

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA*

FREE MOVEMENT OF PERSONS AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ

Profesora Titular de Derecho internacional privado

Universidad de Córdoba

orcid ID: 0000-0002-3508-3964

Recibido: 04.05.2016 / Aceptado: 10.07.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3867>

Resumen: El objetivo de este trabajo es analizar la interacción entre la libre circulación de personas y el Derecho internacional privado. Mediante esta dimensión se profundiza en la esencia de esta movilidad intra-UE, al tiempo que se calibra el alcance del *status civitatis* europeo. Este estudio se sustenta en una jurisprudencia reciente –si bien consolidada– del TJUE en la que se garantiza no sólo el desplazamiento sino también el reconocimiento de situaciones privadas en el espacio europeo, y ello con independencia de la regulación material o conflictual del Estado miembro de acogida. En esta acción, la persona tanto física como jurídica trasciende su propio Derecho nacional y adquiere una auténtica dimensión “europea”.

Palabras clave: libre circulación de personas, ciudadanía de la Unión, Derecho internacional privado, estatuto personal.

Abstract: The aim of this paper is to analyse the interaction between the free movement of persons and private international law. This dimension deepens in the essence of this intra-EU mobility, at the same time as measuring the scope of the European *status civitatis*. This study is based on recent –yet already well defined– case law of the CJEU, guaranteeing not only the movement but also the mutual recognition of civil situations into the common European space, independent of substantive or conflict rules of the host member state. With this action, both natural and legal person go beyond their own national law in order to acquire a truly “European” dimension.

Keywords: free movement of persons, European citizenship, Private International Law, personal status.

Sumario: I. Consideraciones introductorias. II. Interrelación entre el Derecho internacional privado y el Derecho UE. III. Nuevas perspectivas en la interpretación del derecho a la libre circulación y residencia: 1. Paso previo: la continuidad a través de la ficción. El caso de las sociedades co-

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto i+d «Movilidad internacional de personas: el impacto jurídico-social en España y en la UE de la adquisición de la nacionalidad por la población inmigrante» (DER2016-75573-R).

merciales. 2. El reconocimiento de situaciones europeas: un estatuto personal propio a nivel UE: A) La identidad personal. B) El lugar de vida. C) Derecho a la vida familiar. IV. Los obstáculos a la libre circulación en materia de estatuto personal y la técnica del reconocimiento mutuo. V. Conclusiones.

I. Consideraciones introductorias

1. En el momento en el que se cumplen veinticinco años del salto cualitativo que supuso el Tratado de Maastricht para la libre circulación de personas, aún la jurisprudencia y la doctrina parecen discrepar sobre la naturaleza y alcance de esta prerrogativa clave en el proceso de integración europeo. Más allá de un debate puramente teórico que se circunscriba al campo de los especialistas en la materia, estamos ante una cuestión crucial al tener consecuencias directas tanto en el conjunto de sus beneficiarios como en el estatuto jurídico de éstos. No obstante, pese a dichas divergencias en cuanto a su concreción, cuando nos aproximamos al estudio de la libre circulación de personas en la Unión Europea, varias ideas parecen no discutirse, al menos de base.

2. En primer lugar, su *continua evolución en el tiempo*. No es aventurado afirmar que se está ante una de los hitos del Derecho UE que mayor cambio ha sufrido en relación tanto a su alcance personal como material. En consecuencia, ni las categorías de ciudadanos europeos que se benefician de esta libre movilidad, ni los requisitos y formalidades exigidas para ellos y sus familiares, son los mismos en la década de los setenta que en la actualidad. Sin duda alguna, su mayor punto de inflexión fue su reconocimiento mediante el Tratado UE ya no sólo como libertad económica en el marco de un mercado interior, sino como objetivo de una nueva Unión más política en el contexto del entonces recién creado espacio de libertad, seguridad y justicia¹.

En segundo lugar, su *marcada ambivalencia*, evidenciada en un doble sentido. Por un lado, dada su naturaleza tanto económica como política². Desde los orígenes del proceso de integración, la libre movilidad de las personas económicamente activas ha sido uno de los elementos indispensables para la consecución de un mercado común europeo. Desde la década de los 90 y junto con el derecho de residencia en la UE, se conforma asimismo como la prerrogativa básica del recién creado estatuto del ciudadano UE. Y desde otra perspectiva se constata asimismo su naturaleza dual dada la necesidad de distinguir la libertad de circulación como derecho del ciudadano UE y otras figuras asimiladas, del que podemos denominar *derecho a viajar* reconocido a toda persona que se encuentre legalmente en el espacio Schengen por un periodo máximo de tres meses. Dicho carácter ambivalente más que atemperarse en el tiempo parece incrementarse hasta el punto de cuestionarnos si sería más apropiado hoy referirnos en plural a “libertades de circulación”³.

En tercer lugar, la *complejidad en cuanto a su consecución*. No se discute que la realización práctica de la libre circulación de personas requiere una actuación en ámbitos diversos⁴. Por una parte, la base es el reconocimiento de un modo directo, incondicional e independiente de dicha libertad de circulación para todo ciudadano UE, tal como se consagra en el art. 21 TFUE dotando así a esta prerrogativa de la base jurídica requerida. Por otra, se requiere el establecimiento de un espacio europeo sin controles fronterizos interiores donde dicha libertad se encuentre garantizada; algo que se ha materializado mediante el Espacio Schengen. De este tema crucial se ha encargado con rigor y detenimiento la

¹ Sobre la relevancia que supuso este espacio de libertad, seguridad y justicia, *vid. inter alia*, I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “La libre circulación de personas y el Tratado de Amsterdam”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 177, 1999, pp. 53-68; H. BRIBOSIA, “Liberté, sécurité et justice: l’ombroglio d’un nouvel espace”, *Rev. MU eur.*, nº 1, 1998, pp. 27-54; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “El espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Lisboa”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 70, 2007, pp. 85-126.

² M. SOTO MOYA, “La libre circulación de personas como concepto ambivalente”, *REDI*, 2008, pp. 163-178.

³ Sobre el carácter único o plural de la libre circulación en la UE *vid.* E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (Dir.), *L’Unité des libertés de circulation. In varietate concordia*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 389 ss. Dentro de esta obra, en particular, M. FATUNOVA et C. MARZO, “Le classement des libertés de circulation en doctrine –aperçu de droit comparé”, pp. 159-184, J. Y. CARLIER, “Opérateur économique, citoyen, “personne”: quelle liberté choisir pour la protection de ses droits? *E pluribus unum*”, pp. 233-250.

⁴ Sobre una perspectiva general en cuanto a la complejidad práctica y actual de la consecución de esta libertad, *vid.* P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “La libre circulación de personas: fortalezas y debilidades”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 10, 2012, pp. 57-79.

doctrina tanto nacional como internacional, a la que nos remitimos⁵. No obstante, hemos de añadir otro ámbito más que es objeto de este estudio y que ha ganado relevancia en los últimos años por parte de la jurisprudencia del TJUE. Me refiero al reconocimiento de situaciones jurídicas de carácter privado y/o familiar nacidas al amparo de un determinado ordenamiento jurídico y que están llamadas a tener eficacia en otro Estado miembro en aras a garantizar de modo completo la libertad de circulación y residencia en tanto que derecho fundamental del ciudadano de la UE. Asistimos sin duda, a otra dificultad a la hora de su plena realización, más aún cuando el aumento de matrimonios mixtos y familias transfronterizas⁶, no viene acompañado de una armonización del derecho material y conflictual de los Estados miembros, moviéndonos en materia de casi plena soberanía estatal⁷.

3. Partimos de la hipótesis que un análisis desde esta perspectiva del Derecho internacional privado si bien ha sido escasamente tratada⁸, resulta clave en aras a una mejor concreción de la naturaleza y caracteres actuales de la libre circulación. En la lógica de una libre movilidad de personas que está llamada a disfrutarse de modo completo y sin obstáculos, emergen hoy cuestiones que van más allá de requisitos y formalidades administrativas, y cuya resolución óptima es básica para su conformación definitiva como un auténtico derecho fundamental del ciudadano UE en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Esta perspectiva es, además, el emplazamiento idóneo para abordar cuestiones que dan contenido material al tiempo que definen los beneficiarios de esta libertad, tales como el orden público nacional versus protección derechos fundamentales UE o el alcance y el nivel de autonomía de la libre circulación de personas.

Para el desarrollo de nuestro estudio, en primer lugar, analizaremos la interrelación existente entre el Derecho internacional privado y el Derecho de la Unión Europea, prestando especial atención a las normas reguladoras de la libre circulación de personas. Nos aproximaremos a la confluencia y discrepancias entre ambas disciplinas en cuanto a sus objetivos, naturaleza de sus normas y técnicas de resolución (II). A continuación, procederemos a examinar un conjunto de casos que abogan por la continuidad de situaciones ya creadas en el espacio común europeo, distinguiendo según se trate del desplazamiento de personas morales o físicas (III). Analizaremos luego la noción de obstáculo a la libre movilidad, así como el principio de reconocimiento mutuo, en tanto que nueva técnica jurisprudencial de carácter funcional que subyace en las resoluciones del TJUE (IV). Para finalizar, esbozaremos una serie de conclusiones (V).

II. Interrelación entre el Derecho internacional privado y el Derecho de la UE

4. La relación entre el Derecho internacional privado y el Derecho de la Unión no siempre es pacífica; si bien, en una organización regional con los caracteres de la UE, ambos están llamados

⁵ *Vid. inter alia*, A. DEL VALLE GÁLVEZ, “La refundición de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *RDCE*, nº 1, 1998, pp. 41-77; V. HREBLAY, *La libre circulation des personnes. Les accords de Schengen*, Politique d’aujourd’hui, Paris 1994; H. LABAYLE, “La libre circulation des personnes dans l’Union européenne, de Schengen à Amsterdam”, *AJDA*, 20 décembre 1997, pp. 923-935; J.E. SCHUTTE, “Schengen: It’s meaning for the free movement of persons in Europe”, *CMLR*, nº. 28, 1991, pp. 549-570.

⁶ Sobre los distintos modelos de familia y sus principales retos en la UE, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA, J. L. IGLESIAS BUHIGUES (Dir.), *Mundialización y Familia*, Colex, Madrid, 2001; C. MCGLYNN, *Families and European Union: Law, Politics and Pluralism*, University Press, Cambridge, 2006; S. SANZ CABALLERO, *La familia en perspectiva internacional y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

⁷ Sobre un balance actual en cuanto a la influencia de la construcción europea sobre el Derecho internacional privado, *vid.* R. BARATTA “Note sull’evoluzione del diritto internazionale privato in chiave europea”, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, nº. 4, 2015, pp. 721-728; R. M. MOURA RAMOS y A. RODRÍGUEZ BENOT, *Evolución del Derecho internacional privado de familia en los Estados miembros de la Unión Europea*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2016, pp. 113 ss.

⁸ M. FALLON argumenta que hay dos razones que justifican el escaso análisis de la influencia del Derecho UE sobre el sector del Derecho aplicable en Derecho internacional privado. En primer lugar, el mayor desarrollo durante décadas de los instrumentos UE sobre competencia judicial y reconocimiento, a los que habría que unir más recientemente el interés por las disposiciones de Derecho derivado sobre cuestiones concretas. Y, en segundo lugar, la rareza de los asuntos sobre el Derecho aplicable, en comparación con el conjunto de la jurisprudencia del TJUE, “Libertés communautaires et règles de conflit de lois”, en A. FUCHS, H. MUIR-WATT ET É. PATAUT, *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 31 ss.

necesariamente a coexistir y complementarse⁹. Así, junto a convergencias en cuanto a su objeto o sus recíprocas influencias, emergen asimismo multitud de divergencias entre ambas disciplinas en relación a sus objetivos, su naturaleza y las técnicas normativas empleadas. En efecto, ambas se encargan de situaciones que están relacionadas, de uno u otro modo, con distintos Estados y que tienen una naturaleza transfronteriza. El Derecho de la UE, está orientado a la consecución de un mercado común, sin fronteras interiores en el que circulen libremente las mercancías, las personas, los servicios y los capitales (art. 26 TFUE); y en cuyo contexto, el objetivo último es evitar los obstáculos de todo tipo –ya sea de Derecho privado o público– a dicha movilidad intra-UE¹⁰. Para ello, el Derecho UE es un derecho supranacional que goza de los caracteres de primacía, aplicabilidad inmediata y efecto directo, ampliamente refrendados desde una época temprana por el TJUE.

5. Por su parte, el Derecho internacional privado, tiene como función una adecuada coordinación entre los sistemas jurídicos de los diferentes Estados cada uno con una jurisdicción y un derecho propio, dando así respuesta a las situaciones con uno o varios elementos de extranjería. Este Derecho internacional privado de origen estatal, sufre desde hace años la erosión de sus competencias nacionales fruto de la influencia del *corpus iure* de la UE. Ahora bien, bajo esta divergencia de objetivos y funciones aflora, en mi opinión, un sustrato común a ambas disciplinas: su marcada vocación de dar continuidad a las relaciones creadas en un Estado y que están llamadas a desplegar efectos más allá de éste, todo ello en aras a la seguridad jurídica de la persona y sus relaciones. Tal como será objeto de análisis en el siguiente epígrafe, es ésta una dimensión que aflora con fuerza en las actuales sentencias del TJUE sobre libre circulación tanto de personas físicas como de sociedades.

6. De igual modo, no podemos obviar las influencias recíprocas entre el Derecho internacional privado y el Derecho de la UE. De una parte, desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1997 asistimos a una europeización del Derecho internacional privado, primero como normas subordinadas en tanto que complemento para la consecución del mercado interior¹¹, y tras la aprobación del Tratado de Lisboa en 2007, como normas independientes destinadas a conformar un auténtico espacio judicial europeo como objetivo crucial de la UE¹². En virtud del art. 81 TFUE, la UE tiene competencias en “cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza” (apdo. 1º), así como, cuando lo requiera el espacio judicial europeo o el mercado interior, para dictar normas que garanticen “la

⁹ La interrelación entre el Derecho internacional privado y el Derecho de la UE ha sido objeto de estudio por la doctrina internacional de manera abundante, *vid. Inter alia*, M. FALLON, “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré –L’expérience de la Communauté européenne”, *RCADI*, 1995, vol. 253, pp. 279 ss.; J. S. BERGÉ ET M. L. NIBOYET (Dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruylant, Bruxelles, 2003; H. U. JESSURUN D’OLIVEIRA, “The EU and a metamorphosis of private international law”, *Reform and Development of Private International Law. Essays in honour of Sir P. North*, Univ. Press, Oxford, 2002, pp. 111-136; L. IDOT, “L’incidence de l’ordre communautaire sur le droit international privé”, *LPA*, 12 décembre 2002, n° 248, pp. 27 ss.; C. KOHLER, *Der Europäisches Internationales Privatrecht*, Mohr, Tübingen 2002 en A. FUCHS, H. MUIR-WATT ET É. PATAUT, *op. cit.* nota 8; M. AUDIT, H. MUIR-WATT, ET É. PATAUT, *Conflits de lois et régulation économique. L’expérience du marché intérieur*, LGDJ, Paris, 2008; J. HEYMANN, *Le droit international privé à l’épreuve du fédéralisme européen*, Economica, Paris, 2010.

¹⁰ Desde el caso *Dassonville* el TJCE consideró como obstáculo potencial a evitar en los intercambios comerciales de los Estados miembros toda normativa de los Estados miembros, asunto C-8/74, *Procureur du Roi contra Benoît y Gustave Dassonville*, de 11 de julio de 1974, *Rec.1974*, p. 82, apdo. 5.

¹¹ Sobre el papel de las normas de conflicto en la consecución del mercado interior señala acertadamente S. GRUNDMANN que éste se ha analizado desde dos perspectivas fundamentalmente: primero como noción básica en la consecución de las libertades fundamentales; y segundo, en el marco de la armonización del mercado en la interacción entre las competencias centralizadas y las nacionales, “Internal Market Conflict of Laws. From Traditional Conflict of Laws to an Integrated Two Level Order”, en A. FUCHS, H. MUIR-WATT ET É. PATAUT, *op. cit.*, nota. 8, pp. 5-29. Sobre esta cuestión *vid. asimismo, inter alia*, en M. AUDIT, H. MUIR-WATT ET É. PATAUT (Dir.), *Conflits de lois et régulation économique. L’expérience du marché intérieur*, LGDJ, Paris, 2008; S. GRUNDMANN, “Binnenmarkt kollisionsrecht, vom kalssischen IPR zur Integrationsordnung”, *RabelsZ*, n° 69, 2000, pp. 457 ss.; H. WAGNER, “The Economics of Harmonization: The Case of Contract Law”, *CMLR*, 2002, n° 39, pp. 995 ss.; M. AUDIT, “Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois”, *JDI*, n° 133, 2006, pp. 1333 ss.

¹² Sobre esta evolución, *vid. inter alia*, J. BASEDOW, “The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam”, vol. 37, n° 3, *CMLR*, 2000, pp. 687 ss.; I. BROUSSE, “Le Traité de Lisbonne et le droit international privé”, *JDI Clunet*, n° 1, 2010, pp. 3-34; E. M. KIENINGER and O. REMIEN, *Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichng*, Nomos, Baden-Baden, 2012; Emilio PAGANO (Ed.), *Saggi di diritto internazionale privato dell’Unione europea*, Ed. Scientifica, Napoli, 2012.

compatibilidad de las normas estatales en los Estados miembros en materia de conflicto de leyes y de jurisdicción” (apdo. 2º).

No obstante, pese a las nuevas competencias de las instituciones UE en Derecho internacional privado, parece difícil imaginar en un futuro un *reductum ad unum* en la Unión Europea dados los distintos sistemas de Derecho civil y conflictual existentes¹³. Entre tales materias aflora con especial dificultad aquellas relativas al estatuto personal y el Derecho de familia que se inspiran en tradiciones culturales, sociales e, incluso, religiosas de cada comunidad, y que forman parte de la propia identidad de ésta¹⁴. Todo ello, sin obviar que asistimos desde hace unos años a una ingente europeización del Derecho aplicable en sectores concretos¹⁵, como el divorcio y la separación judicial¹⁶, la obligación de alimentos¹⁷, los efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones registradas¹⁸ o el Derecho de sucesiones¹⁹.

7. Por su parte, el Derecho UE utiliza métodos y técnicas normativas propias del Derecho internacional privado. En primer lugar, el principio de reconocimiento mutuo, método propio del Derecho internacional privado que permite que decisiones jurídicas o situaciones constituidas en un Estado desplieguen efectos declarativos y/o constitutivos en otro Estado. En concreto, y tal como será objeto de análisis en el apartado dedicado a la reciente evolución jurisprudencial en materia de libre movilidad, el TJUE ha traspuesto dicho método del reconocimiento en aras a conformar una auténtica ciudadanía de la UE, si bien transformándolo y definiendo sus límites²⁰.

Y, en segundo lugar, la posible calificación como normas de policía de los principios europeos sobre libre circulación²¹. Dejando al margen el debate sobre la inclusión o no entre las técnicas normativas del Derecho internacional privado de estas normas –también llamadas normas materiales imperativas o de aplicación necesaria–²², la realidad es que existe un importante sector doctrinal que aboga por la existencia de éstas en el sistema de Derecho UE. A partir de su definición por parte del TJUE en el asunto *Arblade* (23 de noviembre de 1999) y su mención expresa por parte del art. 9 del Reglamento Roma I²³,

¹³ En este sentido, *inter alia*, R. BARATTA, “Note sull’evoluzione del diritto internazionale...”, *op. cit.*, nota 7, p. 723; Sobre esta cuestión *vid. amplius*, S. POILLOT-PERUZZETTO, “La priorité de l’Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice et l’élaboration d’un code européen de droit international privé”, M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, *Quelle architecture pour un code européen de Droit international privé?*, Peter Lang, Bruxelles, 2011, pp. 51 ss.; S. SÁNCHEZ LORENZO, “La unificación del Derecho privado en Europa”, *Revista de estudios jurídicos*, nº 11, 2011, pp. 35-60.

¹⁴ En relación a los esfuerzos y dificultades en aras a esta armonización, *vid.* M. V. ANTOKOLSKAIA, “Harmonisation of Substantive Family Law in Europe: Myths and Reality”, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 22, nº. 4, pp. 397-421, 2010; *ID.* *Harmonisation of family law in europe: a historical perspective*, Oxford: Intersentia, 2006; K. BOELE-WOELKI (Ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Oxford, 2003.

¹⁵ Sobre la evolución y resultados de la armonización del Derecho aplicable en el ámbito del Derecho de familia a nivel UE, *vid. inter alia*, M. DI FILIPPO Y OTROS, *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, 2008; A. RODRÍGUEZ BENOT, “El Derecho de familia en la construcción del Espacio judicial europeo: encaje institucional y realizaciones materiales”, en R. M. MOURA RAMOS Y A. RODRÍGUEZ BENOT, *op. cit.*, nota 7, en particular pp. 137-158.

¹⁶ Reglamento (UE) nº 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, *DOUE L* 343 de 29 de diciembre de 2010.

¹⁷ Reglamento (CE) nº 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, *DOUE L* 149 de 12 de junio de 2009.

¹⁸ Reglamento (UE) nº 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución en materia de regímenes económicos matrimoniales (aplicable, de manera general a partir del 29 de enero de 2019), *DOUE L* 183, de 8 de julio de 2016.

¹⁹ Reglamento (UE) nº 650/2012, de 7 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (vigente desde el 17 de agosto de 2015), *DOUE L* 201, de 7 de julio de 2012.

²⁰ En este sentido, L. AZOULAI, “Le sujet des libertés de circuler”, en E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (Dir.), *op. cit.* nota 3, p. 404; Á. LARA AGUADO, “Reconocimiento, sí, ma non troppo: El orden público como límite al reconocimiento de títulos nobiliarios en la Unión Europea”, *Bitácora Millennium DIPr.*, 2016, pp. 1-14.

²¹ *Vid.* E. A. OPREA, “Les principes européens de libre circulation –des lois de police?”, *Studia Universitatis Babeş Bolyai-Jurisprudentia*, nº 2, 2012, pp. 220-237; *ID.* *Droit de l’Union européenne et lois de police*, L’Harmattan, Paris, 2015.

²² *Vid.* por todos, A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. 1, Comares, Granada, 2016, pp. 418 ss.; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 144 ss.

²³ Reglamento (CE) nº 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, *DOCE L* 177, de 4 de julio de 2008.

a los supuestos ya confirmados en el ámbito de la competencia, se une con fuerza el sector de la libre circulación. En efecto, dos caracteres parecen definir las leyes de policía: la consecución de un objetivo incontestable y un alcance espacial delimitado en función de este fin²⁴. El Derecho UE persigue la realización de un mercado interior y, por consecuencia, la elaboración de normas destinadas a facilitar la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales. Visto ese *rol* varios autores no han dudado en calificar a estas normas como leyes de policía. Dicha afirmación se basa en que estas reglas sobre libre movilidad censuran la aplicación de normas nacionales discriminatorias y/o que supongan obstáculo alguno para dicha circulación en el interior del mercado único, teniendo como efecto validar situaciones contrarias para las leyes nacionales, y ello las sitúa en la categoría de leyes de aplicación necesaria²⁵.

III. Nuevas perspectivas en la interpretación jurisprudencial del derecho a la libre circulación y residencia

8. La actual dimensión dada por el TJUE en el sector del Derecho aplicable en el marco de la libre circulación de personas, está resultando claves en un doble sentido delimitador: por un lado, en relación al alcance de la libre movilidad en un espacio de libertad, seguridad y justicia, y, por otro, en cuanto a la interrelación entre el Derecho UE y el Derecho internacional privado nacional. Al mismo tiempo subyace con fuerza en dicha jurisprudencia la determinación del nivel de protección de los derechos fundamentales en el orden jurídico de la Unión, en tanto que “medidor” óptimo del contenido real del estatuto del ciudadano de la UE.

9. Es una constante en la jurisprudencia del TJUE en relación a las libertades de circulación su importante labor en cuanto a la concreción de sus beneficiarios, y correlativamente su estatuto jurídico. En efecto, el Derecho de la UE no se ocupa de ello sino que lo deja al ámbito nacional se trate de personas físicas o de empresas: así el tenor de los respectivos artículos 20.1 y 54.1 del TFUE. Tal como se desprende del asunto *Cartesio*, el Derecho de la Unión más que crear sujetos de derecho, fabrica una serie de regímenes jurídicos particulares, en función de las situaciones de las personas cuya cualificación como sujeto viene dada por ordenamientos jurídicos nacionales²⁶. Ahora bien, en la actualidad existen nuevos pronunciamientos del TJUE que dan un paso más ante determinadas situaciones interconectadas con distintos Estados miembros a las que se pretende dar continuidad a nivel UE, trascendiendo así los ordenamientos nacionales. A ello habría que unir las situaciones puramente internas que desafiando la exigencia de la transnacionalidad buscan una vía para ser incluidas en el ámbito de aplicación del Tratado relativo a la libre circulación. De este modo, no es aventurado afirmar que si bien es verdad que la ciudadanía de la UE está enunciada en el Tratado UE desde hace más de veinte años, no es menos cierto que hasta época relativamente reciente no asistimos a la conformación de un estatus propio en el derecho a la libre circulación y residencia.

10. Prácticamente desde un inicio el TJUE ha llevado a cabo una auténtica acrobacia jurisprudencial ampliando más allá del tenor literal de Reglamentos y Directivas el conjunto de beneficiarios de

²⁴ Sobre la problemática general de las leyes de policía, *vid. amplius*, P. FRANCESKAKIS, “Lois d’application immédiate et règle de conflit”, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1967, pp. 691-698; B. REMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, Paris, 2008.

²⁵ A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato. Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle legge italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Publications de l’Institut suisse de Droit Comparé, Zurich, 1998, pp. 122 ss.; M. BEHAR-TOUCHAIS, “Conflits de lois et régulation économique: les opérations bancaires”, en A. AUDIT, H. MUIR-WATT ET É. PATAUT, *op. cit.*, nota 9, pp. 75 ss.

²⁶ L. AZOULI, *op. cit.*, nota 20, p. 386. *Vid.* STJUE de 16 de diciembre de 2008, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt*, asunto C-210/06, *Rec.* 2008, p. 723, considerando 109, “la cuestión de si el artículo 43 CE se aplica a una sociedad que invoque la libertad fundamental consagrada por dicho artículo, a semejanza, por lo demás, de la cuestión de si una persona física es un nacional de un Estado miembro que, por este motivo, puede gozar de dicha libertad, constituye una cuestión previa que, en el estado actual del Derecho comunitario, sólo se puede responder sobre la base del Derecho nacional aplicable”. En este mismo sentido, asunto C-378/10, *VALE Építési kft*, STJUE 12 de julio de 2012, *Rec.* 2012, p. 440, apdo. 28.

la libre movilidad. En el marco de la libre circulación de trabajadores, conocidas son las sentencias en las que con el fin de englobar el mayor número de situaciones ha considerado irrelevante la duración del trabajo prestado o la naturaleza jurídica de la relación laboral (*Levin, Kempf, Watson y Belmann*)²⁷, se ha diluido el concepto de actividad económica (*Steyman o Bettray*)²⁸ o, incluso, la actualidad de ésta al ser sus titulares estudiantes o buscadores de empleo (*Antonissen, Lebon, Gravier*)²⁹. En el ámbito de la libre prestación de servicios también son sabidas las sentencias que han reconocido al consumidor o al turista (*Luisi/Carbone, Cowan, Chen*)³⁰ como beneficiario en tanto que sujeto pasivo de la actividad económica.

En la jurisprudencia objeto de nuestro análisis existe sin duda un cambio cualitativo, no se trata ya de una ampliación apegada a la consecución de objetivos de carácter económico, sino del reconocimiento de un estatus propio de situaciones *européas*. En esta construcción podemos identificar dos etapas: el génesis que aflora en el campo de las sociedades llamadas a trascender los derechos nacionales; y, su conformación más real en relación a las personas físicas mediante la identificación de determinados derechos particulares de un estatuto personal a nivel de la UE que las autoridades nacionales son compelidos a reconocer.

1. Paso previo: la continuidad a través de la ficción. El caso de las sociedades comerciales

11. La cuestión de la movilidad de las sociedades en la Unión Europea está dando bastante juego al TJUE en estos últimos años. Una primera cuestión que ha sido puesta de relieve es la incidencia del Derecho UE, y en concreto de las libertades de circulación, en el Derecho nacional de cada Estado miembro –ya sea el Derecho de sociedades, el Derecho fiscal o el Derecho internacional privado–³¹. En efecto, consecuencia de la primacía del Derecho UE los principios de libertad de establecimiento no pueden verse perjudicados y/u obstaculizados por ninguna norma de Derecho interno aplicable a situaciones jurídicas creadas –o que aspiran a crearse– en otro Estado miembro. Un ejemplo emblemático de esta cuestión es el asunto *Centros Ltd*, en el que los fundadores –un matrimonio danés con residencia en Dinamarca– crean una sociedad limitada en Reino Unido dadas las exigencias mínimas de este país con respecto a la constitución y al desembolso de su capital social. Amparándose en la libertad de establecimiento constituyen a posteriori una sucursal de esa empresa británica en Dinamarca para ejercer allí su actividad económica. La problemática surge cuando con arreglo al Derecho danés, Centros se considera una sociedad de responsabilidad limitada extranjera y no cumple los requisitos para constituirse como sucursal, principalmente porque no ejerce ninguna actividad comercial en Reino Unido, sólo en Dinamarca. La dificultad estriba en que la Administración danesa impide la creación de una sucursal a una empresa comunitaria, al someterla al tamiz de los requisitos de su ley nacional. En definitiva, no reconoce que ha sido creada de acuerdo al Derecho británico, aplicándole a esa persona jurídica sus propias normas internas para poder operar en Dinamarca.

12. El TJUE no duda que se está ante un obstáculo al derecho de establecimiento que no puede exceptuarse en este caso por razones de orden público, ni alegando el ejercicio abusivo y fraudulento del

²⁷ Asunto C-53/81, *D. M. Levin contra secretaria del Estado a la Justicia*, STJCE de 23 de marzo de 1982, *Rec.* 1982, p. 105; Asunto C-139/85, *R. H. Kempf contra Staatssecretaris van Justitie*, STJCE de 3 de junio de 1986, *Rec.* 1986, p. 223; Asunto C-118/75, *Lynne Watson y Alessandro Belmann*, STCE de 7 de julio de 1976, *Rec.* 1976, p. 106.

²⁸ Asunto C-196/87, *Udo Steyermann contra Staatssecretaris van Justitie*, STJCE de 5 de octubre de 1988, *Rec.* 1988, p. 475; Asunto C-344/87, *I. Bettray contra Staatssecretaris van Justitie*, STJCE de 31 de mayo de 1989, *Rec.* 1989, p. 226.

²⁹ Asunto C-292/89, *The Queen contra Immigration Appeal Tribunal, ex parte: Gustaff Desiderius Antonissen*, STJCE 26 de febrero de 1991, *Rec.* 1991, p. 80; Asunto C-316/85, *Centre public d'aide sociale de Courcelles contra Marie-Christine Lebon*, STJCE de 18 de junio de 1987, *Rec.* 1987, p. 302; Asunto C-293/83, *Françoise Gravier contra Ville de Liège*, STJCE de 13 de febrero de 1985, *Rec.* 1985, p. 69.

³⁰ Asunto 286/82 y 26/83, *Graziana Luisi y Giuseppe Carbone contra Ministerio del Tesoro*, TJCE de 31 de enero de 1984, *Rec.* 1984, p. 35; Asunto 186/87, *Ian William Cowan contra Trésor public*, STJCE 2 de febrero de 1989, *Rec.* 1989, p. 47; Asunto C-200/02, 9 de octubre de 2004, *Kunqian Catherine Zhu y Man Lavette Chen contra Secretary of State for the Home Department*, *Rec.* 2004, p. 639.

³¹ Sobre un encuadre general en cuanto a la incidencia de las libertades de circulación de la UE en el Derecho internacional privado, *vid.*, A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado, op. cit.*, nota 22, pp. 108 ss.

derecho de establecimiento³², tal como lo configura el Tratado UE. El Derecho interno danés no puede supeditar el ejercicio del derecho de establecimiento al cumplimiento de un requisito adicional, en este caso que se ejerza la actividad económica en Dinamarca; es más, no puede ni siquiera entrar a investigar sobre tal ejercicio³³.

Para las sociedades, esta dimensión del derecho de establecimiento UE emerge como un instrumento claro de elección de ley. La neutralidad del Derecho de la Unión en cuanto a la conexión de la sociedad con el Derecho nacional es básica, admitiendo que haya determinados países –como Reino Unido– cuyo Derecho de sociedades no exija el ejercicio real de una actividad económica en su territorio. Así las cosas, esta elección de ley unida a la naturaleza transnacional de los supuestos permite un “doble uso de la libertad de establecimiento” disfrutando de las ventajas de uno y otro sistema jurídico³⁴. En este caso *Centros*, las condiciones atractivas de creación de una sociedad prevista por el Derecho inglés y, para el resto, la familiaridad del sistema danés.

13. Con esta sentencia el TJUE garantiza el derecho de establecimiento con independencia de las normas internas del país de acogida mediante la doctrina del reconocimiento mutuo³⁵. Al hilo de este razonamiento y mediante una sentencia posterior –el asunto *Überseering*–, el TJUE no duda en afirmar taxativamente que el ejercicio de la libertad de establecimiento implica necesariamente el reconocimiento de dichas sociedades por todo Estado miembro en el que deseen establecerse³⁶. Ello conlleva, no sólo la creación de una sucursal sin la supeditación a determinados requisitos establecidos en el Derecho de sociedades interno para su constitución (*Centros*, *Inspire Art*), sino asimismo la obligación para el Estado de acogida de reconocer la capacidad jurídica y la capacidad procesal que una sociedad tiene de conformidad con el Derecho de su Estado de constitución (*Überseering*). A través de la técnica del reconocimiento, el TJUE consigue el efecto útil de “desactivar” la normativa nacional³⁷ en aras a salvaguardar las libertades UE, siempre con los consabidos límites de orden público, seguridad o salud pública. Más allá del debate doctrinal que ha surgido sobre la calificación de la normativa europea debido al efecto sobre el Derecho internacional privado del Estado de acogida³⁸, creo que es de mayor

³² Atendiendo a la jurisprudencia TJUE, se considera abuso del derecho cuando su titular lo ejercita de manera irrazonable para obtener, en perjuicio de otro, “ventajas ilegítimas y que de modo manifiesto no guardan relación con el objetivo perseguido por el legislador al conferir a la persona esa concreta situación subjetiva” (Asunto C-303/1, *Alexandros Kefalas y otros contra Estado helénico y OAE*, STCE, 12 de mayo de 1998, *Rec.* 1998, p. 222). De modo que se acoge de la libertad de establecimiento UE la constitución de una sociedad en un Estado miembro con el fin de eludir ya sea la legislación en materia de sociedades que impone requisitos más estrictos (Asunto C-167/1, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contra Inspire Art Ltd*, STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Rec.* 2003, p. 512, apdo. 98) o beneficiarse de un régimen fiscal más favorable (Asunto C-196/04, *Cadbury Schweppes plc y Cadbury Schweppes Overseas Ltd contra Commissioners of Inland Revenue*, STJCE 12 de septiembre de 2006, *Rec.* 2006, p. 544, apdo. 38). Sobre esta cuestión, *vid amplius* N. BROWN, “Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?”, in *Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht, 1994, vol. II, pp. 511 y ss., especialmente p. 515; A. ILIOPOULOU-PENOT, “Libertés de circulation et abus de droit”, en E. DUBOUT ET A. MAIRTROT DE LA MOTTE, *op. cit.*, nota 3, pp. 185 ss.

³³ En palabras del Abogado General Sr. A. LA PERGOLA, Conclusiones presentadas el 16 de julio de 1998 en el asunto *Centros*, *Rec.* 1998, p. 380, apdo. 18.

³⁴ A. L. SIBONY, “Libre prestation de services et droit d’établissement: les stratégies des entreprises”, en E. DUBOUT ET A. MAIRTROT DE LA MOTTE, *op. cit.*, nota 3, pp. 255-256.

³⁵ *Vid.* Conclusiones del Abogado General A. LA PERGOLA, *op. cit.* nota 33.

³⁶ Asunto C-208/00, *Überseering BV y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, STJCE 5 de noviembre de 2002, *Rec.* 2002, p. 63, apdo. 59.

³⁷ El primer antecedente lo tenemos en el asunto *Christos Konstantinidis contra Stadt Altensteig* (STCE de 30 marzo 1993, C-168/91, *Rec.* 1993, p. 115), en el que el TJUE concluyó que “El artículo 52 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un nacional helénico se vea obligado, por la legislación nacional aplicable, a utilizar, en el ejercicio de su profesión, una grafía de su nombre tal que la pronunciación se encuentra desnaturalizada y que la deformación que de ella se deriva le expone al riesgo de una confusión de personas entre su clientela potencial”.

³⁸ Así hay autores que han señalado que las normas UE sobre libre circulación contendrían una “norma de conflicto escondida” que conllevaría que los supuestos de Derecho internacional privado deben regirse por la Ley del Estado miembro de origen y no la Ley del Estado miembro de acogida, L. RADICATI DI BROZZOLO, “Libre circulation dans la CE et règles de conflit”, en P. LAGARDE ET B. VON HOFFMANN, *L’européanisation du droit international privé*, Série de Publications de l’Académie de droit européen de Trèves, vol. 8, Bundesanzeiger, Köln, 1996, p. 87-103. Otros autores como A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ descartan esta teoría sobre la base que este reconocimiento no se aplica para concretar la Ley reguladora de las situaciones privadas internacionales (*op. cit.*, nota 22, pp. 111). A este debate habría que sumar el ya aludido sobre la

interés sus consecuencias sobre la propia naturaleza jurídica de la sociedad al trascender de su propio Derecho nacional y adquirir una auténtica dimensión europea, cuestión sobre la que el TJUE ha tenido la oportunidad de profundizar en resoluciones posteriores.

14. En el marco del traslado de empresas, nos interesan fundamentalmente las sentencias *Cartesio* y *Vale*, y en particular, la técnica utilizada por el TJUE en el proceso de subjetivación de tales empresas que aspiran a mantenerse bajo el Derecho UE entre las leyes nacionales de dos Estados miembros en el *iter* de su traslado. Como punto de partida, el TJUE ha indicado en varias ocasiones que las personas jurídicas sólo tienen existencia a través de la legislación nacional que regula su constitución y funcionamiento³⁹. La controversia surge cuando una sociedad desea trasladarse a otro Estado miembro sin perder su identidad. Dos preguntas subyacen: ¿se está en el marco del derecho de establecimiento UE? ¿Es esto posible en el estado actual del Derecho UE? El TJUE ha tenido ocasión de analizar la cuestión en dos ocasiones. En primer lugar, en el asunto *Cartesio* en el que una sociedad comanditaria tiene la intención de transferir su domicilio social de Hungría a Italia, pero desea seguir registrada en Hungría, de forma que su estatuto legal continúe regulado por el Derecho húngaro. Y, a continuación en el asunto *Vale* sobre el desplazamiento transfronterizo de una sociedad italiana a Hungría mediante el traslado de su domicilio social, con cancelación de su inscripción en el Registro Mercantil italiano, cambio del Derecho aplicable y nueva constitución de una sociedad húngara que pretende ser la sucesora universal de dicha sociedad italiana. En el asunto *Cartesio* el TJUE concluye que el derecho de establecimiento no se opone a la negativa de la ley húngara para el traslado del domicilio social de la empresa italiana al pretender seguir registrada en Hungría y bajo la legislación de este último país, mientras que en el asunto *Vale* sí aboga por la llamada transformación transfronteriza de una empresa italiana a húngara al estar previsto para las sociedades nacionales dicha transformación. Con independencia del resultado positivo o negativo del traslado de empresas de un Estado miembro a otro dadas las particularidades de cada caso, mediante su razonamiento jurídico se confirma que en el estado actual del Derecho UE la sociedad de un Estado miembro trasciende su existencia más allá de su propia legislación, hacia una entidad jurídica con dimensión europea.

15. En primer lugar, la afirmación que hemos referido antes de que una sociedad creada en virtud de un ordenamiento jurídico nacional no existe más que mediante la legislación interna que permite su constitución y fija las condiciones, debe ser matizada. En efecto, según refiere el Abogado General Sr. Poiares Maduro, “es imposible alegar sobre la base del estado actual del Derecho comunitario que los Estados miembros disfrutaban de una libertad absoluta para determinar la ‘vida y muerte’ de las sociedades constituidas con arreglo a su Derecho interno, con independencia de las consecuencias para la libertad de establecimiento”⁴⁰. De otro modo, los Estados miembros tendrían *carte blanche* para imponer una “sentencia de muerte” a una sociedad constituida con arreglo a su normativa tan sólo por haber decidido ejercer su libertad de establecimiento. Así en el caso *Cartesio*, la legislación húngara al no acoger el traslado de la sede social al extranjero, en opinión del Abogado General está limitando el derecho de establecimiento UE. Con este razonamiento, se dota a la sociedad *Cartesio* de atributos reservados exclusivamente a ciertas “criaturas” realmente europeas como sería el caso de las sociedades europeas⁴¹.

conveniencia de calificar a las normas sobre libre circulación como leyes de policía dado el efecto que conllevan de evitar en casos como los analizados de la ley estatal designada y ello sobre la base del interés superior perseguido (*vid.* párrafo último epígrafe II y notas a pie 21, 24 y 25).

³⁹ Asunto *Daily Mail and General Trust*, C-81/87, de 27 de septiembre de 1987, *Rec.* 1988, p. 456, apdo. 19.

⁴⁰ Conclusiones del abogado general Sr. P. MADURO, asunto *Cartesio*, presentadas el 22 de mayo de 2008, *Rec.* 2008, p. 294, apdo. 31.

⁴¹ Así, el art. 8 del Reglamento (CE) n° 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, sobre el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) prevé que una sociedad europea podrá trasladar su domicilio social de un Estado miembro a otro conservando su personalidad jurídica, sin que ese traslado dé lugar a la creación de una nueva persona jurídica (*DOCE* L 294, de 10 de noviembre de 2001). Del mismo modo, el art. 7 del Reglamento (CE) n° 1435/2003, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE), permite el traslado del domicilio social de las cooperativas europeas (*DOUE* L 207, de 18 de agosto de 2003). Por otra parte, la Directiva 2005/56/CE de 26 de octubre de 2006, relativas a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital, prevé situaciones en las que una sociedad se fusiona con otra constituida en otro Estado miembro (*DOUE* L 310, de 25 de noviembre de 2006). Sobre este particular, *vid.* L. AZOULAI, *op. cit.*, nota 20, p. 399.

No obstante, si bien el TJUE en el asunto *Cartesio* no advierte en la legislación húngara contrariedad con el art. 43 TFUE, en su disquisición recoge en parte la exposición del Abogado General Sr. Maduro. En efecto, el TJUE especifica que en el caso de que la sociedad constituida según el Derecho de un Estado miembro deseara trasladar su domicilio a otro Estado miembro con cambio de Derecho nacional aplicable, ha de admitirse la “transformación” de ésta. Es más, sería contrario a las normas del TFUE relativas a la libertad de establecimiento permitir que el Estado miembro de constitución, imponiendo la disolución y la liquidación de esa sociedad, impida que ésta se transforme en una sociedad de Derecho nacional del otro Estado miembro, siempre que ese Derecho lo permita⁴².

16. En segundo lugar, con estas últimas sentencias del TJUE, no se trata ya del hecho nada desdeñable de aplicar la mencionada técnica del reconocimiento a situaciones jurídicas nacidas en un Estado miembro y que aspiran a pervivir en otro, sino que da un paso más. En efecto, el TJUE reconoce el derecho de establecimiento a una sociedad inexistente ya según el Derecho de acogida, pero que desea reconstituirse al amparo de otro Estado miembro. Con ello, en aras a la continuidad de la personalidad jurídica de una sociedad que desea transformarse a nivel transnacional, crea la ficción de su existencia más allá de los derechos nacionales, así como de disposiciones concretas del Derecho derivado UE en este sentido⁴³. Así las cosas, en el caso *Vale* pese a que la empresa italiana había solicitado su cancelación registral y traslado de domicilio ante las autoridades italianas, sin solicitar de nuevo su inscripción en Budapest hasta casi un año después, no es óbice para su reconstitución; de modo que el Derecho UE suple ese período como si la sociedad hubiese continuado en el tiempo dada su intención de seguir operando en otro Estado miembro⁴⁴. Con ello, se confirma la afirmación de Poillot-Peruzzetto de que estamos ante la mejor expresión de una “ciudadanía europea de sociedades”⁴⁵.

2. El reconocimiento de situaciones europeas: un estatuto personal propio a nivel UE

17. Cuando nos referimos a la libre circulación de personas físicas asistimos a su conformación paulatina como derecho esencial del ciudadano europeo, en el que parecen desdibujarse cada vez más las exigencias del ejercicio de una actividad económica o el desplazamiento intra-UE del beneficiario. En este sentido, la técnica del reconocimiento por parte del TJUE en el marco de cuestiones relativas al estatuto personal ha resultado axiomática. Si bien es cierto, que asistimos desde el asunto *García Avello* (2003) a una serie de sentencias de carácter podemos decir marginal dado su número –aunque con un aumento exponencial en los últimos tiempos–, coincidimos con los autores que preconizan encontramos ante una aplicación inédita del Derecho de la UE⁴⁶.

¿Qué tienen en común estas sentencias? En efecto, estamos ante situaciones con un marcado carácter europeo, en el que el derecho a la libre circulación no se limita a proteger el desplazamiento de un Estado miembro a otro, sino que va más allá al pretender que se garantice un estatus personal único de cada persona con independencia de la aplicación abstracta de las normas nacionales –ya se trate de

⁴² Muchos autores han llamado la atención sobre esta aparente contradicción en el discurso del TJUE entre la solución dada al caso y los apdos. 111 y 112 que abogan por la transformación de una sociedad de un Estado miembro a otra, sin desaparecer. Vid. C. GERNER-BEURLE ET M. SCHILLING, “The Mysteries of Freedom of Establishment After *Cartesio*”, *ICQL*, vol. 59, nº 2, 2010, pp. 303 ss.; M. SZYDLO, “Case C-210/06, *CARTESIO* Okató és Szolgálató bt, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 16 December 2008”, *CMLR*, nº 46, 2009, pp. 704 ss.; S. POILLOT-PERUZZETTO, “L’arrêt *Cartesio*: de l’analyse sur le fondement du marché intérieur”, *Revue des affaires européennes*, nº 1, 2011, p. 94.

⁴³ Ex. apdos. 49 y 58 asunto *Vale*.

⁴⁴ En palabras del Abogado General, Sr. N. JÄÄSKINEN “Así pues, a efectos de la aplicabilidad de la libertad de establecimiento, no es determinante saber si VALE Costruzioni continuó existiendo después de febrero de 2006 o si VALE Costruzioni dejó de existir en una fase prematura a causa de una posible inscripción irregular efectuada en el Registro Mercantil de Roma. En todo caso, existen unas personas físicas, nacionales de un Estado miembro, que han ejercido la libertad de establecimiento en un Estado miembro y que tienen también la intención de ejercerla en otro. Por tanto la situación está comprendida en el artículo 54 TFUE o en el artículo 49 TFUE”, Conclusiones presentadas el 15 de diciembre de 2011, *Rec.* 2011, p. 84, apdo. 50.

⁴⁵ S. POILLOT-PERUZZETTO, “L’arrêt *Cartesio*...”, *op. cit.*, nota 42, p. 91.

⁴⁶ L. AZOULAI, *op. cit.*, nota 20, p. 404. Hay autores, como J. Y. CARLIER que van más allá, al apuntar que el TJUE mediante su actividad avanza hacia el reconocimiento de un derecho a la libre circulación de la persona en el que se diluye incluso el criterio de la nacionalidad, “Opérateur économique, citoyen, “personne”, *op. cit.*, nota 3, p. 239.

reglas de Derecho internacional privado o leyes de extranjería⁴⁷. Mediante estas sentencias el TJUE va a tener la oportunidad de profundizar en el alcance de la libre circulación de personas en tanto que derecho fundamental del ciudadano de la UE y que necesariamente se sustenta en tres esferas esenciales de la vida de todo individuo: su identidad personal, su lugar de vida y su derecho a la vida familiar.

A) La identidad personal

18. En el marco del respeto a la identidad personal, el reconocimiento del nombre y el apellido es un elemento intrínseco en aras a la identificación psicológica, familiar, y en algunos casos cultural, de una persona. Conocidas son las sentencias en relación con el patronímico –*Konstantinidis*, *García Avello*, *Grunkin-Paul*, *Sayn-Wittgenstein o Runevič-Vardyn y Wardyn*⁴⁸– a las que hay que unir una más reciente en el tiempo sobre un aparente título nobiliario incorporado en el apellido, el asunto *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff*⁴⁹. Pese a notables diferencias entre unos casos y otros, todos coinciden en la existencia de una diversidad en cuanto al Derecho aplicable al nombre, que da lugar a una regulación material que no es reconocida por el otro Estado miembro, y que la persona aspira a que le sea admitida y posteriormente transcrita en documentos oficiales. No es nuestro objetivo analizar con detalle estas resoluciones –que han sido objeto de amplio estudio por la doctrina iusprivatista tanto nacional como europea⁵⁰, nos limitaremos, pues, a señalar someramente los principales hitos de la hermenéutica jurisprudencial desarrollada por el TJUE, en tanto que elementos que conforman el estatuto del ciudadano de la UE.

19. En primer lugar, en el marco de la delimitación de competencias, el TJUE reconoce que la cuestión del nombre de las personas físicas –así como la transcripción de éstos en documentos acreditativos del estado civil–, es competencia de los Estados miembros. No obstante, ello no es óbice para no entrar a conocer, sobre la base de que las normas internas –cualquiera que sea su naturaleza– deben respetar el Derecho de la UE, y en especial aquellas que tienen como objetivo las libertades de circulación. En segundo término, el TJUE ha consagrado que la negativa de un Estado miembro a reconocer el nombre y/o el apellido dado a un ciudadano de la Unión en virtud de la legislación interna de otro Estado miembro, puede suponer un obstáculo al ejercicio del derecho de circulación y residencia tal como es instituido por el art. 21 TFUE. De este modo, en la conocida sentencia *García Avello* los jueces del TJUE consideraron contrario a los arts. 12 y 17 TCE (actuales arts. 18 y 20 TFUE) la negativa de las autoridades belgas sobre la base de su Derecho interno al cambio de apellido para dos hijos menores –residentes en Bélgica y con nacionalidad tanto belga como española–, cuando dicha solicitud tiene por objeto que los hijos puedan llevar el doble apellido García Weber, tal como estaban inscritos en el Registro español. Y ello sobre la base que semejante disparidad de apellidos puede causar graves inconvenientes para los interesados, tanto de orden profesional como privado⁵¹. Por último, el TJUE mantiene que la salvaguardia de las libertades de circulación no es de carácter absoluto en su interacción con el Derecho interno; en efecto, el Alto tribunal ampara que los obstáculos a la libre movilidad por parte de las legislaciones nacionales podrían estar justificados si se basan en consideraciones objetivas y son proporcionados al

⁴⁷ L. AZOULAI, *op. cit.*, nota 20, p. 405.

⁴⁸ Asunto C-148/02, *Carlos García Avello contra el Estado Belga*, STCE de 2 de octubre de 2003, *Rec.* 2003, p. 539; Asunto C-353/06, *Stefan Grunkin y Dorothee Regina Paul*, STJUE de 14 de octubre de 2008, *Rec.* 2008, p. 559; Asunto C-208/2009, *Ilonka Sayn-Wittgenstein contra Landeshauptmann von Wien*, STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Rec.* 2010, p. 806; Asunto C-391/09, *Malgożata Runevič-Vardyn y Łukasz Paweł Wardyn contra Vilniaus miesto savivaldybės administracija y otros*, STJUE de 12 de mayo de 2011, *Rec.* 2011, p. 291. *Vid. inter alia*, P. LAGARDE, Nota STJCE As. C-148/02, *Carlos García Avello c. État Belge*, *Revue critique de droit international privé*, 2004, pp. 184-202; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “STJE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein y Landeshauptmann von Wien*”, *REDI*, vol. LXII, 2011, pp. 236-339; M. REQUEJO ISIDRO, “Nota a la STJCE Grunkin-Paul, de 14 de octubre de 2008, asunto C-353/06”, *REDI*, nº 2, 2008, pp. 603 ss.

⁴⁹ Asunto C-438/14, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff contra Standesamt der Stadt Karlsruhe y Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, STJUE de 2 de junio de 2016, *Rec.* 2016, p. 401. *Vid.* Á. LARA AGUADO, *op. cit.* nota 20.

⁵⁰ *Ad exemplum, vid. supra.*

⁵¹ *García Avello*, apdo. 36. A este argumento esgrimido, se unen otros como una aplicación no adecuada del principio de no discriminación, al tratar de manera igual a los que no se encuentran en la misma situación, y una integración no adecuada de los ciudadanos de la UE en la sociedad de acogida. *Grunkin-Paul*, apdo. 23.

fin perseguido por el Derecho nacional⁵². En esta línea argumental, el TJUE en el asunto *Nabiel*, estima que la negativa del gobierno alemán a reconocer el apellido de un nacional de ese Estado que ostenta igualmente la nacionalidad británica, y que en virtud de ésta última ha adquirido apellidos que incorporan los antiguos títulos nobiliarios de *Graf* (conde) y *Freiherr* (barón), no se considera contraria al art. 21 TFUE; siempre que se demuestre que tal denegación está justificada por motivos de orden público, por cuanto que resulta apropiada y necesaria para garantizar el respeto del principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos de dicho Estado miembro⁵³.

20. Estamos ante supuestos en los que la transnacionalidad afecta a materias del estatuto personal, en particular, al nombre, como se ha referido anteriormente factor esencial de identidad para la persona, al tiempo que en determinados aspectos es para los Estados una manifestación de sus valores o el modo en que debe entenderse la sociedad atendiendo a sus raíces históricas y constitucionales. Con respecto a esta última dimensión recordamos el asunto *Vardyn*, y la negativa de transcribir el nombre con grafía distinta a la eslovena, o los casos *Nabiel* o *Sayn-Wittgenstein*, ante la limitación de incorporar títulos nobiliarios a los apellidos de sus nacionales. En todos estos supuestos, la persona implicada tiene una fuerte vinculación con dos Estados miembros, en particular no de tipo económico, sino fundamentalmente a nivel personal, al poseer las dos nacionalidades (*García Avello*, *Grunkin-Paul*, *Nabiel* o *Sayn-Wittgenstein*), haber nacido en el país de su residencia (*Grunkin-Paul*) o por su origen étnico (*Vardyn*).

Pese a las diferencias entre unos supuestos y otros, el principio de continuidad es la guía común al tener como objetivo último que una situación creada en un Estado miembro al amparo de un Derecho interno, sea reconocida en otro Estado miembro cuya regulación ya sea material o conflictual no la ampara. A mi parecer, la técnica de reconocimiento mutuo empleada tiene la virtualidad no sólo de acoger una decisión extranjera, sino salvaguardar la identidad única de una persona que conforma el estatuto de ésta a nivel UE.

B) El lugar de vida

21. El TJUE ha dado un paso más al reconocer y, por ende, amparar junto al nombre, otros aspectos claves de la existencia de una persona y que conforman ese referido estatuto, me refiero al lugar que se considera su centro social de vida. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE no ha dudado en el asunto *Trojani* en admitir el derecho de un ciudadano francés a recibir una prestación de asistencia social del gobierno belga, aunque no ejerce ningún tipo de actividad económica en Bélgica, ni puede ampararse en disposición alguna del Derecho comunitario en este sentido⁵⁴; y ello sobre la base de ser su lugar de vida Bélgica, tal como han reconocido sus autoridades al otorgarle un permiso de residencia. La protección de ese lugar de residencia ha sido amparado asimismo con posterioridad en el conocido asunto *Ruiz Zambrano*, en el que el TJUE considera contrario al art. 20 TFUE que los menores tuviesen que abandonar el territorio de la UE para acompañar a sus progenitores nacionales de terceros países, en tanto que supondría, de hecho, la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que les confiere el estatuto de ciudadanos de la Unión⁵⁵. Esta sentencia del TJUE tiene la capacidad de amparar la situación

⁵² Asunto C-318/05, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, STJUE 11 de septiembre de 2007, *Rec.* 2007, p. 495.

⁵³ Sobre una cuestión similar ha tenido ocasión de pronunciarse el TJUE en el asunto *Sayn Wittgenstein*. *Vid. amplius*. R. CARO GÁNDARA, “Libertades UE, reconocimiento mutuo y orden público de los Estados miembros (Reflexiones tras la sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, y tras el Libro Verde para promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de las certificaciones de estado civil, de 14 de diciembre de 2010)”, *La ley Unión Europea*, nº 3, 2013, pp. 45-58.

⁵⁴ Asunto C-456/02, *Michel Trojani contra CPAS*, STJCE de 7 de septiembre de 2004, *Rec.* p. 488.

⁵⁵ Recordemos brevemente que el Sr. Ruiz Zambrano y su esposa –ambos de nacionalidad colombiana– viven desde hace años en Bélgica sin un permiso de residencia estable y son padres de tres hijos menores de edad –dos de ellos de nacionalidad belga–; y cuya pretensión última es el reconocimiento del derecho de residencia para estos menores en virtud del Derecho UE con independencia de que no hayan ejercido previamente su derecho a la libre circulación intra-UE y con carácter derivado a sus progenitores nacionales de terceros países. Asunto C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l'emploi (ONEm)*, STJUE de 8 de marzo de 2011, *Rec.* 2011, p. 124, en particular apdo. 44. *Vid. inter alia*, P. ABARCA JUNCO Y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “El estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comu-

fáctica de una familia que ha hecho del territorio UE el centro de su vida personal y social⁵⁶, y todo ello sobre la base de que la vocación del “estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”⁵⁷.

C) Derecho a la vida familiar

22. En sentencias posteriores, el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de si el derecho a una vida en familia forma parte del estatuto fundamental del ciudadano de la UE. Se trata de una cuestión que no está exenta de una profunda problemática, ya que dicho reconocimiento de modo incondicional y con independencia del cumplimiento de elementos inherentes a la libre circulación tales como el carácter transnacional de las situaciones, amplía considerablemente de manera indirecta el alcance del derecho de residencia de los familiares nacionales de terceros países. En efecto, se trata de casos que comúnmente la doctrina ha calificado como de discriminación a la inversa (*discrimination à rebours*)⁵⁸, como consecuencia de la aplicación de las normas de extranjería estatales a los familiares de sus propios nacionales, que en muchos casos cuentan con un carácter más restrictivo que las normas de Derecho UE sobre libre circulación, y que serían de aplicación exclusivamente al nacional de otro Estado miembro en el marco de un traslado intra-UE. Si bien el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones desde el asunto *Morson and Jhanjan* sobre la inclusión de situaciones internas en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado sobre libre circulación, han sido sentencias más recientes las que han propiciado nuevos desarrollos en la materia. En concreto, al hilo de varios asuntos planteados al TJUE tras la estela de los casos *Metock* o *Ruiz Zambrano*, el TJUE ha debido dar una respuesta a la argumentación planteada por las partes –y en algunos casos apoyada por el Abogado General– sobre la posibilidad de fundamentar exclusivamente en la ciudadanía UE la aplicación de las disposiciones del Tratado sobre libre circulación (y por ende sus normas sobre reunificación familiar), y ello con independencia de que se trate de un ciudadano *estático*, a saber que no ejerce un traslado intra-UE.

23. Sin duda la cuestión no es baladí, en todos estos supuestos se plantea desde la relevancia dada a la protección de la vida en familia en el marco del Derecho UE, hasta la posibilidad de poner fin a la llamada discriminación a la inversa, que a fin de cuenta es una discriminación en toda regla, para muchos inaceptable en un espacio europeo no sólo de libertad y seguridad, sino también de justicia⁵⁹. De la protección dada a la vida familiar a nivel UE nadie parece dudar atendiendo a los pronunciamientos antes referidos *Metock* y *Ruiz Zambrano*. Si recordamos, el primero de estos asuntos, el TJUE acoge el derecho de residencia en Irlanda de un ciudadano camerunés casado con una ciudadana británica, si bien éstos se han conocido y casado con posterioridad a la circulación intra-UE de la ciudadana UE. Mediante esta resolución, el TJUE si bien admite que la entrada y residencia de nacionales de terceros

nitario (STJUE *Ruiz Zambrano*), nº 23, *REEL*, 2012, p. 1-23; P. JUÁREZ PÉREZ, “La inevitable extensión de la ciudadanía de la Unión: a propósito de la STJUE de 8 de marzo de 2011 (asunto *Ruiz Zambrano*)”, *CDT*, Vol. 3, nº 2, pp. 249-266.

⁵⁶ Tal como especifica L. AZOULAI (*op. cit.*, nota 20, p. 408), este territorio europeo, ha de entenderse como algo más que un lugar físico, se refiere a un espacio en valores, los valores de libertad, seguridad y justicia, sobre los que reposa igualmente el modo de integración de una persona en una sociedad. Este autor defiende que precisamente es ese “estar integrado” en un espacio convivencial aquello que es derecho de protección por parte del Derecho UE.

⁵⁷ Asunto *Ruiz Zambrano*, apdo. 41, en este mismo sentido los asuntos C-184/99, *Rudy Grzelczyk contra Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve*, STJCE de 20 de septiembre de 2001, *Rec.* 2001, p. 458, apdo. 31; C-413/99, *Baumbast y R contra Secretary of State for the Home Department*, de 17 de septiembre de 2002, *Rec.* 2002:493, apdo. 82, y las sentencias, antes citadas, *Garcia Avello*, apdo. 22, *Zhu y Chen*, apdo. 25, y *Rottmann*, apdo. 43

⁵⁸ Sobre la problemática de la discriminación a la inversa, *vid. inter alia*, N. CAMBIEN, “The scope of EU Law in recent ECJ case law: reversing ‘reverse discrimination’ or aggravating inequalities?”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 47, 2012, pp. 127-148; D. MARÍN CONSARNAU, *La reagrupación familiar en el régimen comunitario. Problemas de discriminación inversa*, Bosch, Barcelona, 2010; R. E. PAPADOPOULOU, “Situations purament internes: un instrument jurisprudentiel à doublé fonction ou une arme à doublé tranchant?”, *CDE*, vol. 38, nº 12, 2002, pp. 95-130; B. PÉREZ DE LAS HERAS, “La discriminación en sentido inverso en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: su compatibilidad con el principio constitucional de igualdad entre los ciudadanos de un Estado”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº1, 1998, pp. 75-92.

⁵⁹ En este sentido, F. MARTUCCI, “Situations purement internes et libertés de circulation”, en E. DUBOUT ET A. MAIRTROT DE LA MOTTE, *op. cit.*, nota 3, p. 75; N. CAMBIEN, *op. cit.*, nota 58, p. 147.

países desde el exterior es competencia básicamente de los Estados miembros, recuerda la importancia de proteger la vida familiar de los nacionales de los Estados miembros para eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado⁶⁰.

24. Ahora bien en sentencias posteriores, tales como *McCarthy*, *Rahman* o *Dereci* el TJUE decide encuadrar y limitar tal derecho a la vida familiar en los casos de situaciones puramente internas, lo que sin duda supone un paso atrás en su conformación como derecho fundamental del ciudadano de la UE. Recordemos que en el caso *Dereci*, el Sr. Murat Dereci es nacional turco que se encuentra de manera ilegal en Austria desde el 2001 y ha contraído matrimonio con una ciudadana austriaca en 2003, con la que tiene tres hijos menores todos ellos y de nacionalidad austriaca. El gobierno austriaco aplicando su ley de extranjería no sólo desestima su permiso de residencia, sino que compele al Sr. Dereci a que necesariamente debe permanecer fuera del territorio austriaco mientras espera una futura resolución sobre su solicitud de permanencia en Austria. Ante tales hechos, junto con las situaciones similares planteadas en el asunto *Dereci y otros*⁶¹, el TJUE considera que dicha denegación no es contraria al Derecho UE al tratarse de situaciones puramente internas, siempre que tal negativa no implique privar a los familiares de ciudadanos de la UE del contenido esencial de los derechos conferidos en su estatuto, extremo éste que corresponde comprobar al tribunal competente.

25. Sobre la base de esta interpretación, se llega a la disparatada situación de que a diferencia del asunto *Ruiz Zambrano*, en el que ambos progenitores son nacionales colombianos, en el caso *Dereci* el hecho de que uno de los miembros de la familia sea ciudadano de la UE, se convierte en una circunstancia que impide la extensión del permiso de residencia al padre nacional de tercer país⁶². Con ello, el TJUE remite al órgano jurisdiccional nacional la determinación de si en este caso, ya que la madre es ciudadana de la UE podrá o no hacerse cargo ella sola de tres niños menores de edad en la UE; extremo que vendría además protegido mediante la legislación nacional o convencional, no del Derecho UE. Asistimos, sin duda, a una argumentación a lo absurdo que rechina con el tenor del asunto *Metock* en la que se abogaba por la protección de una vida familiar normal del ciudadano UE; en efecto, nos cuestionamos sobre qué grado de *normalidad* tiene una vida familiar que prescinda de uno de los progenitores, ya sin atender a la compatibilidad con los principios básicos de un espacio europeo de justicia. Se constata, pues, que la naturaleza derivada y dependiente del derecho de residencia de nacionales de terceros países, familiares de ciudadanos de la UE, se refuerza hasta casos *in extremis*, dada la exigencia férrea de que el ciudadano UE esté bajo el ámbito de aplicación del Derecho derivado. Sobre esta cuestión, no podemos dejar de mencionar junto con los clamorosos casos del asunto *Dereci y otros*, el asunto *NA*⁶³, en el que una señora pakistaní, ex cónyuge de un ciudadano alemán que ha sufrido malos tratos por éste, y a cargo de las dos hijas comunes, ciudadanas de la UE –en concreto alemanas–, no puede mantener de modo autónomo su derecho de residencia en Reino Unido, Estado miembro de acogida donde había residido desde que se casó con su exmarido, y ello sobre la base de que el inicio del procedimiento judicial de divorcio es posterior a la partida del cónyuge ciudadano de la UE de dicho Estado miembro⁶⁴.

⁶⁰ Asunto C-127/08, *Blaise Baheten Metock y otros contra Minister for Justice, Equality and Law Reform*, STJUE 25 de julio de 2008, *Rec.* 2008, p. 449, apdo. 56. *Vid.* C. COSTELLO, “Metock: Free movement and ‘Normal Family Life’ in the Union”, *CMLR*, n° 46, 2009, 587-622; P. JUÁREZ PÉREZ, “El controvertido derecho de residencia de los nacionales turcos en la Unión Europea: la STJUE de 15 de noviembre 2011 (asunto *Dereci*)”, *CDT*, Vol.4, n° 1, 2012, pp. 256-276.

⁶¹ Se trata de 5 supuestos en que las autoridades austriacas atendiendo a su legislación interna de extranjería niegan el derecho de residencia en Austria a nacionales de terceros países, familiares de ciudadanos austriacos que no han ejercido su derecho a la libre circulación intra-UE. Asunto C-256/11, *Murat Dereci y otros contra Bundesministerium für Inneres*, STJUE de 15 de noviembre de 2011, *Rec.* 2011, p. 734. *Vid.* comentario a la sentencia J. M. CORTÉS MARTÍN, “Sobre lo esencial de los derechos vinculados a la ciudadanía y su articulación con el derecho fundamental a la vida familiar”, *RDCE*, n° 40, septiembre/diciembre 2011, pp. 871-893.

⁶² Para un análisis comparativo de los referidos asuntos así como de la evolución jurisprudencial en la materia, *vid.* S. PLATON, “Le champ d’application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci*. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure”, *RTDE*, 2012, n°1, pp. 23-62.

⁶³ Asunto C-115/15, *Secretary of State for the Home Department contra NA*, STJUE de 30 de junio de 2016, *Rec.* 2016, p. 487.

⁶⁴ Con este parecer el TJUE no atiende a la propuesta del Abogado General Sr. M. WATHELET que con independencia de la

26. Mediante estas últimas resoluciones el TJUE opta por un viraje de carácter restrictivo con respecto a su jurisprudencia anterior. En primer lugar, se consagra el principio clásico del Derecho UE de que las situaciones puramente internas quedan al margen de la normativa sobre libre circulación; lo que automáticamente conlleva que el TJUE no sólo no ha puesto remedio alguno a la discriminación a la inversa, sino que en muchos casos con sus recientes pronunciamientos la ha si cabe acrecentado⁶⁵. De modo que, si bien el asunto *Ruiz Zambrano y Rottmann* parecían acoger que todo nacional de la UE en tanto que ciudadano de la UE podía invocar la reunificación familiar al amparo de las normas UE, la jurisprudencia posterior la ha limitado prácticamente a situaciones excepcionales. Y, en segundo término, y como consecuencia de lo anterior, se concluye que la esencia de los derechos vinculados al estatuto del ciudadano de la Unión, no incluyen el respeto de la vida familiar recogido en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Y ello sobre la base de que las disposiciones de la mencionada Carta, en virtud de su art. 51, apdo 1, se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la UE⁶⁶. En definitiva, la vida familiar en los supuestos sin movimiento transfronterizo se protege de modo limitado y colateral; así pues la normativa UE se extiende de manera excepcional a aquellos casos que dadas sus particulares circunstancias –como los supuestos de menores dependientes de sus progenitores–, privarían al nacional de un Estado miembro del disfrute efectivo de sus derechos conferidos por el estatuto del ciudadano UE al verse obligado a abandonar el territorio UE⁶⁷.

IV. Los obstáculos a la libre circulación en materia de estatuto personal y la técnica del reconocimiento mutuo

27. Las sentencias referidas que evidencian el alcance de la influencia de las libertades de circulación sobre el Derecho nacional de los Estados miembros constituyen asimismo una oportunidad para constatar una evolución en cuanto a la pérdida de relevancia de la cuestión del ámbito de aplicación material de las normas sobre libre movilidad⁶⁸. En los supuestos relativos a la identidad de la persona, resulta clave la noción de obstáculo a la libertad de circulación; en efecto, si bien el estatuto personal es una cuestión ajena al ámbito material del Derecho UE, sí puede afectar al ejercicio de una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, y es desde esta perspectiva funcional que el TJUE

necesidad de proteger a nivel UE la situación de mujeres en alta vulnerabilidad, considera que en el supuesto de que el divorcio sea consecuencia de la violencia doméstica, el art. 13, apdo. 2, párr. primero, letra c), de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, no exige que el ciudadano de la Unión Europea, cónyuge del nacional de un tercer Estado, resida en el territorio del Estado miembro de acogida en el momento del divorcio, para que el nacional de un tercer Estado pueda conservar un derecho de residencia personal en virtud de esta disposición. Finalmente, el TJUE en este asunto *NA*, y como muestra nuevamente del carácter totalmente dependiente del derecho de los familiares nacionales de terceros países, interpreta que en base al art. 12 del Reglamento (CEE) n° 1612/68, de 15 de octubre de 1968, “un hijo y su progenitor nacional de tercer país que tiene su custodia en exclusiva gozan del derecho de residencia en el Estado miembro de acogida, en virtud de dicha disposición, en una situación, como la del procedimiento principal, en el que el otro progenitor es ciudadano de la UE y ha trabajado en dicho Estado miembro, pero ha dejado de residir en él antes de que el hijo inicie allí su escolaridad”. *Vid.* C. YEO “CJEU judgment on domestic violence victims: NA C-115/15”, <http://www.freemovement.org.uk>, consultado 22.02.2017.

⁶⁵ N. CAMBIEN, *op. cit.*, nota 58, p. 147.

⁶⁶ *Vid.* Asunto *Dereci y otros*, apdos. 70-73 y Conclusiones del Abogado General Sr. P. MENGOZZI, *Rec.* 2011, p. 626, apdo. 37. De ahí que autores como N. CAMBIEN aboguen que la única solución en casos de discriminación a la inversa sea una reforma legislativa a nivel UE (o constitucional de los Estados miembros) de modo que el TJUE está interpretando de acuerdo al tenor limitado del alcance de las normas sobre libre circulación, *Ibid.*, pp. 143 ss.

⁶⁷ Nos referimos a los últimos pronunciamientos del TJUE en este sentido, Asuntos C-165/14, *A. Rendón Marín contra Administración del Estado*, de 13 de septiembre de 2016, *Rec.* 2016, p. 675 y C-133/2015, *H.C. Chávez-Vilchez y otros contra Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank y otros*, *Rec.* 2017, p. 354. De especial interés resulta esta última resolución al profundizar el TJUE en el sentido de apreciar si un menor, ciudadano de la UE, se vería obligado a abandonar el territorio UE en su conjunto al denegársele el reconocimiento del derecho de residencia en el Estado miembro de que se trate de un progenitor que es nacional de tercer país, debiendo de atenderse a las circunstancias del caso concreto (edad del menor, desarrollo físico y emocional, relación afectiva con el progenitor ciudadano UE y con el progenitor nacional de tercer país) ya que tal apreciación debe necesariamente respetar el “interés superior del menor”.

⁶⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* M. FALLON “Liberté communautaires et règles de conflit de lois”, *op. cit.*, nota 8, pp. 38 ss.

entra a conocer⁶⁹. Como declaró el TJUE por primera vez en el asunto *García Avello*, una disparidad de apellidos puede causar graves inconvenientes para los interesados, constituyendo un obstáculo a la libre circulación y residencia del ciudadano UE⁷⁰. Aunque en este epígrafe nos centraremos en la cuestión del estatuto personal, hemos de tener presente que el concepto de obstáculo está presente asimismo frente a las normas de extranjería nacionales, de modo que la aplicación de éstas a los familiares nacionales de terceros países no puede tener como efecto obstaculizar de modo injustificado el ejercicio por parte del ciudadano UE de su de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros⁷¹.

28. Con respecto a la noción de obstáculo o restricción debemos hacer una serie de concreciones. En primer lugar, ha de tratarse de inconvenientes graves que afecten a los interesados en el orden administrativo, profesional como privado. Así en el asunto *Sayn-Wittgenstein* en relación a la diversidad de apellidos el TJUE estimó que debe ser “un riesgo concreto (para una persona) de tener que disipar dudas en cuanto a su identidad y en cuanto a la autenticidad de los documentos que presente”⁷². En segundo término, se constata que cuando evoluciona la naturaleza del propio espacio de libertad, seguridad y justicia, los obstáculos que encontramos no son ya medidas discriminatorias por razón de la nacionalidad, sino medidas –en estos casos normas nacionales–, que se aplican indistintamente y cuya función última está orientada a proteger valores de orden superior. En tercer lugar, el obstáculo a la libre circulación puede ser real o hipotético. En efecto, tal como subrayó el Abogado General Sra. Eleanor Sharpston en el asunto *Grunkin-Paul*, el hecho de que el niño Loenhard Mattias no se haya visto aún obstaculizado o disuadido de viajar entre Dinamarca y Alemania no significa que su derecho a hacerlo no se haya visto restringido⁷³.

En definitiva, como ha afirmado M. Fallon el alcance funcional de la noción de obstáculo nos conduce a considerar que el Derecho privado, –ya sea material o conflictual–, no escapa al Derecho del mercado interior, aún cuando no esté sujeto en sí mismo bajo su competencia⁷⁴.

29. Se constata que mediante esta interpretación funcional cuyo objetivo último es evitar los obstáculos injustificados como consecuencia de una doble regulación en el ámbito civil y/o mercantil de los Estados miembros, el TJUE aboga por el reconocimiento mutuo. Como sabemos esta técnica surgió en materia de libre circulación de mercancías –con la mítica sentencia *Cassis de Dijon*– y se ha extendido asimismo a las otras libertades comunitarias, incluidas las de personas morales y físicas. En efecto, dada la falta de armonización legislativa a nivel conflictual y material de las cuestiones relativas al estatuto personal, la cooperación entre autoridades nacionales junto con el reconocimiento de pleno derecho de situaciones jurídicas creadas conforme a la ley nacional de otro Estado miembro parece en el estado actual del Derecho UE, la mejor solución⁷⁵. Tal como han señalado distintos autores, esta

⁶⁹ En este sentido, la sentencia *García Avello* “Si bien en el estado actual del Derecho comunitario, las normas que rigen el apellido de una persona son competencia de los Estados miembros, éstos, no obstante, deben respetar el Derecho comunitario al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a la libertad, reconocida a todo ciudadano de la Unión, de circular y residir en el territorio de los Estados miembros”, apdo. 25. Tal como subraya M. FALLON dada la interpretación funcional del TJUE, la noción obstáculo puede ser cualquier reglamentación de un Estado miembro con independencia de que ésta sea de derecho privado o de derecho público, derecho penal, derecho económico o derecho contractual o derecho de la familia, *ibid.*, pp. 36 ss.

⁷⁰ Asunto *García Avello*, apdo. 36. Véase también en este sentido asunto *Sayn-Wittgenstein*, apdo. 55.

⁷¹ Conclusiones de los Abogados Generales Sr. Y. BOT, asunto C-83/11, *Secretary of State for the Home Department contra Muhammad Sazzadur Rahman, Fazly Rabby Islam, Mohibullah Rahman*, presentadas el 27 de marzo de 2012, *Rec.* 2012, p. 174, apdo. 69 y Sra. J. KOKOTT, asunto C-434/09, *Shirley McCarthy contra Secretary of State for the Home Department*, presentadas el 25 de noviembre de 2010, *Rec.* 2010, p. 718, apdo. 66.

⁷² Asunto *Überseering*, apdo. 70. En este mismo sentido los asuntos *Runevič-Vardyn*, apdo. 77 y *Nabiel*, apdo. 63.

⁷³ Asunto *Grunkin-Paul*, apdo. 79.

⁷⁴ M. FALLON, “Les conflits de lois et de jurisdictions...”, *op. cit.*, nota 9, p. 44.

⁷⁵ Especifica la Comisión Europea que algunos problemas prácticos existentes en los asuntos transfronterizos en que se encuentran los ciudadanos en el ámbito del estado civil podrían solucionarse asimismo mediante un reconocimiento basado en la armonización de las normas de conflicto de ley. Si bien sería una solución que aportaría seguridad jurídica al ciudadano al ejercer su derecho a la libre circulación, ese corpus de normas comunes de Derecho aplicable, no está exento de dificultades; entre otros, determinar si el punto de conexión elegido sería único o cambiaría según la situación, así como el alcance de la autonomía de la voluntad en la materia. *Vid.* Libro Verde “Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre

técnica de reconocimiento mutuo tiene inscrito un *principio de continuidad*⁷⁶ o de *aceptación* más allá de la jurisdicción nacional de la relación jurídica en el espacio común⁷⁷, que asegura *inter alia* una libre circulación del ciudadano en clave de protección de derechos fundamentales de la persona, conllevando los correctivos necesarios a los sistemas conflictuales nacionales.

30. Partiendo de que el principio de reconocimiento mutuo es una pieza crucial en el sector procesal del Derecho internacional privado⁷⁸, cuando la cuestión se refiere al Derecho aplicable, éste tiene una significación y alcance propio. En primer lugar, dicho reconocimiento en este ámbito tiene una naturaleza de *excepción*; en efecto, partimos de la idea de que el objetivo último es que el beneficiario de una libertad de circulación no sea obstaculizado en el Estado miembro de acogida por la aplicación del Derecho interno sin tenerse en cuenta que su situación jurídica está amparada por un Derecho extranjero, el del Estado miembro de origen. Tal como ha puesto de relieve M. Fallon, el modo de intervención de la técnica de reconocimiento mutuo en base al Derecho originario será el de una excepción, excepción a la aplicación de la norma designada por el Derecho del foro⁷⁹.

31. En segundo lugar, el método de reconocimiento dado su carácter de excepción está sujeto a dos condiciones y un límite. *Primo*, ha de tratarse de una situación duradera en el tiempo⁸⁰ y con un vínculo suficiente con el Estado donde ha sido creada, con el fin de evitar el fraude de ley o el abuso del derecho⁸¹. Tal como se constata en las sentencias antes analizadas, la exigencia de esa vinculación se minimiza cuando se trata de sociedades dada la liberalidad del mercado único, mientras que es mucho más firme en el caso de las personas físicas; en efecto, los particulares implicados en la mayoría de los supuestos tienen fuertes vínculos con el Estado miembro de origen y de destino al ser dobles nacionales o ser su país de nacionalidad, por un lado, y de nacimiento y/o residencia, por otro. Por su parte, la prohibición de abuso del derecho o fraude de ley es un motivo que justifica la derogación de la libre circulación⁸² y, por ende, la no aplicación

circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil”, 14 de diciembre de 2010, COM (2010) 747 final, en particular pp. 14-16. Sobre el principio de reconocimiento mutuo como base de las exigencias de la UE en la conformación de un sistema de Derecho internacional privado a nivel UE, *vid.* P. LAGARDE, “La reconnaissance, mode d’emploi”, *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon. Ver de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 481 ss.; R. BARATTA, “Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC”, vol. 27, n° 1, *IPRax*, 2007, pp. 4 ss.

⁷⁶ *Idem.*, “Note sull’evoluzione...”, *op. cit.*, nota 7, p. 725.

⁷⁷ R. MICHAELS, “EU Law as Private International Law? Re-Conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested rights Theory”, *Journal of Private International Law*, n° 2, 2006, pp. 213-242. Este autor, sobre la base del resultado principal del método del reconocimiento que es conllevar la aceptación de situaciones válidas que han sido creadas al amparo de otro sistema jurídico, pone de relieve las similitudes de esta técnica con la teoría de los derechos adquiridos.

⁷⁸ Tras la estela del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y la aprobación del Tratado de Ámsterdam en 1997 ha desaparecido paulatinamente el exequátur al establecerse correlativamente el reconocimiento mutuo en materia civil y mercantil. *Ad. exemplum*, Reglamento (UE) n° 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE 351, de 20 de diciembre de 2012); Reglamento 4/2009, Reglamento (CE) 4/2009, de 18 de diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones alimenticias (DOUE L 7, 10 de enero de 2009); Reglamento 2201/2003, Reglamento (UE) n° 650/2012 de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE L 201, de 17 de julio 2012).

⁷⁹ M. FALLON, “Libertés communautaires et règles de conflit de lois”, *op. cit.*, nota 8, pp. 76-77. Dada su naturaleza de excepción, este autor destaca su analogía con la excepción de orden público: la limitación juega a posteriori, después de que la norma de conflicto del foro ha designado el Derecho aplicable, y ella conduce a la no aplicación de la norma para el operador extranjero, en el caso en el que el Derecho designado se revela como más estricto que el Derecho del país de origen de ese operador. No obstante, también señala una diferencia importante con la excepción de orden público internacional en el sentido en que el reconocimiento mutuo actúa no solo en relación al Derecho extranjero, sino asimismo en relación al Derecho del foro.

⁸⁰ P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsA*, vol. 68, n° 2, 2004, pp. 225-243; ID. “La reconnaissance. Mode d’emploi”, *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, *op. cit.* nota 73, pp. 481-501.

⁸¹ M. GARDEÑES SANTIAGO, “Les exigences du marché intérieur dans la construction d’un code européen de droit international privé”, en particulier la place de la confiance et la reconnaissance mutuelle”, M. FALLON, P. LAGARDE ET S. POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, nota 13, p. 101.

⁸² Sobre esta cuestión, *vid. amplius*, R. N. IONESCU, *L’abus de droit en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2012;

del principio de reconocimiento mutuo. La jurisprudencia del TJUE ha reiterado en multitud de ocasiones que “un Estado miembro está facultado para adoptar medidas destinadas a impedir que, aprovechando las posibilidades creadas por el Tratado, algunos de sus nacionales intenten evitar abusivamente la aplicación de su legislación nacional y que los justiciables puedan invocar el Derecho [de la Unión] de forma abusiva o fraudulenta”⁸³. No obstante, en estos asuntos si bien es un límite, no es sencillo de demostrar: en el caso de las sociedades por la casi sagrada liberalidad del mercado y en el supuesto de las personas físicas dados los vínculos estables con ambos Estados miembros⁸⁴.

Secondo, para hacer valer el principio de reconocimiento mutuo, los obstáculos a la libre circulación deben ser graves y reales. En este sentido, el TJUE consideró siguiendo la tesis del Abogado General en el asunto *Runevič-Vardyn*, que la negativa del gobierno lituano a reconocer el apellido de una nacional con las normas de la grafía polaca, a saber con signos diacríticos, no constituye *per se* un inconveniente para la libre circulación de personas, en cuanto que difícilmente cuestione la identidad de una persona y la autenticidad de sus documentos personales.

Y *Tertio*, este principio de reconocimiento mutuo cuenta con un límite que no es otro que el orden público de los Estados miembros. Ahora bien, no debemos olvidar que dada su naturaleza de excepción su aplicación se somete a los condicionamientos ya clásicos del Derecho UE al poder invocarse sólo en caso de que exista para el Estado miembro una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de su sociedad⁸⁵. En este sentido, el TJUE ha considerado en el mencionado asunto *Runevič-Vardyn* que es legítimo que un Estado miembro alegue como límite al reconocimiento mutuo la protección de la lengua oficial nacional, en aras a salvaguardar la unidad nacional y preservar la cohesión social. Por su parte, en el asunto *Sayn-Wittgenstein* el TJUE también admitió la justificación del orden público invocada por el gobierno austriaco ante su negativa de reconocer un título de nobleza incorporado en el apellido de una nacional austriaca de acuerdo al Derecho alemán; ello sobre la base de una norma constitucional interna que abole los títulos de nobleza y los nombres indicativos de tal condición bajo el principio de igualdad de trato de todos los ciudadanos. Como es jurisprudencia reiterada, el orden público en tanto que límite a una libertad fundamental no basta que se invoque cuando afecte a un interés esencial de la sociedad, sino que además la medida nacional en cuestión solo puede basarse en consideraciones objetivas y debe ser proporcional al objetivo legítimamente protegido⁸⁶.

32. No obstante, y pese a estos límites, el TJUE en su sentencia más reciente —el asunto *Nabiel*— lleva a cabo un enunciado en forma negativa⁸⁷, que desde mi parecer refuerza el papel de los Estados

A. ILIOPOULOU-PENOT “Libertés de circulation et abus de droit”, E. DUBOUT ET A. MAITROT DE LA MOTTE, *op. cit.*, nota 3, pp. 185-204.

⁸³ *Vid.* en el ámbito de la libre prestación de servicios, los asuntos C-33/74, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, STJCE 3 de diciembre de 1974, *Rec.* 1974, p. 131, apdo. 13; C-148/91, *Veronica Omroep Organisatie contra Commissariaat voor de Media*, STJCE 3 de febrero de 1993, *Rec.* 1993:45, apdo. 12, y C-23/93, *TV10 SA contra Commissariaat voor de Media*, STJCE 5 de octubre de 1994, *Rec.* 1994, p. 362, apdo. 21; en materia de libertad de establecimiento, los asuntos C-115/78, *J. Knoors contra Staatssecretaris van Economische Zaken*, STJCE de 7 de febrero de 1979, *Rec.* 1979, p. 31, apdo. 25 y C-61/89, *Procedimiento Penal contra Marc Gaston Bouchoucha*, TJCE 3 de octubre de 1990, *Rec.* 1990, p. 343, apdo. 14; en materia de libre circulación de mercancías, el asunto C-299/83, *SA Saint-Herblain distribution, Centre distributeur Leclerc y otros contra Syndicat des libraires de Loire - Océan*, TJCE 10 de enero de 1985, *Rec.* 1985, p. 326, apdo. 27; en materia de Seguridad Social, el asunto C-206/94, *Brennet AG contra Vittorio Paletta*, STJCE 2 de mayo de 1996, *Rec.* 1996, p. 182, apdo. 24; en materia de libre circulación de trabajadores, el asunto C-39/86, *Sylvie Lair contra Universität Hannover*, TJCE 21 de junio de 1988, *Rec.* 1988, p. 32, apdo. 43; en materia de Derecho de sociedades, el asunto C-367/96, *Alexandros Kefalas y otros contra Elliniko Dimosio (Estado helénico) y Organismos*, TJCE 12 de mayo de 1998, *Rec.* 1998, p. 22, apdo. 20.

⁸⁴ Así en el asunto *Nabiel*, el gobierno alemán no reconoce el nombre adquirido por el Sr. Nabiel en Reino Unido aludiendo fraude de ley, bajo lo que las autoridades alemanas denominan “turismo del nombre”, alegación que no acoge ni el Abogado General en el caso ni posteriormente el Tribunal, apdos. 84-86.

⁸⁵ *Vid.* asuntos C-54/99 *Association Eglise de scientologie de Paris y Scientology International Reserves Trust contra Premier ministre*, STJCE 14 de marzo de 2000, *Rec.* 2000, p. 124, apdo. 17 y C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automaten-aufstellungs-GmbH contra Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, STJUE 14 octubre 2004, *Rec.* 2004, p. 614, apdo. 30.

⁸⁶ *Vid.* asuntos *Grunkin y Paul*, apdo. 29, *Sayn-Wittgenstein*, apdo. 81 y *Nabiel*, apdo. 48.

⁸⁷ En este sentido, destaca Á. LARA AGUADO, que si bien esta sentencia se sitúa en la misma línea que había mantenido el TJUE hasta ahora, cuando se ha pronunciado sobre un asunto relativo a los nombres y apellidos, la diferencia estriba en que con el asunto *Nabiel*, el TJUE lo ha expresado de forma negativa (*op. cit.*, nota 20, p. 5).

miembros en cuanto a la concreción de su orden público⁸⁸. En concreto, en este supuesto considera que no es obligatorio el reconocimiento del apellido adquirido en otro Estado miembro del que el interesado también es nacional, si se demuestra, que tal denegación está justificada por motivos de orden público, por cuanto resulta apropiada y necesaria para garantizar el respeto del principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos de dicho Estado miembro. Ahora bien, la constatación de esa esfera de concreción del orden público por cada Estado miembro al tratarse de una excepción a una libertad comunitaria ha de interpretarse siempre en sentido restrictivo⁸⁹ y no puede ser apreciado de modo unilateral⁹⁰. Es más, estamos sin duda, en una cuestión en la que es básico mantener un equilibrio óptimo entre el necesario margen de apreciación que deben tener los Estados miembros –dado que no todos comparten la misma definición de orden público– y el grado de integración UE que se fundamenta en una convergencia de valores y una protección común de los derechos fundamentales⁹¹.

V. Conclusiones

33. La interacción entre el Derecho internacional privado y las libertades de circulación nos permite analizar esta movilidad desde un enfoque distinto que nos acerca a su esencia última y que aporta claridad en cuanto a su alcance en el estado actual del Derecho UE. En este sentido, la reciente jurisprudencia del TJUE sobre cuestiones relativas al estatuto de las personas físicas y morales es clave e imprescindible. En efecto, a través de sus pronunciamientos, no sólo explora todo el potencial de los conceptos incluidos en los Tratados, dotándolos del contenido sustancial requerido, sino que tiene la fuerza de alcanzar a los derechos nacionales aún cuando se ocupan de materias de competencia estatal⁹². No obstante, y sin dejar de menoscabar la labor del Alto Tribunal, se constatan asimismo límites a una actuación que conserva la discriminación a la inversa, y que al no acotarla siquiera de manera precisa mantiene una nada deseable inseguridad jurídica⁹³.

⁸⁸ En efecto, el TJUE en su resolución matiza la propuesta del Abogado General que defendía el reconocimiento en forma positiva, sobre la base de que un obstáculo a la libre circulación sólo puede admitirse cuando se trata de una norma imperativa tan fundamental para el ordenamiento jurídico afectado que no pueda concebir ninguna excepción en el contexto controvertido. Sobre este razonamiento en el asunto *Nabiel*, el Abogado General no deja la valoración de la contrariedad a su orden público a las autoridades nacionales, tal como posteriormente concluye el TJUE, sino que considera directamente que el gobierno alemán debía reconocer el uso de antiguos títulos de *Graf* (conde) y *Freiherr* (barón), a pesar de haber sido abolidos los títulos nobiliarios en el Derecho alemán, al no tratarse de una prohibición estricta al admitir dicho ordenamiento bajo determinadas condiciones su utilización. Sobre esta argumentación *vid. amplius*, Conclusiones del Abogado General Sr. M. WATHELET, presentadas el 14 de enero de 2016, *Rec.* 2016, p. 11, apdos. 99 y ss.

⁸⁹ *Vid.* asunto *Omega*, apdo. 30. Insiste en esta sentencia que dicha interpretación limitativa está sujeta a los principios de necesidad y de proporcionalidad, en el sentido de que dichas medidas restrictivas sólo pueden estar justificadas si son necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar y sólo si dichos objetivos pueden alcanzarse con medidas menos taxativas.

⁹⁰ C. IZQUIERDO SANS, “Sobre lo que opina el TJ en relación con la definición del nivel de protección de un derecho fundamental por parte del legislador de la Unión (Comentario a la sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013, asunto *Melloni*, C-399/11)”, *La Ley Unión Europea*, nº 4, mayo, 2013, pp. 1-13.

⁹¹ Desde esta perspectiva, no es de extrañar que hay autores que abren el debate sobre la conformación de un orden público a nivel UE, *vid. ad exemplum*, J. DIEZ-HOCHLEITNER, “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales Constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?”, en *Tribunal Constitucional y diálogo entre Tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPYC, Madrid, 2013, pp. 57-130; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?”, *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 161-179; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos; ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos *K.B.* y *García Avello*)”, *RDCE*, nº 18, 2004, p. 507-529.

⁹² Esta acción jurisprudencial ha sido descrita en clave poética si bien meridianamente clara por FALLON “*Cette vague a emporté les droits nationaux inexorablement, avec la discrétion, la profondeur et la lente certitude d’une lame de fond*”, “Liberté communautaire et règle de conflit de lois”, *op. cit.*, nota 8, p. 36.

⁹³ Conclusiones de la Abogada General Sra. E. SHARPSTON en el asunto *Ruiz Zambrano*, presentadas el 30 de septiembre de 2003, *Rec.* 2010, p. 560, apdo. 142. La necesidad de abordar y limitar la discriminación a la inversa como freno a la inseguridad jurídica generada por la jurisprudencia hasta la fecha ha sido puesta de relieve por esta Abogada General. En concreto propone que el art. 18 TFUE se interprete en el sentido de que prohíba la discriminación a la inversa causada por la interacción entre el art. 21 TFUE y el Derecho nacional que entraña una infracción de un derecho fundamental protegido en virtud del Derecho comunitario, cuando no existe una protección al menos equivalente con arreglo al Derecho nacional (apdos. 139-150).

De las conclusiones enunciadas a través de sus resoluciones junto con la hermenéutica utilizada por el TJUE podemos esbozar las siguientes reflexiones.

34. En primer lugar, asistimos a un *nuevo objetivo* de la libre circulación de personas. Mediante la interpretación funcional que realiza el TJUE se salvaguarda ya no sólo la unidad del mercado interior sino la unidad de la persona⁹⁴. Así en el escenario del traslado de empresas intra-UE, se crea la ficción de su existencia más allá de las fronteras del Estado miembro y, en consecuencia, del cumplimiento de los requisitos fijados por el Derecho interno en cuanto a su creación y reconocimiento. Cuando nos referimos a la persona física, asistimos a la protección del individuo en su conjunto, entendido como una unidad única que conforma un estatuto jurídico propio a nivel UE. Desde esta perspectiva, el TJUE va más allá de la salvaguardia de los derechos particulares, garantizando la identidad personal en sentido lato, que ha de mantenerse dados los vínculos con la UE a la luz de cada situación particular y ello con independencia del tenor de la normativa material o conflictual de los Estados miembros.

35. Con este nuevo propósito, se constata asimismo la conformación de *un sujeto que trasciende a los ordenamientos jurídicos estatales*. Con ello nos hallamos ante un cambio en la interpretación clásica del Derecho UE más interesado en crear regímenes jurídicos particulares que sujetos de derecho, al hacer depender su existencia de los derechos nacionales. Mediante la técnica del reconocimiento mutuo utilizada por el TJUE con el objetivo de dotar de continuidad a determinadas situaciones interconectadas con distintos Estados miembros, no asistimos exclusivamente a la extensión de los beneficiarios de la libre movilidad, sino a la conformación de un sujeto *europeo*. En el caso de la libre circulación de sociedades mediante una simulación, cuando se trata de los ciudadanos a través del reconocimiento de un estatuto a nivel europeo cuyo disfrute efectivo de sus derechos esenciales se garantiza incluso frente a las medidas nacionales que pudieran obstaculizarlos. Con ello, nos hallamos ante una exégesis jurisprudencial que da los pasos hacia la consolidación de una personalidad jurídica propia con una conexión directa con la Unión Europea. Sin restar mérito a esta evolución, no podemos obviar que ésta se encuentra en un primer estadio o lo que algunos autores han definido en “estado larvario”⁹⁵. En efecto y tal como se constata al profundizar sobre el alcance de la libre movilidad, dicho reconocimiento se limita a determinadas situaciones, que atendiendo a sus especiales circunstancias quedan bajo el amparo del Derecho UE.

36. Mediante su jurisprudencia el TJUE va a permitir que situaciones jurídicas válidamente declaradas o constituidas en un Estado miembro sean reconocidas en el espacio común. A partir de este principio de continuidad, el TJUE profundiza sobre el *alcance de la libre circulación de personas* en tanto que derecho fundamental. En efecto, ya no sólo se garantiza el desplazamiento y una igualdad de tratamiento en el Estado de acogida, sino otras cuestiones esenciales de todo individuo como su identidad personal o su integración en su lugar de vida o trabajo. Con ello, se protegen situaciones concretas bajo el Derecho UE, en el que se diluye la exigencia para el beneficiario principal de requisitos clásicos tales como ejercer una actividad económica o que se produzca en el marco de un desplazamiento intra-UE, al tratarse de los llamados ciudadanos UE estáticos. No obstante, tras sentencias como los casos *Ruiz Zambrano* o *Metock* , el TJUE limita y condiciona el alcance de este estatuto jurídico del ciudadano UE al no incluir *per se* una cuestión básica de toda persona como es su derecho a la vida familiar.

37. En esta evolución jurisprudencial resulta clave la *técnica del reconocimiento* . En efecto, en materias del estatuto personal –que se encuentran en el ámbito competencial de los Estados miembros– es necesario poder garantizar la continuidad de situaciones jurídicas más allá de la jurisdicción nacional, todo ello en aras a garantizar de un modo completo la libre circulación de personas. Como ha insistido R. Baratta este principio de reconocimiento da espesor al espacio de libertad, seguridad y justicia; mediante su acción de continuidad no sólo protegiendo la movilidad en el espacio común, sino

⁹⁴ En este sentido, L. AZOULAI, *op. cit.* , nota 20, pp. 409.

⁹⁵ E. MUSAWIR, *Jurisdiction in Deleuze. The Expression and Representation of Law* , Ed. Routledge, Abingdon 2011, p. 22.

dando una especial protección al ciudadano garantizándole allá donde se desplace una identidad única que comporta los derechos fundamentales inseridos en la relación. Ahora bien, ello sin obviar la propia naturaleza de excepción del reconocimiento mutuo. En efecto, en materia de Derecho aplicable si bien impide la aplicación del Derecho nacional en ámbitos que no son competencia exclusiva de la UE, y por ende la salvaguarda de la libre circulación de personas, dicho reconocimiento mutuo se encuentra sujeto a condiciones y límites. En este sentido, subyace el necesario equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos a nivel UE y el respeto del orden público constitucional de los Estados miembros.

38. Y finalizamos este estudio corroborando la afirmación que hicimos al inicio del mismo: la libre circulación de personas es una prerrogativa en continua evolución. Sobre la base de que la interacción puesta de relieve entre el estatuto personal y la libre circulación es un “medidor” óptimo del alcance del *status civitatis* europeo, hemos de afirmar que en el estadio actual del Derecho UE, la libre movilidad en tanto que derecho fundamental del ciudadano UE está en proceso, no existe aún en tanto que resultado. Sólo así podemos entender las palabras del TJUE que ha señalado en diversas ocasiones que la vocación del estatuto de ciudadano de la UE es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros. Y ello no debe entenderse como un fracaso (del cambio que se gestó hace ya más de dos décadas con el Tratado UE), sino como el reflejo más fiel de la propia naturaleza de la UE como un *proceso* en transformación desde la consolidación de un mercado interior a la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia⁹⁶.

⁹⁶ Si bien esta afirmación la realiza S. POILLOT-PERUZZETTO en el contexto de la puesta en marcha de un código europeo de Derecho internacional privado, la considero totalmente extrapolable al ámbito de la libre circulación de personas, “La priorité de l’Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice...”, *op. cit.*, nota 13, p. 67.