

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. WALTER VAN GERVEN

presentadas el 7 de marzo de 1990 *

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

1. El Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa (en lo sucesivo, «el Acta de adhesión») dispone que el artículo 48 del Tratado CEE sólo será aplicable con ciertas reservas, respecto de la libre circulación de los trabajadores entre Portugal y los demás Estados miembros. Sin embargo, el Acta de adhesión no contiene limitación alguna sobre la validez de los artículos 59 y siguientes del Tratado CEE en lo referente a la libre circulación de servicios. Con las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal administratif de Versailles (en lo sucesivo, «el Juez remitente») se pretende que el Tribunal de Justicia aclare las implicaciones que entrañan dichas disposiciones del Acta de adhesión en lo referente a los prestadores de servicios originarios de la Comunidad (en el caso planteado por el Juez remitente, Portugal) que recaban los servicios de trabajadores portugueses o españoles.

Antecedentes de hecho

2. La empresa portuguesa Rush Portuguesa Lda (en lo sucesivo, «Rush») desarrolla su actividad en el sector de la construcción y de las obras públicas y celebró con una empresa francesa cierto número de subcontratas que tenían por objeto la ejecución de obras destinadas al *TGV Atlantique* en diversos lugares de Francia. Para la ejecución de estas obras Rush recabó los servicios de cierto número de trabajadores de nacionali-

dad portuguesa, que dicha empresa trasladó de Portugal a Francia. El Juez remitente solicita al Tribunal de Justicia que para responder a las cuestiones prejudiciales dé por sentado que estos trabajadores, al término de la prestación de servicios, volverán inmediatamente a Portugal.

Con motivo de dos controles efectuados por la «Inspection du Travail» francesa en septiembre y diciembre de 1986, se constató que Rush empleaba un total de 58 trabajadores portugueses que, en contra de lo dispuesto por el artículo L 341.6 del Code Du Travail, no disponían de permiso de trabajo. Respecto a otros detalles sobre las funciones de estos trabajadores, me remito al informe para la vista, apartado 2 del capítulo I. El mencionado artículo del Code du Travail forma parte del capítulo I del título IV del libro III del Code du Travail, que trata sobre la «mano de obra extranjera y protección de la mano de obra nacional». Dicho artículo prohíbe emplear en Francia a trabajadores extranjeros que no dispongan de un permiso de trabajo, cuando dicho permiso sea exigido según el Derecho francés o los Convenios internacionales. Asimismo, parece que Rush infringió el artículo L 341.9, que concede al Office National d'Immigration (actualmente «Office de Migration Internationale»; en lo sucesivo, «ONI») un monopolio a efectos de contratación y de introducción de trabajadores extranjeros en Francia.

De acuerdo con las actas levantadas con motivo de dichos controles, el ONI impuso a Rush una «contribución especial» en aplicación del artículo L 341.7 del Code du

* Lengua original: neerlandés.

Travail. Tal como el representante del Gobierno francés ha aclarado en la vista, esta contribución tiene la naturaleza de una multa administrativa. Ascende por lo menos a 500 veces el salario mínimo garantizado, tal como está establecido en el artículo L 141.8 del Code du Travail. De los autos también se desprende que el importe total de la multa impuesta a Rush asciende aproximadamente a 1,5 millones de FF. Rush ha solicitado al Juez remitente la anulación de esta multa.

3. A lo largo de la exposición que sigue no se debe perder de vista que la cuestión latente en el litigio principal solamente se refiere a la legalidad de la contribución especial impuesta a Rush. Más concretamente, el Juez remitente desea saber si se puede sancionar de tal forma a un prestador de servicios por emplear a trabajadores portugueses sin permiso de trabajo. El presente caso *no* se refiere pues a saber si la actividad de Rush está autorizada y/o si Francia puede supeditar dicha actividad a la concesión previa de un permiso; para responder a las cuestiones prejudiciales no son relevantes la calificación ni la licitud según el Derecho francés de su actividad como «oficina de empleo» o incluso como «contratista de mano de obra» (independientemente de la nacionalidad de las personas empleadas por Rush) así como tampoco la compatibilidad de la legislación francesa en la materia con el Derecho comunitario.

El litigio principal tampoco parece versar sobre si un Estado miembro puede cobrar derechos con motivo de la concesión de un permiso. No obstante, el final de la segunda cuestión prejudicial se puede interpretar en el sentido de que el Juez remitente desea saber si un Estado miembro puede supeditar la prestación de un servicio al pago de determinados derechos al Servicio de Inmigración con motivo de la concesión de permisos de trabajo a los trabajadores del prestador de servicios. A juzgar por las observa-

ciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, parece ser que esta cuestión ha sido formulada en relación con el mencionado monopolio del ONI con respecto a la contratación y a la introducción de trabajadores extranjeros en Francia y, además, parece guardar relación con la (pequeña) tasa impuesta por el artículo L 341.8 del Code du Travail, la cual debe ser pagada por la renovación de un permiso de trabajo. Volveré brevemente sobre esta cuestión al término de mi exposición (véase, más adelante, apartado 22).

Disposiciones pertinentes de Derecho comunitario

4. En principio, a una empresa de la Comunidad que presta un servicio en otro Estado miembro (el «Estado miembro de acogida») distinto de aquel en el que está establecida (el «Estado miembro de origen») no se le puede negar el derecho a contratar trabajadores de otros Estados miembros con vistas a la prestación de dichos servicios y emplearlos en el Estado miembro de acogida. En el apartado 3 del artículo 6 de la Directiva 68/360/CEE¹ (véase, más adelante, apartado 5 *in fine*) se dispone que el Estado miembro en cuyo territorio se preste el servicio está obligado a expedir a dichos trabajadores una autorización de permanencia (eventualmente limitada a la duración prevista de la prestación de servicios).

5. Sin embargo, en el caso de empresas que con vistas a la prestación de un servicio deseen emplear trabajadores de España y Portugal, hasta el año 1993 deben tenerse en cuenta las normas contenidas en el Acta de adhesión.² El artículo 215 del Acta de adhe-

1 — Directiva del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 13; EE 05/01, p. 88).

2 — En lo sucesivo, a lo largo de estas conclusiones solamente se hablará de trabajadores portugueses. Lo que se exponga valdrá igualmente para los trabajadores españoles, dada la similitud de los artículos 55 a 58 del Acta de adhesión con los artículos 215 a 218.

sión contiene una limitación a la libre circulación de trabajadores, garantizada por el artículo 48 del Tratado CEE, entre Portugal y los diez «antiguos» Estados miembros. A tenor de esta disposición el artículo 48 del Tratado CEE sólo será aplicable con sujeción a las disposiciones transitorias previstas en los artículos 216 a 219 de dicha Acta. En el artículo 216 del Acta se dispone:

«1) Los artículos 1 a 6 del Reglamento (CEE) nº 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, sólo serán aplicables [...] en los demás Estados miembros, respecto de los nacionales portugueses, a partir del 1 de enero de 1993.

[...] los demás Estados miembros tendrán la facultad de mantener en vigor hasta el 31 de diciembre de 1992, en relación con los nacionales portugueses, las disposiciones nacionales que sometan a previa autorización la inmigración con miras a ejercer un trabajo por cuenta ajena y/o el acceso a un empleo por cuenta ajena.»

Los referidos artículos 1 a 6 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 reconocen, conforme al artículo 49 del Tratado CEE, el derecho de todos los nacionales de un Estado miembro a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de este último Estado miembro. Dicho de otro modo, se trata de disposiciones que concretan el principio de igualdad de trato contenido en los apartados 2 y 3 del artículo 48 del Tratado CEE.

Más adelante, en el artículo 218 del Acta de adhesión se establece que en la medida en

que determinadas disposiciones de la Directiva 68/360/CEE sean indisociables de las del Reglamento (CEE) nº 1612/68, cuya aplicación ha sido aplazada en virtud del artículo 216, los diez «antiguos» Estados miembros tendrán la facultad de apartarse de estas disposiciones en la medida necesaria para la aplicación del artículo 216.

En el artículo 1 de la Directiva 68/360/CEE se ordena a los Estados miembros que supriman todas las restricciones al desplazamiento y a la estancia de los nacionales de los Estados miembros y de los miembros de sus familias, a los que se aplica el Reglamento (CEE) nº 1612/68. Como se ha dicho, el apartado 3 del artículo 6 de la Directiva contiene una aplicación concreta con respecto a trabajadores que ocupen un empleo al servicio o por cuenta de un prestador de servicios.

Las cuestiones prejudiciales primera y segunda

6. Basándose en las disposiciones del Acta de adhesión citadas en el punto anterior, el ONI impuso a Rush la multa prevista en el artículo L 341.7 por haber infringido las disposiciones del Code du Travail. Rush ha alegado ante el Juez remitente que ello infringe la libre circulación de servicios garantizada por los artículos 59 a 66 del Tratado CEE, cuya aplicación no se ve limitada ni aplazada por el Acta de adhesión. Para zanjar el presente litigio, el Juez remitente ha planteado al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales cuyo texto se recoge en el informe para la vista, apartado 4 del capítulo I. A continuación solamente examinaré las cuestiones primera y segunda; en el apartado 23 volveré brevemente sobre la tercera cuestión, que en mi opinión no es relevante para zanjar el presente asunto.

En esencia se solicita al Tribunal de Justicia que aclare en qué medida las limitaciones a la libre circulación de trabajadores que emanan del Acta de adhesión se pueden oponer a empresas de la Comunidad que para la prestación de un servicio desean trasladarse con trabajadores de nacionalidad portuguesa a uno de los «antiguos» Estados miembros de la Comunidad. Concretamente, el Juez remitente pregunta si un «antiguo» Estado miembro i) puede prohibir a una empresa de la Comunidad, que presta servicios en su territorio, la prestación de tales servicios con personal portugués, o ii) si dicho Estado miembro puede supeditar dicha prestación de servicios a condiciones como son el que la empresa deba contratar personal local, deba solicitar permisos de residencia para su personal portugués o deba pagar derechos al servicio de inmigración. Las cuestiones planteadas por el Juez remitente se refieren literalmente al derecho de los prestadores de servicios portugueses a introducir trabajadores portugueses en un «antiguo» Estado miembro; sin embargo, podría resultar que, según el Derecho comunitario, la solución no fuera diferente según se tratara de prestadores de servicios de Portugal o de otro Estado miembro de la Comunidad, dada la validez, sin restricción alguna, de los artículos 59 a 66 del Tratado CEE y dado que las mencionadas disposiciones del Acta de adhesión sólo establecen una limitación al derecho de residencia de trabajadores portugueses independientemente de la persona que los emplee.

7. He estructurado de la siguiente forma mi exposición. En una primera parte recordaré la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la que se precisó el alcance de las normas del Tratado relativas a la libre circulación de servicios, prestando atención especial a la posición jurídica de los prestadores de servicios que se desplazan al lugar de prestación con personal que no puede pretender la libre circulación de trabajadores (apartados 8

a 11). Es conveniente examinar brevemente esta jurisprudencia, que también han citado las partes del litigio principal, porque presenta el contexto en el que se desarrolla el presente litigio. En una segunda parte, muy importante, examinaré las repercusiones sobre este «derecho común» de los artículos 216 y siguientes del Acta de adhesión (apartados 12 a 18). En la tercera parte sacaré las conclusiones sobre la facultad concedida a los «antiguos» Estados miembros para imponer una multa administrativa (apartados 19 a 21). Por último, adoptaré brevemente una postura en lo referente a la cuestión de si un Estado miembro puede percibir de un trabajador prestador de servicios un derecho por la expedición de un permiso de trabajo o de residencia (apartado 22).

El acervo comunitario en materia de libre circulación de servicios

8. Ya de entrada se debe dejar sentado que las disposiciones controvertidas del Derecho francés no contienen ninguna discriminación (formal) con respecto a prestadores de servicios que no sean franceses. En efecto, las referidas disposiciones imponen una multa administrativa a todos los empresarios que empleen extranjeros sin permiso de residencia en Francia. Esta prohibición se refiere pues a los empresarios prestadores de servicios tanto franceses como no franceses. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha aclarado que una disposición legal nacional, no discriminatoria a primera vista, que contempla normalmente la actividad permanente de empresas establecidas en el Estado miembro afectado no siempre puede aplicarse plenamente a actividades de carácter temporal, ejercidas en dicho Estado por empresas establecidas en otros Estados miembros. En

este sentido, en la sentencia Webb (con referencia a la anterior sentencia Van Wesemael³) se consideró lo siguiente:

«La libre prestación de servicios en tanto que principio fundamental del Tratado sólo puede limitarse mediante normativas justificadas por el interés general y que se refieran a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio de dicho Estado, en la medida en que dicho interés no esté salvaguardado por las normas a las que está sometido el prestador de servicios en el Estado miembro en el que está establecido».⁴

En una sentencia posterior se añadió a esto que la restricción establecida por un régimen nacional debe ser necesariamente objetiva para asegurar la protección de un interés admisible desde el punto de vista comunitario.⁵

A continuación, en la sentencia Webb se fijó como norma que la aplicación de medidas nacionales, aunque estén inspiradas por el interés general y a primera vista sean aplicables sin distinción, no puede ser innecesariamente reiterativa de las normas vigentes en el Estado miembro de establecimiento, para evitar de este modo discriminaciones encubiertas de prestadores de servicios de otro Estado miembro en relación con los prestadores de servicios nacionales.⁶ Debe men-

cionarse que en la misma fecha el Tribunal de Justicia también se pronunció en el asunto Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten, en el que se expuso un principio similar en relación con la libre circulación de mercancías: los Estados miembros no pueden imponer innecesariamente a un importador de mercancías la repetición de análisis técnicos o químicos cuando ya han sido realizados en otro Estado miembro.⁷

9. Los principios establecidos en la sentencia Webb fueron detallados posteriormente en la sentencia Seco de 1982,⁸ cuyo contexto material presentaba cierta similitud con el del presente litigio.

En Seco el litigio principal versaba sobre la ejecución de trabajos temporales en Luxemburgo por empresas francesas que para ello empleaban trabajadores de países terceros, los cuales durante la ejecución de las obras en Luxemburgo seguían estando sometidos a la legislación francesa de Seguridad Social. Estaban en litigio disposiciones de Derecho luxemburgués que en caso de actividades temporales en el territorio de Luxemburgo obligaban al *empresario* de trabajadores extranjeros a pagar la parte que le correspondía del seguro nacional de vejez e invalidez sin que por ello los trabajadores de que se trataba tuvieran derecho a ventaja social alguna.⁹ Se planteaba la pregunta de si semejante régimen es compatible con el Derecho comunitario, habida cuenta de que

3 — Sentencia de 18 de enero de 1979 (Van Wesemael, asuntos acumulados 110/78 y 111/78, Rec. 1979, p. 35).

4 — Sentencia de 17 de diciembre de 1981 (279/80, Rec. 1981, p. 3305, apartado 17); véanse, también, la sentencia de 18 de enero de 1979 (Van Wesemael, asuntos acumulados 110 y 111/78, Rec. 1979, p. 35), y la reciente sentencia de 4 de diciembre de 1986 (Comisión/República Federal de Alemania, 205/84, Rec. 1986, p. 3755, especialmente, apartado 27).

5 — Véase la sentencia de 4 de diciembre de 1986, Comisión/República Federal de Alemania, ya citada, apartado 27.

6 — Véase el apartado 20 de la sentencia.

7 — Véase la sentencia de 17 de diciembre de 1981 (272/80, Rec. 1981, p. 3277, especialmente, apartados 13 a 15).

8 — Sentencia de 3 de febrero de 1982 (asuntos acumulados 62/81 y 63/81, Rec. 1982, p. 223).

9 — Véase el apartado 3 de la sentencia. Más adelante, se dice en esta sentencia que las mencionadas disposiciones del Derecho luxemburgués habían sido dictadas para impedir que un empresario se viera alentado a contratar mano de obra extranjera para aligerar sus cargas sociales (véase el apartado 4 de la sentencia).

de este modo quedan anuladas las ventajas económicas de las que podría gozar el empresario no sometiéndose al régimen relativo al salario mínimo vigente en el Estado en el que se prestan los servicios.

10. La sentencia del Tribunal de Justicia recogió la norma sentada en el asunto Webb, según la cual las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación de servicios no sólo prohíben discriminaciones manifiestas por razón de la nacionalidad del prestador de servicios sino también toda forma encubierta de discriminación que, aunque se base en criterios aparentemente neutros, en realidad conduzca al mismo resultado.¹⁰ El Tribunal de Justicia prosiguió:

«Tal es el caso cuando la obligación de pagar la parte patronal de las cotizaciones de Seguridad Social, impuesta a los prestadores de servicios establecidos en el territorio nacional, se amplía a los empresarios establecidos en otro Estado miembro que ya deben pagar cotizaciones comparables por los mismos trabajadores y por los mismos períodos de actividad, en virtud de la legislación de este Estado. En efecto, en tales circunstancias, la normativa del Estado en el que se realiza la prestación económicamente se revela como una carga suplementaria para los empresarios establecidos en otro Estado miembro, los cuales se ven gravados con mayor severidad que los prestadores de servicios establecidos en el territorio nacional.»¹¹

Más adelante se aclara en la sentencia que, aunque el Estado miembro podía haber prohibido totalmente tanto la entrada en su territorio como el ejercicio de una actividad por cuenta ajena por parte de los *trabajadores* afectados, sin embargo no puede hacer uso de estas facultades para imponer una carga discriminatoria a un *prestador de servicios* de otro Estado miembro.¹²

11. Comparando el asunto Seco con la situación contemplada en el litigio principal, se puede establecer cierto parecido. En el presente asunto se trata de saber qué competencias conservan los (en este caso «antiguos») Estados miembros para adoptar medidas relativas a la ejecución de un trabajo por cuenta ajena que constituyen un obstáculo para la prestación de servicios por parte de una empresa que recurre a personal que no puede invocar la libre circulación de trabajadores. El criterio establecido al respecto en la sentencia Seco es que la aplicación de un régimen nacional, que a primera vista es aplicable sin distinción alguna, no puede conducir a una discriminación encubierta de los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro. En el asunto Seco se daba semejante discriminación, porque la obligación de los empresarios establecidos en otro Estado miembro de pagar una cotización patronal por los trabajadores por los que ya se pagaban cotizaciones en el Estado miembro de establecimiento gravaba con mayor rigor a estos empresarios que a sus competidores establecidos en el territorio nacional, que en efecto únicamente estaban obligados a pagar cotizaciones en un solo Estado miembro. Sin embargo semejante situación *no* se da en el presente caso: normas como las referidas disposiciones francesas no contienen «repetición innecesaria» de las cotizaciones ya pagadas en el Estado miembro de origen o de los requisitos que deben cumplirse; así pues, no causan perjuicio competitivo alguno a los prestadores de servicios extranjeros en relación con los prestadores de servicios franceses.

Sin embargo, esta distinción no obsta a la validez del principio antes mencionado, sentado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de libre circulación de servicios: las restricciones a esta libertad deben hallar su justificación en el interés gene-

10 — Apartado 8 de la sentencia.

11 — Apartado 9 de la sentencia.

12 — Apartados 11 y 12 de la sentencia.

ral y deben ser necesarias para asegurar la protección de los intereses que persiguen. Además, los Estados miembros no pueden ejercitar su competencia en materia de inmigración y de acceso al trabajo por cuenta ajena para imponer una carga discriminatoria a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro. Además, en relación con las demás libertades garantizadas por el Tratado, se ha admitido que los Estados miembros conservan cierta facultad de regulación y de sanción, pero que la aplicación de tales medidas nacionales no puede eliminar ni poner obstáculos innecesariamente a una libertad garantizada por el Tratado.¹³

En este contexto del máximo respeto posible de una libertad garantizada por el Tratado, se admite que los «antiguos» Estados miembros adopten medidas con arreglo al Acta de adhesión, más adelante examinaré qué medidas, en relación con los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro.

Influjo del Acta de adhesión sobre la libre prestación de servicios

12. Como ya se ha dicho (en el apartado 5) el Acta de adhesión autoriza a los «antiguos» Estados miembros hasta 1993 a mantener normas nacionales que supediten a la obtención de un permiso previo la inmigración y el acceso al empleo por cuenta ajena

de nacionales portugueses. Para ello conservan la facultad de denegar a los *trabajadores* portugueses el permiso de residencia previsto por la Directiva 68/360/CEE. Me parece evidente que un sistema de permiso de residencia previo sólo puede ser eficaz si también se impone su observancia a los *empresarios* de nacionales portugueses, ya sean empresarios «nacionales» o empresarios de otro Estado miembro. En efecto, en la mayoría de los casos, el empresario solicitará el permiso de residencia y, además, se puede dar por sentado que la mayoría de los trabajadores de un prestador de servicios que opera en otro Estado miembro se desplazan a dicho Estado miembro *a petición de su empresario*.

¿Cuál es la razón de ser de los artículos 216 y siguientes del Acta de adhesión? En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se han interpretado como una excepción (que se debe interpretar en sentido estricto) a la libre circulación de trabajadores (portugueses) que tiene por objeto evitar que se perturbe el mercado de trabajo en los «antiguos» Estados miembros como consecuencia de una llegada masiva de solicitantes de empleo portugueses.¹⁴ Con este fin, se ha introducido en el Acta de adhesión un período transitorio durante el cual queda limitado el desplazamiento de la mano de obra.

Ahora se trata de dilucidar cómo debe entenderse la interacción entre, por un lado, el principio de libre circulación de servicios, que según la jurisprudencia citada del Tribunal sólo puede limitarse en la medida en que sea estrictamente necesario, y, por otro lado, las medidas que los «antiguos» Esta-

13 — En materia de libre circulación de personas se pueden citar la sentencia de 7 de julio de 1976 (Watson y Belmann, 118/75, Rec. 1976, p. 1185, especialmente, apartados 17 a 21); sentencia de 3 de julio de 1980 (Pieck, 157/79, Rec. 1980, p. 2171), y la sentencia de 12 de diciembre de 1989 (Messner, C-265/88, Rec. 1989, p. 4209). En materia de libre circulación de mercancías se puede hacer referencia a la sentencia de 11 de noviembre de 1981 (Casati, 203/80, Rec. 1981, p. 2595, especialmente, apartado 27), y a la sentencia de 15 de diciembre de 1976 (Donckerwolcke, 41/76, Rec. 1976, p. 1921, especialmente, apartados 32 a 38).

14 — Véanse la sentencia de 27 de septiembre de 1989 (Lopes da Veiga, 9/88, Rec. 1989, p. 2989, especialmente, apartado 10), y la sentencia de 23 de marzo de 1983 (Peskeloglou, 77/82, Rec. 1983, p. 1085, especialmente apartado 12) (este asunto tenía por objeto la interpretación de una disposición similar del Acta de adhesión de Grecia).

dos miembros pueden adoptar con arreglo a las disposiciones del Acta de adhesión que según el Tribunal de Justicia deben interpretarse en sentido estricto. Antes de dar mi propia opinión sobre este extremo, consideraré con toda atención las tesis que han sido defendidas ante el Tribunal de Justicia. Las partes están de acuerdo sobre un punto en concreto: una interpretación del Acta de adhesión según la cual los Estados miembros conservarían una facultad discrecional para denegar el permiso de residencia a *todos* los trabajadores portugueses de un prestador de servicios y que, de este modo, obligaría al prestador de servicios a trabajar exclusivamente con mano de obra de los «antiguos» Estados miembros conduciría a eliminar la libre circulación de servicios en lo que se refiere a las prestaciones de servicios que suponen el desplazamiento de trabajadores. Por consiguiente, a una categoría determinada de trabajadores portugueses no se les puede oponer las restricciones contenidas en el Acta de adhesión. Sin embargo, las opiniones discrepan enormemente en el momento de definir dicha categoría.

13. Las tesis más radicales en favor de la libre circulación de servicios se hallan en las observaciones de Rush. Ésta sostiene concretamente que las referidas disposiciones del Acta de adhesión no contienen restricción alguna a la contratación y empleo de nacionales portugueses *por parte de un prestador de servicios*. Llega a esta conclusión siguiendo el razonamiento que se expone a continuación. La presencia del personal de Rush en Francia no guarda relación alguna con la aplicación del artículo 48 del Tratado CEE: estos trabajadores no han buscado trabajo en Francia y tampoco han entrado en el mercado de trabajo francés, dado que tienen un empleo en Portugal y que, en el marco de esta relación de trabajo, se han desplazado a Francia para prestar cierto número de servicios bajo la dirección de Rush, sin por ello tener derecho a establecerse en Francia por tiempo indefinido en calidad de trabajadores por cuenta ajena. Además, sus

respectivas relaciones de trabajo siguen teniendo la impronta portuguesa: sus sueldos son pagados en Portugal y están sometidos al régimen fiscal portugués y, además, continúan sujetos al régimen portugués de Seguridad Social. De todos estos elementos Rush llega a la conclusión de que no se puede considerar a sus trabajadores como «trabajadores» en el sentido del Reglamento (CEE) n° 1612/68, por lo que las disposiciones contenidas en el Acta de adhesión con respecto a los trabajadores portugueses no les son aplicables.

14. No se puede acoger esta alegación. El Tribunal de Justicia ya ha señalado que el concepto comunitario de «trabajador» tiene un contenido amplio y que se refiere a todo nacional de un Estado miembro que realiza una actividad real y efectiva por cuenta ajena en el territorio de otro Estado miembro.¹⁵ Para ello no tiene importancia alguna el hecho de que esta actividad se realice al servicio de una empresa que trabaja en otros Estados miembros o al servicio de una empresa establecida en el Estado miembro en el que se ejerza la actividad. De acuerdo con esto, el preámbulo del Reglamento (CEE) n° 1612/68 dispone que «el derecho de todos los trabajadores de los Estados miembros a ejercer la actividad de su elección dentro de la Comunidad [...] debe reconocerse indistintamente a los trabajadores «permanentes» de temporada, fronterizos o que ejerzan sus actividades con ocasión de una prestación de servicios». Así pues, las normas del Reglamento (CEE) n° 1612/68 tienen por objeto indudablemente proteger también a los trabajadores de un prestador de servicios como Rush. Sin embargo, como ya se ha dicho, el artículo 216 del Acta de adhesión deja en suspenso hasta 1993 las normas relativas al derecho de los trabajadores portugueses a acceder o a ejercer un empleo por cuenta ajena en el territorio de uno de los «antiguos» Estados miembros

15 — Véase por ejemplo la sentencia de 3 de junio de 1986 (Kempf, 139/85, Rec. 1986, p. 1741, especialmente, apartados 8 a 14), con remisión a la sentencia de 23 de marzo de 1982 (Levin, 53/81, Rec. 1982, p. 1035).

(véase el apartado 5). Por consiguiente, el artículo 216 hace suyo el mismo y amplio concepto de «trabajador» del artículo 48 del Tratado CEE.

15. La interpretación más restrictiva de la libre circulación de servicios se encuentra en las observaciones del Gobierno francés. Este Gobierno sostiene que únicamente pueden quedar excluidos de la aplicación del Acta de adhesión los trabajadores de un prestador de servicios que ocupen un «puesto de confianza» en la empresa y ello es así porque asimilan a estas personas con el prestador de servicios mismo. Según entiendo su razonamiento, la Directiva 73/148/CEE concede a estas personas un derecho de residencia *en calidad de prestadores de servicios*.¹⁶ Según el Gobierno francés, se trata únicamente de un grupo limitado de personas, a saber, aquellos que ocupan en la empresa una función de dirección y que están facultados para obligar a la empresa frente a terceros. Tampoco puedo compartir esta concepción restrictiva, como lo expondré más adelante. En efecto, a mi modo de ver esta tesis no corresponde en la justa medida al principio de la libre prestación de servicios que Rush puede invocar.

16. La Comisión defiende una «solución intermedia» que excluiría de las disposiciones del Acta de adhesión al personal «especializado» y al personal que ocupa un «puesto de confianza» en la empresa que presta el servicio. La Comisión propone concreta-

mente recurrir al «Programa General para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios» adoptado por el Consejo en 1962.¹⁷ El título II de este programa dice como sigue:

«Antes de finalizar el segundo año de la segunda etapa del período transitorio, se efectuará la adaptación en las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, en la medida en que puedan obstaculizar la prestación de servicios por dichos nacionales o por el personal especializado o el personal que ocupe puestos de confianza y acompañe al prestador o ejecute la prestación por su cuenta.»

Esta disposición ofrece un interesante punto de comparación con el presente asunto, pues está inspirada en la idea de que a un prestador de servicios —que desee ejercitar *eficazmente* su derecho a la libre prestación de servicios— se le debe permitir operar con determinadas categorías de personal, aunque dicho personal no esté contemplado por el principio de libre circulación de los trabajadores (en efecto, el mencionado Programa General fue adoptado en 1962, con anterioridad a la liberalización de la libre circulación de trabajadores llevada a cabo con arreglo a los artículos 48 y 49 del Tratado CEE). Bien es verdad que no se puede hacer absolutamente esta comparación, porque la citada disposición fue adoptada en un momento en que tampoco se había realizado la libre circulación de servicios. En el presente asunto estamos, por decirlo así, en una fase más avanzada: la libre circulación de servicios ya está *plenamente* en vigor, pero encuentra restricciones que emanan de una validez (transitoriamente) incompleta de la libre circulación de trabajadores (portugueses).

16 — Directiva del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios. El artículo 4 de esta Directiva reconoce un derecho de estancia a los nacionales de un Estado miembro que deseen ejercer una actividad por cuenta propia en otro Estado miembro.

17 — DO 1962, p. 32; EE 06/01, p. 3.

17. Con todo, los criterios contenidos en el Programa General apuntan en la buena dirección y quiero tomarlos como base para mi propia apreciación. En efecto, parten de la concepción, a mi modo de ver exacta, de que no se puede considerar que la actividad de una *empresa* es totalmente independiente de las personas que realizan la actividad de la misma. Esta consideración es válida *a fortiori* para un prestador de servicios que en principio no está presente de forma permanente en el Estado miembro en el que presta el servicio¹⁸ y cuya actividad empresarial, por consiguiente, depende en gran medida de su movilidad a través de las fronteras nacionales. Si desde este punto de vista se desea dar un contenido «eficaz» al derecho a la libre prestación de servicios de una empresa, entonces el prestador de servicios debe tener la posibilidad, en mi opinión, de emplear a su libre elección el personal que constituye el «meollo» de su empresa, por ser indispensable para el ejercicio eficaz de la actividad empresarial.

Me parece que es éste el caso del personal que ocupa una función de dirección en la empresa o del que se puede considerar que pertenece al personal de confianza y/o al personal acreditado de la empresa. A diferencia de lo que sostiene el Gobierno francés, aquí sólo se trata de las personas que están autorizadas a obligar a la empresa para con terceros. Opino asimismo que bajo la denominación de «personal directivo» están incluidos los trabajadores a los que la empresa les ha responsabilizado de la realización del servicio y que llevan la dirección de la actividad de la empresa y el control de la misma con respecto a los demás miembros del personal encargados de la realización misma de la actividad empresarial. También me parece que bajo la denominación «personal de confianza y/o personal

acreditado» están incluidos los trabajadores que ocupan un empleo cuyo ejercicio requiere una relación especial de confianza con la empresa y con el empresario.¹⁹ En la medida en que la presencia de estas personas en el Estado miembro de acogida es necesaria para la prestación eficaz del servicio, dicho Estado miembro no puede denegarles el permiso de residencia (limitado eventualmente a la duración esperada del trabajo).

Además, opino que el Estado miembro de acogida tampoco puede negar el permiso de residencia a los trabajadores especializados o que poseen cualificaciones especiales que son esenciales para la prestación del servicio y los cuales no pueden ser contratados sin grandes dificultades o con grandes costes en el mercado de trabajo de los «antiguos» Estados miembros. La expresión «cualificaciones especiales» denota un alto grado de conocimientos o unos conocimientos poco comunes para determinadas actividades o para un oficio que requiere conocimientos especiales.²⁰ Esta capacitación especial puede ser el resultado, por ejemplo, de que la empresa haya hecho inversiones considerables en la contratación o en la formación del trabajador en cuestión y, evidentemente, ello debe ser apreciado tomando en consideración la actividad de la empresa y la naturaleza del servicio prestado.

18. La interpretación que precede entraña la idea de que, de conformidad con la jurisprudencia citada del Tribunal de Justicia, no

19 — Esta definición está inspirada en la definición, contenida en el anexo del Reglamento (CEE) n° 1612/68, del carácter de confianza inherente al empleo. En la letra a) del apartado 3 del artículo 16 de este Reglamento se excluyen del mecanismo de compensación previsto en los artículos 15 y 16 del Reglamento las ofertas de empleo que sean nominativas y que se refieran al carácter de confianza del empleo.

20 — Esta definición también está inspirada en la excepción, contenida en el apartado 3 del artículo 16 del Reglamento (CEE) n° 1612/68, del mecanismo de compensación de las ofertas de empleo que sean nominativas y que se refieran a la «especialización» del empleo ofrecido.

18 — Véase la sentencia de 4 de diciembre de 1986, Comisión/República Federal de Alemania, ya mencionada en la nota 4, especialmente apartados 19 a 21.

se puede violar el derecho a la libre circulación de servicios (que el Acta de adhesión no restringe) de modo que este derecho pierda su eficacia como consecuencia de la disminución excesiva de la capacidad de la empresa del prestador de servicios. Además, opino que la limitación del derecho a la libre prestación de servicios no puede exceder lo que es estrictamente necesario para salvaguardar la razón de ser del Acta de adhesión. Pues bien, el temor de un aflujo considerable, por no decir masivo, de solicitantes de empleo portugueses que causen una perturbación del mercado de trabajo de los antiguos Estados miembros no está justificado, en mi opinión, en relación con un régimen que autorice a las empresas de la Comunidad, para prestar un servicio en otro Estado miembro, a recurrir a personal que ocupe una función de dirección o que tenga una relación de confianza y a trabajadores que tengan cualificaciones especiales que sean esenciales para la prestación del servicio y que no se encuentren fácilmente en el mercado local de trabajo. Estos criterios favorecerán efectivamente a las empresas prestadoras de servicios, *in cash*, portugueses y no contribuirán a que el potencial del mercado de trabajo portugués quede abierto a los prestadores de servicios de los «antiguos» Estados miembros.

Es verdad que la excepción introducida con los anteriores criterios al principio de la prohibición del Acta de adhesión es en cierto sentido «selectiva», por redundar sobre todo en beneficio de las empresas portuguesas que prestan servicios para los que no es preciso el desplazamiento de un gran número de trabajadores. Sin embargo, ésta es la consecuencia inevitable de la opción recogida en el Acta de adhesión con miras a frenar el desplazamiento de la mano de obra portuguesa durante un período transitorio,

para evitar perturbaciones en el mercado de trabajo de los «antiguos» Estados miembros.

¿Qué sanciones son lícitas?

19. El anterior análisis responde a la cuestión de a qué categorías de trabajadores están obligados a conceder un permiso de residencia los «antiguos» Estados miembros. Sin embargo, en los autos consta que Rush no solicitó el permiso de residencia para ninguno de los trabajadores que ella trasladó a Francia y que tampoco solicitó dicho permiso ninguno de los trabajadores. En tales circunstancias, la admisibilidad de una multa administrativa bajo la forma de una «contribución especial», como la que fue impuesta por el ONI, debe ser examinada por separado según se trate de trabajadores a los que no se puede denegar el permiso de residencia y de trabajadores a los que sí puede denegarse.

20. En primer lugar nos ocuparemos del caso de los trabajadores a quienes no se les puede denegar el permiso. Por lo que se refiere al referido servicio, no se les puede negar el derecho a realizar una actividad por cuenta ajena en el lugar donde se preste el servicio y, por tanto, tienen derecho a que se les expida una autorización de permanencia como se contempla en el apartado 3 del artículo 6 de la Directiva 68/360. El Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que la expedición de dicha autorización solamente tiene efecto declarativo y no puede ser asimilada a un permiso como el que está previsto en general para los extranjeros.²¹ De ello dedujo el Tribunal, entre otras co-

21 — Véase la sentencia de 3 de julio de 1980 (Pieck, 157/79, Rec. 1980, p. 2171, especialmente apartados 11 a 13), en relación con la sentencia de 14 de julio de 1977 (Sagulo, 8/77, Rec. 1977, p. 1495).

sas, que las sanciones por la inobservancia de las formalidades necesarias para determinar el derecho de residencia de un trabajador amparado por el Derecho comunitario no pueden ser más severas que las sanciones aplicables a los propios nacionales en caso de infracciones comparables que sean leves (requisito de comparabilidad).²² Además, no se pueden imponer sanciones que sean tan desproporcionadas con la gravedad de la infracción que constituyan un obstáculo a la libre circulación de personas; tan sólo por este motivo, las penas de expulsión y de prisión son injustificadas.²³

Me parece que también se pueden transponer los principios de estas sentencias a la sanción del empresario por no haber solicitado los permisos (declaratorios) en favor de los trabajadores. De aquí resulta, en mi opinión, que no es admisible una sanción como la controvertida en el litigio principal: en efecto, dicha sanción está dirigida a salvaguardar la facultad discrecional de las autoridades nacionales para expedir o no el permiso solicitado. Si podría admitirse, por ejemplo, una leve sanción como la que se impone a los propios nacionales por no solicitar o no renovar un documento de identidad.

21. La situación es otra tratándose de los trabajadores respecto a los cuales el Estado miembro conserva una facultad discrecional en lo referente a la concesión de un permiso de trabajo o de residencia. El mencionado requisito de proporcionalidad no es pues válido en la medida en que no exista ningún derecho a la libre circulación de los trabajadores atribuido y garantizado por el Tratado. Si es válido el principio de que la san-

ción impuesta no puede ser tan desproporcionada con la gravedad de la infracción que ponga en peligro la libre circulación de servicios.

¿Permisos expedidos contra el pago de un derecho?

22. Como ya he anunciado anteriormente, vuelvo brevemente sobre la cuestión de si los Estados miembros pueden supeditar la concesión de un permiso de trabajo o de residencia a los nacionales portugueses al pago de determinados derechos por parte de su empresario.

Nuevamente procede hacer una distinción entre trabajadores a los que se les puede denegar o no un permiso. Por lo que se refiere a los trabajadores que tenían derecho a un permiso de residencia, se puede hacer referencia al artículo 9 de la Directiva 68/360/CEE, que obliga a los Estados miembros a expedir los referidos documentos con carácter gratuito o mediante el abono de una suma que no rebase el importe de los derechos y tasas exigidas para la expedición de las tarjetas de identidad a los propios nacionales.

Por lo que se refiere a los trabajadores a los que el Estado miembro puede denegar un permiso de residencia, opino que la expedición de un permiso puede estar supeditada al pago de un derecho por cuenta del empresario de dichos trabajadores, cuando tal derecho es percibido sin distinción alguna, tanto de los empresarios nacionales como de los empresarios de otro Estado miembro, y cuando tal derecho no es desproporcionadamente elevado habida cuenta de su objeto. Naturalmente, corresponde al Juez nacional aplicar estos criterios.

22 — Sentencia Pieck, citada en la nota anterior, apartados 15 a 19.

23 — Sentencia Pieck, citada, *ibidem*; sentencia Messner, citada en la nota 13, apartado 14.

La tercera cuestión

23. Con esta cuestión el Juez remitente desea saber si se puede considerar que los miembros del personal de Rush, cuyo empleo ha dado lugar a que el ONI. impusiera una contribución especial, es personal especializado o personal que ocupa un puesto de confianza en el sentido del anexo del Reglamento (CEE) nº 1612/68.

Rush y los Gobiernos portugués y francés hicieron observar con razón que este anexo (y el apartado 3 del artículo 16 del Reglamento al que pertenecen) sólo es aplicable al

funcionamiento del denominado mecanismo de compensación (véanse los artículos 15 y 16 del Reglamento). El «mecanismo de compensación» es un procedimiento intracomunitario de colocación que prevé el intercambio de información entre los servicios de empleo de los Estados miembros. Este mecanismo no hace al caso en el presente litigio. Las definiciones de los términos «especialización» y de «carácter de confianza inherente al empleo», recogidos en el referido anexo, sí pueden servir como fuente de inspiración para determinar las categorías de trabajadores que un prestador de servicios puede contratar en el mercado portugués antes de 1993 (véase el apartado 17).

Conclusión

24. Propongo que se responda a las cuestiones prejudiciales del Tribunal administratif de Versailles de la siguiente forma:

«Los artículos 59 y 60 del Tratado CEE y los artículos 215 a 218 del Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa, firmada el 12 de junio de 1985, deben ser interpretados en el sentido de que un prestador de servicios establecido en un Estado miembro de la Comunidad, que con el fin de prestar un servicio se encuentre en el territorio de otro Estado miembro (el Estado miembro de acogida), puede hacerse acompañar por trabajadores portugueses que pertenezcan al personal directivo o al personal que tenga una relación especial de confianza con la empresa o que posea conocimientos especiales que sean esenciales para prestar el servicio y que no se encuentren sin grandes dificultades en el mercado de trabajo de los antiguos Estados miembros, siempre y cuando la presencia de dichos trabajadores en el Estado miembro de acogida sea necesaria para la realización eficaz de la actividad empresarial del prestador de servicios. Por lo que se refiere a estos trabajadores, el Estado miembro de acogida no puede someter a condición alguna la expedición del documento de estancia (léase autorización de permanencia) mencionado en el apartado 3 del artículo 6 de la Directiva 68/360. La omisión del empresario o del trabajador de no solicitar este documento sólo puede ser castigada con sanciones que no sean más graves que las que se imponen a los propios nacionales por infracciones leves compara-

bles. Con arreglo al artículo 9 de la Directiva 68/360 dicho documento debe ser expedido con carácter gratuito o mediante el abono de una suma que no rebase el importe de los derechos y tasas exigidas para la expedición de las tarjetas de identidad a los propios nacionales.

Por lo que se refiere a las demás categorías de trabajadores portugueses, los demás Estados miembros conservan hasta el 1 de enero de 1993 la facultad de someter a un permiso previo la inmigración con vistas al ejercicio de una actividad por cuenta ajena, y la facultad asimismo de imponer la observancia de tales normas a los prestadores de servicios que empleen a dichos trabajadores. Sin embargo, la inobservancia de estas normas no puede ser condenada con una sanción que sea tan desproporcionada con la gravedad de la infracción que se ponga en peligro la libre circulación de servicios. Con motivo de la expedición de este permiso, se puede percibir un derecho por cuenta del empresario de dichos trabajadores, cuando tal derecho se perciba sin distinción alguna de los empresarios nacionales y de los empresarios de otro Estado miembro y no sea desproporcionadamente elevado habida cuenta de su objeto.»