CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. ELEANOR SHARPSTON presentadas el 25 de junio de 2009 [1]

1. A lo largo de una parte significativa de la historia de Europa los estudiantes han deseado continuar parte de sus estudios fuera de su país de origen. [2] El presente procedimiento prejudicial plantea, nuevamente, la cuestión de si el Estado de acogida puede limitar el número de estudiantes extranjeros que pueden acceder a su sistema educativo.

2. Mediante la presente cuestión prejudicial, la Cour Constitutionnelle de Bélgica solicita al Tribunal de Justicia que interprete el artículo 12 CE, párrafo primero, y el artículo 18 CE, apartado 1, en relación con el artículo 149 CE, apartado 1 y apartado 2, segundo guión, y el artículo 150 CE, apartado 2, tercer guión.

3. El litigio planteado ante el tribunal nacional se refiere a un recurso directo de anulación planteado por un determinado número de estudiantes, en su mayoría franceses, y por personal docente y administrativo de instituciones de enseñanza superior de la Communauté française de Belgique (en lo sucesivo, «Comunidad Francesa») contra el Décret régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur (Decreto por el que se regula el número de estudiantes en ciertos estudios de primer ciclo de enseñanza superior; en lo sucesivo, «Decreto») aprobado el 16 de junio de 2006 por el Parlement de la Communauté française de Belgique (Parlamento de la Comunidad Francesa de Bélgica). [3]

1 — Lengua original: inglés.

2 — Véanse, en relación con una perspectiva histórica, las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas en el asunto Morgan y Bucher (sentencia de 23 de octubre de 2007, C-11/06 y C-12/06, Rec. p. I-9161, puntos 37 a 47). Los ministros responsables de educación superior en los 46 países participantes en el Proceso de Bolonia calificaron recientemente a la movilidad como «el sello distintivo del Espacio Europeo de Educación Superior» e hicieron un llamamiento «a cada uno de los países para aumentar la movilidad»: Comunicado de la Conferencia de Ministros Europeos Responsables de Educación Superior, Lovaina y Lovaina la Nueva, 28 y 29 de abril de 2009, apartado 18 (disponible en http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/675&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en).

3 — *Moniteur belge* de 6 de julio de 2006, p. 34.055. El Decreto fue modificado por última vez por el Décret fixant des conditions d'obtention des diplômes de bachelier sage-femme et de bachelier en soins infirmiers, renforçant la mobilité étudiante et portant diverses mesures en matière d'enseignement supérieur (Decreto por el que se establecen las condiciones para la obtención del diploma de matrona y del diploma de enfermería, por el que se potencia la movilidad de los estudiantes y por el que se establecen determinadas medidas en materia de enseñanza superior) de 18 de julio de 2008, *Moniteur belge* de 10 de septiembre de 2008, p. 47.115. En las presentes conclusiones me referiré a la versión original del Decreto, tal como se establece en la petición de decisión prejudicial. Los decretos son el instrumento jurídico mediante el cual las tres Comunidades de Bélgica, así como las Regiones flamenca y valona, ejercen sus competencias legislativas. Tales decretos tienen el mismo rango de ley que las leyes federales. Véanse los artículos 127, apartado 2; 128, apartado 2; 129, apartado 2; 130, apartado 2, y 134, párrafo segundo de la Constitución belga. Véanse, igualmente, el artículo 19, apartado 2, de la Loi spéciale de réformes institutionnelles (Ley especial de reforma institucional) de 8 de agosto de 1980, *Moniteur belge* de 15 de agosto de 1980, y las conclusiones que presenté en el asunto Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon (sentencia de 1 de abril de 2008, C-212/06, Rec. p. I-1683, puntos 4 a 7).

Marco normativo

Derecho internacional

4. El artículo 2, apartado 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) [4] dispone lo siguiente:

«Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de […] origen nacional o social […]»

5. El artículo 13, apartado 2, letra c), del PIDESC establece que:

«Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio [del derecho de toda persona a la educación]:

[…]

c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;[...]»

Derecho comunitario

6. El artículo 2 CE dispone:

«La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, […] en el conjunto de la Comunidad, […] la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.»

4 — Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. El pacto entró en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con su artículo 27.

7. Según el artículo 10 CE:

«Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.

Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.»

8. El párrafo primero del artículo 12 CE dispone lo siguiente:

«En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad.»

9. Según el artículo 18 CE, apartado 1:

«Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.»

10. Según el artículo 149 CE, apartado 1 y apartado 2, segundo guión:

«1. La Comunidad contribuirá al desarrollo de una educación de calidad fomentando la cooperación entre los Estados miembros y, si fuere necesario, apoyando y completando la acción de éstos en el pleno respeto de sus responsabilidades en cuanto a los contenidos de la enseñanza y a la organización del sistema educativo, así como de su diversidad cultural y lingüística.

2. La acción de la Comunidad se encaminará a:

[...]

— favorecer la movilidad de estudiantes y profesores, fomentando en particular el reconocimiento académico de los títulos y de los períodos de estudios;

[...]»

11. Según el artículo 150 CE, apartado 2, tercer guión:

«La acción de la Comunidad se encaminará a:

[…]

— facilitar el acceso a la formación profesional y favorecer la movilidad de los educadores y de las personas en formación, especialmente de los jóvenes;

[…]»

Derecho nacional

12. En su artículo 1, el Decreto define quiénes tienen la consideración de residentes a efectos del Decreto: [5]

«Se considerarán estudiantes residentes a los efectos del presente Decreto los estudiantes que, en el momento de matricularse en un centro de enseñanza superior, demuestren tener su residencia principal en Bélgica y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

1º tener derecho de residencia permanente en Bélgica;

2º haber tenido su residencia principal en Bélgica durante, al menos, seis meses antes de matricularse en un centro de enseñanza superior y haber ejercido durante ese período una actividad profesional retribuida o no o bien haber percibido durante ese período una renta sustitutoria concedida por un servicio público belga;

5 — Son mías las traducciones de la legislación belga y de los *travaux préparatoires* relativos a ésta que figuran en las presentes conclusiones.

3º disfrutar de un permiso indefinido de residencia [en Bélgica] en virtud de [lo dispuesto en las correspondientes normas de Bélgica];

4º disfrutar de un permiso de residencia en Bélgica por el hecho de tener estatuto de refugiado [tal como queda definido por la legislación belga] o haber presentado una petición de reconocimiento de la condición de refugiado;

5º tener derecho de residencia en Bélgica por disfrutar de la protección temporal reconocida por [la legislación belga];

6º tener un progenitor, tutor legal o cónyuge que cumpla alguna de las condiciones antes mencionadas;

7º haber tenido su residencia principal en Bélgica durante, al menos, tres años antes de matricularse en un centro de enseñanza superior;

8º tener concedida una beca para sus estudios en el marco de la cooperación al desarrollo para el curso académico y para los estudios objeto de la solicitud de matrícula.

A efectos del párrafo primero, número 1º, se entenderá por "derecho de residencia permanente", respecto de los nacionales de otro Estado miembro de la Unión Europea, el derecho reconocido con arreglo a los artículos 16 y 17 de la Directiva 2004/38/CE [6] [y], respecto de los nacionales de Estados que no tengan la condición de Estados miembros, el derecho de residencia en Bélgica reconocido por [la legislación belga aplicable].»

13. El capítulo II del Decreto contiene determinadas disposiciones relativas al acceso a las universidades. El artículo 2 limita, con arreglo al sistema establecido en el artículo 4, el número de estudiantes que pueden matricularse por primera vez en una universidad de la Comunidad Francesa en uno de los estudios que figuran en el artículo 3.

14. El artículo 3 del Decreto establece que las disposiciones del capítulo II resultan de

6 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, 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 por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (versión corregida en el DO L 229, p. 35).

aplicación a los estudios conducentes a la obtención de los diplomas de fisioterapia y rehabilitación y veterinaria.

15. El artículo 4 del Decreto es del siguiente tenor:

«Respecto de cada centro universitario y de cada uno de los estudios mencionados en el artículo 3, se fijará un número total "T" de estudiantes matriculados por primera vez en los correspondientes estudios y que serán tenidos en cuenta a efectos de financiación, y un número "NR" de estudiantes matriculados por primera vez en los correspondientes estudios y que no sean considerados estudiantes residentes con arreglo al artículo 1.

Cuando la relación entre el número NR, por una parte, y el número T del anterior curso académico, por otra parte, alcance un determinado porcentaje "P", las autoridades académicas rechazarán las matrículas de los estudiantes que no se encuentren matriculados en los estudios correspondientes y que no sean considerados estudiantes residentes con arreglo al artículo 1.

El porcentaje P al que se refiere el párrafo anterior queda fijado en un 30 %. No obstante, en el supuesto de que en un curso académico determinado el número de estudiantes que cursan sus estudios en un país diferente de aquel en el que hayan obtenido su título de estudios secundarios supere el 10 % de la media respecto del conjunto de centros de enseñanza superior de la Unión Europea, el porcentaje P equivaldrá, para el siguiente curso académico, al triple de ese porcentaje.»

16. El artículo 5 del Decreto dispone lo siguiente:

«[1] […] los estudiantes que no tengan la consideración de residentes con arreglo al artículo 1 podrán presentar su solicitud de matrícula en los estudios mencionados en el artículo 3 no antes del tercer día laborable anterior al 2 de septiembre que precede al correspondiente curso académico. Los estudiantes […] serán matriculados según el orden de solicitud.

[...]

[3] Todas las solicitudes de matrícula que se presenten con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero a partir del 2 de septiembre anterior al inicio del curso académico quedarán inscritas en un registro […]

[4] Como excepción a lo dispuesto en el párrafo primero, si el número de estudiantes no residentes que presentan una solicitud de matrícula en uno de los estudios a que se refiere el artículo 3, a más tardar, el último día laborable antes del 2 de septiembre que precede al curso académico, excede del NR definido en el artículo 4, párrafo segundo, el orden de prioridad entre esos estudiantes será establecido por sorteo. […]

[5] Los estudiantes no residentes únicamente podrán presentar una solicitud de matrícula en relación con los estudios a los que se refieren los artículos 3 y 7 antes del 2 de septiembre anterior al inicio del curso académico. Los estudiantes que no cumplan esta disposición quedarán excluidos de la institución de enseñanza superior en la que pudieran haber sido admitidos con el fin de cursar alguno de los estudios a los que se refieren los artículos 3 o 7.

[…]»

17. El capítulo III contiene disposiciones relativas a los centros de enseñanza superior. El párrafo primero del artículo 6 y los artículos 8 y 9 (pertenecientes al mismo capítulo) contienen disposiciones similares a las del párrafo primero del artículo 2 y a las de los artículos 4 y 5.

18. El artículo 7 del Decreto establece que las disposiciones del capítulo III serán aplicables a los estudios conducentes a la obtención de los títulos académicos de matrona, ergoterapeuta, logopeda, podólogo-podoterapeuta, fisioterapeuta, audiólogo y educador especializado en terapia psicoeducativa.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

19. Según la petición de decisión prejudicial, el órgano legislativo de la Comunidad Francesa llevaba varios años constatando un significativo aumento del número de estudiantes que se matriculaban por primera vez en los programas en cuestión. Se puso de manifiesto la preocupación de que, habida cuenta del presupuesto y de los recursos humanos y materiales de que disponían las instituciones educativas afectadas, este incremento ponía en peligro la calidad de la enseñanza y, teniendo en cuenta el objeto de los estudios en cuestión, la salud pública.

20. En el curso académico 2003/2004, el número de estudiantes que poseían un diploma de estudios secundarios expedido por otro Estado miembro y que se matricularon en otros estudios no contemplados por el Decreto fue inferior al 10 % de las matrículas. En el

curso académico 2004/2005, se situó entre el 41 % y el 75 % para los estudios contemplados por el Decreto en los centros de enseñanza superior. En el curso académico 2005/2006, pasó a situarse entre el 78 % y el 86 % para los estudios universitarios contemplados por el Decreto.

21. La mayor parte de los estudiantes matriculados que poseen un diploma de estudios secundarios expedido fuera de la Comunidad Francesa de Bélgica tienen nacionalidad francesa. Según el órgano jurisdiccional remitente, esto se debe a varios factores.

22. En primer lugar, en Francia, el acceso a las escuelas veterinarias está subordinado a la superación de un concurso nacional al que solamente pueden optar los estudiantes que hayan cursado dos años de estudios preparatorios después de su bachillerato. En 2004, fueron admitidos 329 candidatos a una de las cuatro escuelas veterinarias nacionales después de superar este concurso. Este número se redujo a 221 en 2005 y aumentó a 436 en 2006. Generalmente, sólo se selecciona a una quinta parte de los participantes en este concurso.

23. En segundo lugar, Francia ha fijado un *numerus clausus* de estudiantes de fisioterapia.

24. Como resultado de ello, numerosos estudiantes franceses vienen a estudiar, en su idioma nacional, a la Comunidad Francesa de Bélgica. Al finalizar sus estudios, regresan a Francia para ejercer su profesión. Cerca de un tercio de los veterinarios que se establecen en Francia cada año han obtenido su título en la Comunidad Francesa de Bélgica. Esta circunstancia no parece crear una saturación de esos profesionales en Francia. En 2005, más de 800 estudiantes obtuvieron un título en fisioterapia en la Comunidad Francesa de Bélgica.

25. Para dar respuesta a esta situación, el Parlamento de la Comunidad Francesa aprobó el Decreto el 16 de junio de 2006. Este Decreto establece un *numerus clausus* para la matrícula de los no residentes y considera «residentes» no sujetos a este *numerus clausus* a quienes cumplen una doble condición. Fundamentalmente, son «residentes» quienes tienen su residencia principal en Bélgica y disfrutan, además, de un derecho de residencia permanente en Bélgica.

26. Cada universidad o centro de enseñanza superior puede únicamente admitir a un número limitado de estudiantes no residentes. Para el curso académico 2006/2007, este número quedó fijado, para cada titulación de cada institución, en el 30 % del número total de estudiantes matriculados por primera vez en la institución y en los estudios correspondientes. Los candidatos no residentes solo

pueden solicitar la matrícula durante los tres días laborables anteriores al 2 de septiembre. Si su número supera el *numerus clausus,* los candidatos admitidos serán seleccionados por sorteo.

27. El 9 de agosto de 2006, el Sr. Bressol y otras 43 personas interpusieron un recurso ante el Tribunal Constitucional solicitando la anulación del Decreto. El 13 de diciembre de 2006, la Sra. Chaverot y otras 18 personas interpusieron igualmente un recurso solicitando la anulación de determinados artículos del Decreto. Ninguno de los recurrentes es «residente» en el sentido del Decreto. Reprochan al Decreto el establecimiento de una diferencia de trato entre residentes y no residentes en relación con la admisión a los estudios en cuestión.

28. El 24 de enero de 2007, la Comisión remitió al Reino de Bélgica un escrito de requerimiento mediante el que expresaba sus dudas acerca de la compatibilidad del Decreto con el Derecho comunitario. El 24 de mayo de 2007, el Reino de Bélgica respondió a este escrito facilitando ciertas estadísticas y ofreciendo varias explicaciones. El 28 de noviembre de 2007, al considerar que, sin las medidas de protección adecuadas, la Comunidad Francesa de Bélgica corría el riesgo de no encontrar «el medio de mantener niveles suficientes de cobertura territorial y de calidad en su régimen de salud pública», la Comisión decidió suspender el procedimiento durante cinco años «para permitir a las autoridades belgas proporcionar datos suplementarios que respaldaran el argumento según el cual las medidas restrictivas impuestas son a la vez necesarias y proporcionadas». [7]

29. El Tribunal Constitucional alberga dudas acerca de la compatibilidad de los artículos 4 y 8 del Decreto con diversas disposiciones de la Constitución belga interpretadas conjuntamente con los artículos 12 CE, párrafo 1; 18 CE, apartado 1; 149 CE, apartados 1 y 2, y 150 CE, apartado 2. En consecuencia, solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie con carácter prejudicial sobre las cuestiones citadas.

«1) ¿Deben interpretarse los artículos 12, párrafo primero y 18, apartado 1, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en relación con el artículo 149, apartados 1 y 2, segundo guión, y con el artículo 150, apartado 2, tercer guión, del mismo Tratado en el sentido de que impiden que una Comunidad autónoma de un Estado miembro competente en materia de enseñanza superior, que se enfrenta a una afluencia de estudiantes de un Estado miembro vecino en varias carreras

7 — En la misma fecha, la Comisión remitió a la República de Austria un escrito de requerimiento por el incumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de julio de 2005, Comisión/Austria (C-147/03, Rec. p. I-5969). De igual modo, la Comisión dejó en suspenso ese procedimiento.

sanitarias, financiadas principalmente mediante fondos públicos, como consecuencia de la política restrictiva aplicada en ese Estado vecino, adopte medidas tales como las recogidas en el Decreto de la Comunidad Francesa de 16 de junio de 2006 por el que se regula el número de estudiantes en ciertas carreras de primer ciclo de enseñanza superior, a pesar de que dicha Comunidad invoca razones válidas para afirmar que existe el riesgo de que tal situación suponga una carga excesiva para los fondos públicos y afecte a la calidad de la enseñanza impartida?

2) ¿Cabría responder de otro modo a la primera cuestión si tal Comunidad demostrara que, como consecuencia de esta situación, el número de estudiantes residentes en dicha Comunidad que obtienen el título es demasiado bajo para disponer con carácter duradero de personal médico cualificado en cantidad suficiente para garantizar la calidad del régimen de salud pública en esa Comunidad?

3) ¿Cabría responder de otro modo a la primera cuestión si tal Comunidad, teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 149, párrafo primero, *in fine*, del Tratado y el artículo 13, apartado 2, letra c), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que contiene una obligación de "standstill", optara por mantener un acceso amplio y democrático a una enseñanza superior de calidad para la población de esta Comunidad?»

30. Presentaron observaciones escritas los recurrentes en el litigio principal, los Gobiernos de Austria y Bélgica y la Comisión.

31. El 3 de marzo de 2009 se celebró una vista en la que todas estas partes presentaron observaciones orales.

Observaciones preliminares

32. Si bien el artículo 149 CE, apartado 1, dispone que los Estados miembros serán responsables en cuanto a «los contenidos de la enseñanza y a la organización del sistema educativo, así como de su diversidad cultural y lingüística», el Tribunal de Justicia ha expuesto claramente que los requisitos de acceso a la formación profesional están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Tratado CE. [8] El Tribunal de Justicia se ha referido a este respecto al artículo 149 CE, apartado 2,

8 — Véanse las sentencias de 13 de febrero de 1985, Gravier (293/83, Rec. p. 593), apartado 25; de 27 de septiembre de 1988, Comisión/Bélgica (42/87, Rec. p. 5445), apartados 7 y 8; de 1 de julio de 2004, Comisión/Bélgica (C-65/03, Rec. p. I-6427), apartado 25; Comisión/Austria, citada en nota 7, apartado 32, y de 11 de enero de 2007, Lyyski (C-40/05, Rec. p. I-99), apartado 28.

segundo guión, el cual prevé expresamente que la acción de la Comunidad se encaminará a favorecer la movilidad de estudiantes y profesores, fomentando en particular el reconocimiento académico de los títulos y de los períodos de estudios, y al artículo 150 CE, apartado 2, tercer guión, el cual dispone que la acción de la Comunidad se encaminará a facilitar el acceso a la formación profesional y favorecer la movilidad de los educadores y de las personas en formación, especialmente de los jóvenes. [9] El Tribunal de Justicia consideró, igualmente, que tanto la enseñanza superior como la enseñanza universitaria constituyen una formación profesional. [10]

33. No res ulta controvertido que el Decreto establece condiciones que regulan el acceso a la enseñanza superior o universitaria en la Comunidad Francesa de Bélgica. En consecuencia, regula una materia comprendida en el ámbito de aplicación del Tratado CE.

34. Es igualmente evidente que el Decreto establece diferencias entre estudiantes, clasificándolos como residentes o no residentes en función de que cumplan o no determinadas condiciones. Los estudiantes residentes gozan de libre acceso a todos los estudios. Los estudiantes no residentes están sujetos a un sistema de *numerus clausus* respecto de determinados estudios. Así pues, resulta evidente la diferencia de trato que se dispensa a los dos grupos de estudiantes.

35. El artículo 12 CE prohíbe, en el ámbito de aplicación del Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, toda discriminación por razón de la nacionalidad. En consecuencia, debe analizarse el Decreto a la luz de esta disposición.

36. Las dos primeras cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente solicitan orientación acerca de la aplicabilidad de tres posibles justificaciones del trato discriminatorio. La respuesta a estas cuestiones depende en parte del carácter directo o

9 — Sentencia Comisión/Bélgica, C-65/03, citada en nota 8, apartado 25.

10 — Sentencias Comisión/Austria, citada en nota 7, apartado 33, y Lyyski, citada en nota 8, apartado 29. El enfoque adoptado por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 2 de febrero de 1988, Blaizot (24/86, Rec. p. 379), apartados 15 a 20, parece más restrictivo. En esta última sentencia, el Tribunal de Justicia estimó que la enseñanza universitaria pertenecía al ámbito de la «formación profesional» en la medida en que preparaba o confería la aptitud concreta que capacita para ejercer una profesión, oficio o empleo específicos. El Tribunal de Justicia estimó que éste era el caso «no sólo si el examen de fin de carrera confiere la capacitación inmediata para el ejercicio de una profesión, oficio o empleo determinados que presuponen dicha capacitación, sino también en la medida en que esos estudios confieren una aptitud concreta, como sucede en los casos en los que el estudiante necesita haber adquirido unos conocimientos para el ejercicio de una profesión, oficio o empleo, aun cuando para dicho ejercicio la adquisición de esos conocimientos no esté prescrita por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas». El Tribunal de Justicia concluyó que los estudios universitarios responden, por lo general, a esas condiciones. «Únicamente no es así en el caso de algunos ciclos de estudios concretos que, debido a sus características propias, van dirigidos a personas deseosas de aumentar sus conocimientos generales más que de acceder a la vida profesional.» En cualquier caso, los estudios sobre los que versa el litigio son claramente profesionales.

indirecto de la discriminación. [11] Por consiguiente, precisaré en primer lugar la naturaleza del trato discriminatorio que nos ocupa.

Naturaleza del trato discriminatorio

37. El Decreto limita el número de primeras matrículas en determinados estudios (relacionados en los artículos 3 y 7) de estudiantes no residentes. Para tener la consideración de residente y librarse de esta limitación, un estudiante debe cumplir dos condiciones acumulativas establecidas en el artículo 1 del Decreto: i) debe demostrar que tiene su residencia principal en Bélgica; ii) además, debe cumplir alguna de las ocho condiciones establecidas en tal norma. [12]

38. La petición de decisión prejudicial expone claramente que, puesto que todos los nacionales belgas disfrutan (en atención a su nacionalidad) del derecho de residencia permanente en Bélgica al que se refiere el párrafo primero del artículo 1 del Decreto, éstos cumplen automáticamente las dos condiciones acumulativas que les confieren la condición de «residentes», siempre que tengan su residencia principal en Bélgica en el momento de presentar su solicitud de matrícula. [13]

39. Por el contrario, para un posible estudiante que no tenga la nacionalidad belga, la segunda condición acumulativa representa un serio obstáculo. Para cumplir esa condición, los ciudadanos de la Unión que carezcan de nacionalidad belga únicamente pueden solicitar el derecho de «residencia permanente en Bélgica» dentro del marco establecido por la Directiva 2004/38; esto es, fundamentalmente, tras residir legalmente durante un período continuado de cinco años en Bélgica. [14] En caso contrario (y si tampoco pueden cumplir alguno de los otros siete requisitos), tendrán la consideración de no residentes. Este es, precisamente, el objetivo del Decreto.

40. ¿Constituye esta diferencia de trato una discriminación directa o indirecta por razón de nacionalidad?

41. En su escrito de requerimiento de 24 de enero de 2007, [15] la Comisión consideró

11 — Véase el punto 78 de las presentes conclusiones.

12 — Véase el punto 12 de las presentes conclusiones.

13 — Véanse, igualmente, los *travaux préparatoires* del Decreto: *Doc. parl.,* Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nº 263/1, pp. 16-17; *ibid.,* nº 263/3, p. 18; y el dictamen de la sección legislativa del Consejo de Estado belga, *Doc. parl.,* Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nº 263/1, p. 50.

14 — Artículo 16 de la Directiva 2004/38.

15 — Véase el punto 28 de las presentes conclusiones.

que, puesto que los nacionales belgas únicamente debían demostrar su residencia en Bélgica para cumplir la condición del párrafo primero del artículo 1 del Decreto, mientras que las personas de otra nacionalidad debían cumplir una condición adicional, la discriminación era de carácter directo. En el presente procedimiento, la Comisión abandonó esta línea argumental y se limitó, al igual que las demás partes, a analizar las cuestiones prejudiciales planteadas a la luz de la discriminación indirecta. No obstante, considero que el Tribunal de Justicia ni puede ni debe eludir esta cuestión.

42. En aras de una mayor claridad, analizaré separadamente las dos condiciones establecidas en el Decreto. En cualquier caso, considero necesario exponer en primer lugar en qué consiste, a mi juicio, la distinción fundamental entre discriminación directa e indirecta.

Distinción entre discriminación directa e indirecta

43. Resulta muy sorprendente que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no haya definido con precisión el concepto de «discriminación directa». En consecuencia, el significado de este concepto debe deducirse de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en relación con el principio general de igualdad y con el concepto de discriminación indirecta.

44. Según el enunciado clásico empleado por el Tribunal de Justicia para definir el principio general de igualdad de trato como principio general del Derecho comunitario, este principio exige que «no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado». [16] Esta afirmación resulta aplicable a ambas formas de discriminación. [17]

45. Las definiciones de discriminación directa contenidas en la Directiva sobre discriminación por razón de sexo, [18] la Directiva sobre discriminación racial [19] y la Directiva relativa al establecimiento de un marco para la igualdad de trato [20] resultan igualmente poco esclarecedoras. Fundamentalmente, estas normas definen la discriminación directa como aquella situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada, por cualquiera de las razones prohibidas, de manera

16 — Véase la sentencia de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine y otros (C-127/07, Rec. p I-9895), apartado 23 y jurisprudencia citada. La sentencia de 23 de abril de 2009, Rüffer (C-544/07, Rec. p. I-3389), apartado 59, reproduce la definición clásica en el contexto específico de la discriminación en relación con el artículo 12 CE.

17 — Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Van Gerven presentadas en el asunto Birds Eye Walls (sentencia de 9 de noviembre de 1993, C-132/92, Rec. p. I-5579), puntos 12 a 14.

18 — Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (DO L 204, p. 23).

19 — Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180, p. 22).

20 — Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, p. 16).

menos favorable que otra en situación comparable. [21] Estas definiciones deben confrontarse con las definiciones de discriminación indirecta contenidas en cada directiva. Encaja en el concepto de discriminación indirecta la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas con condiciones o en circunstancias que no pueden servir de base para establecer diferencias en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios. [22]

46. Pese a todo, la distinción entre discriminación directa e indirecta sigue siendo imprecisa.

47. A mi juicio, el problema consiste en determinar *con precisión* qué constituye una «disposición aparentemente neutra». Esta expresión clave parece estar inextricablemente vinculada al concepto de «discriminación encubierta» empleado en otros pronunciamientos del Tribunal de Justicia.

48. El Tribunal de Justicia ha declarado que «el principio de igualdad de trato, del cual es una expresión concreta la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad consagrada en el artículo 12 CE, apartado 1, prohíbe no sólo las discriminaciones *ostensibles* por razón de la nacionalidad, sino también cualquier forma *encubierta* de discriminación que, mediante la aplicación de otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado». [23] Esta fórmula suele ir acompañada de una frase en la que se exponen posibles justificaciones de la discriminación indirecta. Por ejemplo, en lo que respecta a los trabajadores migrantes, el Tribunal de Justicia ha estimado que «a menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo perseguido, una disposición de Derecho nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los nacionales de otros Estados miembros que a los propios nacionales e implique, por consiguiente, el riesgo de perjudicar más en particular a los primeros». [24]

49. Así pues, el Tribunal de Justicia parece considerar la diferencia entre discriminación «ostensible» y «encubierta» como el criterio determinante a la hora de distinguir entre discriminación directa e indirecta. Este criterio puede apreciarse con mayor claridad en la sentencia Defrenne II (primera de las

21 — Véanse el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva sobre discriminación por razón de sexo, el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva sobre discriminación racial, y el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva relativa al establecimiento de un marco para la igualdad de trato.

22 — Véanse el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva sobre discriminación por razón de sexo, el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva sobre discriminación racial, y el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva relativa al establecimiento de un marco para la igualdad de trato.

23 — Véase el asunto C-65/03, Comisión/Bélgica, citado en nota 8, apartado 28 (las cursivas son mías) y jurisprudencia citada y, en relación con el artículo 39 CE, apartado 2, la sentencia de 11 de septiembre de 2008, Petersen (C-228/07, Rec. p. I-6989), apartado 53 y jurisprudencia citada.

24 — Sentencia Petersen, citada en nota 23, apartado 54 y jurisprudencia citada.

sentencias que conforman la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de discriminación por razón de sexo), en la que el Tribunal de Justicia se refirió a la «discriminación directa y abierta» contraponiéndola a la «discriminación indirecta y encubierta». [25]

50. Debo admitir que no considero útil establecer la distinción en atención a tal criterio. [26] Resulta evidente que la distinción entre discriminación ostensible y encubierta no habrá siempre de coincidir con la distinción entre discriminación directa e indirecta.

51. En el asunto Dekker encontramos un claro ejemplo de discriminación encubierta *directa*. La Sra. Dekker fue informada de que la razón por la que, pese a ser sin ninguna duda la mejor candidata, no había sido seleccionada para un puesto de trabajo no era su embarazo en sí mismo, sino las consecuencias económicas para su posible empleador. El Tribunal de Justicia fue interrogado acerca de si la negativa a contratarla debía considerarse como una discriminación directa por razón de sexo. El Tribunal de Justicia estimó acertadamente que la respuesta dependía de «si la razón esencial de la negativa de contratación se aplica indistintamente a trabajadores de ambos sexos o si, por el contrario, se aplica exclusivamente a uno de los dos sexos». El Tribunal de Justicia concluyó que «la negativa de contratación debida al embarazo sólo puede oponerse de forma que tal negativa constituye una discriminación directa por razón de sexo». [27] El Tribunal de Justicia ha mantenido este criterio en su jurisprudencia posterior. [28]

52. El Abogado General Jacobs, en las conclusiones que presentó en el asunto Schnorbus, traza de forma algo diversa —y, a mi juicio, más clara— la diferencia entre discriminación directa e indirecta: «puede decirse que la discriminación por razón de sexo existe cuando se trata a las personas de un sexo de modo más favorable que a las del otro. La discriminación es directa cuando la desigualdad de trato se basa en un criterio que es expresamente el sexo o que está *necesariamente*

25 — Sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne (43/75, Rec. p. 455), apartado 18. Véanse, igualmente, las observaciones formuladas por el Abogado General Warner en las conclusiones presentadas en el asunto Worringham y Humphreys/Lloyds Bank (sentencia de 11 de marzo 1981, 69/80, Rec. pp. 767 y ss., especialmente pp. 802 y 803), y que parecen coincidir con la distinción entre efecto directo y ausencia de efecto directo apuntada por el Tribunal de Justicia.

26 — Véase, igualmente, Ellis, E.: *EU Anti-Discrimination Law*, 2005, pp. 89 y 90. Véanse, igualmente, las conclusiones presentadas por el Abogado General VerLoren van Themaat en el asunto Burton (sentencia de 16 de febrero de 1982, 19/81, Rec. p. 554), punto 2.6, el cual consideró que la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1981, Jenkins (96/80, Rec. p. 911) puso de manifiesto que «la distinción establecida en la sentencia Defrenne II entre discriminación ostensible y encubierta, relevante para determinar si el artículo 119 es directamente aplicable, no coincide con una distinción de hecho entre, por una parte, discriminación directa o formal y, por otra parte, discriminación indirecta o material».

27 — Sentencia de 8 de noviembre de 1990, Dekker (C-177/88, Rec. p. I-3941), apartados 11 y 12.

28 — Véanse las sentencias de 8 de noviembre de 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, Rec. p. I-3979), apartado 13; de 5 de mayo de 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Rec. p. I-1657), apartado 15; de 14 de julio de 1994, Webb (C-32/93, Rec. p. I-3567), apartado 19, y de 3 de febrero de 2000, Mahlburg (C-207/98, Rec. p. I-549), apartado 20.

ligado a una característica indisociable del sexo. Es indirecta cuando se aplica algún otro criterio, que en realidad afecta en una proporción claramente superior a personas de un sexo y no a las del otro.» [29]

53. El análisis acerca de qué constituye discriminación directa puede extrapolarse a la discriminación directa por cualquier razón. Así pues, en lo que respecta a la discriminación por razón de nacionalidad, cabe calificar como directa la discriminación cuando la desigualdad de trato se basa en un criterio que es expresamente la nacionalidad o que está necesariamente ligado a una característica indisociable de la nacionalidad.

54. En el asunto Dekker el Tribunal de Justicia habría concluido igualmente que se trataba de una discriminación directa si hubiera seguido el enfoque denominado «criterio del factor distintivo único» o «but for test», según el cual, eliminando un «factor distintivo único» consistente en una característica concreta (sexo, raza, edad, nacionalidad, etc.), la persona afectada disfrutaría del trato más favorable deparado al correspondiente sujeto comparable. [30] Reformulada de este modo, la cuestión que el órgano jurisdiccional nacional tenía que dilucidar era si: «de no ser por su embarazo (característica indisociable del sexo) y siendo iguales las demás circunstancias, ¿habría sido contratada la Sra. Dekker?» De ser la respuesta afirmativa, la negativa a contratarla constituía una discriminación directa por razón de sexo. [31]

55. Este análisis implica —esencialmente— que, para apreciar discriminación directa, es suficiente con que, en algún punto de la cadena de causalidad, el trato desfavorable sufrido por el perjudicado se base o tenga su origen en una característica que no puede ser tomada como criterio a la hora de establecer diferencias entre esa y otras personas. Por razones de tipo práctico designaré este procedimiento como «clasificación prohibida».

56. Partiendo de esta base cabe formular una definición general que, a mi entender, pueda abarcar con precisión todas las situaciones que el Tribunal de Justicia ha calificado como constitutivas de discriminación por cualquiera de las razones prohibidas por el Derecho comunitario. Considero que existe discriminación directa cuando la categoría de quienes disfrutan de una ventaja determinada y la categoría de quienes padecen una desventaja

29 — Conclusiones presentadas el 6 de julio de 2000, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 7 de diciembre de 2000, Schnorbus (C-79/99, Rec. p. I-10997), punto 33 (la cursiva es mía).

30 — Véase, igualmente, Barnard, C.: *EC Employment Law*, 3ª ed., 2006, p. 321, quien hace referencia a la resolución del House of Lords en el asunto *James* v *Eastleigh Borough Council* [1990] 3 WLR 55, en la cual se aplicó el «criterio del factor distintivo único» («but for test»).

31 — Sentencia Dekker, citada en nota 27, apartados 10, 12 y 14.

correlativa coinciden exactamente con las respectivas categorías en que se dividen las personas como consecuencia de aplicar una clasificación prohibida.

57. De este modo, en el caso de la Sra. Dekker, la categoría de quienes disfrutaban de una ventaja determinada (quienes eran considerados aptos para el empleo) coincidía exactamente con la categoría de personas cuyo único criterio diferenciador resultaba de aplicar una clasificación prohibida (por razón de sexo, específicamente aquellas personas que, bajo ninguna circunstancia, podían quedarse embarazadas; esto es, los hombres). La categoría de quienes padecían la desventaja correlativa (quienes *no* eran considerados aptos para el empleo) coincidía exactamente con la correspondiente categoría de personas cuyo único criterio diferenciador resultaba de aplicar una clasificación prohibida (por razón de sexo, en este caso aquellas personas que podían quedarse embarazadas; esto es, las mujeres). En consecuencia, el trato desfavorable (negativa a contratar) constituía una discriminación directa basada en una clasificación prohibida (por razón de sexo).

58. ¿Cuál es el resultado de aplicar este criterio relativo a la discriminación directa a las dos condiciones establecidas en el artículo 1 del Decreto?

Primera condición acumulativa del párrafo primero del artículo 1 del Decreto

59. La primera condición acumulativa del párrafo primero del artículo 1 del Decreto exige que quienes deseen estudiar tengan su residencia principal en Bélgica en el momento de matricularse en una institución de enseñanza superior («requisito de residencia principal»).

60. Resulta evidente que esta condición no constituye una discriminación directa por razón de nacionalidad. Tanto los belgas como los no belgas pueden establecer su residencia principal en Bélgica. Así pues, la categoría de personas que cumplen la primera condición acumulativa del párrafo primero del artículo 1 del Decreto no coincide con la categoría de los nacionales belgas.

61. ¿Constituye el requisito de residencia principal una discriminación indirecta?

62. El Tribunal de Justicia ha estimado que la prohibición de discriminación por razón

de criterios diferenciadores aparentemente neutrales que conduzcan de hecho a un resultado discriminatorio resulta particularmente de aplicación a una medida que establece una distinción basada en el criterio de la residencia. Este criterio implica el riesgo de producir efectos principalmente en perjuicio de los nacionales de otros Estados miembros, en la medida en que los no residentes son con mayor frecuencia no nacionales. [32]

63. No resulta especialmente controvertido el hecho de que el requisito de residencia principal constituye una medida indirectamente discriminatoria.

Segunda condición acumulativa del párrafo primero del artículo 1 del Decreto

64. Considero que, por el contrario, la segunda condición acumulativa del párrafo primero del artículo 1 del Decreto constituye una discriminación directa por razón de nacionalidad.

65. Todos los nacionales belgas tienen reconocido *automáticamente* el derecho de residencia permanente en Bélgica (esto es, el primero de los ocho posibles criterios que sirven para cumplir la segunda condición acumulativa del artículo 1 del Decreto). Ningún ciudadano que no sea belga disfruta automáticamente de ese derecho. Por lo tanto, debe reunir determinadas condiciones adicionales para adquirir ese derecho (concretamente, las establecidas en la Directiva 2004/38) o cumplir alguno de los otros criterios mencionados en esa disposición. [33]

66. Así pues, la categoría de quienes disfrutan de una ventaja determinada (quienes tienen reconocido *automáticamente* el derecho de residencia permanente en Bélgica y, en consecuencia, cumplen la segunda condición acumulativa del párrafo primero del artículo 1 del Decreto) coincide exactamente con la categoría de personas cuyo único criterio diferenciador resulta de aplicar una clasificación prohibida (por razón de nacionalidad, en este caso la posesión de la nacionalidad belga). La categoría de quienes sufren la desventaja correlativa (quienes *no tienen reconocido automáticamente* ese derecho) coincide exactamente con la categoría de personas cuyo único criterio diferenciador resulta de aplicar una clasificación prohibida (por razón de nacionalidad, en este caso la no posesión de la nacionalidad belga).

32 — Véanse las sentencias de 16 de enero de 2003, Comisión/Italia (C-388/01, Rec. p. I-721), apartado 14 y jurisprudencia citada, y de 15 de marzo de 2005, Bidar (C-209/03, Rec. p. I-2119), apartado 53. Véanse igualmente, en ese sentido, las sentencias de 18 de julio de 2007, Hartmann (C-212/05, Rec. p. I-6303), apartados 30 y 31, y Petersen, citada en nota 23, apartados 54 y 55, por ejemplo.

33 — Véanse los puntos 38 y 39 de las presentes conclusiones.

67. La diferencia de trato se basa claramente en un criterio (el derecho de residencia permanente en Bélgica) que está necesariamente ligado a una característica indisociable de la nacionalidad. [34] En consecuencia, la discriminación por razón de nacionalidad en el presente asunto es de carácter directo.

68. No modifica esta conclusión el hecho de que los ciudadanos de la Unión que no tengan la nacionalidad belga puedan obtener, si cumplen los requisitos establecidos en la Directiva 2004/38, el derecho de residencia permanente en Bélgica. La discriminación directa consiste, precisamente, en el hecho de que, para todos aquellos que no sean belgas, incluidos los demás ciudadanos de la Unión, el derecho de residencia permanente en Bélgica está *supeditado* al cumplimiento de alguno de los restantes criterios que conforman la segunda condición acumulativa o de los requisitos establecidos en la Directiva 2004/38. Para los belgas este derecho está necesaria y automáticamente ligado al hecho de ser belga y, en consecuencia, a una clasificación prohibida por razón de nacionalidad.

69. Llego a la misma conclusión aplicando el «criterio del factor distintivo único» («but for test»). Consideremos el caso de dos personas que aspiran a estudiar veterinaria y que han terminado sus estudios de educación secundaria en Luxemburgo, donde sus padres viven y trabajan. Ambos desean estudiar en Bélgica. El estudiante A es belga. El estudiante B es búlgaro. Ambos se mudan a una habitación de estudiante en el mismo edificio en Lovaina la Nueva y establecen allí su residencia al inicio del curso académico 2008/2009 con vistas a matricularse. Así pues, ambos pueden demostrar que cumplen el requisito de residencia principal.

70. El estudiante A cumplirá *automáticamente* la segunda condición acumulativa del apartado primero del artículo 1 del Decreto. Por el hecho de ser belga tiene derecho de residencia permanente en Bélgica. Así pues, tendrá la condición de «estudiante residente» y accederá libremente a los estudios de veterinaria. El estudiante B no cumplirá

34 — Compárense las conclusiones presentadas por el Abogado General Jacobs en el asunto Schnorbus, citado en nota 29, punto 33. En ese asunto, si el número de solicitudes de admisión a las prácticas jurídicas en Alemania para un día de incorporación concreto superaba el número de las plazas disponibles, el ingreso podía aplazarse hasta doce meses; esta regla no se aplicaba si el aplazamiento habría de colocar al afectado en una situación particularmente rigurosa, entendiéndose que concurría tal circunstancia cuando un solicitante había prestado un servicio obligatorio nacional. El Abogado General entendió acertadamente que esté régimen se traducía en una discriminación indirecta por razón de sexo. Conforme a la legislación alemana entonces vigente, en ningún caso se hubiera dado prioridad a las mujeres en virtud de la norma en cuestión, mientras que sí podría haberse dado a la *aplastante mayoría* de los hombres. Esto era consecuencia directa del hecho de que el criterio utilizado —la prestación del servicio nacional obligatorio— estaba vinculado a una obligación impuesta por la ley a todos los hombres y sólo a ellos. Debido a que algunos hombres no prestaban el servicio nacional obligatorio y, en consecuencia, no se les concedía prioridad de admisión (al igual que a ninguna mujer), la categoría de personas que disfrutaban de una ventaja determinada (aquellos a quienes se daba prioridad por haber prestado el servicio nacional obligatorio) no coincidía exactamente con la categoría de personas cuyo único criterio diferenciador resultaba de aplicar una clasificación prohibida (por razón de sexo, en este caso los hombres).

automáticamente esa condición y es probable que tampoco cumpla los requisitos de la Directiva 2004/38. Salvo que se dé el caso de que cumpla los requisitos de la Directiva o alguno de los restantes criterios de la segunda condición acumulativa (lo cual es poco probable en la hipótesis planteada), el estudiante B quedará sujeto al *numerus clausus*.

71. Es evidente que, eliminando el «factor distintivo único» consistente en la nacionalidad belga del estudiante A, éste no cumpliría automáticamente la segunda condición acumulativa. [35]

72. Debo señalar que, en su dictamen acerca del proyecto del Decreto, el Consejo de Estado belga ya parecía albergar alguna sospecha de que éste pudiera establecer una discriminación directa; en cualquier caso, este Consejo indicó que la normativa nacional analizada en el asunto Comisión/Austria deparaba a los estudiantes austriacos que habían obtenido su título de educación secundaria fuera de Austria y a los estudiantes de otros Estados miembros el mismo trato (desfavorable). [36]

73. Por último, contrariamente a lo alegado por el Gobierno belga en la vista, el pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el asunto Bidar no sustenta la afirmación de que toda discriminación resultante de la aplicación de la segunda condición acumulativa del párrafo primero del artículo 1 del Decreto es indirecta y no directa. La normativa del Reino Unido analizada en el asunto Bidar supeditaba la posibilidad de obtener un préstamo para estudiantes i) al «establecimiento» de esa persona en el Reino Unido con arreglo al Derecho nacional y ii) al cumplimiento de determinados requisitos de residencia. [37] En virtud de la normativa sobre inmigración del Reino Unido aplicable, una persona está

35 — El «criterio del factor distintivo único» se aplica normalmente a la persona discriminada más que a la persona que disfruta de la ventaja; en este caso, *mutatis mutandis,* el resultado es el mismo para la situación opuesta aunque su formulación sea algo menos elegante: de no ser por el hecho de que el estudiante B *no* tiene nacionalidad belga, también hubiera tenido un derecho de residencia permanente en Bélgica derivado de su nacionalidad y también hubiera cumplido automáticamente la segunda condición acumulativa.

36 — Dictamen de la sección legislativa del Consejo de Estado belga, *Doc. parl.,* Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nº 263/1, p. 50. El Conseil d'État también llamó la atención sobre los artículos 3, párrafo segundo, y 7, párrafo segundo, del proyecto del Decreto, disposiciones que establecían la eliminación de las correspondientes restricciones en el supuesto y en el momento en que Francia eliminara sus restricciones respecto de estudios similares. El Conseil d'État observó a este respecto: «de este modo, se ha establecido nuevamente una condición rayana con el criterio de nacionalidad, ya que la medida *se dirige directamente a los estudiantes de nacionalidad francesa*» (el subrayado es mío). Estas disposiciones fueron eliminadas de la versión definitiva del Decreto que fue aprobada.

37 — Concretamente, que esa persona residiera en Inglaterra o País de Gales el primer día del primer curso académico y hubiera residido en el Reino Unido o en las Islas durante los tres años anteriores a ese día, no computándose los años pasados en el Reino Unido como estudiante.

«establecida» en el Reino Unido si reside allí normalmente, sin estar sujeta a ningún tipo de restricción por lo que respecta al período durante el cual puede residir en el territorio. [38] Un nacional de otro Estado miembro no podía, en su condición de estudiante, obtener la consideración de persona establecida en el Reino Unido al no reunir ninguno de esos dos requisitos.

74. Es cierto que (al igual que un nacional belga en Bélgica) ningún nacional del Reino Unido está sujeto a restricciones relativas al período durante el cual puede permanecer en el territorio del Reino Unido. No obstante, las respuestas del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a las preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia en el asunto Bidar mostraban claramente que, en determinadas circunstancias, los nacionales de ese Estado podían *también* no cumplir el requisito de «residir normalmente» y, en consecuencia, no tener reconocida la condición de persona «establecida» en el Reino Unido. [39] Así pues, la categoría de quienes disfrutan de una ventaja determinada (quienes tienen reconocida la condición de persona «establecida» en el Reino Unido) *no* coincide exactamente con la categoría de personas cuyo único criterio diferenciador resulta de aplicar una clasificación prohibida (por razón de nacionalidad, en este caso la nacionalidad británica).

75. En consecuencia, el Tribunal de Justicia apreció acertadamente que la discriminación analizada en el asunto Bidar era de carácter indirecto más que directo. No obstante, debido a que la normativa del Reino Unido excluía cualquier posibilidad de que un nacional de otro Estado miembro obtuviera, en su condición de estudiante, el estatuto de persona establecida y, por lo tanto, imposibilitaba que dicho nacional, sea cual fuere su nivel real de integración en la sociedad del Estado miembro de acogida, disfrutara del préstamo, el Tribunal de Justicia rechazó de plano el «requisito de establecimiento». [40]

76. Por supuesto, incumbe al órgano jurisdiccional nacional determinar cuál es la situación que resulta de la legislación belga. No obstante, si este órgano jurisdiccional llegara a la conclusión de que todos los nacionales belgas disfrutan automáticamente y sin excepción del derecho permanente de residencia en Bélgica y, en consecuencia, cumplen *automáticamente* la segunda condición acumulativa mientras que las demás personas, incluidos los demás ciudadanos de la Unión, *no disfrutan automáticamente* de ese derecho, la segunda condición acumulativa del párrafo primero del artículo 1 del Decreto daría lugar a una discriminación directa por razón de nacionalidad prohibida por el artículo 12 CE.

38 — Sentencia Bidar, citada en nota 32, apartados 14 a 18.

39 — Por ejemplo, el hijo británico de padres británicos que hubieran trabajado en Austria durante los diez años anteriores y que finalizara sus estudios de educación secundaria en Austria no reuniría las condiciones para solicitar un préstamo para estudiantes con el que sufragar sus gastos de manutención al matricularse en Cambridge.

40 — Sentencia Bidar, apartados 61 y 62.

Cuestiones primera y segunda

¿Está justificado el primer requisito acumulativo del párrafo primero del artículo 1 del Decreto?

77. Las cuestiones primera y segunda solicitan fundamentalmente orientación acerca de si el Decreto puede estar justificado por tres posibles razones: i) la carga excesiva que el flujo de estudiantes extranjeros supone para los fondos públicos; ii) la probabilidad de que la calidad de la enseñanza quede afectada negativamente; iii) la probabilidad de que la calidad del régimen de salud pública en la Comunidad Francesa quede afectada negativamente como consecuencia de la escasez de personal médico cualificado.

78. La respuesta depende en parte de si el trato discriminatorio es directo o indirecto. [41] No cabe duda de que la discriminación indirecta puede, en principio, estar justificada. [42] La postura respecto de la discriminación directa es mucho más restrictiva. [43] Puesto que considero que la primera condición acumulativa es indirectamente discriminatoria y la segunda directamente discriminatoria, analizaré cada una de ellas separadamente.

79. El Gobierno belga invoca principalmente el pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el asunto Bidar, el cual, según este Gobierno, reconoce la legitimidad de los requisitos de residencia en relación con el acceso a la educación, ya que permite al Estado de acogida exigir al futuro estudiante que demuestre, mediante ese requisito de residencia, cierto grado de integración en la sociedad del Estado de acogida. [44]

80. No obstante, existe una diferencia fundamental entre el *acceso a ayudas económicas* para afrontar el coste de la educación en otro Estado miembro —cuestión sobre la que versaba el asunto Bidar— y el acceso a la *propia educación* en otros Estados miembros —cuestión que se plantea en el presente asunto—.

81. En el asunto Bidar, el Tribunal de Justicia tuvo acertadamente en cuenta los intereses legítimos de los Estados miembros ante los cuales presentaban solicitudes de ayudas económicas estudiantes de otros Estados miembros. El Tribunal de Justicia estimó que los Estados miembros debían dar muestras, a la

41 — Véase el punto 36 de las presentes conclusiones.

42 — Véanse los puntos 45 a 48 de las presentes conclusiones.

43 — Véanse los puntos 128 y 131 de las presentes conclusiones.

44 — Sentencia Bidar, citada en nota 32, apartados 57 a 59. Véase, como referencia general de la residencia como alternativa potencialmente justificable a la nacionalidad Davies, G.: «"Any Place I Hang My Hat?" or: Residence is the New Nationality», *European Law Journal* 2005, pp. 43 a 56.

hora de organizar y aplicar su sistema de asistencia social, de cierta solidaridad económica con los nacionales de otros Estados miembros. [45] No obstante, es lícito que «vele[n] por que la concesión de ayudas destinadas a sufragar los gastos de manutención de estudiantes procedentes de otros Estados miembros no se convierta en una carga excesiva que pueda tener consecuencias para el nivel global de la ayuda que puede[n] conceder dicho[s] Estado[s]». [46]

82. Por el contrario, la posibilidad de que un estudiante de la Unión Europea acceda a la enseñanza superior o universitaria en otro Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de ese Estado miembro constituye la esencia misma del principio de libre circulación de los estudiantes, garantizado por el Tratado. [47] En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el asunto Bidar en relación con el requisito de residencia para la concesión de ayudas económicas no puede extrapolarse al asunto que nos ocupa. [48]

83. Según reiterada jurisprudencia, la diferencia de trato de carácter discriminatorio indirecto por razón de nacionalidad únicamente puede estar justificada si se basa en consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido. [49]

84. Igualmente, el Tribunal de Justicia ha considerado que corresponde a las autoridades nacionales que invocan una excepción al principio fundamental de libre circulación de las personas probar, en cada caso, que sus normativas son necesarias y proporcionadas a la vista del objetivo perseguido. Las razones justificativas que puede invocar un Estado miembro «deben ir acompañadas de un examen de la idoneidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado y de datos precisos en los que pueda sustentarse su alegación». [50]

85. La petición de decisión prejudicial trae a colación la cita de los *travaux préparatoires* [51] en la que se señala que el objetivo principal de las disposiciones controvertidas del Decreto es «garantizar un acceso amplio y democrático a una enseñanza superior de calidad para la población de la Comunidad Francesa». Las disposiciones controvertidas obedecen también a consideraciones de salud pública. En primer lugar, es probable que un

45 — Asunto Bidar, citado en nota 32, apartado 56, en el que se cita la sentencia de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk (C-184/99, Rec. p. I-6193), apartado 44.

46 — Sentencia Bidar, apartados 56 y 57.

47 — Véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Austria, citada en nota 7, apartado 70.

48 — Véase, *Doc. parl.,* Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nº 263/1, p. 54, en el que la sección legislativa del Consejo de Estado belga advertía al Gobierno de la Comunidad Francesa precisamente acerca de este extremo.

49 — Véase la sentencia de 16 de diciembre de 2008, Huber (C-524/06, Rec. p. I-9705), apartado 75 y jurisprudencia citada.

50 — Sentencia Comisión/Austria, citada en nota 7, apartado 63 y jurisprudencia citada.

51 — *Doc. parl.,* Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nº 263/1, pp. 12 y 13.

empobrecimiento de la calidad de la enseñanza afecte, a largo plazo, a la calidad de la asistencia prestada. En segundo lugar, la amplia mayoría de los estudiantes no residentes no tienen la intención de ejercer en Bélgica, lo cual implica el riesgo de escasez de profesionales, precisándose que la escasez sería «cierta» si se organizara una selección antes de acceder.

86. Con arreglo a la distribución de funciones entre el Tribunal de Justicia y el órgano jurisdiccional remitente, corresponde al Tribunal de Justicia declarar si alguno de los motivos sugeridos, cuando se pruebe su existencia, puede constituir una justificación objetiva a supuestos de discriminación indirecta En tal caso, incumbirá al órgano jurisdiccional nacional determinar si, según las pruebas, cabe apreciar la existencia de tales motivos.

Carga excesiva para los fondos públicos

87. Los *travaux préparatoires* del Decreto mencionan como justificación la siguiente referencia a la carga excesiva para los fondos públicos: [52]

«El número de personas que obtienen un título del sistema de educación superior de la Comunidad Francesa en los [cursos de que se trata] supera manifiestamente las necesidades de los correspondientes sectores en la Bélgica francófona. La Comunidad Francesa no puede asumir la carga excesiva que representan los estudiantes no residentes en Bélgica y que vienen a estudiar a la Comunidad Francesa por la sola razón de que no pueden acceder a tales estudios en su país de origen y que no tienen ninguna intención de ejercer su profesión en la Comunidad Francesa».

88. La primera frase, en la que se afirma que el número de estudiantes que obtienen un título «supera manifiestamente» las necesidades de la Comunidad Francesa, casa mal *a priori* con la justificación alternativa basada en el riesgo de que la calidad del régimen de salud pública quede afectada negativamente como consecuencia de una posible escasez futura de personal médico cualificado. [53]

89. El argumento presentado en la segunda frase es, en esencia, meramente económico. Es problemático por las razones que expondré a continuación.

90. En primer lugar, debo recordar que, según reiterada jurisprudencia, los motivos de

52 — *Doc. parl.,* Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nº 263/1, p. 9.

53 — Véanse los puntos 114 a 126 de las presentes conclusiones.

carácter meramente económico no pueden, por lo general, constituir razones imperiosas de interés general capaces de justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado. [54]

91. Es cierto que el Tribunal de Justicia ha aceptado que no puede excluirse que un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social constituya una razón imperiosa de interés general que pueda justificar un obstáculo a la libre prestación de servicios. [55] Así pues, las razones de índole económica o presupuestaria pueden, en determinadas circunstancias, suponer una justificación. Esta conclusión puede, en parte, obedecer al hecho ineludible de que todo servicio público prestado por nuestros estados del bienestar depende de la existencia de una dotación presupuestaria suficiente que lo financie.

92. No obstante, comparto las reservas formuladas por el Abogado General Jacobs acerca de la aplicación al ámbito de la enseñanza superior de las afirmaciones realizadas por el Tribunal de Justicia en relación con las cargas de los sistemas nacionales de seguridad social. Tales afirmaciones implican una doble excepción, ya que suponen la inaplicación tanto del principio fundamental de la libre circulación de las personas como de los motivos aceptados por los que dichas excepciones pueden justificarse (los cuales, según el Tratado son exclusivamente no económicos). En consecuencia, las justificaciones alegadas por motivos económicos deben considerarse con especial cautela. [56]

93. El Abogado General Jacobs sugirió igualmente que, en el caso de que el Tribunal de Justicia ampliara el alcance efectivo de los derechos de los estudiantes a ayudas económicas más allá de los derechos o gastos de matrícula, la variedad de posibles justificaciones de que disponen los Estados miembros debía también ampliarse con arreglo a la jurisprudencia relativa a los destinatarios de servicios de asistencia sanitaria pública. [57] En el asunto Bidar, el Tribunal de Justicia amplió de hecho el alcance de los derechos de los estudiantes a ayudas económicas incluyendo

54 — Sentencia de 17 de marzo de 2005, Kranemann (C-109/04, Rec. p. I-2421), apartado 34 y jurisprudencia citada. La expresión «raisons impérieuses d'intérêt général», empleada sistemáticamente por el Tribunal de Justicia en francés ha sido traducida al inglés como «overriding reasons in the public interest» o como «pressing reasons of public interest», entre otras soluciones. Considero que «overriding reasons in the public interest» es la traducción que mejor reproduce su sentido. Esta última expresión fue utilizada, por ejemplo, en la sentencia de 26 de marzo de 2009, Comisión/Italia (C-326/07, Rec. p. I-2291), apartado 41.

55 — Véanse las sentencias de 28 de abril de 1998, Kohll (C-158/96, Rec. p. I-1931), apartado 41, y de 12 de julio de 2001, Vanbraekel y otros (C-368/98, Rec. p. I-5363), apartado 47.

56 — Conclusiones presentadas por el Abogado General Jacobs en el asunto Comisión/Austria, sentencia citada en nota 7, punto 31; véanse, igualmente, en los puntos 33 a 35 las razones por las que cabe apreciar diferencias significativas entre la educación superior y los sistemas nacionales de seguridad social (la diferencia más obvia es que la enseñanza superior no constituye un servicio en el sentido del artículo 49 del Tratado; véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de septiembre de 1988, Humbel, 263/86, Rec. p. 5365, apartados 17 a 19, y de 7 de diciembre de 1993, Wirth, C-109/92, Rec. p. I-6447, apartados 15 a 19).

57 — Conclusiones presentadas por el Abogado General Jacobs en el asunto Comisión/Austria, sentencia citada en nota 7, punto 46.

los préstamos para gastos de manutención y admitió, al mismo tiempo, que un estudiante debía demostrar cierto grado de integración en el Estado de acogida para poder disfrutar de tales préstamos. En consecuencia, las razones de índole presupuestaria pueden, con ciertas limitaciones, justificar una restricción al disfrute de ayudas económicas al estudio.

94. No obstante, como ya he puesto de relieve anteriormente, el presente asunto guarda relación con el acceso a la educación, no con el acceso a las ayudas económicas al estudio y, en consecuencia, no es posible extrapolar el fallo del Tribunal de Justicia en el asunto Bidar. A mi juicio, las razones de índole presupuestaria no pueden invocarse para justificar restricciones al acceso a la educación de estudiantes no residentes. Más bien al contrario, considero que la afirmación del Tribunal de Justicia en el asunto Grzelczyk en el sentido de que la Directiva 93/96/CEE [58] «admite una cierta solidaridad económica» entre los nacionales del Estado miembro de acogida y los nacionales de otros Estados miembros, [59] realizada en el contexto de las ayudas económicas al estudio, es aplicable *a fortiori* al acceso a la educación.

95. En segundo lugar, el órgano legislativo de la Comunidad Francesa parece basarse en el conocido argumento del «free rider» [persona a la que no se puede excluir del disfrute de los beneficios de una prestación pública, pero que no paga nada, o una cuantía pequeña, para cubrir sus costes]: los estudiantes que se trasladan al extranjero para estudiar obtienen los beneficios de la enseñanza de financiación pública proporcionada en el Estado miembro de acogida, pero no contribuyen a su financiación a través de los impuestos nacionales (de sus padres), ni la «devuelven» necesariamente quedándose en el Estado de acogida para trabajar y convirtiéndose en contribuyentes de ese Estado. [60] El argumento implícito es que los estudiantes no belgas en cuestión están cometiendo algún tipo de abuso. Es evidente que éste no es el caso. Los estudiantes que se trasladan a otro Estado miembro para continuar allí sus estudios están ejercitando su derecho a la libre circulación; derecho del que, en tanto ciudadanos de la Unión, pueden disfrutar sin sufrir ninguna discriminación por razón de nacionalidad. [61] Sus presuntas intenciones, invocadas por el órgano legislativo de la Comunidad Francesa, carecen de toda relevancia. [62]

96. Comparto, igualmente, los puntos de vista expuestos por los Abogados Generales Jacobs y Geelhoed (en los asuntos Comisión/

58 — Directiva del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes (DO L 317, p. 59).

59 — Sentencia citada en la nota 45, apartado 44.

60 — Véanse las conclusiones presentadas por el Abogado General Jacobs en el asunto Comisión/Austria, sentencia citada en nota 7, punto 36.

61 — Sentencia Comisión/Austria, citada en nota 7, apartado 45 y jurisprudencia citada.

62 — Véase la sentencia Comisión/Austria, citada en nota 7, apartado 70, y, en la misma línea, las conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas en ese asunto, punto 41. El Tribunal de Justicia ha sostenido de modo inequívoco que los motivos que hayan podido impulsar a un trabajador de un Estado miembro a buscar trabajo en otro Estado miembro son irrelevantes en lo que se refiere a su derecho de entrada y residencia en el territorio de este último Estado, siempre que ejerza o desee ejercer una actividad real y efectiva; véanse las sentencias de 23 de marzo de 1982, Levin (53/81, Rec. p. 1035), apartado 23, y de 23 de septiembre de 2003, Akrich (C-109/01, Rec. p. I-9607), apartado 55.

Austria y Bidar, respectivamente) en el sentido de que aunque es posible que los estudiantes no contribuyan directamente al sistema fiscal del Estado en que cursan sus estudios universitarios, son una fuente de ingresos para las economías locales en las que se encuentra la universidad y, asimismo, en cierta medida, para las haciendas públicas nacionales a través de los impuestos indirectos. [63] Llevado a su conclusión lógica, el argumento de que únicamente podrían disfrutar de ventajas financiadas por el Estado quienes hubieran contribuido mediante el pago de impuestos, impediría que solicitaran tales ventajas los propios nacionales de un Estado miembro que no hubieran contribuido o que sólo lo hubieran hecho modestamente. [64]

97. En tercer lugar, la explicación facilitada por la Comunidad Francesa, tal como se recoge en la petición de decisión prejudicial y en las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia por el Reino de Bélgica, no pone de manifiesto ni de qué modo la carga económica que para la Comunidad Francesa suponen esta categoría de estudiantes es «excesiva», ni cómo el Decreto resuelve el supuesto problema. [65] Más bien parece deducirse que la educación superior se financia a través de un sistema de «sobre cerrado». Si lo he entendido correctamente, este sistema implica que una reducción en el número de estudiantes (de cualquier nacionalidad) no conlleva un consiguiente ahorro de dinero para la Comunidad Francesa. Los aumentos o las reducciones del número de estudiantes son presupuestariamente neutrales.

98. Por último, debo señalar que los recurrentes sugirieron ante el Tribunal Constitucional que todos los estudiantes no residentes debían ser admitidos a los cursos por ellos elegidos pero no necesariamente recibir ayuda económica. En sus observaciones escritas presentadas ante el Tribunal de Justicia, el Gobierno belga respondió afirmando que tal propuesta «impediría la consecución de los objetivos [del Decreto], los cuales, a fin de cuentas, no son de naturaleza económica».

99. Como síntesis de mi punto de vista acerca del primer motivo de justificación alegado por el Gobierno belga debo señalar que no estimo que el riesgo de una carga excesiva para los fondos públicos pueda considerarse, en

63 — Conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto Comisión/Austria, citado en nota 7, nota 29. Véanse, a ese respecto, las declaraciones del Sr. Rémy, director de estudios de paramedicina y pedagogía en la Haute École provinciale du Hainaut occidental, quien ponía de relieve en estos términos los beneficios de la presencia de estudiantes extranjeros: «la nutrida presencia de estudiantes franceses nos ha permitido ampliar nuestras perspectivas. Se ha desarrollado toda una serie de proyectos gracias al éxito de nuestros estudios de fisioterapia y de terapia ocupacional que nos garantiza un buen nivel de financiación en lo referente, por ejemplo, a la investigación y a la educación permanente. Desgraciadamente, todo esto desaparecerá.» («C'est une vraie catastrophe pour notre école», *La Libre*, 3 de febrero de 2006).

64 — Conclusiones del Abogado General Geelhoed en el asunto Bidar, sentencia citada en nota 32, punto 65. Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Slynn en el asunto Gravier, sentencia citada en nota 8, p. 604.

65 — Tal como se señala igualmente en el *Avis du Corps interfédéral de l'inspection des finances* de 31 de enero de 2006, incluido en los autos remitidos al Tribunal de Justicia, p. 5.

principio, como justificación de una discriminación indirecta en materia de acceso a la educación. Tampoco considero (en el caso de que, contrariamente a mi opinión, un Estado miembro pueda acogerse teóricamente a tal justificación) que esta justificación haya quedado demostrada en el presente asunto.

Riesgo de que la calidad de la educación quede afectada negativamente

100. Los *travaux préparatoires* del Decreto invocan, igualmente, una justificación alternativa: [66]

«además de la carga económica […], se trata también de una cuestión de calidad de la enseñanza. Si hay demasiados estudiantes, será imposible garantizarles un marco educativo adecuado en términos tanto de cantidad como de calidad; las posibilidades tampoco son ilimitadas respecto de las prácticas en un entorno profesional.»

101. La Comunidad Francesa alegó ante el órgano jurisdiccional remitente que el Decreto pretendía combatir los «efectos perversos de la movilidad absoluta», concretamente el constante crecimiento del número de estudiantes no residentes que ponía en peligro la calidad de la educación en detrimento de todos los estudiantes. Los centros educativos cuentan con una capacidad limitada para acoger a estudiantes. Tampoco hay un número ilimitado de docentes y tampoco son ilimitados el presupuesto y las oportunidades de formación práctica.

102. El problema de la masificación en las aulas resulta familiar tanto para los estudiantes como para los profesores universitarios. Se trata de una preocupación legítima. El Tribunal de Justicia ha reconocido que «la preservación o la mejora del sistema educativo» [67] y «asegurar un alto nivel de la formación universitaria» [68] constituyen objetivos legítimos a efectos del Tratado. No obstante, las restricciones basadas en estos motivos deben cumplir el criterio de proporcionalidad, tales restricciones deben ser adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no deben ir más allá de lo necesario para alcanzarlo. [69]

103. La documentación presentada ante el Tribunal de Justicia revela que la aprobación del Decreto se basó fundamentalmente en estadísticas que mostraban un incremento en

66 — *Doc. parl.,* Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nº 263/1, p. 9. Véase el punto 87 de las presentes conclusiones.

67 — Sentencia Lyyski, citada en nota 8, apartado 39.

68 — Sentencia de 13 de noviembre de 2003, Neri (C-153/02, Rec. p. I-13555), apartado 46.

69 — Sentencia Neri, citada en nota 68, apartado 46.

el número de estudiantes matriculados que no habían obtenido su diploma de estudios secundarios en Bélgica. Existían diferencias significativas en cuanto a los diferentes estudios objeto del Decreto. [70] Los datos relativos al número de estudiantes no residentes matriculados en los estudios en cuestión no estaban disponibles antes de la aprobación del Decreto. La impresión general es la de que, claramente, la legislación que impone un *numerus clausus* de estudiantes no belgas para determinados estudios con perfiles bastante diferentes fue aprobada a partir de una información más bien fragmentaria relativa a determinados aspectos de la matrícula de estudiantes en algunos de esos estudios. Esto no es aceptable. Para evitar malentendidos, debo aclarar que no estoy afirmando que la Comunidad Francesa deba esperar cruzada de brazos hasta que se produzcan daños significativos en sectores determinados de su sistema de educación superior para adoptar cualquier medida. Más bien, mi punto de vista que la información específica que hubiera llevado a un legislador prudente a la legítima conclusión de que un determinado problema creciente debía atajarse de raíz (y, en consecuencia, de que resultaba necesario y proporcionado adoptar medidas concretas orientadas a tal fin) simplemente —por cuanto puedo decir en vista de la documentación presentada ante el Tribunal de Justicia— no estaba disponible o no había sido analizada cuando se aprobó el Decreto.

104. Considero, además, que si el número de estudiantes representa un problema, la mayor o menor gravedad del mismo no depende del origen de los estudiantes que provocan ese exceso. El problema consiste en el número excesivo de estudiantes *per se*, no en un número excesivo de estudiantes *no residentes*. Parece, más bien, que la intención del Decreto era la de mantener un acceso sin restricciones a la educación superior para los belgas, a la vez que hacerlo más difícil para los estudiantes extranjeros (procedentes principalmente de Francia) para los cuales el sistema de educación superior de la Comunidad Francesa constituye una alternativa natural de acceso a ese sistema. Tal finalidad es en esencia discriminatoria e incompatible con los objetivos del Tratado. [71]

105. El Tribunal de Justicia ha tenido ya ocasión de afirmar que la demanda excesiva de acceso a determinados estudios puede atenderse legítimamente mediante la adopción de medidas específicas no discriminatorias, como un examen de ingreso o la exigencia de una nota mínima para matricularse. Tales medidas son compatibles con el artículo 12 CE. [72]

106. Cada Estado miembro puede optar por mantener un régimen de libre acceso sin ninguna restricción a la educación superior. Todos los Estados son, por supuesto,

70 — Los comentarios que acompañaban a los datos estadísticos contenidos en los documentos presentados ante el Tribunal de Justicia señalaban expresamente que únicamente cabía asociar el incremento de los estudiantes poseedores de un diploma de estudios secundarios extranjero a dos estudios: «fisioterapia y readaptación» y «veterinaria».

71 — Véanse, por analogía, las conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto Comisión/Austria, sentencia citada en nota 7, punto 30.

72 — Sentencia Comisión/Austria, citada en nota 7, apartado 61. Véanse, igualmente las conclusiones del Abogado General Jacobs, punto 52.

enteramente libres de hacerlo. En tal caso deben, no obstante, estar dispuestos a ofrecer libre acceso sin ninguna restricción a todos los estudiantes de la Unión con independencia de su nacionalidad. El artículo 12 CE impone a cada Estado miembro la obligación de garantizar una perfecta igualdad de trato entre sus nacionales y los nacionales de otros Estados miembros que se encuentren en una situación regulada por el Derecho comunitario. [73] La vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos nacionales que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad, el mismo trato jurídico. [74] El libre acceso a la educación no puede significar «libre acceso, pero solo para nuestros propios nacionales».

107. Una política restrictiva en materia de acceso a determinados estudios (como la aplicada por Francia) es, en principio, igualmente admisible. Un Estado miembro puede optar tanto por este tipo de política como por una política de libre acceso. De hecho, en ningún momento ha sostenido Bélgica que Francia estuviera infringiendo el Tratado CE con su conducta. Es jurisprudencia reiterada que, aunque otro Estado miembro pueda estar infringiendo el Derecho comunitario, esta circunstancia no justifica las medidas correctoras o de defensa ilegítimas que pueda adoptar un Estado miembro. [75] Procede *a fortiori* aplicar esta regla en el supuesto de que un Estado miembro adopte medidas discriminatorias en respuesta a los efectos colaterales que se derivan de la opción legislativa ejercida legítimamente por otro Estado miembro.

108. Considero perfectamente posible que la aplicación de medidas menos discriminatorias pueda traducirse en el abandono del actual sistema de acceso público sin restricciones a la educación superior para todos los belgas. Soy perfectamente consciente de que esta alternativa será vista con malos ojos y de que sería mucho mejor (en la medida en que fuera necesario) que el flujo transfronterizo de estudiantes estuviera regulado a nivel comunitario. [76] No obstante, a falta de tal sistema, el hecho de que tales cambios puedan ser necesarios refleja la necesidad de cumplir las obligaciones derivadas del principio de igualdad de trato con arreglo al Tratado. [77]

109. Bélgica y otros Estados miembros que se enfrentaban a situaciones similares han

73 — Sentencia de 6 de junio de 2002, Ricordi (C-360/00, Rec. p. I-5089), apartado 31.

74 — Sentencias Grzelczyk, citada en nota 45, apartado 31, y Comisión/Austria, citada en nota 7, apartado 45 y jurisprudencia citada.

75 — Sentencia de 20 de octubre de 2005, Comisión/Suecia (C-111/03, Rec. p. I-8789), apartado 66 y jurisprudencia citada.

76 — Véanse los puntos 151 a 153 de las presentes conclusiones.

77 — Véanse, en el mismo sentido, las conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto Comisión/Austria, sentencia citada en nota 7, punto 53.

alegado encontrarse en una posición especialmente vulnerable. [78]

110. Los problemas a los que se enfrentan la Comunidad Francesa de Bélgica y el Gobierno austriaco y que se derivan del flujo de la cantidad de estudiantes extranjeros que pueden o desean continuar sus estudios en francés y alemán, respectivamente, no son, de hecho, exclusivos de Bélgica y de Austria. Otros Estados miembros pueden verse abocados a afrontar un flujo de estudiantes de otros Estados miembros provocado por el hecho de compartir un idioma o por alguna otra circunstancia concreta. [79]

111. En los *travaux préparatoires* del Decreto [80] se afirma que un examen de ingreso (solución imparcial y lógica frente a la amenaza que un número excesivo de estudiantes representa para la calidad de la enseñanza) [81] favorecería a los estudiantes que, por su privilegiado origen social o por otras razones, se encuentran mejor preparados para los estudios que desean cursar. Tal afirmación no se encuentra respaldada por pruebas empíricas puestas en conocimiento del Tribunal de Justicia. Si tal fuera realmente el caso, considero que las soluciones adecuadas deberían ser otras. El problema *per se* no puede justificar la adopción de medidas discriminatorias contrarias al Derecho comunitario.

112. Es posible imaginar que puedan concurrir circunstancias en las que se demuestre la existencia de una amenaza real, seria e inminente contra la calidad de la enseñanza universitaria en un determinado sector. En tal caso, el Tribunal de Justicia podría desear analizar nuevamente si es posible hallar una justificación objetiva a medidas indirectamente discriminatorias destinadas a contrarrestar tal amenaza. En el presente procedimiento, aunque tal justificación pueda ser en teoría posible (cuestión ésta que expresamente dejo abierta), la documentación presentada ante el Tribunal de Justicia dista mucho de ser la que se requeriría para justificar un trato discriminatorio.

113. Así pues, mi conclusión es que las medidas adoptadas en el Decreto analizado no

78 — Austria en particular, véase sentencia Comisión/Austria, citada en nota 7.

79 — Según las estadísticas de la OCDE para el año 2006 (consultables en línea en la dirección www.oecd.org), Bélgica contaba con 40 607 estudiantes extranjeros sobre una población total de 10 511 382 habitantes (una proporción de 1:258,8). En comparación, Dinamarca contaba con 19 123 estudiantes extranjeros sobre una población total de 5 427 459 (una proporción de 1:283,8); Suecia contaba con 41 410 estudiantes extranjeros sobre una población total de 9 047 752 (una proporción de 1:218,4), y el Reino Unido contaba con 418 353 estudiantes extranjeros sobre una población total de 60 412 870 (una proporción de 1:144,4). Teniendo en cuenta la preponderancia de los estudios impartidos en inglés, la última cifra es ciertamente sorprendente. No es posible, sin embargo, precisar qué porcentaje de tales estudiantes extranjeros son nacionales de estados que no forman parte de la UE y cuyo acceso a la educación superior puede restringirse legítimamente.

80 — *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nº 263/1, p. 9.

81 — Véanse el punto 105 de las presentes conclusiones y la sentencia Comisión/Austria, citada en nota 7, apartado 61.

pueden justificarse por el riesgo observado de que la calidad de la educación universitaria en la Comunidad Francesa quede afectada negativamente.

Calidad del régimen de salud pública

114. La última justificación formulada es que el número de estudiantes residentes en la Comunidad Francesa (frente a los estudiantes no residentes) que se titulan en determinadas especialidades es demasiado reducido. En consecuencia, es posible que, a más largo plazo, el personal médico cualificado no baste para garantizar la calidad del régimen de salud pública de esa comunidad.

115. Los *travaux préparatoires* del Decreto se centran, a este respecto, en el sector veterinario, para el cual se deduce que la Comunidad Francesa convocó un examen de ingreso en 2003, 2004 y 2005. En el concurso de 2005, solo 192 candidatos de un total de 795 habían obtenido su diploma de estudios secundarios en la Comunidad Francesa. De los 250 candidatos que superaron el concurso (número establecido por el órgano legislativo), 216 habían obtenido su diploma de estudios secundarios en el extranjero. Ello implica que únicamente 34 de los candidatos nacionales pudieron comenzar sus estudios de veterinaria. [82] El órgano legislativo extrae de lo anterior las siguientes conclusiones: [83]

«Ese número es claramente insuficiente. Si no se adoptan medidas, la Comunidad Francesa se expone al peligro de encontrarse ante una falta de veterinarios. Existen muchas posibilidades de que el número insuficiente de veterinarios no quede compensado por veterinarios extranjeros debido a las limitaciones que existen en otros países. Resulta evidente que esta falta de veterinarios entrañará probablemente graves peligros para la salud pública.»

116. En el marco de los procedimientos de infracción, el Tribunal de Justicia exige un análisis detenido del riesgo alegado por el Estado miembro que invoca la excepción por motivos de salud pública del artículo 30 CE. [84] Las peticiones de decisión prejudicial

82 — Debo precisar que, aunque la totalidad de los 192 candidatos que obtuvieron su diploma de estudios secundarios en la Comunidad Francesa hubiera superado con éxito la prueba, seguiría habiendo escasez de tales candidatos para cubrir las 250 plazas disponibles.

83 — *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nº 263/1, p. 5.

84 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 12 de marzo de 1987, Comisión/Alemania, denominada «Ley de pureza de la cerveza» (178/84, Rec. p. 1227); de 5 de febrero de 2004, Comisión/Francia (C-24/00, Rec. p. I-1277), apartado 54, y de 23 de septiembre de 2003, Comisión/Dinamarca (C-192/01, Rec. p. I-9693), apartado 47.

deben someterse a un examen igualmente riguroso, [85] aunque la apreciación última de los hechos corresponda, por supuesto, al órgano jurisdiccional nacional.

117. A mi juicio, la documentación presentada por Bélgica al Tribunal de Justicia revela que el análisis del riesgo en el que se basa la justificación por razones de salud pública alegada carece manifiestamente del rigor necesario.

118. En primer lugar, como ponen de manifiesto las observaciones escritas presentadas por el Gobierno belga, la falta potencial de veterinarios parece ser consecuencia del sistema adoptado por la propia Comunidad Francesa; esto es, reducir el número de estudiantes de veterinaria con el fin de garantizar la calidad de la enseñanza. Resulta cuando menos paradójico que la actuación seguida para proteger la calidad de la enseñanza (lo que constituye una justificación correctamente formulada de las medidas discriminatorias adoptadas) deba llevar simultáneamente al Gobierno belga a invocar la potencial falta de profesionales sanitarios con la debida cualificación.

119. En segundo lugar, de la documentación presentada ante el Tribunal de Justicia se desprende que el potencial problema percibido para el futuro es atribuible a alguna combinación de, al menos, las siguientes circunstancias: i) una escasez de candidatos que hayan obtenido sus diplomas de estudios secundarios en la Comunidad Francesa y que deseen estudiar veterinaria *y* que sean lo bastante buenos como para alcanzar una de las 250 plazas ofrecidas para cursar tales estudios, superando la competencia de otros candidatos de la UE; ii) la presunción de que la mayoría de los estudiantes que obtienen una plaza para estudiar veterinaria que *no* han obtenido sus diplomas de estudios secundarios en la Comunidad Francesa regresarán automáticamente a su(s) Estado(s) miembro(s) de origen tras finalizar sus estudios. De éstas, la circunstancia i) parece respaldada de alguna manera por las estadísticas, [86] si bien la ii) no es sino una mera suposición. Ésta parte de la base, concretamente, de que los veterinarios no belgas regresarán por lo general a sus propios Estados miembros tras la obtención del título *con independencia* de las perspectivas de empleo locales. Cualquiera se inclinaría a pensar que, más bien al contrario, si existiera tal escasez de veterinarios cualificados en la Bélgica francófona, esta escasez hubiera provocado una reacción, del mercado o de las autoridades públicas, que hubiera hecho más atractivas las perspectivas de empleo locales y que hubiera supuesto un acicate para que algunos de los nuevos veterinarios cualificados

85 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 11 de diciembre de 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Rec, p. I-14887), apartados 112 a 124.

86 — Véanse las cifras mencionadas en el punto 115 y en la nota 82 de las presentes conclusiones.

sin nacionalidad belga comenzaran su carrera profesional en el Estado miembro en el que se habían formado.

120. En tercer lugar, tanto la Comunidad Francesa como el Gobierno federal (o ambos actuando conjuntamente) [87] cuentan con los instrumentos reguladores necesarios para dar respuesta al problema potencial. Las posibles soluciones mencionadas en la documentación presentada incluyen ajustar el número de veterinarios que puedan graduarse cada curso o que sean admitidos al segundo ciclo (clínico) de estudios de veterinaria, [88] la colaboración entre institutos de secundaria y facultades con el fin de ajustar el nivel de la formación preuniversitaria garantizando, de este modo, que un número suficiente de belgas cumple los requisitos para superar un examen de una dificultad adecuada, y poner en marcha un año de estudios preparatorios para formar mejor a los posibles veterinarios de cara a los propios estudios universitarios. [89]

87 — En la vista, los recurrentes alegaron que quien tiene competencias en materia de salud pública no es la Comunidad Francesa sino el Gobierno federal y que en el presente asunto no se había seguido el procedimiento que el Derecho constitucional belga requería para aprobar una medida dirigida a proteger la salud pública. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente pronunciarse a este respecto.

88 — Parece que el concurso para veterinarios que ha planteado problemas fue establecido debido, fundamentalmente, al exceso de estudiantes en el segundo ciclo de los estudios: *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nº 263/1, pp. 5 y 6.

89 — Tal como sugirió el Sr. D. Claude Ancion, miembro del Parlamento de la Comunidad Francesa, en una pregunta formulada al Ministro de Educación Superior, Investigaciones Científicas y Relaciones Internacionales: *Compte rendu intégral*, Parlement de la Communauté française, 2004-2005, de 13 de octubre de 2005, p. 53 (la pregunta y la respuesta del Ministro se recogen en los *travaux préparatoires* del Decreto: *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nº 263/1, p. 9, nota 8).

121. Comprendo que la puesta en marcha de tales medidas pueda plantear dificultades prácticas. No obstante, según reiterada jurisprudencia, tales dificultades no pueden justificar por sí solas ninguna restricción a una libertad garantizada por el Tratado. [90]

122. Por otra parte, la sección legislativa del Conseil d'État señaló que la experiencia del ámbito veterinario no se extiende necesariamente a otros estudios. Por ejemplo, a pesar de la cuota federal en relación con los estudios de fisioterapia, el número de quienes obtienen un título y desean ejercer profesionalmente en Bélgica se corresponde aparentemente de forma casi exacta con las necesidades de estos profesionales, según estimaciones del Gobierno federal. [91]

90 — Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Papillon (C-418/07, Rec. p. I-8947), apartado 54 y jurisprudencia citada. Lo mismo cabe afirmar de las dificultades económicas, las cuales deben superar los Estados miembros mediante la adopción de medidas adecuadas: véase la sentencia de 5 de julio de 1990, Comisión/Bélgica (C-42/89, Rec. p. I-2821), apartado 24.

91 — *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nº 263/1, pp. 53 y 56. Según los datos de EUROSTAT más recientes disponibles (2007) Bélgica tiene una media nacional de 242,7 fisioterapeutas por cada 100 000 habitantes. En la Región Valona de Bélgica hay 268 fisioterapeutas por cada 100 000 habitantes (y hasta 416,9 por cada 100 000 habitantes en la provincia del Brabante Valón). En la Región de Bruselas hay 218,1 por cada 100 000 habitantes. Estos datos contrastan con la media nacional de 104 fisioterapeutas por cada 100 000 habitantes en Francia y de 103 fisioterapeutas por cada 100 000 habitantes en Alemania (datos de EUROSTAT de 2006). El Ministro de Salud indicó que deberá eliminarse —quizá para ser sustituido por un examen al inicio de los estudios— el examen que se celebraba al final de los estudios de fisioterapia y que permitía al fisioterapeuta obtener un número del Instituto Nacional Belga de Seguro de Salud e Invalidez gracias al cual sus pacientes pueden ser reembolsados por sus seguros de salud: Note de Politique Générale de la Vice-première Ministre et Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, nº 1529/5, p. 16.

123. En cuarto lugar, «los conocimientos adquiridos por un estudiante durante sus estudios superiores por lo general no le destinan a un mercado geográfico laboral determinado». [92] Así pues, puede favorecerse, mediante incentivos adecuados, que los no residentes que obtengan un título en la Comunidad Francesa comiencen su carrera profesional en la región donde estudiaron.

124. Cabe trasladar estas observaciones, *mutatis mutandis,* a los demás estudios a los que se refiere el Decreto controvertido.

125. En relación con cualquier supuesta justificación por razones de salud pública, el Decreto parece haber sido fundamentalmente preventivo. Salvo que el órgano jurisdiccional nacional cuente con pruebas de mucho mayor peso que las que han sido aportadas ante el Tribunal de Justicia no cabe afirmar, a mi juicio, que se cumpla el criterio de proporcionalidad. [93] En los casos referidos a un trato discriminatorio concebido como medida preventiva frente a un futuro problema, el criterio de proporcionalidad debe observarse de forma especialmente rigurosa.

126. A la vista de la documentación presentada ante el Tribunal de Justicia, debo concluir que el Decreto impugnado no puede quedar justificado basándose en el hecho de que el reducido número de estudiantes residentes en la Comunidad Francesa que obtienen títulos sea insuficiente para garantizar, con carácter duradero, un número suficiente de personal médico cualificado para garantizar la calidad del régimen de salud pública de esa comunidad.

Conclusión acerca de la primera condición acumulativa del párrafo primero del artículo 1 del Decreto

127. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, el requisito de residencia (indirectamente discriminatorio) contenido en el párrafo primero del artículo 1 del Decreto no puede justificarse por ninguna de las razones invocadas por Bélgica.

92 — Sentencia Bidar, citada en nota 32, apartado 58.

93 — Véanse, por analogía, las conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto Comisión/Austria, citado en nota 7, punto 51.

Segundo requisito acumulativo del párrafo primero del artículo 1 del Decreto

128. Por cuanto conozco, el Tribunal de Justicia nunca ha resuelto que pueda estar justificada una medida directamente discriminatoria por razón de nacionalidad contraria al artículo 12 CE. [94] Anteriormente he expuesto los motivos por los que considero que el segundo requisito acumulativo del Decreto impugnado constituye una discriminación directa. [95]

129. Hasta la fecha, el enfoque seguido por el Tribunal de Justicia parece lógico. La discriminación directa por razones prohibidas por el Tratado CE es tan radicalmente contraria a la idea misma de una Unión Europea que únicamente debe ser admitida por razones absolutamente de peso. Según reiterada jurisprudencia, tal discriminación únicamente puede estar justificada por excepciones expresas del Tratado. [96] El artículo 12 CE no establece tal tipo de excepción a la prohibición *general* de discriminación por razón de nacionalidad. [97]

130. La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad tiene un inmenso valor simbólico. Como afirmó tan elocuentemente el Abogado General Jacobs, esta prohibición demuestra que la Comunidad «no es un mero acuerdo comercial entre los Gobiernos de los Estados miembros, sino una empresa común en la que todos los nacionales de Europa pueden participar como personas. [...] Ningún otro aspecto del Derecho comunitario afecta al individuo más directamente ni hace más por fomentar el sentido de identidad común y destino compartido sin el cual la "unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos",

94 — Véanse a título de ejemplo, en relación con asuntos en los que el Tribunal de Justicia, tras haber apreciado la existencia de una discriminación directa por razón de nacionalidad, no continuó analizando las posibles justificaciones, las sentencias Gravier, citada en nota 8, apartados 15, 25 y 26; de 2 de febrero de 1989, Cowan (186/87, Rec. p. 195), apartado 10, y de 20 de octubre de 1993, Phil Collins y Patricia im- und Export (C-92/92 y C-326/92, Rec. p. I-5145), apartados 32 y 33. La Abogado General Kokott señaló acertadamente en las conclusiones presentadas en el asunto Wood (sentencia de 5 de junio de 2008, C-164/07, Rec. p. I-4143, punto 42 y nota 11), que aunque sea discutible que pueda estar justificada una normativa nacional que directamente discrimine por razón de la nacionalidad, en determinados asuntos se apunta la posibilidad teórica de una justificación aun en los casos de discriminación directa (por ejemplo, la sentencia Ricordi, citada en nota 73, apartado 73; la sentencia de 2 de octubre de 1997, Saldanha y MTS, C-122/96, Rec. p. I-5325, apartados 26 y ss., y de 20 de marzo de 1997, Hayes, C-323/95, Rec. p. I-1711, apartado 24).

95 — Véanse los puntos 64 a 76 de las presentes conclusiones.

96 — Véase, por ejemplo, la excepción a la libre circulación de trabajadores contenida en el artículo 39 CE, apartado 4, (empleos en la administración pública) y la excepción a la libertad de establecimiento establecida en el artículo 45 CE (ejercicio del poder público); excepciones que, como es bien sabido, son interpretadas muy restrictivamente. Véase, igualmente, la sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Alemania (C-490/04, Rec. p. I-6095), apartado 86 y jurisprudencia citada.

97 — Véase la sentencia de 12 de mayo de 1998, Martínez Sala (C-85/96, Rec. p. I-2691), apartado 64, en el que el Tribunal de Justicia afirmó: «puesto que el trato desigual controvertido se sitúa, consiguientemente, en el ámbito de aplicación del Tratado, no puede considerarse justificado. En efecto, se trata de una discriminación ejercida directamente por razón de la nacionalidad de la demandante». Es cierto que el Tribunal de Justicia añadió a continuación: «por otra parte, no se ha alegado ante el Tribunal de Justicia ningún elemento que justifique tal trato desigual»; no obstante, entiendo que esta última frase no es sino un comentario adicional que no resta valor a las evidentes implicaciones de la primera frase.

proclamada en el preámbulo del Tratado, sería un eslogan vacío». [98]

131. En caso de que, no obstante, el Tribunal de Justicia estuviera dispuesto a contemplar la posibilidad de que la discriminación directa por razón de nacionalidad a la que se refiere el artículo 12 CE sea susceptible, en principio, de justificación, me remito a las razones (expuestas anteriormente) por las que entiendo que no puede justificarse la discriminación indirecta que se deriva de la primera condición acumulativa del Decreto impugnado. *A fortiori,* esas consideraciones son aplicables a la discriminación directa que se deriva de la segunda condición acumulativa del Decreto.

Conclusión acerca de la segunda condición acumulativa del párrafo primero del artículo 1 del Decreto

132. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, las disposiciones del párrafo primero del artículo 1 del Decreto (en virtud de las cuales un nacional belga cumple automáticamente la segunda condición acumulativa por el hecho de ser titular del derecho permanente de residencia en Bélgica indisociable de la nacionalidad, mientras que todos aquellos que no tengan nacionalidad belga —incluidos el resto de ciudadanos de la Unión— deben satisfacer alguna de las otras siete condiciones establecidas en ese artículo o reunir los requisitos de la Directiva 2004/38) no son susceptibles de justificación.

Respuesta a la primera y a la segunda cuestiones

133. Aceptar las restricciones establecidas por la Comunidad Francesa equivaldría a permitir a los Estados miembros compartimentar sus sistemas de enseñanza superior. [99] En consecuencia, el Tribunal de Justicia debería aceptar con enorme cautela la posibilidad de que el acceso a la educación superior pudiera quedar restringido aun por medidas indirectamente discriminatorias que cumplan el criterio de proporcionalidad (lo cual, habida cuenta de la documentación presentada ante el Tribunal de Justicia, no es el caso de las medidas belgas). Tampoco debería aceptar medidas directamente discriminatorias por razón de la nacionalidad adoptadas con tal propósito.

134. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debo concluir que el artículo 12 CE y el artículo 18 CE, apartado 1, en relación

98 — Conclusiones presentadas en el asunto Phil Collins y Patricia Im- und Export, sentencia citada en nota 94, punto 11.

99 — Véanse, por analogía, las conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto Comisión/Austria, punto 53.

con el artículo 149 CE, apartados 1 y 2, segundo guión, y con el artículo 150 CE, apartado 2, tercer guión, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a medidas como las contenidas en el Décret régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur aprobado por la Comunidad Francesa de Bélgica.

Tercera cuestión

135. En la tercera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, éste pregunta si cabría responder de otro modo a la primera pregunta si la Comunidad Francesa, teniendo en cuenta lo dispuesto en la parte final del artículo 149 CE, apartado 1, y del artículo 13, apartado 2, letra c), del PIDESC, [100] que contiene una obligación de «standstill», optara por mantener un acceso amplio y democrático a una enseñanza superior de calidad para la población de esta Comunidad.

136. El Tribunal de Justicia ha sostenido que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) [101] es uno de los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos que este tribunal tiene en cuenta para la aplicación de los principios generales del Derecho comunitario. [102] Considero que lo mismo es predicable del PIDESC, el cual, al igual que el PIDCP, es vinculante para cada uno de los Estados miembros. [103]

137. El órgano jurisdiccional remitente señala acertadamente que el artículo 13, apartado 2, letra c), del PIDESC contiene una cláusula «standstill» dado que establece una «implantación progresiva de la enseñanza gratuita».

138. Las Observaciones Generales relativas a esta disposición señalan que la prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, «no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente». [104] En

100 — Véase la nota 4.

101 — Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. El pacto entró en vigor, con arreglo a su artículo 49, el 23 de marzo de 1976.

102 — Véanse las sentencias de 14 de febrero de 2008, Dynamic Medien (C-244/06, Rec. p. I-505), apartado 39, y de 27 de junio de 2006, Parlamento/Consejo (C-540/03, Rec. p. I-5769), apartado 37 y jurisprudencia citada.

103 — Véase, por analogía, la sentencia Parlamento/Consejo, citada en nota 102, apartado 37.

104 — Observaciones Generales relativas al derecho a la educación (Art.13), E/C.12/1999/10; (en lo sucesivo, «E/C.12/1999/10»), apartado 31 (véase, igualmente, el apartado 43).

las Observaciones Generales se mencionan como ejemplos de violaciones del artículo 13: «la adopción de leyes, o la omisión de revocar leyes que discriminan a individuos o grupos, por cualquiera de los motivos prohibidos, en la esfera de la educación». [105] El artículo 2, apartado 2, del PIDESC incluye el «origen nacional o social» entre los motivos prohibidos.

139. El artículo 13 del PIDESC es, esencialmente, una medida que proscribe la discriminación, por un motivo prohibido, en el acceso a la educación. En consecuencia, es inexplicable el intento de invocar el artículo 13, apartado 2, letra c), del PIDESC para justificar una medida que claramente supone una discriminación por uno de los motivos expresamente prohibidos tanto por el artículo 12 CE como por el artículo 2, apartado 2, del PIDESC; [106] de hecho, los recurrentes en el litigio principal se basaron, entre otras disposiciones, en el artículo 13 del PIDESC para solicitar la anulación del Decreto controvertido.

140. En aras de la exhaustividad, debo añadir que las Observaciones Generales relativas al artículo 13, apartado 2, letra c), del PIDESC precisan, igualmente, que mientras «la enseñanza secundaria "debe ser generalizada y hacerse accesible a todos", la enseñanza superior "debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno"». Según el apartado c) del párrafo 2 del artículo 13, la enseñanza superior no «debe ser generalizada», sino solo disponible «sobre la base de la capacidad», capacidad que habrá de valorarse con respecto a los conocimientos especializados y la experiencia de cada cual». [107]

141. En lo referente al artículo 149 CE, apartado 1, debo insistir en que, si bien este artículo dispone que los Estados miembros serán responsables en cuanto a «los contenidos de la enseñanza y a la organización del sistema educativo, así como de su diversidad cultural y lingüística», el Tribunal de Justicia ha expuesto claramente que los requisitos de acceso a la formación profesional están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Tratado CE. [108] Por otra parte, según reiterada jurisprudencia, incluso en materias no comprendidas en el ámbito de aplicación del Tratado CE (tal como es el caso respecto de ciertos aspectos de la política educativa) las competencias de los Estados miembros han de ejercerse respetando el Derecho comunitario y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de circulación y de residencia en el territorio de los Estados

105 — E/C.12/1999/10, apartado 59.

106 — El Gobierno belga realizó la siguiente declaración interpretativa del PIDESC: «En relación con el artículo 2, apartado 2, el Gobierno belga interpreta que la prohibición de discriminación por razón de origen nacional no implica necesariamente que los Estados deban automáticamente garantizar a los extranjeros los mismos derechos que reconocen a sus nacionales. Este término debe ser entendido en el sentido de que se refiere a la eliminación de cualquier conducta arbitraria; no a la eliminación de diferencias de trato basadas en consideraciones objetivas y razonables, de conformidad con los principios por los que se rigen las sociedades democráticas». Con independencia de que deba o no ser considerada como una reserva camuflada al PIDESC, esta declaración no puede afectar a la interpretación del principio de no discriminación del Tratado CE. Véase, igualmente, en relación con las reservas camufladas, Aust, A.: *Modern Treaty Law and Practice,* 2007, pp. 129 y 130.

107 — E/C.12/1999/10, apartado 19.

108 — Véase el punto 32 de las presentes conclusiones y la jurisprudencia citada en nota 8.

miembros, tal y como se halla reconocida en el artículo 18 CE, apartado 1. [109]

142. La prohibición de discriminación debe ciertamente contemplarse como la piedra angular del Tratado precisamente porque deja intacta la autonomía normativa de los Estados miembros, a condición de que sus normas resulten de aplicación de la misma forma a los nacionales y a los no nacionales. El principio clave que inspira esta regulación es el de que todos los ciudadanos de la Unión deben ser tratados como individuos, con independencia de cuál sea su nacionalidad. [110] Así pues, «acceso a la educación libre e igual para todos» significa exactamente lo que se expresa con estos términos; no puede significar «acceso a la educación libre e igual para todos mis nacionales».

143. Admito que los problemas a los que se enfrenta la Comunidad Francesa no son baladíes. No obstante, deben ser resueltos de una forma que no consista en una variante de «igualdad para los que forman parte del círculo de los elegidos» [111] (en este caso, nacionales belgas), sino que respete el «estatus fundamental» de la ciudadanía de la Unión garantizando a todos los ciudadanos de la Unión, independientemente de su nacionalidad, la igualdad en el acceso a la educación.

144. En consecuencia, la respuesta a la primera y a la segunda respuestas no queda invalidada por la parte final del artículo 149 CE, apartado 1; al contrario, queda corroborada por una interpretación correcta del artículo 13, apartado, letra c), del PIDESC.

Sobre la solicitud de que se limiten en el tiempo los efectos de la sentencia

145. El Gobierno belga ha solicitado al Tribunal de Justicia que limite en el tiempo los efectos de su sentencia en el supuesto de que interprete que el artículo 12 CE se opone a una norma nacional como el Decreto analizado.

146. En apoyo de su solicitud, el Gobierno belga ha invocado los siguientes motivos: el impacto en el erario de la Comunidad

109 — Véase la sentencia Morgan y Bucher, citada en nota 2, apartado 24 y jurisprudencia citada.

110 — Véanse, igualmente, las conclusiones presentadas por el Abogado General Jacobs en el asunto Phil Collins y Patricia Im- und Export, citado en nota 94, punto 11: «no deben ser simplemente tolerados como extranjeros, sino recibidos favorablemente por las autoridades del Estado de acogida como nacionales comunitarios que tienen derecho, "en el ámbito de aplicación del Tratado", a todos los privilegios y ventajas de que gocen los nacionales del Estado de acogida».

111 — Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Bartsch (sentencia de 23 de septiembre de 2008, C-427/06, Rec. p. I-7245, punto 45).

Francesa; el hecho de que el Decreto fue diseñado específicamente para cumplir con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el Derecho comunitario; el hecho de que la Comisión ha indicado que el sistema puede estar justificado, y la inexistencia de jurisprudencia al respecto.

147. Según reiterada jurisprudencia, sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia verse inducido a limitar la posibilidad de que cualquiera de las partes interesadas invoque una disposición por él interpretada. Cuando el Tribunal de Justicia limita de esta manera los efectos de una sentencia lo hace aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurran dos criterios esenciales; la buena fe en la actuación de aquellos a favor de los cuales se solicita la limitación en el tiempo y el riesgo de trastornos graves. [112]

148. Más concretamente, el Tribunal de Justicia únicamente ha limitado en el tiempo los efectos de la sentencia en circunstancias muy determinadas, cuando existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa comunitaria en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos observados por otros Estados miembros o por la Comisión. Las consecuencias financieras que podrían derivarse para un Estado miembro de una sentencia dictada con carácter prejudicial no justifican, por sí solas, la limitación de los efectos en el tiempo de esa sentencia. [113]

149. En el presente asunto, independientemente del fundamento de sus otras alegaciones, el Reino de Bélgica no ha presentado ante el Tribunal de Justicia la documentación necesaria para demostrar el riesgo de repercusiones económicas graves.

150. Por consiguiente, no procede que el Tribunal de Justicia, en caso de que resuelva que el artículo 12 CE se opone a una normativa nacional como el Decreto impugnado, limite los efectos de dicha sentencia en el tiempo.

112 — Véase, en este sentido, la sentencia de 12 de febrero de 2009, Cobelfret (C-138/07, Rec. p. I-731), apartado 68 y jurisprudencia citada.

113 — Véase la sentencia de 18 de enero de 2007, Brzeziński (C-313/05, Rec. p. I-513), apartados 57 y 58 y jurisprudencia citada.

Observación final

151. He hecho hincapié en la importancia que tiene para el desarrollo de la Unión Europea la libertad de movimiento de los estudiantes en condiciones de igualdad. No obstante, no es menos cierto que la Unión Europea no puede ignorar los auténticos problemas que pueden derivarse para los Estados miembros que acogen un elevado número de estudiantes de otros Estados miembros. [114]

152. El Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad [115] dispone que la actuación comunitaria está justificada cuando «los objetivos de la acción propuesta no pueden ser alcanzados de manera suficiente mediante la actuación de los Estados miembros en el marco de su sistema constitucional nacional y, por consiguiente, pueden lograrse mejor mediante una actuación de la Comunidad». El Protocolo establece, igualmente, las siguientes directrices para estudiar si se cumple esta condición: i) el asunto que se considera presenta aspectos transnacionales que no pueden ser regulados satisfactoriamente mediante la actuación de los Estados miembros; ii) las actuaciones de los Estados miembros únicamente, o la ausencia de actuación comunitaria entrarían en conflicto con los requisitos del Tratado o perjudicarían considerablemente, por algún otro cauce, los intereses de los Estados miembros; iii) la actuación comunitaria proporcionaría claros beneficios debido a su escala o a sus efectos en comparación con la actuación a nivel de los Estados miembros.

153. Invito al legislador comunitario y a los Estados miembros a que reflexionen acerca de la aplicación de estos criterios a la circulación de estudiantes entre Estados miembros. [116]

154. Por último, quiero recordar que uno de los objetivos de la Comunidad mencionados en el artículo 2 CE es el de promover la solidaridad entre los Estados miembros, y que los Estados miembros tienen un deber mutuo de cooperación leal con arreglo al artículo 10 CE. [117] Considero que estas disposiciones son perfectamente aplicables al asunto que nos ocupa. En caso de que los patrones lingüísticos y las diferencias entre las políticas nacionales en materia de acceso a la educación superior den lugar a niveles particularmente elevados de movilidad de estudiantes que provoquen dificultades reales para el Estado miembro de acogida, incumbirá seguramente *tanto* al Estado miembro de acogida *como* al Estado miembro de origen la búsqueda activa de una solución negociada respetuosa con el Tratado CE.

114 — Véase, en este sentido, Dougan, M.: «Fees, Grants, Loans and Dole Cheques: Who Covers the Costs of Migrant Education Within the EU?», *Common Market Law Review* 2005, pp. 955 y 956.

115 — Protocolo nº 30 anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

116 — En relación con el principio de subsidiariedad, véanse, igualmente, mis conclusiones presentadas en el asunto Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon, citado en nota 3, punto 118, nota 68, y la referencia a MacCormick, N.: Questioning Sovereignty, Oxford, OUP, 1999, p. 135.

117 — Véase, como un ejemplo en materia de educación, la sentencia de 27 de septiembre de 1988, Matteucci (235/87, Rec. p. 5589), apartado 19.

Conclusión

155. A tenor de las reflexiones expuestas, sugiero al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Cour Constitutionnelle (Bélgica) de la siguiente manera:

«Cuestiones primera y segunda

El artículo 12 CE, párrafo primero, y el artículo 18 CE, apartado 1, en relación con el artículo 149 CE, apartados 1 y 2, segundo guión, y con el artículo 150 CE, apartado 2, tercer guión, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a medidas como las contenidas en el Décret régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur aprobado por la Comunidad Francesa de Bélgica.

Tercera cuestión

La respuesta a la primera y a la segunda respuestas no queda invalidada por la parte final del artículo 149 CE, apartado 1, y por el artículo 13, apartado 2, letra c), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.»