

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. NIAL FENNELLY
presentadas el 4 de diciembre de 1997 *

I. Introducción

1. Este asunto se refiere a una normativa austriaca según la cual los gerentes de determinadas empresas deben residir en Austria. Se plantea la cuestión preliminar de si los empresarios pueden invocar ante los tribunales nacionales los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario concede a los trabajadores, entre ellos, los gerentes. También se plantea una cuestión de discriminación indirecta y de su posible justificación por la necesidad de garantizar la notificación y ejecución eficaces de sanciones administrativas.

II. Contexto fáctico y normativo

2. En Austria, el ejercicio de actividades económicas está regulado por la Gewerbeordnung 1994 (Ley de Actividades Económicas austriacas de 1994; en lo sucesivo, «GewO 1994»). El apartado 1 del artículo 5 de la GewO 1994 dispone que la actividad económica se ejercerá con arreglo a la declaración

previa al registro de la actividad según lo dispuesto en el artículo 339. Este artículo establece que dicha declaración se ha de presentar ante la autoridad administrativa del distrito correspondiente. Con arreglo al artículo 340 de la GewO 1994, esta autoridad examina la declaración para garantizar que el declarante reúne los requisitos legales para el ejercicio de la actividad económica en el lugar de que se trate y en caso de que dichos requisitos no se cumplan, dictará una resolución estableciendo dicho extremo y prohibirá el ejercicio de la actividad.

3. Entre los requisitos legales para el ejercicio de una actividad económica, el apartado 1 del artículo 9 de la GewO 1994 establece que las personas jurídicas, las sociedades mercantiles y las sociedades civiles registradas podrán ejercer una actividad económica, pero que deben designar a un gerente o arrendatario, remitiéndose al artículo 39 de la GewO 1994.

4. El artículo 39 de la GewO 1994 es del siguiente tenor:

«1. A los fines del ejercicio de su actividad económica, el titular de una empresa podrá nombrar un gerente, que será

* Lengua original: inglés.

responsable, frente a él, del correcto ejercicio de la actividad y, frente a las autoridades (artículo 333), de la observancia de las disposiciones relativas a dicho ejercicio. El nombramiento de un gerente será obligatorio si el titular no está domiciliado en el territorio nacional.

2. El gerente deberá cumplir los requisitos personales exigidos para el ejercicio de la actividad económica, tener su domicilio en territorio nacional y estar en condiciones de actuar como tal en la empresa. Si se trata de una actividad para la que se exija la presentación de un certificado de capacitación, el gerente de una persona jurídica que se debe nombrar con arreglo al apartado 1 del artículo 9 deberá, además:

- 1) formar parte del órgano al que corresponda la representación legal de la persona jurídica o

- 2) ser un trabajador que realice una jornada equivalente al menos a la mitad de la jornada laboral semanal ordinaria en la empresa y tenga una cobertura completa obligatoria con arreglo a la normativa sobre Seguridad Social.

El gerente que, de acuerdo con el apartado 1, deba nombrar el titular de una empresa que no tenga su domicilio en territorio nacional para ejercer una actividad económica que exija la presentación de un certificado de capacitación, deberá ser un trabajador que realice una jornada equivalente al menos a la mitad de la jornada laboral semanal ordinaria en la empresa y tenga una cobertura completa obligatoria con arreglo a la normativa sobre Seguridad Social. Las disposiciones contenidas en el apartado 2 del artículo 39 que estén vigentes hasta la fecha de entrada en vigor de la Bundesgesetz BGBl. n° 29/1993 seguirán siendo aplicables hasta el 31 de diciembre de 1998 a las personas que el 1 de julio de 1993 estuvieren empleadas como gerentes.

3. En los supuestos en que deba nombrarse un gerente, el titular de la empresa empleará los servicios de un gerente que actúe como tal en ésta.»

5. Con arreglo al apartado 2 del artículo 370 de la GewO 1994, las multas relativas al ejercicio de la actividad económica se impondrán al gerente cuando su nombramiento haya sido notificado o aprobado.

6. Fortress Immobilien Entwicklungs GesmbH, ahora Clean Car Autoservice GmbH (en lo sucesivo, «Clean Car»), sociedad con domicilio social en Austria, solicitó

el 13 de junio de 1995 al Magistrat (Administración municipal) de Viena competente para los distritos 13 y 14 el registro de la siguiente actividad económica: «Mantenimiento y cuidados de vehículos (estación de servicio) con exclusión de cualquier tipo de actividad artesanal». Notificó el nombramiento del Sr. Rudolf Henssen como gerente. Declaró que el Sr. Henssen, de nacionalidad alemana, buscaba alojamiento en Austria, por lo que el requisito de que éste estuviera domiciliado en el país se acreditaría posteriormente. El Sr. Henssen trasladó su residencia a Viena en fechas posteriores. El 20 de julio de 1995, el Magistrat de Viena competente para el distrito 23 resolvió prohibir el ejercicio de la actividad económica solicitada porque el gerente residía en Berlín y, en consecuencia, no cumplía los requisitos establecidos en el apartado 2 del artículo 39 de la GewO 1994 consistentes en residir en Austria y poder desempeñar la tarea de gerente en la empresa.

8. El 21 de diciembre de 1995, Clean Car presentó un recurso contencioso-administrativo contra esta resolución ante el Verwaltungsgerichtshof Wien (en lo sucesivo, «Tribunal nacional»), alegando que no se habían atendido sus argumentos fundados en el Derecho de la Comunidad Europea. Clean Car se refirió, en particular, a los artículo 6 y 48 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en lo sucesivo, «Tratado») y a la prohibición de la discriminación encubierta. Afirmaba, además, que el Sr. Henssen era un empleado de la sociedad y, por tanto, un trabajador.

III. Cuestiones

9. Por estimarlo necesario para poder emitir su fallo en este asunto, el Tribunal nacional, con arreglo al artículo 177 del Tratado, solicitó una decisión prejudicial sobre las siguientes cuestiones:

7. El 10 de agosto de 1995, Clean Car interpuso un recurso administrativo ante el Landeshauptmann von Wien. Alegó que el Sr. Henssen ya residía en Viena y que, en cualquier caso, el hecho de residir dentro de la Unión Europea debía considerarse suficiente para satisfacer el criterio de residencia. El Landeshauptmann desestimó el recurso el 2 de noviembre de 1995 fundándose en que el momento que se debía tomar en consideración era la fecha de solicitud y que, entonces, el gerente aún no estaba domiciliado en Austria.

«1) ¿Deben interpretarse el artículo 48 del Tratado CE y los artículos 1 a 3 del Reglamento n° 1612/68¹ en el sentido de que conceden también a los empresarios nacionales el derecho a emplear trabajadores nacionales de otros Estados miembros, sin que tales trabajadores tengan que cumplir determinados requisitos que, aunque no se basen en la

¹ — Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77; en lo sucesivo, «Reglamento»).

nacionalidad, están típicamente ligados a ella?

República de Austria y la Comisión de las Comunidades Europeas. La Comisión expuso además observaciones orales.

- 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿deben interpretarse el artículo 48 del Tratado CE y los artículos 1 a 3 del Reglamento 1612/68 en el sentido de que no se oponen a una disposición como la contenida en el apartado 2 del artículo 39 de la GewO 1994, conforme a la cual el titular de la empresa que ejerce la actividad económica únicamente puede nombrar gerente a efectos legales a una persona que tenga su domicilio en Austria?»

10. El Tribunal nacional indicó que la primer cuestión se refiere, esencialmente, a la posibilidad de que un empresario invoque disposiciones que están concebidas fundamentalmente como derechos de los trabajadores. También señala que, para resolver sobre la segunda cuestión, se debe tomar en cuenta el hecho de que los gerentes son responsables, ante las autoridades, del cumplimiento de lo dispuesto por el Derecho mercantil austriaco.

IV. Observaciones

11. Presentaron observaciones escritas Clean Car, el Landeshauptmann von Wien, la

12. Clean Car alega que viola el derecho a la libre circulación una interpretación del artículo 48 del Tratado y de los artículos 1 y 3 del Reglamento n° 1612/68 que no conceda a los empresarios el derecho de contratar trabajadores sin verse obligados a observar requisitos vinculados habitualmente a la posesión de la nacionalidad de un determinado Estado miembro. Las excepciones previstas en el apartado 3 del artículo 48 del Tratado deben ser interpretadas de modo restrictivo² y no son pertinentes en el presente asunto. En particular, sólo se podría aplicar la justificación relativa al orden público si un trabajador de otro Estado miembro desempeñara un trabajo que fuera en sí mismo contrario al orden público. Añade que el requisito de que un gerente pueda desempeñar realmente su tarea en una empresa será más fácil de cumplir, en determinadas ocasiones, por un trabajador fronterizo residente en Alemania en una región limítrofe que por una persona que resida en Austria en un lugar alejado.

13. El Landeshauptmann von Wien acepta que el artículo 48 del Tratado y los artículos 1 y 3 del Reglamento n° 1612/68 conceden derechos a los empresarios, pero sostiene que la restricción objeto del litigio está justificada por consideraciones de interés general. Subraya que los gerentes son responsables,

² — Sentencia de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn (41/74, Rec. p. 1337).

ante las autoridades austriacas y en nombre del titular de la empresa, del cumplimiento de todas las disposiciones aplicables y puede ser objeto de sanciones administrativas por el incumplimiento de dichas disposiciones. Por consiguiente, debe residir en un lugar donde se le puedan notificar tales sanciones y, en su caso, donde éstas puedan ser ejecutadas. La versión modificada del apartado 2 del artículo 39 de la GewO 1994, aplicable desde el 1 de julio de 1996 (pero no a los hechos que originaron el presente asunto), dispone que el gerente debe residir en Austria, en la medida en que la notificación y ejecución de las sanciones que se le puedan imponer no esté garantizada con arreglo a un tratado internacional. El Landeshauptmann von Wien compara el apartado 2 del artículo 39 de la GewO 1994 con el apartado 2 del artículo 38 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, que dispone que las demandas presentadas ante el Tribunal de Justicia deben contener la designación de domicilio en el lugar donde el Tribunal tiene su sede y el nombre de la persona que esté dispuesta y autorizada a recibir todas las notificaciones. Además, la función del gerente no se limita a recibir las notificaciones de documentos administrativos o de otro tipo, sino que también comprende la responsabilidad personal por el ejercicio de la actividad económica.

14. El Gobierno austriaco alega, haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que los empresarios no están comprendidos como tales en el ámbito de aplicación personal del artículo 48 del Tratado.³ Esta postura implica una respuesta negativa a la primera cuestión, por lo que ya no es necesario decidir sobre la segunda.

15. Con carácter subsidiario, el Gobierno austriaco alega que las disposiciones materiales del apartado 2 del artículo 39 de la GewO 1994 están justificadas por consideraciones de interés general.⁴ La notificación y la ejecución de sanciones en otros Estados miembros de la Unión Europea sólo son posibles en circunstancias muy concretas, a no ser que existan acuerdos bilaterales. En este contexto, es ocioso tomar en consideración los artículos 1 y 3 del Reglamento n° 1612/68, ya que se limitan a aplicar lo dispuesto en el artículo 48 del Tratado.

16. La Comisión afirma que el artículo 48 del Tratado y el Reglamento n° 1612/68 conceden derechos a los trabajadores, pero no a los empresarios. Por tanto, la Comisión trata de determinar si el Sr. Henssen es un trabajador en el sentido de dichas disposiciones, con arreglo a la definición del Tribunal de Justicia en la sentencia Lawrie-Blum.⁵ En ese asunto, el Tribunal de Justicia estimó que una relación laboral debe definirse según criterios objetivos que tengan en cuenta los derechos y obligaciones de las personas afectadas y que una característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración.⁶ Dado que el gerente de una empresa está sujeto al consejo de administración de la sociedad y a la junta general de accionistas, que le designan para realizar determinadas funciones administrativas en su nombre y bajo su dirección; que, probablemente, tiene un contrato de trabajo

3 — Sentencias de 23 de febrero de 1982, Levin (53/81, Rec. p. 1305), apartado 9; de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum (66/85, Rec. p. 2121), apartados 16 y ss., y de 27 de junio de 1996, Asscher (C-107/94, Rec. p. I-3089), apartado 25.

4 — Sentencias de 28 de enero de 1992, Bachmann (C-204/90, Rec. p. I-249); de 20 de mayo de 1992, Ramrath (C-106/91, Rec. p. I-3351), apartados 29 y ss.; de 14 de febrero de 1995, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225), y Asscher, antes citada.

5 — Citada en el punto 3 *supra*.

6 — Apartado 17.

con la sociedad, y que, además, en el supuesto de sociedades limitadas, no puede ser considerado como un prestatario de servicios independiente en el sentido del artículo 52 a no ser que posea todas las acciones de la sociedad, la Comisión concluye que un gerente, en circunstancias como las que concurren en el presente litigio, es un trabajador en el sentido del artículo 48 del Tratado.

autoridades, una garantía adecuada para cubrir eventuales sanciones administrativas:

V. Análisis

Primera cuestión

17. La Comisión añade que el efecto principal del criterio de residencia impuesto en el apartado 2 del artículo 39 de la GewO 1994 es el de excluir a quienes no son nacionales austriacos. Además, impide que las empresas designen gerentes cuya actuación abarque más de un Estado miembro. La Comisión también sostiene que el apartado 3 del artículo 48 del Tratado no puede ser aplicado al caso de autos. Si bien es posible justificar, por razones de interés general, una normativa nacional que no sea directamente discriminatoria⁷ y existe un interés general en garantizar la eficacia de la notificación y ejecución de sanciones administrativas en el supuesto de inobservancia de la legislación vigente por parte de la empresa, la Comisión alega que la normativa austriaca restringe desproporcionadamente la libertad asegurada en el artículo 48 del Tratado. Bastaría con obligar al gerente a tener un domicilio en Austria a efectos profesionales, que podría ser el de la propia sociedad si ésta tiene su domicilio en Austria, o con exigir a la sociedad que preste, mediante un acuerdo con las

18. El Tribunal nacional no ha planteado ninguna cuestión sobre si el Sr. Henssen es un trabajador en el sentido del Derecho comunitario. De hecho, en la petición de decisión prejudicial se refiere al gerente como un empleado, premisa que implícitamente sirve de base a las cuestiones primera y segunda. El Tribunal de Justicia ha señalado que los empleados han de ser considerados trabajadores a los efectos del Derecho comunitario.⁸ También es jurisprudencia consolidada que el artículo 48 del Tratado confiere derechos que pueden ser invocados directamente ante los tribunales nacionales.⁹ Con la primera cuestión se pretende que se dilucide si un empresario, en vez de un empleado, puede invocar ante los tribunales nacionales derechos derivados del artículo 48 del Tratado y los artículos 1 y 3 del Reglamento. Ya que estas disposiciones del Reglamento «constituyen únicamente una expresión del Derecho derivado del artículo 48 del Tratado»,¹⁰ la respuesta a la primera cuestión ha de hallarse en este último artículo.

8 — Sentencia Lawrie-Blum, citada en la nota 3, apartado 17.

9 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 12 de diciembre de 1974, Walrave (36/74, Rec. p. 1405).

10 — Sentencia de 23 de febrero de 1994, Scholz (C-419/92, Rec. p. I-505), apartado 6.

7 — Sentencias Bachmann, citada en la nota 4 *supra*, apartados 21 y ss., y de 16 de junio de 1992, Comisión/Luxemburgo (C-351/90, Rec. p. I-3945), apartados 19 y ss.

19. Austria ha alegado que los empresarios no están comprendidos en el ámbito de aplicación personal del artículo 48 del Tratado. En las sentencias que cita¹¹ se establece la definición de trabajador y de la relación laboral de la que depende dicha condición y se afirma que los derechos a la libertad de circulación están «vinculados» a dicha condición.¹² Sin embargo, estas resoluciones no abordan, ni excluyen, ni expresa ni implícitamente, que otras personas que no son trabajadores, pero que tienen una conexión material con una persona que posee dicha condición, hagan también uso de las disposiciones del Derecho comunitario sobre la libre circulación de trabajadores. Tampoco se puede obtener semejante conclusión de lo dispuesto en el Tratado y las disposiciones legislativas pertinentes. A modo de ejemplo, el artículo 49 del Tratado, que es la base jurídica del Reglamento, contiene disposiciones sobre derechos relativos a la residencia, la vivienda, el empleo y la educación de los familiares de los trabajadores, con independencia de su nacionalidad.

20. El apartado 3 del artículo 48 del Tratado se refiere a derechos que, por su propia naturaleza, se atribuyen a los trabajadores: responder a ofertas de trabajo, desplazarse libremente para este fin y residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo. De modo análogo, en el artículo 1 del Reglamento se contempla el derecho de todo nacional de un Estado miembro, sea cual fuere su lugar de residencia, a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro, con la misma prioridad que los nacionales de éste. Los apartados 1 y 2

del artículo 48, por su parte, no establecen un beneficiario concreto de la libre circulación de trabajadores, que «quedará asegurada [dentro de la Comunidad], a más tardar, al final del período transitorio» y que «supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo». En la misma línea, el artículo 3 del Reglamento se limita a afirmar que «no serán aplicables» las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, ni las prácticas administrativas de un Estado miembro que limiten o subordinen a condiciones no previstas para los nacionales la oferta y la demanda de trabajo, el acceso al empleo y su ejercicio por los extranjeros, o que, aun siendo aplicables sin acepción de nacionalidad, tengan por finalidad o efecto exclusivo o principal, eliminar a los nacionales de otros Estados miembros de la oferta de empleo.

21. Sería de gran ayuda para la eficacia de estos derechos y prohibiciones la posibilidad de que no sólo puedan ser invocados por los trabajadores, sino también por otros operadores económicos que vieran restringida su libertad de acceso a trabajadores de otros Estados miembros. Por ejemplo, el derecho de los trabajadores, contemplado en el apartado 3 del artículo 48 del Tratado, a responder a ofertas efectivas de trabajo podría quedar vacío de contenido si los empresarios no tuvieran derecho a impugnar las restricciones nacionales a la realización de dichas ofertas. Se ha de tener en cuenta, además, que aunque la libre circulación de trabajadores esté concebida, en parte, como un conjunto de derechos *personales* de los trabajadores y esté respaldada por las actuaciones de éstos en su defensa —por ejemplo, ante los tribunales nacionales—, también constituye, en último término, un instrumento para alcanzar un

11 — Véanse las sentencias citadas en la nota 3 *supra*.

12 — Véase, en particular, la sentencia Levin, citada en la nota 3 *supra*, apartado 9.

objetivo de interés general contemplado en la letra c) del artículo 3 del Tratado: la realización de un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas.

22. El Tribunal de Justicia ya ha abordado directamente, en la sentencia *Agegate*,¹³ el derecho de los empresarios a invocar los derechos que suelen calificarse de derechos de los trabajadores. Dicho asunto se refería a la interpretación de los artículos 55 y 56 del Acta de Adhesión del Reino de España a las Comunidades, relativos a la libre circulación de trabajadores. Se solicitó al Tribunal de Justicia que dilucidara si las disposiciones del Derecho comunitario se oponían a la exigencia, para la concesión de licencias de pesca, de requisitos relativos a la nacionalidad, la residencia y la cotización a la Seguridad Social de la tripulación que excluían a la mayoría de los nacionales españoles, y si dichas disposiciones podían ser invocadas por el propietario de un buque de pesca en el que parte de la tripulación era de nacionalidad española. El Tribunal de Justicia manifestó que el concepto de «trabajador» del artículo 55 del Acta de Adhesión es idéntico al del artículo 48 del Tratado¹⁴ y que los miembros de la tripulación no quedaban excluidos de recibir el trato correspondiente a un trabajador por motivo de la forma en que eran retribuidos. El Tribunal de Justicia estimó, además, que debía interpretarse estrictamente la excepción prevista en el apartado 1 del artículo 56 del Acta de Adhesión a la aplicación inmediata del artículo 48 del Tratado.¹⁵ En particular, no se podía

interpretar en el sentido de que permitiera la instauración de nuevas restricciones, como era el caso de algunos requisitos de la normativa del Reino Unido objeto de aquel litigio.¹⁶ En respuesta a la cuestión sobre el derecho del propietario del buque a invocar estas disposiciones, el Tribunal de Justicia se limitó a declarar que todas las disposiciones que eran objeto del litigio tenían efecto directo y que, por tanto, los particulares podían invocarlas ante un órgano jurisdiccional nacional.¹⁷

23. En la sentencia *Merci convenzionali porto di Genova*, el Tribunal de Justicia estimó que, aun en el marco del artículo 90, las disposiciones del artículo 48 producen efecto directo y generan, para los justiciables, derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger.¹⁸ En ese asunto, el justiciable era un importador que reclamaba porque no se permitía a la tripulación de su barco descargarse un mercancías en el puerto de Génova al reservarse estas operaciones a una empresa a cuyos trabajadores se les exigía la nacionalidad italiana. Además, por lo que se refiere a la igualdad entre hombres y mujeres en materia de empleo, que probablemente también esté concebida como un derecho de los *trabajadores*, el Tribunal de Justicia aceptó implícitamente en la sentencia *Stoeckel*¹⁹ el derecho de un empresario a invocar las disposiciones con efecto directo de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, para defenderse en un proceso penal por

13 — Sentencia de 14 de diciembre de 1989 (C-3/87, Rec. p. I-4459).

14 — Apartado 34.

15 — Apartado 39. Véase también la sentencia de 23 de marzo de 1983, *Peskeloglou* (77/82, Rec. p. 1085).

16 — Apartado 40.

17 — Apartado 42.

18 — Sentencia de 10 de diciembre de 1991 (C-179/90, Rec. p. I-5889), apartado 23 y fallo.

19 — Sentencia de 25 de julio de 1991 (C-345/89, Rec. p. I-4047).

infracción de una normativa laboral nacional que prohibía el trabajo nocturno.²⁰

24. Que los empresarios y otros justiciables también tengan el derecho a invocar las disposiciones del Derecho comunitario sobre la libre circulación de trabajadores concuerda, además, con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el ámbito personal de otras libertades relativas al mercado interior. En las sentencias Luisi y Carbone²¹ y Cowan,²² el Tribunal de Justicia estimó que las disposiciones del Tratado sobre servicios, que sólo se refieren a la libre prestación de servicios, también pueden ser invocadas por los destinatarios de los servicios, porque ello constituye el corolario de dicha libertad,²³ y así se había previsto desde un principio.²⁴ En efecto, en Bachmann,²⁵ el Tribunal de Justicia afirmó, en un asunto instado por el destinatario de un servicio de seguros, que las disposiciones de la legislación tributaria belga objeto del litigio constituían un obstáculo a la libre prestación de servicios por parte de los aseguradores. Debe destacarse que el tenor del artículo 59, como ocurre con los apartados 1 y 2 del artículo 48, no tiene por objeto la concesión de derechos a una clase particular de personas, sino la supresión de restricciones. Por consiguiente, no es incompatible con los textos legales pertinentes una interpretación amplia de las personas a las que confieren derechos las disposiciones

del Tratado sobre las libertades económicas fundamentales. Tal interpretación concuerda con la aseveración del Tribunal de Justicia en Van Gend y Loos,²⁶ según la cual el funcionamiento del mercado común, cuyo establecimiento es el objetivo del Tratado, afecta directamente a los justiciables de la Comunidad. Así, incluso una disposición del Tratado expresada en términos de prohibición es apta para generar en favor de los particulares interesados derechos que tienen efecto directo. Además, la vigilancia de los particulares interesados lleva consigo un control eficaz que se agrega al previsto en los artículos 169 y 170.²⁷

25. Resultaría anómalo que los consumidores tuvieran derecho, en virtud de disposiciones de efecto directo del Derecho comunitario, a viajar a otros Estados miembros para hacer uso de servicios turísticos o de otro tipo, o para comprar bienes,²⁸ pero que los empresarios no tuvieran un derecho equivalente a viajar con el fin de contratar trabajadores en otro Estado miembro. También carecería de lógica que un empresario no pudiera reclamar contra limitaciones discriminatorias a su capacidad de contratar trabajadores en el extranjero, mientras que una agencia de colocación cuyos servicios hubiera utilizado con el mismo fin sí pudiera reclamar ante los tribunales nacionales contra estas restricciones a su libertad de prestar servicios.²⁹ Los empresarios tienen un interés directo y real en la eficacia del artículo 48. Un empresario participa ineludiblemente en

20 — Directiva del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70)

21 — Sentencia de 31 de enero de 1984 (asuntos acumulados 286/82 y 26/83, Rec. p. 377), apartados 10 y 16.

22 — Sentencia de 2 de febrero de 1989 (186/87, Rec. p. 195), apartado 15.

23 — Sentencia Luisi y Carbone, citada en la nota 21 *supra*, apartado 10.

24 — Apartados 12 a 14.

25 — Sentencia citada en la nota 4 *supra*, apartado 31.

26 — Sentencia de 5 de febrero de 1963 (26/62, Rec. p. 1), apartado 12.

27 — Apartado 13.

28 — Sentencia de 7 de marzo de 1990, GB-INNO-BM (C-362/88, Rec. p. I-667), apartado 8.

29 — A propósito de la relación entre las actividades de colocación y las disposiciones sobre prestación de servicios del Tratado, véanse las sentencias de 27 de marzo de 1990, Rush Portuguesa (C-113/89, Rec. p. I-1417), apartado 16, y de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979), apartados 35 a 40.

el ejercicio por parte de los trabajadores de las libertades que se les han concedido. En tanto que particulares interesados, los empresarios pueden desempeñar una función eficaz en la vigilancia de la realización del mercado común, que se añade a la función conferida a la Comisión con arreglo al artículo 169 del Tratado.

26. Por consiguiente, en respuesta a la primera cuestión, mi conclusión es que el artículo 48 del Tratado confiere a los empresarios del Estado de acogida el derecho, de efecto directo, de emplear trabajadores que son nacionales de otro Estado miembro sin estar sujetos a normas nacionales que discriminan, directa o indirectamente, por razón de la nacionalidad a dichos trabajadores.

Segunda cuestión

27. El establecimiento por los Estados miembros de requisitos para el empleo que sean indirecta o encubiertamente discriminatorios por razón de la nacionalidad es contrario al apartado 2 del artículo 48 del Tratado y al apartado 1 del artículo 3 del Reglamento. El Tribunal de Justicia ha señalado que una normativa nacional que hace un distinción por razón de la residencia puede producir efectos principalmente en perjuicio de los nacionales de otros Estados miembros. Los no residentes son en la mayor parte de los casos no nacionales.³⁰

28. Es evidente, por tanto, que la imposición de un requisito consistente en que los gerentes designados en Austria por determinadas sociedades sean residentes en este país puede representar una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad. No obstante, esta discriminación aparente puede estar justificada por exigencias del interés general.³¹ En el presente asunto se han mencionado dos posibles justificaciones, ambas relativas al hecho de que, con arreglo al Derecho austriaco, el gerente es responsable del ejercicio de la actividad económica.

29. Cabe prestar atención a la sentencia del Tribunal de Justicia Van Binsbergen.³² El análisis realizado por el Tribunal de Justicia acerca de las normas profesionales impuestas por los Estados miembros a los prestatarios de servicios establecidos en otros Estados miembros puede ampliarse, en determinados aspectos, a la situación de los trabajadores que, aunque residan en un Estado miembro, ocupan puestos de responsabilidad en otro. El Tribunal de Justicia declaró lo siguiente:

«Teniendo en cuenta la especial naturaleza de las prestaciones de servicios, no se pueden considerar, sin embargo, incompatibles con el Tratado las exigencias específicas, impuestas al prestador, que estén motivadas por la aplicación de normas profesionales justificadas por el interés general —especialmente las normas de organización, capacitación profesional, deontología, control y responsabilidad— que incumben a toda persona establecida en el territorio del Estado donde se realiza la prestación, en la

30 — Véase, por ejemplo, la sentencia Schumacker, citada en la nota 4 *supra*, apartado 28.

31 — Véase, por ejemplo, la sentencia Schumacker, antes citada, apartado 39.

32 — Sentencia de 3 de diciembre de 1974 (33/74, Rec. p. 1299).

medida en que el prestador se libraría de cumplir dichas normas por la circunstancia de estar establecido en otro Estado miembro». ³³

30. La primera posible justificación en el asunto que nos ocupa consiste en que la residencia garantiza el cumplimiento del requisito de que el gerente pueda actuar como tal en la empresa, es decir, que ejerza una función real y no meramente formal. En vista de la responsabilidad del gerente ante las autoridades por el ejercicio de la actividad económica, éste es un objetivo legítimo que puede incluirse en la categoría de normas profesionales sobre organización contemplada en la sentencia Van Binsbergen. Sin embargo, el requisito de residencia, dependiendo de las circunstancias, puede ser innecesario o, lo que es más importante, puede carecer de relación con la consecución de este objetivo. Será innecesario si, como se ha alegado, un trabajador fronterizo puede realizar su trabajo de gestión sin tener que dejar de residir en un Estado miembro vecino. Sin embargo, en la época a que se refieren los hechos, el Sr. Henssen residía en Berlín. En el presente asunto resulta más pertinente analizar el modo en que se pretende que el requisito de residencia garantice el objetivo perseguido. Este requisito será insuficiente si, a pesar de residir en Austria, un gerente no participa o no puede participar como es debido en la gestión efectiva de la sociedad. Por tanto, las autoridades nacionales actuarían de forma menos restrictiva si se limitaran a imponer directamente el requisito de participación efectiva, estableciendo, en su caso, requisitos sobre el número de horas trabajadas, como se hace respecto de determinadas empresas en la GewO 1994, y permitiendo al gerente que decida, según las circunstancias geográficas y de otro tipo, cómo compaginar su residencia con este requisito.

31. En segundo lugar, se ha alegado que el gerente debe residir en Austria a efectos de la comunicación y la ejecución de sanciones administrativas por infracción de la normativa sobre el ejercicio de las actividades económicas. Este objetivo es legítimo. Los Estados miembros tienen un interés evidente en que los empresarios registrados con arreglo a normas como la GewO 1994 actúen de forma transparente y regular y, por consiguiente, en mantener normas eficaces para su control. En mi opinión, dicho control, al igual que el control fiscal y otras exigencias imperativas de interés general reconocidas, es susceptible de justificar una restricción al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado. ³⁴ En vista de la dificultad para ejecutar las sanciones administrativas fuera de la jurisdicción del Estado, se pueden imponer requisitos para garantizar que los gerentes no escaparán del ámbito de aplicación de las normas austriacas sobre responsabilidad profesional al residir fuera de Austria.

32. Ahora bien, también debe estudiarse si existen medios menos restrictivos para alcanzar este objetivo. ³⁵ Por lo que se refiere a la notificación de sanciones, el Tribunal de Justicia reconoció en la sentencia Van Binsber-

34 — Sentencias de 20 de febrero de 1979, Rewe-Zentral, «Cassis de Dijon» (120/78, Rec. p. 649), apartado 8, y de 15 de mayo de 1997, Futura Participations y Singer (C-250/95, Rec. p. I-2471), apartado 31.

35 — No se ha alegado que los gerentes deban residir en Austria para permitir, antes que nada, el ejercicio de la jurisdicción consistente en imponer sanciones administrativas. Por ello, el análisis siguiente sólo se refiere a los problemas prácticos planteados derivados de la notificación y la ejecución de dichas sanciones.

gen, en el contexto de la necesidad de garantizar la observancia de las normas profesionales relacionadas con el funcionamiento de la Justicia y el respeto de la deontología, que bastaba con que un abogado establecido en otro Estado miembro designara un domicilio a efectos de notificación en el Estado miembro de que se tratase.³⁶ En el presente supuesto, este lugar puede muy bien ser aquel en el que desempeña su actividad el gerente o, como ha sugerido la Comisión, el domicilio social de la persona jurídica que lo ha contratado, si está establecida en Austria.

33. Sin embargo, la sentencia Van Binsbergen se refería a un abogado que prestaba sus servicios en un Estado miembro que no era el suyo. El Tribunal de Justicia puso todo su afán en distinguir esta situación de la de quienes están establecidos de forma permanente en un Estado miembro. La analogía con la prestación de servicios tiene menor fuerza en el caso de la ejecución de normas profesionales sustantivas respecto de un trabajador contratado exclusivamente en un Estado miembro. Puesto que no dudo de que Austria está en su derecho de exigir que exista un mecanismo eficaz para la ejecución de sanciones administrativas, se ha de comprobar si existe un medio factible y menos restrictivo que el requisito de residencia para alcanzar este objetivo. El Tribunal de Justicia reconoció en la sentencia Bachmann³⁷ que las dificultades que las autoridades tributarias de un Estado miembro podían encontrar para ejecutar el compromiso por parte de un asegurador establecido en otro Estado miembro de pagar un impuesto por las cantidades debidas a un sujeto pasivo que reside en el primer Estado miembro podían justificar un trato fiscal discriminatorio indirecto de las

primas pagadas por dicho sujeto pasivo. Sin embargo, aunque admitió que los gastos serían impositivos en las circunstancias de aquel asunto, el Tribunal de Justicia también afirmó que «en principio, podría establecerse que el asegurador prestara fianza para garantizar el cumplimiento de tal compromiso».³⁸

34. Análogamente, se restringiría en menor medida la libre circulación de trabajadores si un futuro gerente que residiese en el extranjero pudiera optar, en vez de cambiar de residencia, por prestar una fianza o garantía del cumplimiento de las sanciones administrativas potenciales ante las autoridades austriacas constituyendo un depósito, inmovilizando una cantidad en una cuenta bancaria, designando un garante o por cualquier otro medio apropiado. La información presentada no permite estimar si estas medidas garantizarían el objetivo perseguido por Austria. Puede que existan aspectos de las obligaciones de los empresarios registrados que sólo puedan ser ejecutados eficazmente en la persona del gerente. En consecuencia, conviene dejar al Tribunal nacional que decida si, habida cuenta de las circunstancias y de los objetivos de la GewO 1994, las exigencias de este caso podrían quedar cubiertas mediante una garantía económica. Si fuera así, considero que la normativa austriaca es más restrictiva de lo necesario. Si no, mi opinión es que estaría justificada al no existir otros medios de garantizar el objetivo de asegurar la responsabilidad de los gerentes.

36 — Sentencia citada en la nota 32 *supra*, apartados 14 y 16.

37 — Sentencia citada en la nota 4 *supra*, apartado 24.

38 — Apartado 25.

35. Doy por supuesto que incluso el oneroso requisito de que un gerente preste una fianza sólo debe imponerse cuando la ejecución de sanciones administrativas no esté garantizada en el Estado miembro donde resida. De igual modo, sólo se deberá designar una dirección a efectos de notificación si no se puede asegurar la notificación en su lugar de residencia. Se podrían evitar ambas restricciones si la notificación y la ejecución de sanciones estuvieran garantizadas, por ejemplo, mediante un convenio internacional. Así se reconoce, de hecho, en la versión modificada del artículo 39 de la GewO 1994, que, desde el 1 de julio de 1996, exime del requisito de residencia a los gerentes cuyo país de residencia sea Estado parte en un convenio de este tipo. Al parecer, Austria y Alemania, Estado miembro en el que residía el Sr. Henssen en el momento a los que se refieren los hechos, han celebrado uno de estos convenios y éste era aplicable en aquella época.³⁹ No obstante, se trata de una cuestión que debe exa-

minar el Tribunal nacional. Si dicho Convenio estaba vigente, de la sentencia del Tribunal de Justicia Wielockx⁴⁰ se desprende que las exigencias imperativas de interés general —en aquel asunto, la coherencia fiscal— estaban garantizadas suficientemente por la posibilidad de recurrir al Convenio. El hecho de que no todos los Estados miembros hayan celebrado tales convenios no es un impedimento para invocarlos con el fin de reducir en la medida de lo posible las restricciones impuestas a la libre circulación de trabajadores, aun cuando ello suponga una diferencia en los requisitos impuestos por el Estado de acogida a los nacionales de los demás Estados miembros. Por tanto, de ser aplicable el Convenio aludido, la imposición al Sr. Henssen del requisito de residir en Austria constituyó una medida desproporcionada, cuyo carácter indirectamente discriminatorio no encuentra justificación en las exigencias del interés general.

VI. Conclusión

36. En vista de las consideraciones anteriores, propongo que el Tribunal de Justicia responda a las cuestiones planteadas por el Tribunal nacional en los siguientes términos:

«1) El artículo 48 del Tratado confiere a los empresarios del Estado de acogida el derecho, de efecto directo, a emplear trabajadores que son nacionales de otro

39 — Vertrag zwischen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland über Amts- und Rechtshilfe in Verwaltungssachen, *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 1990, n° 526.

40 — Sentencia de 11 de agosto de 1995 (C-80/94, Rec. p. I-2493), apartado 25.

Estado miembro sin estar sujetos a normas nacionales que discriminan, directa o indirectamente, por razón de la nacionalidad a dichos trabajadores.

- 2) Una normativa nacional que dispone que el titular de una actividad económica sólo puede designar como gerente a efectos del Derecho mercantil a una persona que resida en el Estado de acogida constituye una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad.
- 3) Dicha normativa nacional puede estar justificada por el interés de los Estados miembros en garantizar la observancia de normas nacionales o resoluciones administrativas sobre el ejercicio de una actividad económica registrada, a menos que se pueda garantizar el mismo objetivo mediante una garantía económica o recurriendo a lo dispuesto en un convenio internacional aplicable.»