

EL AMBITO PERSONAL DE APLICACION DEL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO EN LOS SUPUESTOS DE DOBLE NACIONALIDAD

Comentario a la Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1992
en el caso *Micheletti c. Delegación del Gobierno de Cantabria*
(As. C 369/90)

Por NURIA BOUZA I VIDAL(*)

INTRODUCCIÓN

El régimen de la libertad de establecimiento previsto en el artículo 52 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) exige la condición de nacional de un Estado miembro para su goce y ejercicio. Las circunstancias que pueden incidir en la nacionalidad de las personas físicas han dado lugar a una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). La Sentencia de 7 de julio de 1992 (1) aporta un nuevo elemento a dicha jurisprudencia, al precisar la delimitación del ámbito de aplicación personal del Derecho de establecimiento en los supuestos de plurinacionalidad cuando en una misma persona concurren la nacionalidad de un Estado miembro y la nacionalidad de un tercer Estado.

(*) Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

(1) El texto en español de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de julio de 1992, asunto C 369/90, *Mario Vicente Micheletti y otros y Delegación del Gobierno de Cantabria*, se ha publicado en la *Revista de Instituciones Europeas*, 1992, 3, págs. 975-979.

I. ANTECEDENTES DEL CASO

1. Don M. V. Micheletti, doble nacionalidad de origen italo-argentino, obtuvo del Ministerio de Educación y Ciencia, el 13 de enero de 1989, la homologación del título universitario de odontólogo obtenido en la Argentina, con arreglo al Convenio hispano-argentino de cooperación cultural de 23 de marzo de 1971 (2). Posteriormente, el 3 de marzo

(2) Para una correcta comprensión del caso, conviene destacar que con arreglo al artículo 2.1 del Convenio hispano-argentino de cooperación cultural de 23 de marzo de 1971 (*BOE*, núm. 80 de 3 de abril de 1973) «las partes convienen en reconocerse mutuamente los títulos académicos de todo orden y grado tal como los otorga o reconoce el otro país oficialmente». De esta disposición se desprende que para el reconocimiento mutuo de los títulos académicos sólo se requiere que hayan sido otorgados por las autoridades de los Estados parte. La ausencia de toda referencia a la condición de nacional de uno de los Estados parte para poder beneficiarse del régimen de homologación previsto en el Convenio hispano-argentino contrasta con la exigencia de esta condición en la mayoría de los Convenios bilaterales suscritos por España con otras Repúblicas iberoamericanas: artículo 3 del Convenio sobre validez de títulos académicos con Panamá de 15 de marzo de 1926 (ampliado por Convenio de cooperación cultural de 2 de mayo de 1979); artículo 12 del Convenio de intercambio cultural con Paraguay de 26 de marzo de 1957; artículo 12 del Convenio de intercambio cultural con Honduras de 12 de junio de 1957; artículo 12 del Convenio de intercambio cultural con Uruguay de 13 de febrero de 1964; artículo 4 del Convenio cultural con Guatemala de 27 de abril de 1964; artículo 13 del Convenio cultural con Bolivia de 15 de febrero de 1966; artículo IV del Convenio cultural con Chile de 8 de diciembre de 1967; artículo 12 del Convenio de cooperación cultural con Costa Rica de 6 de noviembre de 1971; artículo 16 del Convenio de cooperación cultural con Venezuela de 28 de junio de 1973; y artículo IV del Convenio de cooperación cultural y educativa con la República Dominicana de 15 de noviembre de 1988.

En el supuesto contemplado, la facultad del Sr. Micheletti de obtener en España la homologación de su título argentino de odontólogo con independencia de su condición de argentino, italiano o binacional italo-argentino, impide considerar, en contra de la opinión expresada por el Gobierno español en sus observaciones escritas presentadas ante el TJCE, que el Sr. Micheletti al ampararse en su condición de argentino para obtener la homologación de su título de odontólogo en España y en su condición de italiano para obtener el permiso de residente comunitario, infringiese el principio según el cual «el binacional no puede prevalecerse de una u otra de sus nacionalidades según sus intereses». Esta opinión, tampoco se ajusta a la práctica española. Así, por ejemplo, el Ministerio de Educación y Ciencia homologó, por Acuerdo de 6 de mayo de 1987, el título de odontólogo obtenido en la Universidad de Buenos Aires por un súbdito alemán y el TS, en Sentencia de 27 de septiembre de 1989 (*RJA*, núm. 6.410) estimó el recurso interpuesto por el interesado contra la decisión del Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Palma de Mallorca rechazando su colegiación en tanto no hubiese obtenido la tarjeta de residente comunitario.

de 1989, solicitó a la Administración española la tarjeta provisional de residente comunitario presentando un pasaporte italiano en vigor, expedido por el Consulado de Italia en Rosario (Argentina). Dicha tarjeta le fue concedida por un período de seis meses con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto 1099/1986, de 26 de mayo, sobre entrada, permanencia y trabajo de ciudadanos de los Estados miembros de la CEE. Antes de que expirara dicho período, solicitó a la Administración española la concesión de la tarjeta definitiva de residente comunitario para establecerse por cuenta propia como odontólogo en España. Esta Petición le fue denegada por la Delegación del Gobierno en Cantabria al considerar que, con arreglo a los artículos 9.9 y 9.10 del Código civil, la nacionalidad operativa es la correspondiente a la residencia habitual inmediatamente anterior a su llegada a España; en el presente caso la argentina. Contra esta decisión el Sr. Micheletti interpuso recurso administrativo que también le fue denegado, recurriendo a continuación contra ambos Acuerdos, en vía jurisdiccional, ante el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. A la vista de los hechos, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria consideró que para poder resolver la cuestión clave que planteaba el litigio, a saber la cuestión de la aplicabilidad del artículo 9, párrafos 9 y 10 del Código civil al caso de autos, requería formular, con arreglo al artículo 177 del TCEE, la siguiente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:

«¿Pueden interpretarse los artículos 3.º, 7, 52, 53 y 56 del TCEE, así como la Directiva 73/148 y disposiciones concordantes del Derecho derivado acerca de la libertad de circulación y establecimiento de personas, en el sentido de que son compatibles y permiten, por tanto; aplicar una legislación interna que no reconozca los “derechos comunitarios” inherentes a la condición de nacional de otro Estado miembro sólo por el hecho de que tal persona ostente simultáneamente la nacionalidad de un país tercero y haya sido éste el lugar de su residencia habitual, de su última residencia o de su residencia efectiva?»

2. El interés del asunto *Micheletti* es doble ya que por un lado contribuye a precisar el alcance de la competencia de los Estados miembros de las CE en materia de nacionalidad y por otro, pone de relieve

los desajustes que ocasiona la falta de coordinación entre la normativa española sobre acceso de los extranjeros a las actividades profesionales en España y la normativa comunitaria en materia de Derecho de establecimiento.

II. ALCANCE DE LA COMPETENCIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE NACIONALIDAD

A) *La remisión del Derecho comunitario al Derecho interno en materia de nacionalidad*

3. El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea recurre con frecuencia a la noción de nacionalidad para delimitar el ámbito personal de aplicación de sus disposiciones (arts. 48, 52 y 59); sin embargo el Derecho comunitario no precisa quiénes ostentan esta condición. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sostenido en numerosas ocasiones y ha reiterado en el asunto Micheletti que:

«La determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro, competencia que debe ejercerse respetando el Derecho comunitario.»

La competencia del Estado para definir quiénes son sus nacionales, no se ha visto afectada con la creación de una «ciudadanía de la Unión» por el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht de 7 de febrero de 1992. El nuevo texto del artículo 8 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se limita a señalar que:

«Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro.»

Asimismo, la Declaración relativa a la nacionalidad de un Estado miembro, aneja al Acta Final de las Conferencias que adoptaron el Tratado de la Unión Europea, reitera la remisión del Derecho comunitario al Derecho de los Estados miembros para definir quienes son sus nacionales:

«La Conferencia declara que cuando en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se haga referencia a los nacionales de los Estados miembros 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, la cual podrá modificarse en caso necesario» (3).

B) *La formulación de una norma material de Derecho comunitario para resolver los "conflictos positivos" de nacionalidad*

4. La principal contribución de la Sentencia de TJCE de 7 de julio de 1992, reside en haber precisado que, a efectos de aplicación de las normas de Derecho comunitario relativas a la libertad de establecimiento, la competencia de los Estado miembros para definir quiénes son sus nacionales no se extiende a la facultad de determinar, en los supuestos de doble o múltiple nacionalidad, cuál es la nacionalidad efectiva, preferente u operativa.

En los apartados 10 y 11 de la Sentencia se formula implícitamente una norma material de Derecho comunitario destinada a resolver los denominados «conflictos positivos» de nacionalidad en aquellos supuestos en que además de la nacionalidad de un Estado miembro se ostenta

(3) Con anterioridad a esta Declaración los Estados miembros ya habían hecho uso de la libertad para determinar quiénes debían considerarse sus nacionales a efectos de aplicación del Derecho comunitario. El Gobierno de la República Federal de Alemania, declaró con ocasión a la firma del Tratado de Roma que debían entenderse por nacionales alemanes los que eran considerados como tales por la Ley Fundamental de Bonn. El Gobierno de Gran Bretaña e Irlanda del Norte declaró en el momento de firmar el Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas que debía entenderse por «nacionales»: a) los nacionales del Reino Unido y de las colonias o las personas consideradas sujetos británicos que no ostentara ni esta nacionalidad ni la de un país o territorio de la Commonwealth, siempre que, en ambos casos, tuviesen derecho a residir en el Reino Unido o estuviesen, por este motivo, exentos del control de inmigración del Reino Unido y b) los nacionales del Reino Unido y de las colonias si ellos o su padre hubiesen nacido, estuviesen inscritos en el registro del estado civil o se hubiesen naturalizado en Gibraltar.

la nacionalidad de un tercer Estado (4). Conforme a esta norma, si un Estado miembro atribuye a una persona su nacionalidad, los demás Estados miembros no pueden negarle la libertad de establecimiento con el pretexto de que con arreglo a su Derecho interno la nacionalidad efectiva o preferente es la del tercer Estado.

El fundamento de esta disposición se halla en la necesidad de garantizar una delimitación uniforme del ámbito de aplicación personal del Derecho de establecimiento y evitar, de este modo, que en los supuestos de doble nacionalidad se produzca un trato discriminatorio como resultado de la distinta percepción de los Estado miembros respecto de la nacionalidad preferente u operativa (5).

C) *Jurisprudencia relativa al ámbito de aplicación personal del Derecho de establecimiento*

5. El criterio según el cual para poder beneficiarse del Derecho de establecimiento basta con acreditar que se es nacional de un Estado miembro, sin que deban tomarse en consideración otros elementos o condiciones subjetivas, ya se había formulado por el TJCE, de forma más o menos explícita, en otras decisiones anteriores al asunto *Micheletti*.

(4) En el apartado 10 el TJCE afirma que: «No corresponde en cambio a la legislación de un Estado miembro limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro, exigiendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales previstas en el Tratado»; y en el apartado 11 que: «No se puede admitir una interpretación del artículo 52 del Tratado según la cual, cuando un nacional de un Estado miembro ostenta al mismo tiempo la nacionalidad de un Estado tercero, los demás Estados miembros pueden subordinar el reconocimiento de su condición de ciudadano comunitario a requisitos tales como la residencia habitual del interesado en el territorio del tercer Estado.»

(5) La necesidad de neutralizar la diversidad normativa de los Estados miembros en sectores en principio ajenos al Derecho comunitario, surge no sólo cuando para delimitar el ámbito de aplicación personal del Derecho comunitario se recurre, como en el supuesto contemplado, a la noción de nacionalidad, sino también cuando en ciertos reglamentos o directivas adoptadas en ejecución de la libertad de circulación se utilizan para delimitar su ámbito de aplicación, nociones propias del Derecho de familia de los Estados miembros, tales como cónyuge, ascendiente, descendiente, parientes, etc. Vid. Ch. KOHLER: «L'art. 220 du Traité CEE et les conflits de juridictions en matière de relations familiales: premières réflexions», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1992, págs. 226-229.

En el asunto *Auer I*, la cuestión prejudicial que se sometió al TJCE fue la de si debía considerarse contraria a la libre circulación y a la libertad de establecimiento la negativa de las autoridades francesas a autorizar el ejercicio de la profesión de veterinario en Francia a un nacional austriaco que adquirió la nacionalidad francesa después de haber obtenido en Italia el diploma de veterinario (6). Tanto las observaciones escritas presentadas por la Comisión, como la Sentencia del TJCE y las conclusiones del abogado general, J. P. Warner, ofrecen interesantes precisiones respecto del ámbito personal de aplicación del Derecho de establecimiento. En primer lugar, se reitera el criterio, ya formulado en el asunto *Knoors* (7), según el cual las disposiciones del Tratado en materia de libertad de establecimiento se aplican al nacional de un Estado miembro incluso si pretende establecerse en el Estado del cual es nacional, siempre que no se trate de una situación puramente interna; es decir, el título o el diploma profesional se haya obtenido en otro Estado miembro. Esta interpretación, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 7 del TCEE, tiene por objeto evitar que un Estado miembro trate a sus nacionales de forma menos favorable que a los nacionales de los demás Estados miembros (discriminación *a rebours*) (8). En segundo lugar, se considera que el momento y el modo como se ha adquirido la nacionalidad de un Estado miembro es indiferente a los efectos de aplicación del Derecho de establecimiento,

(6) Sentencia del TJCE de 7 de febrero de 1979, As. 136/78, *Recueil*, 1979-I, págs. 437-452. El Tribunal de apelación de Colmar (Francia) sometió al TJCE la siguiente cuestión prejudicial: «¿El hecho de prohibir, a una persona habilitada para ejercer la profesión de veterinario en un Estado miembro de la CE y que con posterioridad a esta circunstancia ha adquirido la nacionalidad de otro Estado miembro, el ejercicio de la mencionada profesión en este nuevo Estado, debe considerarse una restricción a la libertad de establecimiento prevista en el artículo 52 del Tratado de Roma y, en lo relativo al acceso a las profesiones no asalariadas, en el artículo 57 del mismo tratado?» En opinión del TJCE, en ausencia de Directivas comunitarias (las Directivas 78/1026 y 78/1027 sobre reconocimiento mutuo de diplomas de veterinario y de coordinación de disposiciones relativas a la actividad de veterinario, todavía no obligaban a los Estados miembros en el momento del litigio) «los nacionales de un Estado miembro no pueden pretender, en base al artículo 52, ejercer la profesión de veterinario en condiciones distintas de las previstas en la legislación del país de acogida».

(7) Sentencia de 7 de febrero de 1979 (As. 115/78), *Recueil*, 1979, págs. 399 y ss.

(8) Vid. G. DRUESNE: «Remarques sur le champ d'application personnel du droit communautaire: des "discriminations à rebours"», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1979, págs. 429-439.

ya que el único factor relevante es que la condición de nacional de un Estado miembro se ostente en el momento en que se invocan las disposiciones del derecho comunitario cuyo goce está vinculado a dicha condición subjetiva (9).

6. La cuestión de la aplicación del Derecho de establecimiento a los binacionales se planteó por primera vez en el asunto *Gullung* (10). En este caso, y a diferencia del asunto *Micheletti*, se trataba de un nacional de dos Estados miembros; concretamente, de un binacional francés y alemán que al no ser admitido en un Colegio de abogados francés por motivos de ética profesional (con anterioridad y debido a distintas sanciones disciplinarias tuvo que dimitir como notario), se trasladó a Alemania, donde logró colegiarse y ejercer la profesión de abogado. Posteriormente, pretendió actuar en Francia al amparo de la directiva 77/249 tendente a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por parte de los abogados, pero distintos Colegios de abogados franceses prohibieron a sus miembros que le prestasen la asistencia para poder actuar fuera del país de su establecimiento prevista en la mencionada Directiva y en el Decreto francés de 22 de marzo de 1979. M. Gullung recurrió contra estas decisiones invocando la libre prestación de servicios de los abogados establecidos en un Estado miembro y el Derecho de establecerse como abogado sin necesidad de colegiarse. El Tribunal de apelación de Colmar (Francia), ante el que se planteó el litigio, acudió al TJCE para que se pronunciase a título prejudicial sobre distintas cuestiones, entre ellas, la de si una persona que ostenta la nacionalidad de dos Estados puede valerse de la Directiva 77/249 para prestar sus servicios en el otro Estado del cual también es nacional. El TJCE mantuvo, en la Sentencia de 19 de enero de 1988, la jurisprudencia *Knoors* al sostener que:

«La libre circulación de personas, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, fundamentales en el sistema de la Comunidad, no podrían realizarse plenamente si un Estado pudiera rechazar el beneficio de las disposiciones comunitarias a aquellos nacionales suyos que, habiéndose establecido en otro

(9) Sentencia del TJCE de 7 de febrero de 1979, As. 136/78, *Recueil*, 1979-I, pág. 450, ap. 28 y 29.

(10) Sentencia del TJCE de 19 de enero de 1988 (As. 292/86), *Recueil*, 1988-I, págs. 131-141.

Estado miembro del cual también son nacionales, hacen uso de las facilidades que les ofrece el derecho comunitario para ejercer, en el territorio del primer Estado, sus actividades en forma de prestación de servicios» (11).

7. De la jurisprudencia examinada se desprende que puede beneficiarse del Derecho de establecimiento no sólo el nacional de un Estado miembro que pretenda acceder y ejercer una profesión en otro Estado miembro (supuesto expresamente previsto en el artículo 52 del TCEE), sino también:

a) El nacional de un Estado miembro que pretende acceder y ejercer una profesión en el Estado del cual es nacional siempre que no se trate de una situación puramente interna, por ejemplo que haya obtenido el título en el mismo Estado que pretende ejercer (asuntos *Knoors* y *Auer*).

b) El nacional de dos Estados miembros que pretenda acceder y ejercer una profesión en uno de los Estados del que es nacional o en otro Estado miembro (asunto *Gullung*).

c) El nacional de un Estado miembro y de un tercer Estado que pretenda acceder y ejercer la profesión en el Estado miembro del que es nacional o en otro Estado miembro (asunto *Micheletti*).

D) *Alcance de la jurisprudencia "Micheletti" en el Derecho interno de los Estados miembros*

8. Desde la perspectiva del Derecho interno, la interpretación realizada por el TJCE en el asunto *Micheletti* del ámbito personal de aplicación del Derecho de establecimiento en los supuestos de nacionalidad múltiple, puede valorarse de distinto modo según sea el criterio utilizado en los Estados miembros para resolver los «conflictos positivos» de nacionalidad.

El análisis comparado de los distintos Derechos internos muestra la existencia de dos enfoques distintos. Uno, sectorial o funcional y otro global o autónomo. Conforme al primero, la opción en favor de una de las nacionalidades en presencia varía en función de la materia y/o el ori-

(11) *Ibid.*, pág. 136, ap. 12.

gen de la plurinacionalidad; mientras que con arreglo al segundo, se opta por un único criterio con pretensiones de generalidad (12).

9. El Derecho español puede incluirse dentro de los Ordenamientos jurídicos partidarios de un enfoque *sectorial*. Ante un supuesto de nacionalidad múltiple la preferencia por una de las nacionalidades en presencia sólo se contempla de forma expresa en el marco de ciertos Convenios internacionales, concretamente los Convenios de doble nacionalidad con algunos países iberoamericanos (13) y en el marco de la aplicación de las normas de conflicto que utilizan la nacionalidad como punto de conexión (arts. 9.9 y 9.10 del Código civil) (14).

(12) P. LAGARDE: «Vers un approche fonctionnelle du conflict positif de nationalités (à propos notamment de l'arrêt Dujaque de la Première chambre civile du 22 juillet 1987)», *Revue critique*, 1988, págs. 29-53, utiliza las expresiones «aproximación funcional o relativista» y «aproximación autonomista o dogmática» para referirse a estos dos criterios de solución de los conflictos positivos de nacionalidades.

(13) La nacionalidad preferente a efectos de otorgamiento de pasaporte, protección diplomática y la regulación de los derechos públicos y privados es la correspondiente al domicilio o residencia habitual en los Convenios de doble nacionalidad con Chile, Perú, Nicaragua, Bolivia y Honduras y la nueva nacionalidad en los Convenios de doble nacionalidad con Paraguay, Ecuador, Costa Rica, República Dominicana y Argentina. (Para un análisis más detallado de la doble nacionalidad convencional vid. M. VIRGÓS: «Nationality and Double Nationality Principles in Spanish Private International Law System», en E. JAYME-H. P. MANSEL: *Nation und Staat im Internationalen Privatrecht*, 1990, págs. 247-258.)

Este tipo de Convenios los hallamos también en otros Estados miembros de la Comunidad. Así por ejemplo el *Acuerdo de nacionalidad entre Italia y Argentina* de 29 de octubre de 1971 —cuyo artículo 3 es prácticamente idéntico al artículo 3 del *Convenio de doble nacionalidad entre España y Argentina* de 14 de abril de 1969—, dispone que: «Para las personas a las que se refieren los artículos anteriores el ejercicio de los Derechos públicos y privados, la protección diplomática y el otorgamiento del pasaporte y todos los derechos políticos, civiles, sociales y laborales se regirán por las leyes del país que otorga la nueva nacionalidad. Por la misma legislación y por los acuerdos vigentes en la materia entre los dos países, se regulará el cumplimiento de las obligaciones militares, entendiéndose como cumplidas las satisfechas en el país de origen» (*Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1972, págs. 385-386).

(14) Artículo 9.9: «A los efectos de este capítulo, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida. Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuera la española se estará a lo que establece el apartado siguiente.»

La aplicación de estos criterios a otros ámbitos o sectores es insostenible. Las opciones en favor de una de las nacionalidades en presencia previstas en el artículo 9.9 del Código civil obedecen a objetivos propios de las normas de conflicto (localización del Derecho aplicable) que no son extrapolables a otros sectores en que la nacionalidad se utiliza como criterio de delimitación del ámbito de aplicación personal de las normas que los regulan (15). Es más, en supuestos como el contemplado, en que ninguna de las nacionalidades en juego es la española, el artículo 9.9 del Código civil no es aplicable ni por analogía. Aún admitiendo, por un momento, el planteamiento de la Delegación del Gobierno en Cantabria, según el cual la concesión de la tarjeta de residente comunitario al Sr. Micheletti depende de cuál sea su nacionalidad efectiva o preferente desde el punto de vista del Derecho español, no es posible responder a esta cuestión acudiendo al apartado 10 en relación con el apartado 9 del artículo 9 del Código civil, como pretendió la Administración española. En los casos en que ninguna de las nacionalidades es la española, el legislador abandona, toda valoración y referencia a una de las nacionalidades en juego y opta por regir el «estatuto personal» del binacional por la ley de su residencia habitual. Por este motivo, no es correcto interpretar, la opción a favor de la conexión: residencia habitual del artículo 9.10, como una manifestación a favor de la nacionalidad «correspondiente a la última residencia habitual antes de venir a España, que en el caso presente era Argentina», como hizo la Delegación del Gobierno en Cantabria.

Artículo 9.10: «Se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual.»

Además del Derecho español cabe citar, entre los ordenamientos que han formulado un criterio específico de solución de los «conflictos positivos de nacionalidad» en el ámbito de la ley aplicable al «estatuto personal», el artículo 5.1 de la Ley de introducción al Código civil alemán en su nueva redacción por Ley de 5 de julio de 1986: «Cuando la remisión sea al Derecho del Estado al que pertenezca una persona y ésta pertenezca a varios, se aplicará el Derecho de aquél con el que la persona mantenga una vinculación más estrecha, especialmente por su residencia habitual o el transcurso de su vida. Si la persona es alemana prevalece esta condición jurídica.»

(15) En contra de la aplicación del artículo 9.9 del Código civil a sectores distintos al de las normas de conflicto que utilizan la nacionalidad como punto de conexión, se han pronunciado, M. VIRGÓS: *op. cit.*, págs. 256-257, y P. RODRÍGUEZ MATEOS: «La doble nacionalidad en la sistemática del Derecho privado internacional», *REDI*, 1990, 2, págs. 484-493.

En definitiva, desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos partidarios de un enfoque sectorial, la jurisprudencia *Micheletti* no comporta ningún cambio sustantivo del sistema; ni supone contradicción u anomalía alguna admitir que la nacionalidad preferente del binacional pueda variar en función del tipo de relación de que se trate.

10. La percepción del alcance de la jurisprudencia *Micheletti* en el Derecho interno puede ser algo distinta en aquellos Estados miembros que adoptan un enfoque global o autónomo de los «conflictos positivos» de nacionalidad. Así, por ejemplo, la *Ley portuguesa de nacionalidad número 37/81, de 3 de octubre*, dispone, con independencia del sector o materia afectados, que: a) en caso de conflicto entre la nacionalidad portuguesa y una nacionalidad extranjera la nacionalidad portuguesa será la única que se tomará en consideración (art. 27). y b) en caso de conflicto entre nacionalidades extranjeras, sólo se tomará en consideración la nacionalidad del Estado en que el plurinacional tenga su residencia habitual y, en su defecto, la nacionalidad del Estado con el cual mantenga una vinculación más estrecha (16).

Esta solución del Derecho común debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados internacionales (17). Al respecto, cabe recordar, el principio generalmente admitido según el cual: cuando con ocasión de la aplicación de un Tratado, sujeto a reciprocidad, el Estado del foro debe aplicarlo a un binacional, basta con que una de las nacionalidades en presencia sea la de un Estado parte (18). Por consiguiente, si en el marco de los Tratados internacionales en general, y del Tratado de Roma en particular, la condición de nacional debe tomarse en consideración como simple expresión de soberanía o vinculación formal a un Estado parte, incluso si se trata de un binacional y la nacionalidad más efectiva es la de un Estado no parte en el Tratado, la aplicación de la jurisprudencia *Micheletti*, tampoco debe plantear problemas de ajuste en los ordenamientos jurídicos partidarios de un enfoque autónomo y global del conflicto positivo de nacionalidades.

(16) Vid. Texto y comentario de R. M. MOURA RAMOS en *Revue critique*, 1982, págs. 796-809.

(17) El artículo 4 de la Constitución portuguesa de 1976 dispone que: «Son nacionales portugueses todos aquellos considerados como tales por la Ley o por un Tratado internacional.»

(18) Vid. P. LAGARDE: *op. cit.*, pág. 38.

III. AUSENCIA DE COORDINACIÓN ENTRE LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE ACCESO DE LOS EXTRANJEROS A LAS ACTIVIDADES PROFESIONALES EN ESPAÑA Y LA NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE DERECHO DE ESTABLECIMIENTO

A) *La condición de nacional de un Estado miembro como requisito necesario pero no suficiente para poder gozar del Derecho de establecimiento comunitario*

11. El TJCE, al estar únicamente obligado a responder a las cuestiones prejudiciales que le somete el juez interno, se limitó, en el supuesto contemplado, a declarar la incompetencia de un Estado miembro para denegar la libertad de establecimiento al nacional de otro Estado miembro «que ostenta al mismo tiempo la nacionalidad de un tercer Estado, basándose en que la legislación del Estado miembro de acogida lo considera nacional de este tercer Estado». Ahora bien, ni esta interpretación del TJCE, ni la decisión, que a la vista de esta interpretación, adoptó el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, reconociendo el derecho del Sr. Micheletti a obtener la tarjeta de residente comunitario (19), agotan el interés del caso.

En primer lugar, porque para poder beneficiarse del derecho de establecimiento comunitario no basta con la condición *subjetiva* de nacional de un Estado miembro ni con la obtención de una tarjeta de residente comunitario, sino que para ello es necesario que concurren, además, las condiciones previstas en las directivas comunitarias sobre reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y títulos y sobre coordinación de las disposiciones legislativas relativas al acceso y ejercicio de la profesión. En el caso concreto de la profesión de odontólogo estas directivas son: la Directiva del Consejo 78/686/CEE sobre reconocimien-

(19) En Sentencia de 21 de septiembre de 1992 (inédita) el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria resolvió estimar el «recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Mario Vicente Micheletti, doña Esther María Dautresale y doña Celina Devali contra los acuerdos de la Delegación del Gobierno en Cantabria de 18, 20 y 25 de abril de 1990 que, a su vez desestimaron la reposición contra anteriores resoluciones dictadas por el mismo organismo los días 2, 9 y 13 de marzo de 1989 en cuya virtud se denegó a los cónyuges señores Micheletti y Dautresale y doña Celina Devalli la concesión de tarjeta de residente comunitario. Anulamos dichos actos administrativos y reconocemos el derecho de los demandados a obtener la citada tarjeta».

to recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos de odontólogo, que contiene además medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios y la Directiva del Consejo 78/687/CEE sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a las actividades de los odontólogos, ambas de 25 de julio de 1978 (20). En segundo lugar, porque pone de relieve los desajustes que se originan cuando los obstáculos que debe superar un extranjero para poder acceder y ejercer una actividad profesional en España se rigen por disposiciones inspiradas en políticas distintas (21). En el caso contemplado, las formalidades administrativas que debe cumplir el Sr. Micheletti para poder entrar y permanecer en España son las previstas en el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas (22), mientras que la convalidación del título de odontólogo obtenido en la Argentina se rige por *el Convenio hispano-argentino de cooperación cultural de 23 de marzo de 1971*.

B) La entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas conforme los Reales Decretos 1099/1986, de 26 de mayo, y 766/1992, de 26 de junio

12. En la fecha en que el Sr. Micheletti solicitó la concesión de la tarjeta de residente comunitario (3 de marzo de 1989), el régimen aplicable a la entrada, permanencia y trabajo en España de los nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas, era el previsto en el Real

(20) *DOCE*, núm. L 233, de 24 de agosto de 1978. Con arreglo a estas directivas para poder acceder y ejercer la profesión de odontólogo en cualquier Estado de la Comunidad, el interesado debe estar en posesión de alguno de los certificados, títulos o diplomas previstos en el artículo 3 de la Directiva 78/686 y cumplir las condiciones de formación previstas en el artículo 1 de la Directiva 78/687. La transposición de estas Directivas al Derecho español ha tenido lugar por Real Decreto núm. 675/1992, de 19 de junio (*BOE*, núm. 178, de 25 de julio de 1992).

(21) Para un examen comparado de los obstáculos que deben superar los nacionales de un Estado miembros de las CE y los extranjeros no comunitarios que pretendan ejercer una profesión liberal en España, vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS: «El acceso de los extranjeros al ejercicio de la profesión», en *Profesiones técnicas y Derecho*, Oviedo, 1985, págs. 53-106.

(22) *BOE*, núm. 156, de 30 de junio de 1992, y núm. 277, de 18 de noviembre de 1992 (s. e.).

Decreto 1099/186, de 26 de mayo de 1986 (23). Con base en este Real Decreto, cabía haber denegado el permiso de residencia solicitado por el Sr. Micheletti, sin necesidad de acudir a los artículos 9.9 y 9.10 del Código civil, como erróneamente hizo la Delegación del Gobierno en Cantabria. Esta opinión se basa en las siguientes consideraciones:

a) El artículo 1.1 del Real Decreto 1099/1986 limita su ámbito de aplicación a los nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas que pretendan realizar en nuestro país «una actividad asalariada o independiente; o prestar o recibir servicios, *al amparo de los artículos 48, 52 y 59 del TCEE*» (24).

b) En el supuesto contemplado, el Sr. Micheletti no podía ampararse en la libertad de establecimiento comunitario debido a que su título de odontólogo no reunía las condiciones previstas en las Directivas de Consejo 78/686 y 78/687, de 25 de julio de 1978. Concretamente, los artículos 2 y 4 de la Directiva 78/687, subordina el acceso y ejercicio de la profesión de odontólogo a la posesión de un diploma, certificado u otro título, expedido por las autoridades de un Estado miembro y el artículo 1.4 de la Directiva 78/687 dispone que el título de odontólogo obtenido en un tercer Estado (en el caso de autos, Argentina), sólo habilita para ejercer la profesión en el Estado miembro que los reconoce (España) (25).

(23) *BOE*, núm. 139, de 11 de junio de 1986.

(24) Como indica J. L. IGLESIAS BUHIGUES («Entrada, permanencia y trabajo en España de nacionales en Estados miembros de la Comunidad Europea», *La Ley, supl. CE*, núm. 19, 1986, pág. 26), lo que regula el Real Decreto 1099/1986 es las formalidades administrativas para el ejercicio de unos derechos cuya fuente son los artículos 48, 52 y 59 del TCEE (libertad de circulación de los trabajadores, la libertad o derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios. «Por consiguiente, debe quedar claro que, en principio, la entrada y permanencia en España de nacionales de países comunitarios por razones distintas a los citados derechos (vacaciones, turismo, etc.) queda excluida del ámbito del Real Decreto e incluida en el de Ley de Extranjería.» En apoyo de esta interpretación cabe citar además el artículo 7 del mencionado Real Decreto: «... la vigencia de la tarjeta de residencia quedará condicionada al hecho de que se sigan realizando las actividades en atención a las cuales se haya expedido».

(25) Según el artículo 1.4 de la Directiva 78/687 «la presente Directiva no limitará en modo alguno la posibilidad de que los Estados miembros en su territorio y de acuerdo con su regulación permitan el acceso a las actividades de los odontólogos y a su ejercicio a los titulares de diplomas, certificados u otros títulos que no hayan sido obtenidos en un Estado miembro». Para un análisis del régimen de los títulos obtenidos en terceros estados en las directivas sectoriales vid. A. OLESTI: *La libre circulación de los profesionales liberales en la CEE*, Barcelona, P.P.U., 1992, págs. 122 y 156-158.

c) En definitiva, si el Sr. Micheletti, no podía ampararse en las disposiciones del TCEE y del Derecho derivado para ejercer la profesión de odontólogo en España; ni tampoco podía, por este motivo, acogerse al régimen especial de entrada y permanencia previsto en el Real Decreto 1099/86 para los extranjeros comunitarios; su entrada y permanencia en España debían de haberse regulado por el derecho común de extranjería previsto en la Ley orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y en su Reglamento de ejecución aprobado por Real Decreto 119/86, de 26 de mayo (26).

Esta interpretación ofrece la ventaja de evitar los desajustes que se producen cuando, en supuestos como el contemplado, los nacionales de un Estado miembro de las Comunidades que han obtenido un título en un tercer Estado, pretenden acceder y ejercer una profesión liberal en España amparándose simultáneamente en regímenes inspirados en principios distintos: el derecho de entrar, circular y permanecer libremente en el territorio español del que gozan los extranjeros comunitarios y el derecho al reconocimiento automático de los títulos y diplomas obtenidos en Estados parte de ciertos Convenios bilaterales.

13. La interpretación anterior deja de ser sostenible en el momento en que el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria reconoció el derecho del Sr. Micheletti a obtener la tarjeta de residente comunitario (21 de septiembre de 1992), debido a la derogación del Real Decreto 1099/86 por el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas. En la actualidad, el derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio español sin más requisitos

(26) En términos generales los nacionales argentinos están sujetos al régimen común de extranjería salvo algunas excepciones de escasa relevancia, tales como, la posibilidad de entrar en España sin necesidad de visado, en el supuesto que pretendan permanecer en nuestro país menos de 90 días y no tengan la intención de realizar ninguna actividad lucrativa (*Canje de Notas de 8 de julio de 1960 sobre supresión de visados entre España y Argentina*); la reducción del periodo de trabajo exigido para poder obtener el permiso de trabajo E, o el reconocimiento de preferencia en la obtención del permiso de trabajo D, salvo que el Ministerio de Trabajo y Seguridad social limite su alcance a la vista de la situación nacional de empleo o debido a la ausencia de reciprocidad. Gozan de estas ventajas relativas a la obtención de determinados permisos de trabajo, no sólo los argentinos sino también los nacionales de los demás países iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatorianos o sefardís (arts. 39.a), 40.2 y 42 del Reglamento de ejecución de la Ley orgánica 7/1985).

que el cumplimiento de las formalidades administrativas previstas en el Real Decreto 766/1992 alcanza, no sólo a los nacionales de un Estado miembro de las CE que pretendan realizar en España un trabajo por cuenta propia o ajena al amparo de lo dispuesto en los artículos 48, 52 y 59 del TCEE, como sucedía en la legislación anterior, sino también a aquellos que no pretendan ejercer ninguna actividad lucrativa (incluidos los estudios) o hayan dejado de ejercerla (27).

Este nuevo marco legal impide toda interpretación susceptible de restringir la libertad de desplazamiento y estancia de los extranjeros comunitarios más allá de los límites que por razones de orden público, seguridad pública y salud pública prevé el propio Real Decreto 766/1992. En la actualidad la búsqueda de una solución que evite los desajustes que se producen cuando las distintas barreras que debe superar un extranjero para poder acceder y ejercer una profesión titulada en España se hallan sujetas a regímenes distintos (28), exige explorar otras posibilidades.

(27) Con la adopción de este nuevo Real Decreto, se ha procedido a la transposición de la Directiva 90/364/CEE relativa al derecho de residencia; la 90/365/CEE relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer una actividad profesional; y la Directiva 90/366/CEE relativa al derecho de residencia de los estudiantes, todas ellas de 28 de junio de 1990.

(28) La jurisprudencia española —sin llegar a pronunciarse directamente acerca de los desajustes ocasionados por la aplicación de regímenes distintos a las condiciones de acceso y ejercicio de una profesión—, ha puesto de relieve, la situación ventajosa en que se encuentran los profesionales extranjeros amparados por un régimen convencional de reconocimiento automático o de pleno derecho en relación con los profesionales que han obtenido su título en un Estado de la Comunidad, manifestando expresamente que esta situación no supone discriminación alguna en favor de los extranjeros no comunitarios dado que el Derecho comunitario no es aplicable a los nacionales de terceros Estados. En el marco de aplicación del Convenio cultural entre España y Argentina de 23 de marzo de 1971 y en relación con el título argentino de odontólogo cabe citar las siguientes sentencias: STS de 20-I-88 (*RJA*, núm. 295); STS de 13-V-88 (*RJA*, núm. 4161); STS de 1-VII-88 (*RJA*, núm. 5512); STS de 4-VII-88 (*RJA*, núm. 5521); STS de 19-VII-88 (*RJA*, núm. 5662); STS de 20-VII-88 (*RJA*, núm. 5674); STS de 20-VII-88 (*RJA*, núm. 5675); STS de 19-IX-88 (*RJA*, núm. 6949); STS de 11-XI-88 (*RJA*, núm. 8685); STS de 23-I-89 (*RJA*, núm. 9348); STS de 23-I-89 (*RJA*, núm. 224); STS de 3-II-89 (*RJA*, núm. 778); STS de 3-II-89 (*RJA*, núm. 788); STS de 20-II-89 (*RJA*, núm. 1073); STS de 28-II-89 (*RJA*, núm. 1161); STS de 6-III-89 (*RJA*, núm. 1943); STS de 21-II-89 (*RJA*, núm. 2116). Para un análisis más amplio y

14. Una posible vía de solución puede ser el camino emprendido por el Gobierno español al denunciar algunos Convenios bilaterales que preveían la convalidación automática, con plenos efectos académicos y profesionales de los títulos obtenidos en los Estados parte, sin previa coordinación de los respectivos sistemas educativos no previo examen de equivalencia (29). Así, por ejemplo, los Convenios con Méjico, Guatemala y Nicaragua de 1904 (30); el Convenio con Costa Rica de 1925 (31) y el Convenio con la República Dominicana de 1953 (32) han sido sustituidos por un régimen convencional distinto en que las partes se comprometen a establecer un sistema de equivalencias de títulos, preveyendo el intercambio de Notas verbales que fijen «tablas de equivalencia»; la intervención de «comisiones mixtas» para establecer la equivalencia; o la necesidad de una prueba para las asignaturas no equivalentes [art. 4 del Convenio con Guatemala de 1964 (33); artículo 12 del Convenio con Costa Rica de 1971 (34); artículo 3 del Convenio con Méjico de 1985 (35); artículo IV del Convenio con la Re-

detenido de la jurisprudencia española en aplicación de los Convenios bilaterales de cooperación cultural entre España y distintos países iberoamericanos, vid. A. ALVAREZ RODRÍGUEZ: «Validez profesional de los títulos académicos obtenidos por extranjeros en España», *La Ley*, 1988, vol. 3, y «Régimen jurídico de algunos iberoamericanos en el ordenamiento español», *La Ley*, de 30 de noviembre de 1990.

(29) Para una valoración crítica de estos Convenios, vid. P. P. MIRALLES SANGRO: «Homologación de títulos latinoamericanos de odontólogo: contexto normativo y jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 61, 1989, págs. 67-93.

(30) Tratado con Méjico sobre reconocimiento y validez de títulos académicos de 28 de mayo de 1904 (*N. Dicc.*, núm. 25.997); Convenio con Guatemala sobre reconocimiento mutuo de validez de títulos académicos de 16 de julio de 1904 (*N. Dicc.*, núm. 25.998), y Convenio con Nicaragua sobre validez de títulos y estudios de 4 de octubre de 1904 (*N. Dicc.*, núm. 26.000).

(31) Convenio de San José de Costa Rica sobre validez de títulos académicos de 3 de marzo de 1925 (*N. Dicc.*, núm. 26.009).

(32) Convenio cultural con la República Dominicana de 27 de enero de 1953 (*N. Dicc.*, núm. 26.046).

(33) Convenio cultural con Guatemala de 27 de abril de 1964 (*N. Dicc.*, núm. 26.080).

(34) Convenio de cooperación cultural con Costa Rica de 6 de noviembre de 1971 (*BOE*, núm. 49, de 26 de febrero de 1980).

(35) Acuerdo entre España y Méjico de 10 de junio de 1985 sobre reconocimiento o revalidación e certificados de estudios, títulos, diplomas y grados académicos (*BOE*, núm. 264, de 4 de noviembre de 1991).

pública Dominicana de 1988 (36), y artículo 6 del Convenio con Nicaragua de 1991 (37)].

En el ámbito concreto de los títulos de odontología, la progresiva aproximación del régimen convencional español en materia de reconocimiento mutuo de títulos y diplomas, al régimen previsto en las Directivas comunitarias, en el sentido de condicionar la convalidación de los estudios realizados en un Estado parte a unas exigencias mínimas de formación para poder acceder al ejercicio de dicha profesión en España, permitiría atenuar los desajustes que se han puesto de manifiesto en el asunto *Micheletti*, y que han dado origen a la Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1992, objeto de este estudio.

(36) Convenio de cooperación cultural y educativa de 15 de noviembre de 1988 (*BOE*, núm. 2.368, de 30 de noviembre de 1988). En aplicación de este Convenio y, en concreto respecto del título de odontólogo, el Ministerio de Educación y Ciencia, ha adoptado la Orden de 21 de octubre de 1992 por la que se regula y coordina el periodo complementario de formación que deben realizar los titulados por Universidades de la República Dominicana como requisito previo para la homologación de sus títulos al español de Licenciado en odontología (*BOE*, núm. 259, de 28 de octubre de 1992).

(37) Convenio entre España y Nicaragua de cooperación cultural, educativa y científica de 19 de abril de 1991 (*BOE*, núm. 188, de 6 de agosto de 1992) por el que se sustituye el Convenio de cooperación cultural de 12 de junio de 1974 (*N. Dicc.*, núm. 26.101) cuyo artículo 12 ya derogó el régimen de convalidación automática del Convenio de 1904, al estipular el compromiso de las partes contratantes de precisar cuando fuera necesario, «la equivalencia entre títulos y diplomas docentes, técnicos y académicos de cada país en relación con los del otro».

