiridos por el interesado en otro Estado miembro. Por consiguiente, se subraya la obligación que tiene el Estado de acogida de tener en cuenta las cualificaciones académicas y profesionales obtenidas en el Estado de origen cuando se trata de ejercer el derecho de establecimiento. Véase, T.J.C.E. Asunto C-340/89, Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal 1991-I. Pg 2357 y ss.

35. Los hechos del caso Gebhard son como siguen: R.Gebhard es un abogado alemán que se ha instalado en Italia desde 1978. Este abogado tiene el título de abogado alemán, y está colegiado en el colegio de abogados de Stuttgart donde "colabora libremente" con un bufete sin poseer el suyo propio en Alemania. El Consejo de Abogados de Milán inició un procedimiento disciplinario contra él por haber ejercido ilegalmente sus actividades con el título de "avvocato" en su bufete bajo el nombre de "Studio legale Gebhard". Las conclusiones fundamentales de esta sentencia son: 1/ El carácter temporal de la libre prestación de servicios debe determinarse en función de su duración, frecuencia, periodicidad y continuidad. 2/ El prestador de servicios puede proveerse, en el Estado miembro de acogida, de la infraestructura necesaria para realizar su prestación. 3/ Un nacional de un Estado miembro que, de manera estable y continuada, ejerce 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, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones del capítulo del TCE relativo al derecho de establecimiento —52 a 58— y no del relativo a la libre prestación de servicios —artículos 59 a 66—. T.J.C.E. Asunto C-55/94. Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. 1995. Pg 4186 y ss. Para una aproximación general a las consecuencias de la jurisprudencia Gebhard véase, DE DIOS MARCE, J.M. La posibilidad de los abogados de abrir un despacho en otro Estado miembro en régimen de prestación de servicios a propósito de la STJCE de 30 de Noviembre de 1995. La Ley. 1996. D-50. Pg 1729 y ss.

36 - Sobre el sentido de esta jerarquía en la sentencia Gebhard y sus consecuencias para el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios en la CE véase, GOFFIN, L. Liberté d'établissement et égalité de traitement ou un avocat Peut-il "s'établir" sans être inscrit a l'ordre professionnel? Cahiers de Droit Européen. 1996. Pg 723 y ss.