CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 18 de abril de 2002 [1]

1. La Comisión ha presentado una demanda contra Luxemburgo con arreglo al artículo 226 CE. Solicita al Tribunal de Justicia la condena de ese Estado miembro por incumplir las obligaciones impuestas por el artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CEE) nº 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, [2] y por el artículo 43 CE.

La infracción reprochada al Estado consiste en mantener, en la legislación interna, una condición de residencia previa en su territorio durante cierto periodo, para poder optar a la prestación de ingresos mínimos garantizados.

I. Los hechos

2. La Comisión tuvo conocimiento a principios de 1998, por medio de una queja individual, de que la legislación luxemburguesa sometía el derecho a la prestación de ingresos mínimos garantizados a la condición de haber residido en el país durante, al menos, diez años, a lo largo de los últimos veinte.

Los servicios de la Comisión se pusieron en contacto con las autoridades nacionales, resaltando la posible incompatibilidad de tal condición con la normativa comunitaria. Obtuvieron como respuesta que se estaba tramitando un proyecto de ley destinado a suprimirla.

3. Sin embargo, mediante carta de 19 de julio de 1999, la Comisión fue informada de que el Consejo de Estado había emitido un dictamen negativo y, por esa razón, el texto aprobado el 29 de abril de 1999 [3] había mantenido la condición de residencia, si bien la duración quedaba reducida a cinco años a lo largo de los veinte últimos.

1 — Lengua original: español.

2 — Reglamento del Consejo, de 15 de octubre de 1968 (DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77).

3 — Publicado en el *Mémorial* (Diario Oficial del Gran Ducado) el 1 de junio de 1999. Esta modificación entró en vigor el 1 de marzo de 2000, nueve meses después de su publicación.

II. Las disposiciones comunitarias

4. De acuerdo con lo previsto por el artículo 7 del Reglamento nº 1612/68:

«1. En el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente que los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo.

2. Se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales.

[...]»

5. El artículo 43 CE, por su parte, dispone:

«[...] La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.»

III. La legislación luxemburguesa controvertida

6. La norma considerada incompatible con el ordenamiento comunitario es el artículo 2, apartados 1 y 2, de la Ley de 26 de julio de 1986, por la que se creó el derecho a ingresos mínimos garantizados. En virtud de estas disposiciones, se concede la prestación a toda persona que, con la preceptiva autorización, tenga su domicilio y su residencia efectiva en el Gran Ducado, mayor de veinticinco años, cuyos ingresos sean inferiores al mínimo establecido, dispuesta a agotar las posibilidades ofrecidas por la legislación nacional o extranjera para mejorar su situación y que haya residido en Luxemburgo durante, al menos, cinco años a lo largo de los veinte últimos. Sólo están exentos de cumplir la condición de residencia los apátridas y los refugiados políticos.

IV. El procedimiento administrativo

7. A pesar de que la duración del periodo de residencia necesario para optar a la prestación había sido reducida, la Comisión apreció que dicha legislación seguía siendo incompatible con el principio fundamental de no discriminación por razón de la nacionalidad, que figura en el artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68, para los trabajadores por cuenta ajena, y en el artículo 43 CE, para los trabajadores por cuenta propia. Por esta razón, el 6 de agosto de 1999 envió un escrito de requerimiento a las autoridades del Gran Ducado, invitándolas a presentar observaciones en un plazo de dos meses.

8. Ante la falta de respuesta y considerando que las explicaciones que acompañaban a la notificación de la legislación modificada no resultaban convincentes la Comisión transmitió al Gobierno luxemburgués, el 26 de enero de 2000, un dictamen motivado conforme al artículo 226 CE, párrafo primero, en el que lo instaba a modificar de nuevo la Ley.

El 31 de mayo de 2000 el Gobierno le comunicó su decisión de proceder a un nuevo cambio legislativo, con ánimo de cumplir las directrices del dictamen motivado, propósito que fue reiterado en la carta de 15 de junio de 2000.

9. El 24 de julio de 2000 los servicios de la Comisión solicitaron datos concretos sobre el calendario previsto, a la vez que pedían a las autoridades nacionales la concesión inmediata de la prestación a los ciudadanos de otros Estados miembros, a quienes se les hubiera denegado por no cumplir el requisito de la residencia.

En la carta de 26 de octubre siguiente el Gobierno aportó algunas precisiones sobre el futuro texto normativo, indicando que tenía la intención de someterlo a votación en la sesión parlamentaria 2000-2001. Añadió que, a falta de normativa aplicable, era imposible acceder a la petición en favor de dichos ciudadanos.

V. El procedimiento contencioso

10. Ante la ausencia de noticias relativas a la modificación legislativa anunciada, la Comisión presentó el 26 de julio de 2001 una demanda ante el Tribunal de Justicia, en la que pide la condena del Estado miembro por incumplimiento.

11. La recurrente alega que la legislación vigente en Luxemburgo constituye una

violación patente del principio de igualdad de trato que prohíbe no sólo las discriminaciones ostensibles basadas en la nacionalidad, sino también cualquier otra forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado.[4] En virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la condición de residencia durante un cierto periodo en el territorio de un Estado miembro es una discriminación encubierta por razón de la nacionalidad, ya que la cumplirá con mayor facilidad un ciudadano de ese Estado que el nacional de otro Estado miembro.[5] El hecho de que la condición se aplique de igual manera a los luxemburgueses no altera esta apreciación.

La Comisión indica que no hay duda respecto a que la prestación controvertida constituye una ventaja social, pues el Tribunal de Justicia así lo apreció en la sentencia Hoeckx,[6] con la consecuencia de que debe ser concedida a todos los trabajadores nacionales de los Estados miembros bajo las mismas condiciones.

Por su parte, el artículo 43 CE garantiza la aplicación del trato nacional a los ciudadanos de un Estado miembro que deseen ejercer una actividad por cuenta propia en otro Estado miembro, a la vez que prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad que obstaculice el acceso a dicha actividad o su ejercicio.[7]

Invoca también, en apoyo de su recurso, la sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto Comisión/Bélgica,[8] en la que, ante una legislación parecida y una prestación de contenido similar, declaró contrario al principio de igualdad de trato el mantenimiento de la exigencia de un período de residencia en el territorio belga, para que los trabajadores de los demás Estados miembros pudieran obtener el ingreso mínimo de subsistencia (minimex).

12. En la contestación a la demanda, presentada el 10 de octubre de 2001, Luxemburgo afirma que, con fecha 22 de marzo de 2000, se aprobó el proyecto de ley destinado a modificar la legislación nacional controvertida. Invita al Tribunal de Justicia a desestimar el recurso o a suspender el procedimiento, a la espera del desistimiento de la Comisión.

13. La Comisión renunció a la presentación de la réplica, a la vez que indicaba que la

4 — Sentencias de 12 de febrero de 1974, Sotgiu (152/73, p. 153), apartado 11; y de 8 de mayo de 1990, Biehl (175/88, Rec. p. I-1779), apartado 13.

5 — Sentencias de 25 de julio de 1991, Factortame y otros (C-221/89, Rec. p. I-3905), apartado 32; de 17 de noviembre de 1992, Comisión/Reino Unido (C-279/89, Rec. p. I-5785), apartado 42; y de 10 de marzo de 1993, Comisión/Luxemburgo (C-111/91, Rec. p. I-817), apartado 10.

6 — Sentencia de 27 de marzo de 1985 (249/83, Rec. p. 973), apartado 22.

7 — Sentencia de 8 de junio de 1999, Meeusen (C-337/97, Rec. p. I-3289), apartado 27.

8 — Sentencia de 10 de noviembre de 1992 (C-326/90, Rec. p. I-5517).

suspensión del procedimiento no estaba justificada.

14. Como ninguna de las partes ha introducido una solicitud indicando las razones por las que deseaba presentar observaciones orales, el Tribunal de Justicia ha decidido, según lo dispuesto en el artículo 44 *bis* del Reglamento de Procedimiento, resolver el asunto sin celebrar vista.

VI. Examen del recurso

A. *Sobre la solicitud de declaración de incumplimiento*

15. Se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia citada por la demandante que la condición de residir en un Estado miembro constituye una discriminación encubierta por razón de la nacionalidad, perjudicial para los ciudadanos de los demás Estados, y que una prestación como la controvertida debe ser considerada una ventaja social, que hay que conceder a los ciudadanos de los otros Estados en las mismas condiciones que a los propios nacionales.

16. En la contestación a la demanda, Luxemburgo dice dejar a salvo la cuestión de si la condición de residencia durante cinco años es discriminatoria, sin avanzar ningún argumento a este respecto, y manifiesta estar dispuesto a modificar la legislación que la recoge. Aun cuando el Estado demandado solicite al Tribunal de Justicia la desestimación del recurso por adjuntar el proyecto de ley, cuya promulgación tampoco consta en autos, considero que su postura equivale a un allanamiento.

17. Además, es sabido que el objeto de un recurso interpuesto con arreglo al artículo 226 CE viene determinado por el dictamen motivado de la Comisión y que, incluso en el caso de que haya cesado el incumplimiento con posterioridad al plazo determinado en el párrafo segundo del mismo artículo, sigue existiendo un interés en la prosecución de la acción, a fin de sentar las bases de la responsabilidad en que un Estado miembro haya podido incurrir en relación con quienes posean derechos afectados por el mencionado comportamiento.[9]

18. La sugerencia de suspender el procedimiento no resulta tampoco pertinente, ya que no concurren en este caso circunstancias que justifiquen tal decisión en la letra b) del apartado 1 del artículo 82 *bis* del Reglamento de Procedimiento. De cualquier manera, hasta abril de 2002, la

9 — Sentencias de 7 de febrero de 1973, Comisión/Italia (39/72, Rec. p. 101), apartado 11; y de 17 de junio de 1987, Comisión/Italia (154/85, Rec. p. 2717), apartado 6.

Comisión no ha dado ninguna señal de querer desistir de su recurso.

19. Puesto que ha quedado acreditado, sin ningún género de dudas, que Luxemburgo no ha ejecutado la obligación de adaptar su derecho interno a las disposiciones del artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68 y del artículo 43 CE, dentro del plazo concedido en el dictamen motivado, procede acceder a la petición de la Comisión y condenarlo por incumplimiento, con imposición de costas.

B. *Sobre la solicitud de que el Tribunal de Justicia especifique las consecuencias de la declaración de incumplimiento*

20. En el apartado 20 de la demanda, la Comisión pretende que, además de declararse el incumplimiento del Estado luxemburgués, se indiquen las consecuencias que acarrea, a fin de que el derecho comunitario pueda surtir plenos efectos en favor de los ciudadanos de otros Estados miembros afectados en el pasado por la legislación proscrita.

La Comisión pidió a las autoridades luxemburguesas, en una carta enviada el 24 de julio de 2000 por la directora general de empleo y asuntos sociales, información sobre las medidas adoptadas para regularizar, de manera inmediata, la situación de los ciudadanos comunitarios que hubieran presentado una solicitud para la obtención de la prestación controvertida. En apoyo de esta petición alegaba la aplicabilidad directa en todo el territorio de la Unión del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y la primacía del derecho comunitario. En la carta remitida a la Comisión por la Representación permanente de Luxemburgo el 26 de octubre siguiente se indicaba que esa actuación resultaba imposible, a falta de disposición legal que contemplase la concesión de la prestación a los ciudadanos comunitarios sin condición de residencia previa en el Gran Ducado.

21. No puedo dejar de expresar mi simpatía por la posición de la Comisión, pero debo reconocer que no procede acceder a su petición por las razones que paso a exponer.

22. En primer lugar, según reiterada jurisprudencia, el escrito de requerimiento que la Comisión dirige al Estado miembro y, posteriormente, el dictamen motivado delimitan el objeto del litigio, que ya no puede ser ampliado. La posibilidad de que el Estado miembro afectado presente sus observaciones constituye, aun cuando no sea utilizada, una garantía esencial establecida por el Tratado y su observancia es un requisito sustancial de forma de la regularidad del procedimiento por el que se declara un incumplimiento. Por consiguiente, el dictamen motivado y el recurso de la

Comisión deben basarse en las mismas imputaciones que el escrito de requerimiento que inicia el procedimiento administrativo previo. [10]

Aunque la Comisión no está obligada a precisar en el dictamen motivado las prevenciones que permiten eliminar el incumplimiento, debe apuntar, al menos, las imputaciones sobre las que pretende litigar. Si se propone convertir la no adopción de determinada medida en el objeto de su recurso, tiene que indicar específicamente al Estado miembro interesado la necesidad de adoptarla. [11]

En el asunto que estoy examinando, sin embargo, la Comisión no instó al Gobierno luxemburgués a regularizar de inmediato la situación de los ciudadanos de otros Estados miembros a quienes había denegado la prestación de ingresos mínimos garantizados, por no cumplir la condición de residencia ni en el escrito de requerimiento ni en el dictamen motivado remitido en enero de 2000. Según los documentos que obran en los autos, esta petición no se realizó hasta el mes de julio siguiente, en una carta de la directora general de empleo y asuntos sociales, cuando las autoridades luxemburguesas ya habían contestado al dictamen y el objeto del futuro litigio había quedado delimitado.

23. En segundo lugar, las consecuencias que acarrea una declaración de incumplimiento se recogen en el artículo 228 CE: el Estado miembro está obligado a adoptar las medidas necesarias para ejecutar la sentencia del Tribunal de Justicia.

Y estas medidas no se limitan a eliminar los efectos de la legislación nacional para el futuro, sino que, al producir la sentencia efectos *ex tunc,* se extienden también a la supresión de las consecuencias perjudiciales ocasionadas desde el momento en que nació la incompatibilidad con la normativa comunitaria. [12] Como es sabido, los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por violaciones del derecho comunitario. Ese deber se basa, entre otros, en el artículo 10 CE, en virtud del cual los Estados miembros han de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, entre las que se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del derecho comunitario.

De acuerdo con la jurisprudencia, la interpretación que el Tribunal de Justicia hace

10 — Sentencias de 29 de septiembre de 1998, Comisión/Alemania (C-191/95, Rec. p. I-5449), apartado 55; de 28 de octubre de 1999, Comisión/Austria (C-328/96, Rec. p. I-7479), apartado 34; y de 9 de noviembre de 1999, Comisión/Italia (C-365/97, Rec. p. I-7773), apartado 23.

11 — Sentencia Comisión/Austria, antes citada, apartado 39.

12 — Sentencia de 16 de diciembre de 1960, Humblet/Estado belga (6/60, Rec. p. 1125 y ss., especialmente, p. 1146), por lo que se refiere al Tratado CECA, y de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (asuntos acumulados C-6/90, C-9/90, Rec. p. I-5357), apartado 36, para el Tratado CE.

de una disposición de derecho comunitario se limita a aclarar y a especificar, cuando es necesario, el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido entenderse y aplicarse desde el momento de su entrada en vigor. [13]

A esto hay que añadir que el Estado miembro no ha pedido al Tribunal, como habría podido hacer, que limite los efectos de la sentencia en el tiempo.

Creo que no se puede admitir que, a estas alturas, un Estado miembro pretenda escudarse en la falta de legislación nacional para negar la igualdad de trato a los ciudadanos de los Estados miembros residentes en su territorio, máxime cuando la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia ha considerado ventaja fiscal, en el sentido del artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68, prestaciones de muy similares características [15] y varios Estados han sido condenados por imponer una condición de residencia previa en su territorio para obtenerlas. [16] De lo contrario, les resultaría muy fácil eludir las obligaciones que les impone el derecho comunitario por el simple recurso de no legislar o de retrasar todo lo posible la adaptación de las normas nacionales.

24. Por último, si el Estado miembro es, como propongo, condenado por incumplimiento en este procedimiento y persiste en su negativa contumaz a regularizar la situación de los perjudicados antes de la entrada en vigor de la normativa modificada, la Comisión dispone de la posibilidad de introducir un nuevo recurso ante el Tribunal de Justicia. Desde principios de 1998, cuando recibió la denuncia individual, hasta que la nueva Ley resulte aplicable [14] habrán transcurrido varios años durante los que dicho Estado miembro ha seguido, al parecer, infringiendo el derecho comunitario.

25. Por los motivos expuestos considero que no procede acceder a la solicitud de la Comisión para que el Tribunal de Justicia especifique las consecuencias de la declaración de incumplimiento.

13 — Sentencias de 11 de agosto de 1995, Roders y otros (asuntos acumulados C-367/93 a C-377/93, Rec. p. I-2229), apartado 42; y de 24 de septiembre de 1998, Comisión/Francia (C-35/97, Rec. p. I-5325), apartado 46.

14 — Hay que tener presente que la reforma de 1999, que redujo de diez a cinco años la duración del periodo de residencia necesario para poder optar a la prestación, no entró en vigor hasta nueve meses después de su publicación.

15 — Sentencias de 27 de marzo de 1985, Scrivner (122/84, Rec. p. 1027) y Hoeckx, antes citada; de 6 de junio de 1985, Frascogna (157/84, Rec. p. 1739); de 9 de julio de 1987, Frascogna (256/86, Rec. p. 3431); y de 27 de mayo de 1993, Schmid (C-310/91, Rec. p. I-3011).

16 — Sentencias de 10 de noviembre de 1992, Comisión/Bélgica, antes citada; de 10 de marzo de 1993, Comisión/Luxemburgo (C-111/91, Rec. p. I-817); y de 12 de septiembre de 1996, Comisión/Bélgica (C-278/94, Rec. p. I-4307).

VII. Conclusión

26. A tenor de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que:

1) Declare que el Gran Ducado de Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, y del artículo 43 CE, al haber mantenido en su legislación interna una condición de residencia previa en su territorio durante cinco años, para la concesión de la prestación de ingresos mínimos garantizados.

2) Condene a dicho Estado miembro a cargar con las costas del proceso.