CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MARCO DARMON

presentadas el 10 de junio de 1986 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. De nacionalidad neerlandesa, el Sr. Segers dirige desde 1980 una empresa comercial —la «Free Promotion International»—, cuyo domicilio social se encuentra en los Países Bajos. Deseoso de extender su actividad, especialmente en operaciones de mediación en el mercado financiero, decide transformarla en sociedad de responsabilidad limitada. Por estimar, a la vez, demasiado largos los plazos legales previstos en los Países Bajos para esta transformación y más atractiva la denominación «Ltd» que su equivalente neerlandés «BV», procede de la forma siguiente:

— creación en el Reino Unido de una «private company limited by shares», denominada «Slenderose Ltd»;

— transformación de la empresa neerlandesa en filial de la sociedad británica, bajo la denominación de «Free Promotion International Company Ltd», que desempeña de hecho todas las actividades de Slenderose.

Después de esta operación y para acogerse a los beneficios que establece la ley neerlandesa relativa al seguro de enfermedad (Ziektewet), el Sr. Segers se dirige a la Asociación profesional del sector bancario, de los seguros, del comercio mayorista y de las profesiones liberales, institución competente en la materia (en adelante la Asociación). Ésta rechaza la petición, basándose en que el Sr. Segers no podría ser considerado trabajador por cuenta ajena en su empresa, al no tener su relación de trabajo ningún vínculo de subordinación. Sin mayor éxito ante el órgano jurisdiccional de primera instancia competente, el demandante en el asunto principal interpone recurso ante el Centrale Raad van Beroep, cuya resolución de remisión plantea el problema de interpretación que se somete a este Tribunal de Justicia.

2. La Ziektewet cubre a las personas que sean trabajadores por cuenta ajena, que se caracterizan precisamente por la existencia de un vínculo de subordinación con respecto al empresario. De acuerdo con la observación del órgano jurisdiccional neerlandés, dicha calificación no puede en principio reconocerse al director de una sociedad que posee la mitad de las participaciones en su empresa, perteneciendo la otra mitad a su esposa. Sin embargo, debido a la voluntad del legislador de coordinar las reglas aplicables en materia social y fiscal, el mismo Centrale Raad van Beroep ha rectificado su jurisprudencia anterior: en dos sentencias de 10 de diciembre de 1968, equiparó al director de una sociedad poseedor del 50 % o más de las participaciones en esta última a un trabajador por cuenta ajena.

Ahora bien, la Asociación considera que hay que limitar los beneficios de esta equiparación a los directores/titulares tenedores mayoritarios de participaciones en sociedades que tengan su domicilio social en los Países Bajos. Por ello, el Sr. Segers, aunque de nacionalidad neerlandesa, al ser director de una sociedad cuyo domicilio social se en-

* Traducido del francés.

cuentra en Londres, no puede, según ella, disfrutar de dichos beneficios.

El Centrale Raad van Beroep se ve en la necesidad de plantear al Tribunal de Justicia las dos preguntas siguientes:

«1) ¿Imponen los principios de libertad de establecimiento en la Comunidad Económica Europea y de libre prestación de servicios en el interior de la Comunidad Económica Europea —especialmente las disposiciones combinadas de los artículos 52, *in fine*, y 58, por una parte, y de los artículos 60, *in fine*, y 66 del Tratado CEE, por otra—, al juez neerlandés llamado a apreciar la obligación de asegurar en virtud de una ley neerlandesa en materia de seguridad social, que no se hagan diferencias entre el director/titular de gran parte de las participaciones de una sociedad neerlandesa de responsabilidad limitada y el de una sociedad de responsabilidad limitada constituida con arreglo al Derecho de otro Estado miembro, incluso si es manifiesto que la sociedad extranjera no ejerce actividades comerciales en el otro Estado miembro, sino únicamente en los Países Bajos?

2) En caso de respuesta negativa, ¿prohíbe el Derecho comunitario en materia de seguridad social [especialmente el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento (CEE) nº 1408/71] o cualquier otra disposición de Derecho comunitario que se produzca dicha diferenciación?»

3. Para delimitar el objeto de la consulta planteada a este Tribunal y dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional neerlandés, conviene, de forma preliminar, hacer las dos observaciones siguientes.

En primer lugar, es conveniente subrayar que la diferencia de trato examinada no está fundada en la nacionalidad del interesado. Lo determinante para el disfrute del régimen de seguridad social, es la localización —en los Países Bajos y no en otro Estado miembro— del domicilio social de la sociedad madre.

Precisemos, en segundo lugar, que el Sr. Segers, director de la sociedad Slenderose Ltd, está establecido en los Países Bajos, donde dirige igualmente su filial, en la que, recordemos, se cifra toda su actividad. No le son, pues, aplicables las disposiciones del artículo 59 del Tratado CEE, relativas a la libre prestación de servicios. Recordemos, en efecto, que según constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia estas disposiciones

«suponen [...] la eliminación de toda discriminación frente al prestatario, en razón de su nacionalidad o de la circunstancia de que esté establecido en un Estado miembro distinto de aquél en que debe efectuarse la prestación» (*traducción provisional*; en lo sucesivo **) (62-63/81, Seco, Rec. 1982, p. 223, apartado 8).

En definitiva, la diferencia de trato de que, según la Asociación, debería ser objeto el Sr. Segers, no deriva de la nacionalidad ni de la residencia del interesado, sino del establecimiento en otro Estado miembro del domicilio social de la sociedad madre que dirige. Por lo tanto, hay que investigar en los artículos 52 y 58 del Tratado, relativos a la libertad de establecimiento, si el nacional de un Estado miembro puede verse privado, por esta única razón, del disfrute de su legislación nacional en materia de seguridad social.

Aparte esta cuestión, la resolución de remisión, igual que las observaciones presentadas, aconseja, una vez comprobado que la filial neerlandesa de la sociedad Slenderose ejerce de hecho la totalidad de las activida-

des de esta última, averiguar igualmente si tal diferenciación está justificada desde el punto de vista de prevenir cualquier tentativa de fraude de ley.

Examinaré sucesivamente los dos aspectos del problema de interpretación que así queda circunscrito.

4. Según las disposiciones del párrafo 2 del artículo 52 del Tratado CEE:

«La libertad de establecimiento comprenderá [...] la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo 2 del artículo 58, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales [...]»

El párrafo 1 del artículo 52 extiende la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro

«a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro».

Esta disposición debe ponerse en relación con el artículo 58 del Tratado, según el cual

«las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad, quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros».

El principio fundamental del trato nacional, garantizado de esta forma por el artículo 52 desde la expiración del período transitorio e independientemente de las directivas previstas por los artículos 54 y 57 para su aplicación (Reyners, 2/74, Rec. 1974, p. 631, apartados 24 a 30), beneficia, pues, no solamente a las personas físicas, sino también a las sociedades, desde el momento en que éstas cumplan los dos requisitos acumulativos enunciados en el párrafo 1 del artículo 58, relativos, por una parte, a su legalidad y, por otra, a la existencia de un criterio de vinculación a uno de los Estados miembros.

La libertad de establecimiento supone, pues, por una parte, el derecho de todo nacional de un Estado miembro a establecer, incluso a título secundario, una sociedad en otro Estado miembro en las mismas condiciones que su legislación impone a sus propios nacionales (artículo 52, párrafo 2) y, por otra, el de una sociedad a desarrollar sus actividades en otro Estado miembro por intermedio de una agencia, una sucursal o una filial (artículo 52, párrafo 1).

Sobre este último aspecto, la sentencia en el asunto 270/83 de este Tribunal, Comisión contra Francia, de 28 de enero de 1986 (Rec. 1986, p. 273), relativa a la negativa por este Estado a conceder una exención fiscal a las sucursales y agencias francesas de las sociedades de seguro que tuvieran su central en otro Estado miembro, ha puesto de manifiesto el alcance de la equiparación de las sociedades a las personas físicas enunciada por el artículo 58 del Tratado, en los siguientes términos:

«para las sociedades es importante tener en cuenta en este contexto que su central en el sentido (de este artículo) sirve para determinar, al igual que la nacionalidad para las personas físicas, su vinculación al ordenamiento jurídico de un Estado». **

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que

«admitir que el Estado miembro de establecimiento pueda aplicar libremente una diferencia de trato por el único hecho de que la

central de una sociedad esté situada en otro Estado miembro, vaciaría [...] de su contenido esta disposición» ** (270/83, apartado 18).

He señalado ya, precisamente, que la decisión denegatoria opuesta al Sr. Segers tiene como fundamento exclusivo el hecho de que dirige una sociedad cuya central, conforme a sus estatutos, radica en Londres. Desde este punto de vista, en consecuencia, debe calificarse como discriminatoria.

Más aún: después de esta primera comprobación conviene añadir otra que resulta del caso de autos. Semejante diferencia de trato social corre el riesgo de disuadir de antemano a todo ciudadano, establecido en los Países Bajos, de crear una sociedad en el extranjero o de convertirse en accionista mayoritario de dicha sociedad. Desde esta perspectiva, lo que en definitiva quedaría vacío de contenido sería el derecho de las personas físicas, garantizado por el párrafo 2 del artículo 52 del Tratado CEE, a constituir y dirigir sociedades en otro Estado miembro.

También desde este punto de vista, la diferenciación de orden social que pretende establecer la Asociación parece constituir un obstáculo para el ejercicio de la libertad de establecimiento de los nacionales comunitarios que residan en los Países Bajos, desde el momento en que priva a la sociedad que dirigen del beneficio del trato nacional concedido a aquéllas cuyos dirigentes han mantenido el domicilio social en el territorio de dicho Estado.

5. Ninguno de los argumentos esgrimidos por la Asociación demandada para impedir la aplicación de los artículos 52 y 58, nos parece admisible.

En primer lugar, aunque es exacto que el artículo 58 CEE no asimila expresamente a las sociedades de origen extranjero con las sociedades nacionales, no hay por qué concluir que esta disposición sea inaplicable al caso presente. Al extender a las sociedades la aplicación del artículo 52 CEE, el artículo 58 les abre, efectivamente, el mismo ámbito de libertad que a los individuos, obligando a los Estados miembros a conceder los beneficios del trato nacional a las sociedades que tienen su domicilio social en cualquier otro Estado miembro de la Comunidad.

En segundo lugar, no se puede compartir con la Asociación la afirmación de que el caso de autos, por referirse a un ciudadano neerlandés residente en los Países Bajos, donde desarrolla de hecho todas sus actividades, es meramente de Derecho interno. En efecto, según he subrayado en varias ocasiones, la diferencia de trato que la Asociación pretende aplicar al Sr. Segers tiene como origen exclusivo el haber fijado en el Reino Unido el domicilio social de la sociedad madre. La situación se inscribe, pues, en el marco comunitario pergeñado por los artículos 52 y 58 CEE. Destaquemos, además, que importa poco que la filial ejerza de hecho la totalidad de las actividades de la sociedad británica, desde el momento en que esta última, constituida de acuerdo con el Derecho británico, cumple con uno de los tres criterios alternativos de vinculación enumerados por el artículo 58, en este caso, la fijación en Londres de su domicilio conforme a sus estatutos.

Finalmente, para excluir la discriminación que se le imputa, la demandada en el asunto principal sostiene que los nacionales de los Estados miembros pueden, con pleno conocimiento de causa, elegir entre constituir una sociedad en los Países Bajos o en otro Estado miembro. Semejante argumento supone, en realidad, dejar sin contenido la libertad de establecimiento de las sociedades, puesto que, bajo la apariencia engañosa de

una opción dejada libremente a los interesados, se disuade, al negarles una protección social, a las sociedades extranjeras de establecerse en los Países Bajos. Esta consecuencia puede considerarse como una restricción contraria a los principios combinados de los artículos 52 y 58. Como ha señalado la Comisión, la regla del trato nacional, aplicada a las sociedades que tienen su domicilio social en otro Estado miembro, supone para los miembros de su personal, directivos o no, la aplicación de la legislación social de que disfrutan sus homólogos de las sociedades cuyo domicilio social se encuentra en el Estado miembro de establecimiento. En este sentido y recogiendo la fórmula de este Tribunal (véase, por ejemplo, sentencia de 18 de junio de 1985, Steinhauser, 197/84, Rec. 1985, p. 1819, apartado 15), se encuentra una «referencia útil» en el «Programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento», de 18 de diciembre de 1961 (DO de 15.1.1962, p. 36; EE 06/01, p. 7) según el cual procede incluso especialmente, entre las restricciones a la libertad de establecimiento, aquéllas que

«prohíban o restrinjan el derecho a participar en la seguridad social [...]» [título III, apartado A, letra i)].

Por consiguiente, debe calificarse de restricción a la libertad de establecimiento, prohibida después de concluido el período transitorio por el artículo 52 del Tratado CEE, en relación con las disposiciones del artículo 58, la negativa a conceder a los dirigentes de una sociedad, por la única razón de que tiene su domicilio social en otro Estado miembro, el disfrute de la legislación nacional sobre el seguro de enfermedad, aplicable, por el contrario, a los dirigentes de las sociedades que tienen su domicilio social en los Países Bajos, no sólo debido a que surte el efecto de restringir la facultad de ejercer sus actividades en los Países Bajos por intermedio de una sucursal, de una agencia o de una filial creada a tal fin por las sociedades establecidas en otro Estado miembro, sino igualmente porque puede disuadir a los nacionales establecidos en los Países Bajos de la constitución de dicha sociedad o de convertirse en sus accionistas mayoritarios.

6. Queda por examinar la hipótesis del fraude de ley.

Para la Asociación, la transformación de una empresa de un Estado miembro en filial de una sociedad establecida en otro Estado miembro, podría permitir a los nacionales del primer Estado sustraerse a la aplicación de su legislación nacional. El interés general requeriría, pues, limitar el derecho de establecimiento para prevenir abusos de este tipo.

Esta argumentación me lleva a las siguientes observaciones.

La operación descrita se hace posible gracias a la combinación del derecho, reconocido a las personas físicas, a establecer una sociedad en un Estado miembro distinto, y del de las personas jurídicas, comprendidas las sociedades creadas de esta forma, a ejercer su actividad por intermediación de una filial en el país de origen de la persona física.

Por paradójica que pueda parecer esta situación, es la consecuencia lógica de los derechos garantizados por el Tratado. Por lo demás, participa del objetivo para el que se incluyó la libertad de establecimiento en el Tratado CEE: favorecer la libre circulación de las personas y, por ello, la realización de un mercado común. A este respecto, el he-

cho de que un nacional de un Estado miembro saque partido de la flexibilidad del Derecho británico de sociedades y explote el efecto de atracción que ejerce, según él, sobre la clientela una denominación que tiene connotaciones anglosajonas, entra dentro de esta perspectiva.

Ahora bien, incluso si la Asociación ha reconocido en la vista que su rechazo no estaba motivado por ninguna tentativa de fraude por parte del demandante en el asunto principal, no puede excluirse que una operación del mismo tipo que la emprendida por este último pueda servir para una finalidad de carácter fraudulento. Sin embargo, la simple eventualidad de que dicho riesgo se lleve a la práctica no puede justificar una restricción general al derecho de establecimiento de las personas físicas y jurídicas. Por el contrario, no se puede negar a las autoridades nacionales el derecho a comprobar, caso por caso, si las sociedades así constituidas lo han sido, tal como lo prevé expresamente el artículo 58 CEE, de acuerdo con las disposiciones legales previstas a este efecto. Asimismo, están facultadas para controlar las actividades de aquéllas en relación con las exigencias del orden público. El artículo 56 CEE implica, al respecto, que las reglas del Tratado

«no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas».

Con estas reservas y por muy legítimo que pueda ser su control, el Estado miembro debe aplicar a las sociedades de los otros Estados miembros las mismas condiciones de constitución y de actividad previstas para las sociedades «nacionales».

Sin que haya lugar, por lo tanto, a examinar la segunda cuestión prejudicial planteada por el Centrale Raad van Beroep, sugiero que el Tribunal de Justicia falle en el sentido de que:

La negativa a conceder los beneficios de un régimen de protección social al director de una sociedad, por la única razón de que esta última tenga su domicilio social en otro Estado miembro, constituye una restricción a la libertad de establecimiento, contraria a las disposiciones de los artículos 52 y 58 del Tratado CEE.