

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. PIETER VERLOREN VAN THEMAAT  
presentadas el 16 de diciembre de 1981 \*

*Señor Presidente,  
Señores Jueces,*

**1. Cuestiones planteadas y antecedentes de hecho**

El code des assurances sociales (Código de Seguros Sociales) luxemburgués establece que, en principio, todos los trabajadores que trabajen en el territorio nacional de Luxemburgo están asegurados con carácter obligatorio para la percepción de pensiones de jubilación e invalidez. La mitad de la cotización, que asciende al 12 % del importe del salario, debe pagarla el empresario, y la otra mitad el trabajador.

El artículo 174 de dicha norma dispone, en su párrafo segundo, que los trabajadores extranjeros que únicamente residan de forma temporal en el territorio de Luxemburgo pueden ser declarados exentos de la obligación de pagar cotizaciones. En el presente caso, las empresas francesas Seco y Desquenne & Giral obtuvieron para sus trabajadores, con motivo de la ejecución de obras de infraestructura para los ferrocarriles

luxemburgueses, una exención de este tipo.

No obstante, el párrafo tercero del artículo 174 del Código establece que, en ese caso, el empresario seguirá obligado a pagar su cuota de las cotizaciones.

La coordinación de los sistemas de Seguridad Social llevada a cabo mediante el Reglamento (CEE) nº 1408/71 y los convenios en materia de Seguridad Social celebrados con países terceros llevó al organismo de Seguridad Social luxemburgués a renunciar, en la práctica, a la percepción de la cuota patronal de las cotizaciones sociales cuando los trabajadores son originarios de países de la CEE o de dichos países terceros.

Sin embargo, entre 1974 y 1977, período al que se refiere el litigio principal, las mencionadas empresas francesas emplearon a trabajadores de países terceros con los que no existía un convenio vigente en materia de Seguridad Social del tipo indicado. Por consiguiente, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 174 del code des assu-

\* Lengua original: neerlandés.

rances sociales, las empresas Seco y Desquenne & Giral estaban obligadas a pagar su cuota de las cotizaciones. No se discute que los trabajadores de que se trata siguieron sujetos, durante la ejecución de las obras en Luxemburgo, a la legislación francesa en materia de Seguridad Social. Tampoco se discute el hecho de que dichos trabajadores no podían acogerse en Luxemburgo al disfrute de derechos de Seguridad Social complementarios en materia de jubilación o invalidez. Ambas empresas recurrieron la resolución del mencionado organismo de Seguridad Social luxemburgués (en lo sucesivo, «EVI») alegando que dicha resolución es contraria a las disposiciones del Tratado CEE en materia de libre prestación de servicios.

En el marco de dichos litigios, la Cour de cassation del Gran Ducado de Luxemburgo planteó al Tribunal, con carácter prejudicial, las siguientes cuestiones:

- «1) Las disposiciones del artículo 60 del Tratado de Roma, ¿deben interpretarse en el sentido de que un Estado miembro de las Comunidades Europeas puede exigir, con arreglo a su Derecho nacional, el pago de la cuota patronal de las cotizaciones sociales al seguro de vejez e invalidez, de igual modo que a sus propios nacionales, a una persona física o jurídica extranjera nacional de un país miembro de las Comunidades Europeas que realiza obras de forma temporal en el primer Estado mencionado, empleando en ellas a obreros nacionales de Estados que no tienen ninguna relación con la Comunidad, o es contraria dicha exigencia a las disposiciones antes citadas o a cualquier otra disposición de Derecho comunitario, por constituir una práctica discriminatoria y perjudicial para la libre circulación de servicios, habida cuenta de que dicho prestador de servicios comunitario se encuentra sujeto una primera vez, en su país de origen y establecimiento, al pago, entre otras cotizaciones, de la cuota patronal correspondiente a sus trabajadores extranjeros, y, por segunda vez, al pago de la cuota patronal en el Estado en que realiza de forma temporal sus prestaciones utilizando mano de obra extranjera?»
- 2) En caso de que se responda a la primera cuestión en el sentido de que la práctica antes descrita debe considerarse, en principio, una práctica discriminatoria prohibida, ¿la respuesta sería necesariamente la misma, o tal vez diferente, si el prestador de servicios compensa en la práctica la desventaja derivada del doble pago de la cuota patronal mediante otros factores económicos, como el pago a la mano de obra extranjera de salarios inferiores al salario social mínimo fijado en el país en que se realiza la prestación de servicios o a los salarios establecidos en los convenios colectivos laborales vigentes en dicho país?»

## 2. Observaciones escritas y orales

Para un resumen de las observaciones escritas formuladas en relación con dichas cuestiones por las dos empresas francesas demandantes en el procedimiento principal,

por el EVI y por la Comisión, me remito al informe para la vista. En la vista, el representante del EVI atribuyó especial importancia a la afirmación de que Luxemburgo también hubiera podido denegar la entrada en su territorio y la concesión de un permiso de trabajo a los trabajadores no comunitarios de las empresas francesas.

Durante la vista, la Comisión, a instancia del Tribunal, hizo una breve descripción general de la situación relativa al problema de la «doble» percepción de las cotizaciones patronales en los demás Estados miembros. Según dicha descripción, Francia, Italia y los Países Bajos cuentan con sistemas similares al de Luxemburgo. En cambio, en Bélgica, Alemania, Grecia, Irlanda y el Reino Unido con arreglo a disposiciones legales, y en Dinamarca, al menos, en la práctica, los trabajadores de empresarios de otros Estados miembros están exentos, con independencia de su nacionalidad, del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social en los casos de ejecución de obras con carácter temporal. Esta exención se aplica también a los propios empresarios.

La Comisión deduce de su descripción que las cuestiones de que se trata no sólo revisten importancia en Luxemburgo para la precisión del Derecho comunitario en la materia.

### 3. Primera cuestión

En el párrafo tercero del artículo 60 del Tratado CEE se dispone lo siguiente:

«Sin perjuicio de las disposiciones del Capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales.»

En las cuestiones formuladas, se advierte una posible discriminación a efectos de dicho artículo en la circunstancia de que, a diferencia del caso de un empresario luxemburgués que emplee trabajadores de países terceros y pague cotizaciones por ellos, un empresario de otro Estado miembro que emplee a este tipo de trabajadores, y ya pague cotizaciones por ellos en dicho Estado, esté sujeto también en Luxemburgo, por segunda vez, al pago de dichas cotizaciones.

A diferencia de la Comisión, soy de la opinión de que, en el presente caso, la cuestión planteada puede efectivamente responderse en el marco del artículo 60 del Tratado CEE y que —a diferencia, quizás, de lo que sucedería en un procedimiento con arreglo al artículo 169 del Tratado CEE— no es necesario que el Tribunal base su respuesta también, o incluso exclusivamente, en el artículo 59 del Tratado CEE.

Dado que los empresarios luxemburgueses con trabajadores de países terceros con los que no exista ningún convenio específico en la materia también están obligados al pago de las cotizaciones, no cabe hablar en el presente caso de la existencia de una discrimi-

minación formal. Así pues, la cuestión planteada se reduce a las dos subcuestiones de si el artículo 60 del Tratado CEE se aplica también a las discriminaciones materiales y si cabe hablar de la existencia de una discriminación material en el presente caso.

El artículo 60 del Tratado CEE, al igual que el artículo 52 del Tratado CEE, puede considerarse una consecuencia directa del artículo 7 del Tratado. Ya en su sentencia en el asunto de los frigoríficos italianos, Italia/Comisión (13/63, → Rec. 1963, p. 335), este Tribunal declaró que este último artículo prohíbe también las discriminaciones materiales consistentes en tratar de manera idéntica casos no comparables.

Desde luego, la aplicación de este principio en el ámbito de la libre prestación de servicios se ve limitada por el apartado 2 del artículo 57 y el artículo 66 del Tratado CEE. En mi opinión, de dichas disposiciones debe deducirse que las restricciones a la libre prestación de servicios en otros Estados miembros que se derivan de la aplicabilidad en dicho caso de la legislación del país de establecimiento *además de* la legislación del país donde se lleve a cabo la prestación no suponen, en sí mismas, una discriminación material prohibida. A mi entender, este mismo razonamiento se encuentra también en la base de las sentencias del Tribunal en los asuntos Choquet (16/78, Rec. 1978, p. 2293), y Debaue y otros (52/79, → Rec. 1980, p. 833). No obstante, de las sentencias del Tribunal en los asuntos van Binsbergen (36/74, → Rec. 1974, p. 1299), Coe-

nen y otros (39/75, → Rec. 1975, p. 1547) y Debaue, antes citada, se desprende, para lo que aquí interesa, que las disposiciones nacionales de que se trata del país donde se lleva a cabo la prestación deben estar justificadas por motivos de interés general. Además, dichas disposiciones deben ser objetivamente necesarias, no deben poder sustituirse por disposiciones menos restrictivas y deben aplicarse por igual a todos los servicios prestados en el territorio de que se trate. En la mencionada sentencia Debaue, el Tribunal añadió la cláusula, de gran trascendencia en el presente asunto, según la cual la compatibilidad de dichas disposiciones con el Derecho comunitario tan sólo se da «en la medida en que un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro no se encuentre sujeto en él a disposiciones similares». Por otra parte, una formulación similar se encuentra ya en la sentencia del Tribunal en el asunto van Wesemael y otros (asuntos acumulados 110/78 y 111/78, → Rec. 1979, p. 35). Sin embargo, a la luz del apartado 2 del artículo 57 y del artículo 66 del Tratado CEE, la existencia de una cláusula como ésta en la jurisprudencia del Tribunal debe interpretarse, en mi opinión, en sentido restrictivo, a saber, en el sentido de que sólo se aplica en los casos en que las disposiciones del país de establecimiento ofrezcan en la práctica, desde un punto de vista material, idénticas garantías para el interés general objetivamente justificado que la disposición invocada del país en que se prestan los servicios. No es suficiente, a mi juicio, que regulen la misma materia. Sin embargo, de la sentencia del Tribunal en el asunto Thieffry (71/76, → Rec. 1977, p. 765) cabe deducir que la identidad material de las garantías puede reconocerse también en el caso de que

existan ligeras diferencias entre las disposiciones nacionales.

Por consiguiente, de la anterior jurisprudencia del Tribunal que se ha citado puede efectivamente deducirse, en mi opinión, que los artículos 59 y 60 del Tratado CEE prohíben también, una vez expirado el período transitorio, las discriminaciones materiales que se derivan de dispensar un trato idéntico a casos que, de hecho, no son comparables. Los nacionales propios están sujetos únicamente a la legislación del país en el que se presta el servicio, mientras que los nacionales de otro Estado miembro también se hallan sujetos a la legislación de su país de establecimiento, pese a que esta última legislación comprende idénticas garantías materiales para el interés general de que se trata. Asimismo, considero que de las cláusulas citadas de las sentencias del Tribunal en los asuntos van Wesemael y Debauve se desprende que, en un caso como éste, en el que se produce una superposición en la aplicación de la legislación del país de prestación del servicio y de la del país de establecimiento, de modo que el prestador del servicio se ve sometido a una doble «carga», debe reconocerse, en principio, la primacía de esta última legislación. Sin embargo, de la sentencia del Tribunal en el asunto Koestler (15/78, Rec. 1978, p. 1971) se desprende que esta «primacía de la legislación del Estado de establecimiento» no debe dar lugar, en principio, a un trato más favorable a los nacionales de otros Estados miembros como consecuencia de la inaplicación del Derecho del país de prestación del servicio. Obviamente, todas estas consideraciones se aplican sin perjuicio de las restricciones más estrictas a la libertad

de acción de los Estados miembros que puedan derivarse de la coordinación o armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros con arreglo a los artículos 57 y 66 del Tratado CEE o de otras disposiciones de coordinación o armonización del Tratado.

La segunda subcuestión que resta aún por responder es la de si las conclusiones precedentes se aplican también en los casos en que se superponen las obligaciones de cotización al seguro de vejez y de invalidez, como sucede en el presente caso. No se trata de algo evidente, ya que todas las sentencias citadas se refieren más bien a las disposiciones relativas al acceso a las actividades o a su ejercicio.

El Programa general para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios, de 18 de diciembre de 1961 (DO 1962, 2, p. 32; EE 06/01, p. 3), tampoco ofrece una respuesta concluyente a esta segunda subcuestión. Sin embargo, de la lista de disposiciones restrictivas que deben suprimirse se desprende que éstas pueden encontrarse también en el ámbito de la Seguridad Social. En efecto, en la letra g) del punto A del Programa general se mencionan como tales las disposiciones que, con relación solamente a los extranjeros, «prohíban o restrinjan el derecho a participar en la Seguridad Social y, en particular, en los seguros de enfermedad, accidente, invalidez o vejez y en los subsidios familiares». No obstante, dicha disposición no parece suficiente para incluir el caso de autos dentro del ámbito de aplicación del artículo 60 del Tratado CEE.

Por una parte, en el presente caso no se trata, según se desprende del tenor de la disposición luxemburguesa pertinente, de una disposición aplicable *solamente* a los extranjeros. Por otra, el asunto presente versa sobre algo completamente distinto de la restricción al acceso al sistema luxemburgués de Seguridad Social, a saber, sobre un caso de restricción de hecho a la prestación de servicios como consecuencia de la doble percepción de cotizaciones.

En el presente caso, parece tratarse más bien de una disposición o práctica que, con relación solamente a los extranjeros, hace «onerosa la prestación de los servicios imponiendo cargas fiscales o de otro tipo», como reza la letra e) del punto A de dicho Programa. Ahora bien, en mi opinión, dado que la jurisprudencia del Tribunal parece prohibir también las discriminaciones materiales siempre que se cumplan las condiciones señaladas, la percepción de cotizaciones, cuando no tiene como contrapartida ninguna prestación adicional de la Seguridad Social para los trabajadores de que se trate y grave en mayor medida a los empresarios que ya están obligados a cotizar en su país de establecimiento que a los residentes en el propio país, puede considerarse efectivamente prohibida, incluso con base en la *ratio* de dicha disposición del Programa general.

A pesar de ello, estimo necesario hacer algunas precisiones en relación con una conclusión formulada de un modo tan general. En efecto, la primera frase del Título III del Programa general, antes citado, introduce una salvedad expresa en relación con las

excepciones y disposiciones especiales previstas en el Tratado, entre las que se mencionan concretamente «las disposiciones relativas [...] a los regímenes fiscales». Dado que dichas disposiciones se encuentran en el mismo grupo que «las disposiciones relativas a la libre circulación de las mercancías, los capitales y las personas», presumiblemente sólo se refieren a los artículos 95 a 99 del Tratado, que llevan el título de «Disposiciones fiscales». Aun así, no me parece que deba excluirse que se refieran también al artículo 220 del Tratado CEE que, entre otras cosas, establece que se entablarán negociaciones específicas a fin de asegurar la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad. En virtud de lo dispuesto en esta última disposición, y habida cuenta de la conocida complejidad del problema, dudo mucho, en la práctica, que el problema de la supresión de la doble imposición y de la doble percepción de cotizaciones pueda resolverse de manera general en el marco de los artículos 52 y siguientes y 59 y siguientes del Tratado, en la medida en que el fenómeno de la doble imposición en el Estado de origen y en el Estado en que se ejerce la actividad empresarial restringe el acceso a las actividades distintas del trabajo por cuenta ajena o su ejercicio.

No obstante, creo que es posible extraer una aportación limitada de la jurisprudencia del Tribunal a la resolución del problema general de la supresión de la doble imposición, en el amplio sentido del concepto al que me he referido, partiendo de la jurisprudencia anterior del Tribunal. Junto a los criterios establecidos en la jurisprudencia que se han

citado, quisiera referirme también especialmente, a este respecto, al límite absoluto establecido en el apartado 15 de la sentencia del Tribunal en el asunto Coditel (62/79, Rec. 1980, p. 881), en el sentido de que la aplicación de una legislación nacional, por lo demás lícita, no debe constituir «un motivo de discriminación arbitraria o una restricción encubierta en las relaciones económicas entre los Estados miembros». La percepción de cotizaciones de los empresarios de otros Estados miembros en casos como el presente no sólo es innecesaria para el buen funcionamiento del sistema de Seguridad Social de Luxemburgo, y por tanto contraria al principio de proporcionalidad.

Efectivamente, dicha percepción de cotizaciones no se corresponde con ninguna prestación de Seguridad Social adicional para los trabajadores de que se trata. Además, ha quedado acreditado que los trabajadores de que se trata tienen los derechos y obligaciones derivados del régimen francés de Seguridad Social. Así pues, la percepción de cotizaciones en casos como el presente constituye también una restricción encubierta de la prestación de servicios en otros Estados miembros, pues, según se desprende de las observaciones escritas y orales formuladas por el EVI, también tiene por objeto compensar una ventaja competitiva de los empresarios extranjeros.

En consecuencia, basándome en la jurisprudencia anterior del Tribunal, llego, finalmente, a la siguiente conclusión:

Con independencia de la nacionalidad de los trabajadores de que se trate, es contrario al párrafo tercero del artículo 60 del Tratado CEE el que un Estado miembro, sin reconocer a dichos trabajadores mayores prestaciones de Seguridad Social, imponga a un empresario de otro Estado miembro la obligación de cotizar, cuando dicho empresario está sujeto a una obligación de pago comparable de las cotizaciones correspondientes a dichos trabajadores en su país de establecimiento y dicha obligación garantiza también el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social a los trabajadores de que se trata por el ejercicio de actividades en el primer Estado mencionado.

#### **4. Segunda cuestión**

Mediante su segunda cuestión, la Cour de cassation de Luxemburgo pretende saber si la respuesta a la primera cuestión sería diferente en el caso de que la percepción de

las cotizaciones en el país en que se realiza la prestación se compensara en la práctica por otros factores económicos como el pago de salarios inferiores al salario mínimo vigente en dicho país o al salario establecido en los convenios colectivos.

Me parece evidente que la respuesta a esta segunda cuestión debe ser negativa.

Una de las características fundamentales de la libertad de prestación de servicios que persigue, entre otros objetivos, el mercado común consiste en que todo empresario pueda sacar provecho, en principio, de las ventajas de costes existentes en su país, entre ellas los menores costes salariales, en el marco de la competencia no falseada en la prestación de servicios en otros Estados miembros, que constituye otro de los objetivos del Tratado. En la medida en que este tipo de ventajas de costes se deriven de medidas o prácticas contrarias a otras dispo-

siciones del Tratado, o incluso a disposiciones nacionales no contrarias al Derecho comunitario, únicamente podrá procederse contra ellas invocando dichas disposiciones comunitarias o nacionales. Por otra parte, no estoy seguro de que la posibilidad mencionada por el EVI en el presente asunto de denegar el permiso de trabajo a los trabajadores de que se trata sea conforme al artículo 60. Sin embargo, dicha cuestión no se ha planteado en el presente asunto, por lo que no es necesario que la analice con mayor profundidad.