

## CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL

SRA. JULIANE KOKOTT

presentadas el 14 de abril de 2011<sup>1</sup>**I. Introducción**

1. El presente asunto versa sobre el artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional del Acuerdo de Asociación CEE-Turquía. Éste contiene una cláusula de standstill, que prohíbe a las Partes Contratantes introducir después del 1 de enero de 1973 nuevas restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios.

2. En 2008, el demandante en el procedimiento principal solicitó en el Reino Unido una autorización para iniciar una actividad por cuenta propia. Para ello se basó no en la normativa actual, sino en la normativa en vigor en 1973, el año de referencia, por ser ésta más favorable. Las autoridades competentes, invocando el principio del abuso de derecho, le denegaron la posibilidad de acogerse a la cláusula de standstill, pues antes de presentar la solicitud había incumplido una condición de su anterior autorización de residencia.

3. Como el Tribunal de Justicia ya tuvo que pronunciarse sobre el contenido y el alcance

de la cláusula de standstill del artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional,<sup>2</sup> este asunto le brinda la oportunidad de precisar cuándo es posible denegar que se invoque dicha cláusula.

**II. Marco legal***A. El Acuerdo de Asociación CEE-Turquía*

4. El 12 de septiembre de 1963, la República de Turquía, por una parte, y la Comunidad Económica Europea y sus Estados miembros, por otra, firmaron en Ankara el Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía. Dicho Acuerdo fue concluido, aprobado y confirmado en nombre de la Comunidad mediante la Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963.<sup>3</sup> Según su artículo 2,

1 — Lengua original: alemán.

2 — Véanse, entre otras, las sentencias de 11 de mayo de 2000, Savas (C-37/98, Rec. p. I-2927), y de 20 de septiembre de 2007, Tum y Dari (C-16/05, Rec. p. I-7415).

3 — DO L 1964, 217, p. 3685; EE 11/01, p. 18; en lo sucesivo, «Acuerdo de Asociación».

apartado 1, tiene por objeto promover el fortalecimiento continuo y equilibrado de las relaciones comerciales y económicas entre las Partes Contratantes, incluido el sector de la mano de obra, mediante la realización gradual de la libre circulación de trabajadores, así como mediante la eliminación de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, para mejorar el nivel de vida del pueblo turco y facilitar ulteriormente la adhesión de la República de Turquía a la Comunidad.<sup>4</sup>

5. El Protocolo Adicional, firmado el 23 de noviembre de 1970 en Bruselas y celebrado, aprobado y confirmado en nombre de la Comunidad mediante el Reglamento (CEE) n° 2760/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972,<sup>5</sup> que, de conformidad con su artículo 62, forma parte integrante del Acuerdo de Asociación, establece, según su artículo 1, las condiciones, modalidades y ritmos de realización de la fase transitoria contemplada en el artículo 4 del Acuerdo de Asociación. Este Protocolo Adicional contiene un título II («Libre circulación de personas y servicios»), cuyo capítulo II está dedicado al «Derecho de establecimiento, servicios y transportes».

6. A tenor del artículo 41, que figura en el título II, capítulo II, del Protocolo Adicional:

«1. Las Partes Contratantes se abstendrán de introducir entre sí nuevas restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios.

[...]»

4 — Cuarto considerando del preámbulo y artículo 28 del Acuerdo de Asociación.

5 — DO L 293, p. 1; EE 11/01, p. 213; en lo sucesivo, «Protocolo Adicional».

## B. *Derecho nacional*

7. La normativa aplicable en el Reino Unido el 1 de enero de 1973 en materia de renovación de la autorización de residencia se recogía en las *Statement of Immigration Rules for Control after Entry* (House of Commons paper 510, Disposiciones sobre el control de inmigración tras la entrada).

8. Desde entonces, a lo largo de los años, las normas de inmigración fueron modificadas y sustituidas en numerosas ocasiones. Las normas de inmigración en vigor en el momento de la decisión del demandado en el procedimiento principal de denegar al demandante la autorización de residencia (21 de octubre de 2008) se recogían en el House of Commons Paper 395 (HC 395).

9. El órgano jurisdiccional remitente señala que las normas de inmigración vigentes en el Reino Unido en octubre de 2008, relativas al establecimiento en dicho Estado miembro para iniciar una actividad empresarial o por cuenta propia, son más restrictivas que las correspondientes disposiciones en vigor el 1 de enero de 1973 (lo que también es incontrovertido entre las partes).

10. Uno de los intervinientes<sup>6</sup> señaló incontestadamente que una diferencia decisiva radicaba en que, al contrario que en la normativa en vigor en 1973, en las normas más recientes, para obtener una autorización para una actividad empresarial o por cuenta

6 — El Centre for Advice on Individual Rights in Europe, véase el punto 19 de estas conclusiones.

propia un extranjero debe acreditar un capital de 200.000 libras esterlinas.<sup>7</sup>

### III. Hechos y procedimiento principal

11. El Sr. Oguz (en lo sucesivo, «demandante en el procedimiento principal» o «demandante») entró en el Reino Unido en octubre de 2000 con una autorización de entrada para estudiantes. Posteriormente, las autoridades competentes le concedieron sucesivas autorizaciones de residencia como estudiante. La obtención de dichas autorizaciones de residencia estaba sujeta, entre otras condiciones, a la de no iniciar una actividad empresarial o profesional sin la aprobación del Secretary of State for the Home Department.

12. Inicialmente, durante algunos años y con autorización de las autoridades competentes, el demandante desempeñó en el Reino Unido una actividad *por cuenta ajena*. Sin embargo, el empleador del demandante lo despidió en noviembre de 2006 por causas objetivas y los intentos del demandante de iniciar otra actividad por cuenta ajena no tuvieron éxito.

13. Posteriormente, el 20 de marzo de 2008, el demandante presentó una solicitud de

autorización de residencia en el Reino Unido, esta vez como trabajador *por cuenta propia*. Para ello se basó en las normas de inmigración en vigor en el Reino Unido a 1 de enero de 1973,<sup>8</sup> que según indica el órgano jurisdiccional remitente son más favorables que las normas de inmigración en vigor en el año 2008. Para justificar la aplicabilidad de las normas vigentes en 1973, el demandante se acogió a la cláusula de standstill del artículo 41 del Protocolo Adicional.

14. El demandante había iniciado su actividad empresarial o por cuenta propia ya en febrero de 2008 y la desempeñó efectivamente a partir del mes siguiente. En consecuencia, en el momento de la solicitud el demandante ya había desempeñado durante algunas semanas su actividad empresarial o por cuenta propia y, por tanto, había incumplido la condición a la que estaba sometida su autorización de residencia. El demandante alegó a este respecto que había considerado justificado iniciar su actividad empresarial mientras preparaba y redactaba su solicitud de residencia.

15. El 11 de agosto de 2008, el demandante cesó en su actividad por cuenta propia e informó a la autoridad competente de que reiniciaría dicha actividad una vez recaída la resolución sobre su solicitud.

16. El Secretary of State for the Home Department (en lo sucesivo, también, «demandado en el procedimiento principal») desestimó la solicitud del demandante. Motivó la desestimación exponiendo que el

7 — Remitiéndose a las Statement of Changes to Immigration Rules (HC 395) en su versión vigente, apartado 245L (b) y apéndice A, apartado 35.

8 — House of Commons Paper 510.

demandante había incumplido la condición de su anterior autorización de residencia al iniciar su actividad empresarial, razón por la cual debía negársele la ventaja de la cláusula de standstill del artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional. Afirma que, conforme a las normas de inmigración en vigor, su solicitud debía ser desestimada. Además, se acortó la duración de su autorización de residencia con permiso de trabajo actual sobre la base de que había dejado de cumplir las condiciones de su autorización de residencia.

17. El 4 de noviembre de 2008, el demandante impugnó dicha denegación interponiendo un recurso ante el Asylum and Immigration Tribunal,<sup>9</sup> recurso que fue desestimado. Dicho órgano jurisdiccional estimó que, si bien el demandante no había actuado de forma fraudulenta, había incumplido las condiciones de su autorización de residencia al iniciar una actividad empresarial o por cuenta propia y proseguir con la misma, y que no podía acogerse a la cláusula de standstill del artículo 41 del Protocolo Adicional.

18. El demandante presentó un recurso de alzada.<sup>10</sup> Mediante resolución dictada el 26 de junio de 2009, el Senior Immigration Judge Ward<sup>11</sup> declaró que en la anterior decisión, desestimatoria del recurso, no se había incurrido en ningún error material de Derecho y, en consecuencia, confirmó la resolución de desestimar el recurso.

19. Ahora, el asunto está pendiente en la instancia de apelación ante la Court of Appeal of England and Wales,<sup>12</sup> el órgano jurisdiccional remitente. Esto ha permitido al Centre for Advice on Individual Rights in Europe (en lo sucesivo, «AIRE Centre») participar en el procedimiento principal.

#### **IV. Petición de decisión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia**

20. Mediante resolución de 23 de marzo de 2010, la Court of Appeal suspendió su procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«Cuando un nacional turco con autorización de residencia en el Reino Unido sometida a la condición de no iniciar ninguna actividad empresarial o profesional, comienza una actividad por cuenta propia incumpliendo dicha condición y luego solicita a las autoridades nacionales una nueva autorización de residencia sobre la base de la actividad empresarial o profesional que ha iniciado ¿tiene derecho a invocar el artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional del Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía?»

<sup>9</sup> — Tribunal de asilo e inmigración.

<sup>10</sup> — Order for reconsideration.

<sup>11</sup> — Juez superior de inmigración.

<sup>12</sup> — Tribunal de Apelación para Inglaterra y Gales.

21. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, además del Sr. Oguz y el AIRE Center, han formulado observaciones, por escrito y oralmente, el Gobierno del Reino Unido y la Comisión.

## V. Apreciación

22. El presente asunto versa sobre la interpretación del artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional del Acuerdo de Asociación CEE-Turquía, que establece que las Partes Contratantes se abstendrán de introducir entre sí nuevas restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios.

23. Por tanto, el artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional impide que un Estado miembro adopte cualquier medida nueva que tenga por objeto o por efecto someter el establecimiento y, por consiguiente, la residencia de un nacional turco en su territorio a requisitos más restrictivos que los que eran aplicables en el momento de la entrada en vigor del Protocolo Adicional en dicho Estado miembro, es decir, el 1 de enero de 1973.<sup>13</sup>

24. En cuanto al fondo, el Tribunal de Justicia ha declarado, por ejemplo, que introducir

un visado obligatorio para la realización de determinadas prestaciones de servicios, obligación que no estaba en vigor antes de la entrada en vigor del Protocolo Adicional, constituye una «nueva restricción» en el sentido del artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional.<sup>14</sup>

25. El Tribunal de Justicia ya señaló, a este respecto, que, como se desprende del propio tenor literal del artículo 41, apartado 1, esta disposición establece, en términos claros, precisos e incondicionales, una cláusula inequívoca de «standstill», que prohíbe a las Partes Contratantes introducir nuevas restricciones a la libertad de establecimiento a partir de la fecha de entrada en vigor del Protocolo Adicional. Del tenor literal, así como del objeto y de la finalidad del Acuerdo de Asociación, dedujo que su artículo 41, apartado 1, tiene efecto directo en los Estados miembros.<sup>15</sup>

26. En consecuencia, un nacional turco puede invocar directamente el artículo 41, apartado 1, ante las autoridades de un Estado miembro.

27. El órgano jurisdiccional remitente pregunta ahora si un Estado miembro puede denegar la invocación de la cláusula de standstill del artículo 41 del Protocolo Adicional a un nacional turco que haya incumplido una

13 — Sentencias Savas, citada en la nota 2, apartado 69; de 21 de octubre de 2003, Abatay y otros (C-317/01 y C-369/01, Rec. p. I-12301), apartado 66, y Tum y Dari, citada en la nota 2, apartado 49.

14 — Sentencia de 19 de febrero de 2009, Soysal y Savatli (C-228/06, Rec. p. I-1031), apartado 57.

15 — Sentencia Savas, citada en la nota 2, apartado 49, con remisión a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entre otras, sobre la cláusula de standstill en el artículo 13 de la Decisión n° 1/80 del Consejo de Asociación, de 19 de septiembre de 1980, relativa al desarrollo de la Asociación; sentencia de 20 de septiembre de 1990, Sevince (C-192/89, Rec. p. I-3461), apartados 18 y 26.

condición de su autorización de residencia. El demandado en el procedimiento principal y el Gobierno del Reino Unido entienden que, en un caso así, invocar la cláusula de standstill sería un abuso de derecho y, por tanto, debe rechazarse. El órgano jurisdiccional remitente ha excluido expresamente una conducta fraudulenta por parte del demandante.

28. A mi juicio, como expondré a continuación, no se puede denegar la invocación de la cláusula de standstill del artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional por razones de abuso de derecho. En su caso, al eventual abuso de derecho se ha de hacer frente aplicando el Derecho nacional.

29. La prohibición del abuso de derecho es un principio general del Derecho de la Unión.<sup>16</sup> Según reiterada jurisprudencia, los justiciables no pueden prevalerse de las normas del Derecho de la Unión de forma abusiva o fraudulenta y los órganos jurisdiccionales nacionales pueden, en cada caso concreto, basándose en elementos objetivos, tener en cuenta el comportamiento abusivo o fraudulento de las personas afectadas a fin de denegarles, en

su caso, el beneficio de las disposiciones de dicho Derecho.<sup>17</sup>

30. En la sentencia *Emsland Stärke*, el Tribunal de Justicia, en relación con prestaciones en el sector agrícola, precisó las características de la comprobación del abuso de derecho. Declaró que la constatación de que se trata de una práctica abusiva exige, por un lado, que concurren una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa comunitaria, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa.<sup>18</sup> Requiere, por otro lado, un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa comunitaria, creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención.<sup>19</sup>

31. Como ya destacó el Tribunal de Justicia, la cláusula de «standstill» del artículo 41, apartado 1, no opera como norma de fondo, que convierta en inaplicable el Derecho material pertinente al que sustituya, sino como norma de naturaleza cuasi procedimental, que prescribe *ratione temporis* cuáles son las disposiciones de un Estado miembro que deben regir la apreciación de la situación de un

16 — Véanse también las conclusiones de la Abogada General Sharpston presentadas el 8 de julio de 2010 en el asunto en que recayó la sentencia de 22 de diciembre de 2010, *Bozkurt* (C-303/08, Rec. p. I-13445), punto 37, así como las conclusiones del Abogado General Maduro presentadas el 7 de abril de 2005 en el asunto en que recayó la sentencia de 21 de febrero de 2006, *Halifax* y otros (C-255/02, Rec. p. I-1609), punto 63, que ponen de relieve la interrelación existente y en las que el Tribunal de Justicia examinó el concepto de abuso.

17 — Véanse, entre otras, las sentencias de 9 de marzo de 1999, *Centros* (C-212/97, Rec. p. I-1459), apartado 25; *Halifax* y otros, citada en la nota 16, apartado 68, y *Bozkurt*, citada en la nota 16, apartado 47.

18 — Sentencia de 14 de diciembre de 2000, *Emsland-Stärke* (C-110/99, Rec. p. I-11569), apartado 52.

19 — Sentencia *Emsland-Stärke*, citada en la nota 18, apartado 53.

nacional turco que desee ejercitar la libertad de establecimiento en un Estado miembro.<sup>20</sup>

Derecho nacional se deduce un derecho de establecimiento y, en consecuencia, de residencia es algo que se determina únicamente en función de dicho Derecho nacional.

32. Por lo tanto, es característico de la presente cláusula de standstill que no concede derechos materiales. De ella no se derivan directamente ni un derecho de establecimiento ni un derecho de residencia.<sup>21</sup> Solamente establece qué disposiciones del Derecho nacional son aplicables, sin que éstas puedan ser menos favorables que las normas vigentes el 1 de enero de 1973.

36. Y si el artículo 41 establece una prohibición absoluta para cuya aplicación no se exige requisito alguno, difícilmente cabe imaginar un abuso de derecho en relación con dicha disposición, pues al no establecer ninguna condición para su aplicabilidad, tampoco es posible crearlas artificialmente de forma abusiva.

33. En mi opinión, por su propia naturaleza, no se puede denegar la invocación de la cláusula de standstill por razones de abuso de derecho.

37. El demandado en el procedimiento principal y el Gobierno del Reino Unido aducen que debe denegarse al demandante acogerse a la cláusula de standstill porque sólo iniciando una actividad por cuenta propia sin autorización previa (con lo que incumplió la condición a la que estaba sometida su autorización de residencia) pudo cumplir los requisitos materiales de las normas nacionales de inmigración de 1973, que en caso contrario no podría haber cumplido.

34. Efectivamente, el artículo 41 no establece condiciones para su aplicación, sino que es aplicable sin requisitos. En particular, no exige que la persona que lo invoque sea un trabajador por cuenta propia. Como ha destacado el Tribunal de Justicia, el artículo 41, apartado 1, impone una prohibición absoluta a las autoridades nacionales de introducir cualquier nuevo obstáculo al ejercicio de dicha libertad que suponga empeorar los requisitos existentes en una fecha determinada.<sup>22</sup>

38. Esto pone de relieve que un eventual abuso de derecho por parte del demandante afecta a los requisitos materiales de las normas *nacionales* de inmigración y no a la cláusula de standstill. Por lo tanto, la cuestión del abuso de derecho habría que situarla en el Derecho sustantivo nacional. El propio demandante señala a este respecto que, conforme a las normas de inmigración de 1973, las autoridades competentes pueden tener en cuenta

20 — Sentencia Tum y Dari, citada en la nota 2, apartado 55.

21 — Sentencia Tum y Dari, citada en la nota 2, apartado 52.

22 — Sentencia Tum y Dari, citada en la nota 2, apartado 61.

una conducta abusiva por parte del solicitante.<sup>23</sup> También el Gobierno del Reino Unido ha confirmado esta posibilidad en la vista ante el Tribunal de Justicia.

referencia al caso de un matrimonio ficticio contraído con el único objetivo de disfrutar indebidamente de las ventajas previstas por el Derecho de la Asociación CEE-Turquía.<sup>26</sup>

39. Por tanto, como conclusión parcial procede declarar que la idea del abuso de derecho no es aplicable al artículo 41, apartado 1, que no establece requisitos materiales, sino que sólo determina el Derecho aplicable, debido al carácter absoluto de dicha disposición.

42. Al contrario de lo que sucede en el caso de la cláusula de standstill del artículo 41, que no prevé derechos materiales, los artículos 6 y 7 de la Decisión n° 1/80, aplicables en aquellos asuntos, sí que conceden derechos materiales, en concreto a empleo y residencia, por lo que en esos casos sí que se pudo hacer valer el principio de abuso de derecho.

40. Esta conclusión se ve confirmada también por el análisis de las situaciones en las que el Tribunal de Justicia afirmó la existencia de un abuso de derecho en el ámbito del Acuerdo de Asociación.

43. A continuación procede examinar una afirmación del Tribunal de Justicia en el asunto Tum y Dari, a la que hace referencia el órgano jurisdiccional remitente. En aquel asunto, el Tribunal de Justicia declaró: «Además, ante el Tribunal de Justicia no se ha mencionado ningún elemento concreto que deje entender que, en los asuntos principales, los interesados hayan invocado la aplicación de la cláusula de “standstill” del artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional con la única finalidad de acceder abusivamente a las ventajas establecidas en el Derecho comunitario.»<sup>27</sup>

41. Así, remitiéndose al principio de abuso de derecho, ha excluido que los períodos de empleo cubiertos por un nacional turco a causa de un comportamiento fraudulento que dio lugar a una condena puedan ser considerados legales a efectos de la aplicación del apartado 1 del artículo 6 de la Decisión n° 1/80,<sup>24</sup> ya que el interesado en realidad no cumplía los requisitos de dicha disposición y en Derecho no le correspondía derecho alguno en virtud de ella.<sup>25</sup> Como otro posible ejemplo de abuso de derecho, el Tribunal de Justicia hizo

44. De esta afirmación del Tribunal de Justicia podría deducirse que el Tribunal de Justicia supone que sí cabe pensar en situaciones

23 — El demandante se remite a este respecto al artículo 4 de dichas disposiciones.

24 — Decisión citada en la nota 15.

25 — Véase la sentencia de 5 de junio de 1997, Kol (C-285/95, Rec. p. I-3069), apartados 26 y 27.

26 — Sentencia Bozkurt, citada en la nota 16, apartado 50.

27 — Sentencia Tum y Dari, citada en la nota 2, apartado 66.

en las que también en relación con la cláusula de standstill del artículo 41, apartado 1, se suscite la cuestión de la aplicación del principio de abuso de derecho.

45. Sin embargo, aun efectuando una comprobación de abuso de derecho respecto de una situación como la presente, el resultado no sería la existencia de un abuso de derecho.

46. En efecto, el criterio de referencia para apreciar un abuso de derecho es si alguien se basa en una disposición del Derecho de la Unión para obtener ventajas manifiestamente incompatibles con los objetivos de la disposición.<sup>28</sup>

47. La finalidad de la cláusula de standstill consiste en crear condiciones favorables para la aplicación progresiva, respectivamente, del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios mediante la prohibición a las autoridades nacionales de introducir nuevos obstáculos a dichas libertades con el fin de no dificultar más su establecimiento gradual entre los Estados miembros y la República de Turquía.<sup>29</sup>

28 — Véanse, al respecto, también las conclusiones de la Abogado General Sharpston en el asunto Bozkurt, citadas en la nota 16, punto 39; así como las conclusiones del Abogado General Tizzano presentadas el 18 de mayo de 2004 en el asunto en que recayó la sentencia de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen (C-200/02, Rec. p. I-9925), punto 115.

29 — Sentencia Abatay y otros, citada en la nota 13, apartado 72; véase, en este sentido, también la sentencia de 9 de diciembre de 2010, Toprak y Oguz (C-300/09 y C-301/09, Rec. p. I-12845), apartado 52.

48. Como ya se ha expuesto, la cláusula de standstill impone una «prohibición absoluta»<sup>30</sup> a las autoridades nacionales de introducir cualquier nuevo obstáculo al ejercicio de dichas libertades que suponga empeorar los requisitos existentes en una fecha determinada. En consecuencia, su objetivo es que entre las Partes Contratantes en principio sólo se apliquen las disposiciones más favorables.

49. No es incompatible con dicho objetivo que también pueda invocar la cláusula nacional turca que haya incumplido una condición a la que está sometida su autorización de residencia anterior.

50. En ese sentido, tampoco el Tribunal de Justicia apreció finalmente en el citado asunto Tum y Dari, ni en el similar asunto Savas, la existencia de un abuso de derecho.

51. En el asunto Tum y Dari, invocaban la cláusula de standstill por dos personas que se encontraban en un Estado miembro contraviniendo sus respectivas órdenes de expulsión, dictadas tras desestimarse sus solicitudes de asilo. En aquel asunto, el Tribunal de Justicia

30 — Sentencia Tum y Dari, citada en la nota 2, apartado 61.

rechazó expresamente el argumento de que un nacional turco sólo pueda invocar la cláusula de standstill si ha entrado legalmente en el Estado miembro.<sup>31</sup> En el asunto Savas, el interesado había incumplido las normas nacionales de inmigración cuando invocó la cláusula de standstill. Sin embargo, esto no indujo al Tribunal de Justicia a denegarle la posibilidad de acogerse a la cláusula de standstill.<sup>32</sup>

52. Nada distinto debería apreciarse, en conjunto, en un caso como el del procedimiento principal, en que la persona que invoca la cláusula standstill, al contrario que en los asuntos citados, sí disponía de una autorización de residencia y sólo incumplió una de sus condiciones. De hecho, el demandante en el procedimiento principal ni siquiera entró en el Reino Unido ilegalmente, pues tenía una autorización de entrada e incluso un permiso de trabajo, si bien no para una actividad por cuenta propia. Simplemente incumplió una condición de su autorización de residencia al iniciar una actividad por cuenta propia que poco después suspendió.

53. A continuación procede examinar también la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Kondova,<sup>33</sup> que aducen el demandado en el procedimiento principal y el Gobierno del Reino Unido.

31 — Sentencia Tum y Dari, citada en la nota 2, apartado 59.

32 — Sentencia Savas, citada en la nota 2, apartado 70.

33 — Sentencia de 27 de septiembre de 2001 (C-235/99, Rec. p. I-6427).

54. Dicho asunto versaba sobre el Acuerdo europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Bulgaria, por otra.<sup>34</sup>

55. El Tribunal de Justicia decidió en aquel contexto que un nacional búlgaro que, aun teniendo intención de iniciar una actividad laboral por cuenta ajena o por cuenta propia en un Estado miembro, burla los controles pertinentes de las autoridades nacionales, al declarar falsamente que se ha trasladado a ese Estado para desempeñar un trabajo de temporada, se sitúa fuera de la esfera de protección que se le reconoce con arreglo al Acuerdo de asociación.<sup>35</sup>

56. Si hubiera estado permitido a los nacionales búlgaros presentar en cualquier momento una solicitud de establecimiento en el Estado miembro de acogida a pesar de haber infringido anteriormente la normativa nacional en materia de inmigración, dichos nacionales habrían sido incitados a permanecer

34 — Acuerdo celebrado y aprobado en nombre de la Comunidad mediante la Decisión 94/908/CECA, CE, Euratom del Consejo y de la Comisión, de 19 de diciembre de 1994 (DO L 358, p. 1; en lo sucesivo, «Acuerdo europeo de asociación»).

35 — Sentencia Kondova, citada en la nota 33, apartado 80. El Tribunal de Justicia se remitió a título comparativo al caso de un eventual fraude al Derecho nacional por parte de nacionales comunitarios que se acogen abusiva o fraudulentamente al Derecho comunitario, véase la sentencia citada en la nota 17, apartado 24, y la jurisprudencia allí citada.

ilegalmente en el territorio de ese Estado y a someterse al sistema nacional de control sólo después de cumplir los requisitos materiales previstos por la normativa en materia de inmigración.<sup>36</sup>

de asociación. Por tanto, no sorprende que el Tribunal de Justicia, en el asunto Kondova, en el que el Acuerdo concede un derecho material, también admitiese la posibilidad de denegar la invocación de dicho derecho material por razones de abuso de derecho.

57. Esta afirmación del Tribunal de Justicia la aducen el demandado en el procedimiento principal y el Gobierno del Reino Unido en el presente caso para denegar al demandante la posibilidad de acogerse a la cláusula de standstill. En justificación del paralelismo se remiten al argumento ya examinado de que el incumplimiento de la condición citada por el demandante tuvo como consecuencia que pudiera cumplir las normas sustantivas de inmigración de 1973.

59. Sin embargo, la conclusión en el asunto Kondova no es trasladable a una cláusula de standstill como la del artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional, pues, como ya se ha indicado, la cláusula de standstill del Protocolo Adicional precisamente no concede un derecho material de establecimiento ni a la igualdad de trato con los nacionales del país de acogida, sino que simplemente establece qué Derecho nacional se ha de aplicar.

58. Sin embargo, la sentencia citada no se puede trasladar al presente asunto, pues, al contrario que el artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional del Acuerdo CEE-Turquía, el Acuerdo europeo de asociación aplicable en el asunto Kondova sí concedía un derecho de establecimiento. Su artículo 45 establecía la igualdad de trato entre nacionales búlgaros y los nacionales de los Estados miembros. Únicamente la primera entrada era competencia de los Estados miembros con arreglo al artículo 59 del Acuerdo europeo

60. Por tanto, como conclusión procede constatar que no se puede denegar la invocación de la cláusula de standstill del artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional por razones de abuso de derecho. En su caso, al eventual abuso de derecho se ha de hacer frente aplicando el Derecho nacional. Según indican los intervinientes, el Derecho

36 — Sentencia Kondova, citada en la nota 33, apartado 77.

nacional también prevé la posibilidad de tenerlo en cuenta.

una autorización antes de iniciar una actividad por cuenta propia.

61. Finalmente, procede examinar brevemente un aspecto que resulta de las alegaciones del demandante. En su escrito, el demandante señaló que existió una directriz escrita del Secretary of State a sus funcionarios<sup>37</sup> con arreglo a la cual las autoridades debían tolerar el inicio de una actividad por cuenta propia por parte de un nacional turco, siempre que dispusiera de autorización de residencia y solicitara ampliar su residencia apelando a una actividad por cuenta propia. Por lo tanto, entiende que el Secretary of State estableció una práctica administrativa que ignoraba el incumplimiento de la obligación de recabar

62. Tales hechos podrían suscitar la interesante cuestión de en qué medida el cese de una práctica administrativa más favorable adoptada entretanto<sup>38</sup> por sí misma puede representar una vulneración de la cláusula de standstill. No hay que olvidar que el Tribunal de Justicia ha decidido recientemente que también la derogación de una disposición legal más favorable introducida después de la fecha de referencia indicada en una cláusula de standstill infringe la prohibición de implantar «nuevas restricciones» prevista en la cláusula de standstill, aun cuando el nuevo marco legal no implica un situación más desfavorable que la que existía en la fecha de referencia de la cláusula de standstill.<sup>39</sup> Sin embargo, como el órgano jurisdiccional remitente no plantea ninguna cuestión en ese sentido ni las partes han alegado nada al respecto y tal situación fáctica tampoco se deduce de la petición de decisión prejudicial, el presente asunto no es adecuado para examinar dicha cuestión de forma concluyente.

37 — Published Guidance of the Secretary of State to his caseworkers.

38 — Si es que en los hechos expuestos pudiera apreciarse una práctica así.

39 — Véase la sentencia Toprak y otros, citada en la nota 29, relativa a la cláusula de standstill del artículo 13 de la Decisión n° 1/80 del Consejo de Asociación.

## **VI. Conclusión**

63. En virtud de todo lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial de la Court of Appeal of England and Wales del modo siguiente:

«Un nacional turco con autorización de residencia en un Estado miembro sometida a la condición de no iniciar ninguna actividad empresarial o profesional, que comienza una actividad por cuenta propia incumpliendo dicha condición y luego solicita a las autoridades nacionales una nueva autorización de residencia apelando a la actividad empresarial o profesional que ha iniciado, independientemente del incumplimiento de la condición de su autorización de residencia, tiene derecho a invocar la cláusula de standstill del artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional del Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía.»