CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JEAN MISCHO

presentadas el 13 de julio de 2000 [1]

Índice

La normativa alemana en materia de vacaciones retribuidas y los hechos que dieron lugar al litigio principal ... I-7836

Las cuestiones prejudiciales ... I-7839

Sobre la aplicabilidad del artículo 48 del Tratado ... I-7841

La primera cuestión prejudicial ... I-7843

a) Sobre la existencia de una restricción a la libre prestación de servicios ... I-7850

b) Sobre la existencia de una discriminación ... I-7852

c) Sobre la existencia de una razón imperiosa de interés general ... I-7853

d) Sobre la salvaguardia del interés general de que se trata por las normas del Estado de establecimiento del prestador de servicios ... I-7856

e) Sobre la posibilidad de alcanzar el mismo resultado mediante normas menos restrictivas ... I-7858

La segunda cuestión prejudicial ... I-7860

a) Sobre la duración de las vacaciones retribuidas ... I-7860

Observaciones presentadas ... I-7861

Apreciación ... I-7863

b) Sobre la forma de pago de la paga de vacaciones ... I-7864

Observaciones presentadas ... I-7864

Apreciación ... I-7866

c) Sobre los datos que deben proporcionarse ... I-7867

Observaciones presentadas ... I-7869

Apreciación ... I-7871

La tercera cuestión prejudicial ... I-7875

Observaciones presentadas ... I-7877

Apreciación ... I-7878

La cuarta cuestión prejudicial ... I-7879

Conclusión ... I-7882

1 — Lengua original: francés.

1. Los presentes asuntos plantean de nuevo un problema que ya ha merecido la atención del Tribunal de Justicia en varias ocasiones: el de la interpretación del Derecho comunitario en relación con el desplazamiento temporal de trabajadores nacionales de la Unión Europea por parte de empresas establecidas en un Estado miembro (en lo sucesivo, «Estado de origen») al territorio de otro Estado miembro (en lo sucesivo, «Estado de acogida») en el marco de una prestación de servicios trasnacional.

La normativa alemana en materia de vacaciones retribuidas y los hechos que dieron lugar al litigio principal

2. El régimen alemán de vacaciones retribuidas de los trabajadores del sector de la construcción, que forma parte integrante de sus condiciones de trabajo y de empleo, está regulado por la Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer — Bundesurlaubsgesetz (Ley relativa a la duración mínima de las vacaciones de los trabajadores; en lo sucesivo «BUrlG») y por el Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (Convenio marco federal del sector de la construcción; en lo sucesivo, «BRTV»). Su aplicación es posible gracias a un sistema de fondos de vacaciones retribuidas regulado fundamentalmente por el Verfahrenstarifvertrag (Convenio colectivo relativo al sistema de fondos sociales; en lo sucesivo, «VTV»). Los dos convenios colectivos citados fueron declarados de aplicación general en el sector de la construcción mediante un decreto del Gobierno alemán.

3. El Arbeitsgericht Wiesbaden (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente») explica que la BUrlG impone, en principio, un período de carencia de seis meses durante el cual el trabajador debe haber trabajado para su empresario antes de adquirir por vez primera el derecho a un período completo de vacaciones anuales. No obstante, el sector de la construcción presenta una particularidad que hace necesaria una normativa especial con respecto al régimen de vacaciones anuales retribuidas. En efecto, este sector se caracteriza por el hecho de que el lugar de trabajo cambia con suma frecuencia, lo que tiene como consecuencia que los trabajadores cambian frecuentemente de empresario, y que «los contratos de una duración inferior a un año son muy habituales». En estas circunstancias, es frecuente que no se haya cubierto el período de carencia legal, de modo que el trabajador sólo tenga derecho a algunos días de vacaciones, e incluso no tenga derecho a ellas. A esto se añade el hecho de que, en la mayoría de los casos, los trabajadores no disfrutan de sus vacaciones en forma de tiempo libre, debido a la resolución de su contrato de trabajo, sino que deben contentarse con una compensación financiera correspondiente a las vacaciones a que tienen derecho.

4. La BUrlG [2] permite que los convenios colectivos establezcan excepciones en la medida requerida para que, a pesar de los frecuentes cambios de empresario, los trabajadores de la construcción puedan conservar su derecho a unas vacaciones anuales continuadas.

2 — Artículo 13, apartado 2, de la BUrlG.

5. Sobre esta base y con este objetivo, el BRTV [3] estableció una normativa que prevé que los diferentes contratos de trabajo celebrados por el trabajador durante el año de referencia, normalmente un año civil, deben considerarse como si se tratara de un solo contrato de trabajo, lo que permite al trabajador, gracias a esta ficción, sumar los derechos a vacaciones que ha adquirido con los diferentes empresarios durante el año de referencia y disfrutar de la totalidad de dichos derechos con su actual empresario, independientemente de la duración del contrato de trabajo que le vincule a éste.

6. Normalmente, este sistema tendría como consecuencia imponer una pesada carga financiera a este último empresario, ya que se vería obligado a pagar al trabajador la paga de vacaciones correspondientes incluso a los días de vacaciones acumulados con los anteriores empresarios. Fue precisamente con el objetivo de eliminar este riesgo y de garantizar un reparto equitativo de las cargas financieras entre los respectivos empresarios por lo que los interlocutores sociales alemanes decidieron crear los fondos de vacaciones retribuidas.

7. Los empresarios alemanes abonan el 14,45 % de la masa salarial bruta de su empresa al fondo de vacaciones retribuidas y, a cambio, tienen derecho al reembolso total o parcial de las prestaciones que hayan pagado a los trabajadores (paga de vacaciones, paga extraordinaria complementaria e incluso reducción porcentual de las cotizaciones a la seguridad social que el empresario debe abonar).

8. Cada mes, los empresarios deben comunicar determinados datos al Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (Fondo de compensación salarial y de vacaciones del sector de la construcción; en lo sucesivo, «Ulak») con el fin de que éste pueda determinar la masa salarial mensual bruta de la empresa y calcular el importe de las cotizaciones adeudadas.

9. El Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (Ministro Federal de Trabajo y Seguridad Social) adoptó un decreto en virtud del cual la aplicación del BRTV y el VTV se extiende asimismo a los empresarios y trabajadores que no suscribieran los convenios colectivos, siempre que estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación de dichos convenios en razón de la empresa, del territorio y de la persona del trabajador.

10. Mediante la Arbeitnehmerentsendegesetz de 26 de febrero de 1996 [4] (Ley relativa al desplazamiento temporal de trabajadores; en lo sucesivo, «AEntG»), las disposiciones de los convenios colectivos del sector de la construcción relativas a los derechos a vacaciones retribuidas antes citadas se declararon aplicables, con efecto a 1 de

3 — Artículo 8 del BRTV.

4 — Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen — Arbeitnehmer-Entsendegesetz — AEntG, de 26 de febrero de 1996 (BGBl. I, p. 227) (Ley relativa a las condiciones de trabajo aplicables con carácter obligatorio a las prestaciones de servicios transfronterizos).

marzo de 1996 y bajo determinadas condiciones, a los contratos de trabajo existentes entre empresas cuyo domicilio social se encuentre en un Estado miembro distinto de la República Federal de Alemania (en lo sucesivo, «prestadores de servicios extranjeros») y los trabajadores que desplacen, durante un período determinado, a una obra situada en Alemania para la ejecución de trabajos de construcción (en lo sucesivo, «trabajadores desplazados»).

11. A tal fin, se modificó el artículo 8 del BRTV, relativo a los derechos a vacaciones de los trabajadores del sector de la construcción, complementándose además el VTV, con efecto a partir del 1 de enero de 1997,[5] con una tercera parte titulada «Régimen de vacaciones para los empresarios establecidos fuera de Alemania y sus trabajadores que trabajan en Alemania».[6]

12. No obstante, en sus observaciones escritas el Gobierno alemán señaló «que el régimen de los fondos de seguros sociales en el sector de la construcción comprende una multitud de prestaciones estipuladas en los convenios colectivos. Además del régimen de vacaciones retribuidas, los interlocutores sociales del sector de la construcción también confiaron a los fondos de seguros sociales de este sector, teniendo en cuenta sus particularidades, la gestión de las siguientes prestaciones: la compensación salarial durante los períodos comprendidos entre el 24 y el 26 de diciembre y el 31 de diciembre y el 1 de enero; el seguro complementario de vejez y la formación permanente. De todas estas prestaciones, la AEntG se limitó únicamente a extender la gestión mediante el sistema de fondos de seguros sociales de la prestación "vacaciones retribuidas", que corresponde al empresario, a las empresas que tengan su domicilio en el extranjero y a sus trabajadores desplazados». El Gobierno alemán subraya que, por tanto, el legislador limitó su intervención a lo que constituye la propia esencia de las condiciones de trabajo aplicables en caso de desplazamiento temporal.

13. Por consiguiente, los prestadores de servicios extranjeros activos que operan en el sector de la construcción están obligados, en adelante, a participar en el régimen alemán de fondos, lo que se traduce, en particular, en la obligación de abonar al Ulak el 14,25 % de la masa salarial bruta correspondiente a los trabajadores que han desplazado al territorio alemán (hasta el 30 de junio de 1997, el porcentaje era del 14,82 %) y comunicar a dicho fondo una serie de datos.

14. Cuando un trabajador desplazado desea ejercer su derecho a vacaciones retribuidas, el prestador de servicios extranjero debe informar de ello al Ulak. En ese caso, éste abona directamente al trabajador el importe de la paga de vacaciones a que tiene derecho.[7] A diferencia de los empresarios establecidos en Alemania, los prestadores de servicios extranjeros no tienen, por tanto, necesidad de adelantar al trabajador la paga de vacaciones que se le adeuda. En consecuencia, tampoco tienen derecho a un reembolso por parte del Ulak.

5 — Convenio colectivo de modificación de 18 de diciembre de 1996.

6 — Nuevos artículos 55 a 71 del VTV.

7 — Artículo 65 del VTV.

15. El mismo procedimiento se aplica, de conformidad con el artículo 66 del VTV, cuando se trata de abonar una compensación por vacaciones en el caso de que el trabajador desplazado regrese a su país sin haber tomado las vacaciones que le corresponden en Alemania. [8]

16. La obligación de proporcionar datos impuesta a los prestadores de servicios establecidos fuera de Alemania parece ser más importante que la impuesta a las empresas alemanas.

17. Durante 1997, las sociedades portuguesas Santos & Kewitz Construções Ld.ª (en lo sucesivo, «Santos»), Tecnamb-Tecnologia do Ambiente Ld.ª (en lo sucesivo, «Tecnamb»), Finalarte Sociedade de Construção Civil Ld.ª (en lo sucesivo, «Finalarte»), Portugaia Construções Ld.ª (en lo sucesivo, «Portugaia»), Engil Sociedade Construção Civil SA (en lo sucesivo, «Engil»), Amilcar Oliveira Rocha (en lo sucesivo, «Amilcar»), Turiprata Construções Civil Ld.ª (en lo sucesivo, «Turiprata»), Duarte dos Santos Sousa (en lo sucesivo, «Duarte») y la sociedad inglesa Tudor Stone Ltd (en lo sucesivo, «Tudor») desplazaron temporalmente a Alemania, en el marco de la libre prestación de servicios, trabajadores asalariados para la realización de trabajos de construcción.

18. Dichas sociedades sostienen que el Derecho comunitario se opone a que se les aplique el régimen de fondos de vacaciones retribuidas y, más concretamente, a la obligación de cotizar y proporcionar datos al Ulak.

19. Mientras que las sociedades Finalarte, Portugaia y Engil ejercieron una acción «declarativa negativa» ante el Arbeitsgericht Wiesbaden con objeto de que éste declare que no están sujetas a las obligaciones que les impone la AEntG, las demás sociedades fueron demandadas por el Ulak ante este mismo órgano jurisdiccional con objeto de que se las condenara por no haber cotizado o proporcionado los datos exigidos.

Las cuestiones prejudiciales

20. Con este telón de fondo el órgano jurisdiccional remitente planteó al Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, las cuatro cuestiones siguientes:

«1) ¿Deben interpretarse los artículos 48, 59 y 60 del Tratado CE, en el sentido de que se oponen a una disposición de Derecho nacional —el artículo 1, apartado 3, primera frase, de la AEntG— que extiende a un empresario establecido en el extranjero y a sus trabajadores desplazados, en el ámbito de aplicación territorial de determinados

8 — Artículo 8, punto 7.1, inciso i), del BRTV.

convenios colectivos, la aplicación de las normas jurídicas contenidas en dichos convenios colectivos, declarados de aplicación general, relativas a la percepción de cotizaciones y a la concesión, por parte de organismos gestionados conjuntamente por los interlocutores sociales, de prestaciones relacionadas con el derecho a vacaciones de los trabajadores, y, por ende, también las normas jurídicas contenidas en dichos convenios colectivos relativas al sistema que debe respetarse al efecto?

2) ¿Deben interpretarse los artículos 48, 59 y 60 del Tratado CE, en el sentido de que se oponen a las disposiciones contenidas en el artículo 1, apartado 1, segunda frase, y apartado 3, primera frase, de la AEntG, que entrañan la aplicación de normas jurídicas contenidas en convenios colectivos declarados de aplicación general que:

a) establecen una duración de las vacaciones superior a la duración mínima de las vacaciones anuales establecida en la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo;

o

b) confieren a los empresarios establecidos en Alemania el derecho al reembolso, por parte de organismos gestionados conjuntamente por los interlocutores sociales, de las cantidades abonadas en concepto de paga de vacaciones y paga extraordinaria de vacaciones, mientras que no contemplan tal derecho para los empresarios establecidos en el extranjero, sino que, en su lugar, confieren a los trabajadores desplazados un derecho directo frente a dichos organismos gestionados conjuntamente por los interlocutores sociales;

o

c) imponen a los empresarios establecidos en el extranjero, en el marco del sistema de fondos sociales aplicable con arreglo a dichos convenios colectivos, obligaciones de información para con los organismos gestionados conjuntamente por los interlocutores sociales que, por el volumen de la información que debe proporcionarse, exceden de las obligaciones impuestas a los empresarios establecidos en Alemania?

3) ¿Deben interpretarse los artículos 48, 59 y 60 del Tratado CE, en el sentido de que se oponen a la disposición contenida en el artículo 1, apartado 4, de la AEntG, con arreglo a la cual, a efectos de la inclusión en el ámbito de aplicación empresarial de un convenio colectivo declarado de aplicación general que, en virtud del artículo 1, apartado 3, primera frase, de la AEntG, también se aplica a los empresarios

establecidos en el extranjero y a los trabajadores desplazados por ellos, en el ámbito de aplicación territorial de dicho convenio colectivo, se considera que todos los trabajadores desplazados a Alemania por un empresario —y sólo ellos— constituyen un centro de trabajo, mientras que en el caso de los empresarios establecidos en Alemania se aplica un concepto de centro de trabajo diferente que, en determinados casos, da lugar a una delimitación distinta de los centros de trabajo comprendidos dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo declarado de aplicación general?

4) ¿Debe interpretarse el artículo 3, apartado 1, letra b), de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, en el sentido de que, en cualquier caso, a la luz de la correcta interpretación de los artículos 48, 59 y 60 del Tratado CE, ni impone ni autoriza las normas objeto de las dudas expuestas en las tres primeras cuestiones?»

21. Antes de entrar en el examen de estas cuestiones, me parece oportuno examinar si el artículo 48 del Tratado CE (actualmente artículo 39 CE, tras su modificación) es efectivamente aplicable en una situación como la controvertida en los litigios principales.

Sobre la aplicabilidad del artículo 48 del Tratado

22. No se discute que el litigio principal tiene por objeto una situación de hecho en la que una empresa que tiene su domicilio social en un Estado miembro desplaza por un período determinado a sus propios trabajadores a una obra situada en Alemania para la ejecución de una prestación de servicios trasnacional. Ninguna de las partes discute que el presente caso está comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación) y del artículo 60 del Tratado CE (actualmente artículo 50 CE).

23. Sin embargo, no muestran la misma unanimidad por lo que respecta a la cuestión de si el desplazamiento de los trabajadores en el marco de una prestación de servicios trasnacional está comprendido asimismo dentro del ámbito de aplicación del artículo 48 del Tratado.

24. El órgano jurisdiccional remitente estima que las disposiciones nacionales del tipo de las que evoca en las cuestiones prejudiciales, suponiendo que entrañen restricciones a la libre prestación de servicios, tienen como consecuencia de ello un efecto restrictivo indirecto sobre la libre circulación de trabajadores, pues las probabilidades de que los trabajadores (potenciales) sean contratados y desplazados al extranjero se reducen en la medida en que, como consecuencia de la extensión del régimen de

los fondos de vacaciones, se impide a un empresario ejercer una actividad en Alemania en el marco de la libre prestación de servicios.

25. Las sociedades Finalarte y Portugaia sostienen que el artículo 48 del Tratado se aplica al desplazamiento de trabajadores. Alegan que la aplicación de disposiciones nacionales que someten a un prestador de servicios extranjero al régimen alemán de los fondos de vacaciones implica una restricción a la libre prestación de servicios consagrada por el artículo 59 del Tratado e infringe simultáneamente el artículo 48 del Tratado al impedir a los trabajadores desplazados «seguir» a su empresario en el Estado de acogida y trabajar en él en las condiciones de trabajo aplicables en el Estado de origen.

26. El Gobierno alemán responde que la cuestión de si el desplazamiento de trabajadores está comprendido o no dentro del ámbito de aplicación del artículo 48 del Tratado carece de pertinencia para la resolución del litigio principal, ya que la libre circulación de trabajadores constituye un derecho fundamental que no puede ser invocado por los propios trabajadores.

27. Sostiene, con carácter subsidiario, que el artículo 48 no confiere a un trabajador desplazado ningún derecho a trabajar en las condiciones vigentes en el Estado de origen, sino que, por el contrario, consagra el principio de la igualdad de trato, lo que significa que el trabajador debe poder ser empleado en las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores nacionales.

28. El Ulak desarrolla la misma interpretación del artículo 48 que el Gobierno alemán y subraya que el Arbeitsgericht Wiesbaden se basa en meras presunciones, ya que la entrada en vigor de la AEntG no supuso ninguna reducción del número de trabajadores desplazados en Alemania.

29. Por mi parte, considero, al igual que el Ulak, el Gobierno belga y la Comisión, que la cuestión ya quedó zanjada en las sentencias Rush Portuguesa y Vander Elst. [9] Según el apartado 21 de esta última sentencia, «el personal de una empresa establecida en un Estado miembro que es enviado temporalmente a otro Estado miembro para realizar prestaciones de servicios no pretende en modo alguno acceder al mercado laboral de este segundo Estado, ya que vuelve a su país de origen o de residencia después de haber concluido su misión».

30. Por este hecho, el artículo 48 no se aplica a su situación y no procede examinar las cuestiones planteadas a la luz de dicha disposición. Si algunos de los trabajadores desplazados desearan dejar de trabajar para la empresa que los ha llevado a Alemania para celebrar un contrato de trabajo con una empresa establecida en este Estado miembro, es evidente que el artículo 48 les conferiría el derecho de hacerlo. Sin embargo, esto no tiene nada que ver con el problema de las eventuales restricciones a la libre prestación de servicios por parte de empresas extranjeras planteado en el

9 — Sentencias de 27 de marzo de 1990 (C-113/89, Rec. p. I-1417), y de 9 de agosto de 1994 (C-43/93, Rec. p. I-3803).

marco de los litigios de que conoce el órgano jurisdiccional nacional.

La primera cuestión prejudicial

31. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pretende saber, fundamentalmente, si los artículos 59 y 60 del Tratado se oponen a la extensión del régimen de los fondos de vacaciones retribuidas a los empresarios establecidos en el extranjero que desplazan trabajadores a Alemania en el marco de una prestación de servicios.

32. En la parte introductoria de su resolución de remisión, el Arbeitsgericht Wiesbaden señala que «en primer lugar, las objeciones se derivan del hecho de que de la exposición de motivos de la AEntG se deriva, entre otros, el objetivo de proteger a las empresas del sector alemán de la construcción frente a la creciente presión competitiva en el mercado interior europeo, es decir, frente los competidores extranjeros». El órgano jurisdiccional remitente señala que, desde los primeros debates sobre el proyecto de AEntG, en varias ocasiones se indicó que dicha Ley pretendía sobre todo luchar contra «las condiciones de competencia desleal creadas por competidores europeos de bajos salarios» y el «dumping social y salarial».

33. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si es legítimo afirmar que los empresarios extranjeros que se benefician de la circunstancia de que en sus países se pagan salarios menos elevados debido a las diferencias de nivel de vida ejercen una competencia «desleal». Considera que, en la Unión Europea, la apertura de los mercados, un aspecto esencial del proyecto de mercado interior, debe permitir la intensificación de la competencia y un mejor reparto internacional del trabajo. A este respecto, se refiere al artículo 3 A, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 4 CE, apartado 1) y al artículo 102 A del Tratado CE (actualmente artículo 98 CE). Por consiguiente, impedir la competencia como tal no puede, en su opinión, constituir en sí mismo una razón legítima de interés general.

34. Este Abogado General no puede silenciar estas observaciones preliminares del órgano jurisdiccional remitente considerándolas como simples observaciones incidentales. En efecto, tales observaciones constituyen el telón de fondo de las cuestiones planteadas y parecen reflejar asimismo una preocupación común a diversos órganos jurisdiccionales alemanes. Dentro de algún tiempo, el Tribunal de Justicia deberá examinar el asunto Portugaia Construções (C-164/99), en el que el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en el propio texto de una de las cuestiones prejudiciales, si las razones imperiosas de interés general que justifican una restricción de la libre prestación de servicios pueden consistir no sólo en la protección social de los trabajadores desplazados, sino también en la protección de la industria nacional de la construcción y en la reducción del desempleo en el país de acogida.

35. Así pues, examinemos las cuestiones que se plantea el órgano jurisdiccional remitente en relación con el principio de libre competencia. A este respecto, procede señalar, en primer lugar, que, según la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, las medidas que constituyan una restricción a la libre prestación de servicios no pueden justificarse por objetivos de naturaleza económica. [10]

36. No obstante, por más que en los debates políticos que precedieron a la adopción de la AEntG y en la exposición de motivos de la propia Ley se utilizaran expresiones que pueden dar la impresión de que, en su caso, se trataba de la protección de un sector económico contra la competencia extranjera, debemos examinar únicamente el propio contenido de dicha Ley y de los demás textos controvertidos para comprobar si, considerada de manera objetiva, garantiza a los trabajadores desplazados, tal como afirma el Gobierno alemán, una protección social fundamentalmente idéntica a la protección de que disfrutan los trabajadores del sector de la construcción establecidos en Alemania.

37. Es obligado señalar, en primer lugar, que la mayor parte (y probablemente la totalidad) de los Estados miembros han aplicado disposiciones en materia de salarios mínimos que tienen por objeto garantizar a los trabajadores unas condiciones de vida dignas, así como disposiciones relativas a la jornada de trabajo diaria, semanal y anual que pretenden proteger su salud garantizándoles períodos de descanso suficientes.

38. Estas legislaciones tienen necesariamente como resultado impedir que determinadas empresas nacionales puedan obtener una ventaja competitiva con respecto a las demás empresas establecidas en el mismo país imponiendo a sus trabajadores condiciones de trabajo menos favorables.

39. Ahora bien, no hay nada en el Tratado que obligue a los Estados miembros a aceptar una concepción diferente de la competencia cuando se trata de los intereses de empresas establecidas en otros Estados, ni a tolerar que dichas empresas puedan obtener una ventaja competitiva incumpliendo la legislación de que se trate. En el apartado 25 de la sentencia Vander Elst, antes citada, el Tribunal de Justicia reconoció, por el contrario, que es legítimo pretender «exclu[ir] de todas maneras cualquier riesgo apreciable de explotación de trabajadores y de alteración de la competencia entre las empresas» (Rec. p. I-3803 y ss., especialmente p. I-3826).

40. Seguidamente, recordaré que la política social, incluidas las normas relativas a las condiciones de trabajo, sigue siendo, en principio, competencia de los Estados miembros. En virtud del artículo 118 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del

10 — Sentencias de 26 de abril de 1988, Bond van Adverteerders y otros (352/85, Rec. p. 2085), y de 5 de junio de 1997, SETTG (C-393/95, Rec. p. I-3091).

Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE), «la Comunidad *apoyará y completará la acción de los Estados miembros*[11] en los siguientes ámbitos:

— la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores;

— las condiciones de trabajo;

— [...]»

41. En consecuencia, los Estados miembros determinan libremente el nivel de la protección social que pretenden garantizar a sus trabajadores. Los Estados miembros siguen manteniendo este derecho aun cuando se haya producido una cierta armonización de las condiciones de trabajo en el interior de la Comunidad.

42. Ahora bien, es evidente que, si los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros pudieran eludir el respeto del nivel de protección social existente en el Estado miembro de acogida, éste acabaría sin lugar a dudas siendo cuestionado, ya que los empresarios establecidos en dicho Estado miembro reivindicarían una reducción de dicho nivel de protección para poder luchar en igualdad de condiciones con las empresas prestadoras de servicios.

43. Así pues, el principio general es efectivamente que el Derecho de un Estado miembro se aplica también, con las excepciones que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la que me referiré más adelante, a las empresas «extranjeras» prestadoras de servicios. Así lo confirma el artículo 60, último párrafo, del Tratado CE (actualmente artículo 50 CE, último párrafo), donde se puede leer que el prestador puede «ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales».

44. En otros términos, y en contra de lo que afirmaron algunas de las sociedades partes en los litigios principales, el Tratado no confiere a las empresas el derecho de ejercer sus actividades en otro Estado miembro llevando con ellas no sólo su personal y su material, sino también la legislación de su país de origen.

45. Por otro lado, procede observar que el artículo 102 A del Tratado, citado por el órgano jurisdiccional remitente, se encuentra en el capítulo del Tratado dedicado a la política económica, y no en los relativos a las cuatro libertades fundamentales. El artículo 3 A del Tratado, por su parte, declara que «la acción de los Estados miembros y de la Comunidad incluirá [...] la adopción de una política económica que

11 — El subrayado es mío.

se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia».

46. No obstante, de dichas disposiciones no se desprende que el Derecho comunitario atribuya al principio del libre juego de la competencia un valor superior al que atribuye a otros principios. El hecho es que los Tratados europeos persiguen simultáneamente varios objetivos que hay que conciliar entre sí.

47. Ciertamente, el Arbeitsgericht Wiesbaden tiene razón al recordar que nadie ha pretendido cuestionar nunca la ventaja competitiva que se deriva de los salarios más bajos pagados en determinados Estados miembros por lo que respeta al coste de fabricación de las mercancías que posteriormente se exportan a otros Estados miembros.

48. No obstante, recuerdo que, en el preámbulo del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, los padres fundadores ya afirmaron que estaban «decididos a asegurar, mediante una acción común, el progreso económico y social de sus respectivos países», «fijando como fin esencial de sus esfuerzos la constante mejora de las condiciones de vida y de trabajo de sus pueblos».

49. En el siguiente considerando, reconocieron que «la eliminación de los obstáculos existentes exige una acción concertada para garantizar un desarrollo económico estable, un intercambio comercial equilibrado y una competencia leal».

50. En el artículo 117 del Tratado, en su versión de 1957, convinieron «en la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso».

51. Este pasaje fue reforzado en el artículo 136 CE, que ha sustituido al artículo 117 del Tratado CE, mediante una referencia adicional a la Carta Social Europea de 1961, a la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, al objetivo de fomentar el empleo, a una protección adecuada, al diálogo social, al desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y a la lucha contra las exclusiones.

52. Resulta interesante observar que, en una sentencia de 4 de abril de 1974,[12] citada por el Gobierno alemán en sus observaciones relativas a la no aplicabilidad, en el presente caso, del artículo 48 del Tratado, el Tribunal de Justicia se refirió a la finalidad de este artículo 117 para afirmar que el principio de no discriminación (en aquel caso, en materia de libre circula-

12 — Sentencia Comisión/Francia (167/73, Rec. p. 359), apartado 45.

ción de trabajadores) no sólo tiene por efecto permitir en cada Estado miembro, a los nacionales de los demás Estados miembros, un acceso igual al empleo, «sino también [...] el garantizar *a los nacionales* [13] que no sufrirán las consecuencias desfavorables que podrían resultar de la oferta o de la aceptación, por nacionales de otros Estados miembros, de condiciones de empleo o de retribución menos ventajosas que aquellas que están en vigor en el Derecho nacional, por estar prohibidas tal oferta o tal aceptación».

53. Los Gobiernos alemán y francés se remiten, por tanto, al espíritu de dicha jurisprudencia cuando afirman que la posibilidad de que, en una misma obra, los trabajadores desplazados reciban un salario menor que los del país de acogida y/o que disfruten, en relación con otros aspectos, de condiciones de trabajo menos favorables podría poner en peligro el nivel de protección social adquirido por los trabajadores del país de que se trata, e incluso su empleo. El Gobierno belga adoptó, básicamente, la misma postura.

54. Del artículo 117, último párrafo, del Tratado se desprende asimismo que aun contando con que una «armonización de los sistemas sociales» resultará «del funcionamiento del mercado común», los autores del Tratado atribuyeron un importante papel a las iniciativas «voluntaristas» que tuvieran por objeto la mejora de las condiciones de trabajo. Las dos Directivas mencionadas en el marco de los presentes asuntos, a saber, la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo [14] (en lo sucesivo, «Directiva sobre el tiempo de trabajo»), y la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios [15] (en lo sucesivo, «Directiva relativa al desplazamiento») constituyen una expresión de este tipo de iniciativas.

55. En el quinto considerando de esta última Directiva se lee lo siguiente:

«que el fomento de la prestación trasnacional de servicios requiere un clima de competencia leal y medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores».

56. Es probablemente por razones del tipo de las que se han expuesto (aunque no lo precisara) por las cuales el Tribunal de Justicia, por su parte, declaró ya en 1982, en la sentencia Seco y Desquenne & Giral, [16] que:

13 — El subrayado es mío.

14 — DO L 307, p. 18.

15 — DO L 18, p. 1.

16 — Sentencia de 3 de febrero de 1982 (asuntos acumulados 62/81 y 63/81, Rec. p. 223), apartado 14.

«Consta que el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros hagan extensiva la aplicación de sus legislaciones o de los convenios colectivos laborales celebrados por los interlocutores sociales en materia de salarios mínimos a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, aunque sea de carácter temporal, en su territorio, con independencia de cuál sea el país de establecimiento del empresario, al igual que el Derecho comunitario tampoco prohíbe a los Estados miembros hacer cumplir dichas normas por todos los medios adecuados al efecto.»

57. Tal como señalan, por un lado, el propio Arbeitsgericht Wiesbaden en sus observaciones relativas a su segunda cuestión y, por otro, el Gobierno alemán, la sentencia Rush Portuguesa, antes citada, confirmó, al menos de manera tácita, que este principio se extiende a toda la legislación y a los convenios colectivos laborales celebrados por los interlocutores sociales, ya que dicha sentencia reproduce el texto de la sentencia Seco y Desquenne & Giral, antes citada, sin hacer mención alguna a los salarios mínimos.

58. En consecuencia, no hay ninguna duda de que la República Federal de Alemania tiene derecho a imponer a los prestadores de servicios extranjeros también su normativa relativa a la duración de las vacaciones, así como, al menos en principio, el mecanismo del fondo de vacaciones. No obstante, las características de este mecanismo deben ser objeto de un examen detallado, ya que el artículo 60, párrafo tercero, del Tratado no implica «que toda legislación nacional aplicable a los nacionales de este Estado y que, normalmente, contempla una actividad permanente de las empresas establecidas en él, pueda aplicarse íntegramente y de la misma manera a actividades de carácter temporal ejercidas por empresas establecidas en otros Estados miembros». [17]

59. En efecto, tal como el Tribunal de Justicia recordó en los apartados 33 a 38 de la sentencia Arblade y otros: [18]

«33 Según jurisprudencia reiterada, el artículo 59 del Tratado no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino suprimir también cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos (véanse las sentencias de 25 de julio de 1991, Säger, C-76/90, Rec. p. I-4221, apartado 12; de 9 de agosto de 1994, Vander Elst, C-43/93, Rec. p. I-3803, apartado 14; de 28 de marzo de 1996, Guiot, C-272/94, Rec. p. I-1905, apartado 10; de 12 de diciembre de 1996, Reisebüro Broede, C-3/95, Rec. p. I-6511, apartado 25, y de 9 de julio de 1997, Parodi, C-222/95, Rec. p. I-3899, apartado 18).

17 — Sentencia de 17 de diciembre de 1981, Webb (279/80, Rec. p. 3305), apartado 16.

18 — Sentencia de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, Rec p. I-8453).

34 Aun a falta de armonización en la materia, la libre prestación de servicios, como principio fundamental del Tratado, sólo puede limitarse mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general y que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el Estado de destino, en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido (véanse, en particular, las sentencias de 17 de diciembre de 1981, Webb, 279/80, Rec. p. 3305, apartado 17; de 26 de febrero de 1991, Comisión/Italia, C-180/89, Rec. p. I-709, apartado 17; Comisión/Grecia, C-198/89, Rec. p. I-727, apartado 18; Säger, antes citada, apartado 15; Vander Elst, antes citada, apartado 16, y Guiot, antes citada, apartado 11).

35 La aplicación de las normas nacionales de un Estado miembro a los prestadores establecidos en otros Estados miembros debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse, en particular, las sentencias Säger, antes citada, apartado 15; de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32; de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 37, y Guiot, antes citada, apartados 11 y 13).

36 Entre las razones imperiosas de interés general reconocidas por el Tribunal de Justicia figura la protección de los trabajadores (véanse las sentencias Webb, antes citada, apartado 19; de 3 de febrero de 1982, Seco y Desquenne & Giral, asuntos acumulados 62/81 y 63/81, Rec. p. 223, apartado 14, y de 27 de marzo de 1990, Rush Portuguesa, C-113/89, Rec. p. I-1417, apartado 18), en particular, la protección social de los trabajadores del sector de la construcción (sentencia Guiot, antes citada, apartado 16).

37 En cambio, consideraciones de orden meramente administrativo no pueden justificar que un Estado miembro establezca excepciones a las normas de Derecho comunitario, máxime cuando la referida excepción equivalga a excluir o restringir el ejercicio de una de las libertades fundamentales del Derecho comunitario (véase, en particular, la sentencia de 26 de enero de 1999, Terhoeve, C-18/95, Rec. p. I-345, apartado 45).

38 No obstante, las razones imperiosas de interés general que justifican las disposiciones sustantivas de una normativa pueden también justificar las medidas de inspección necesarias para garantizar su cumplimiento (véase, en este sentido, la sentencia Rush Portuguesa, antes citada, apartado 18).»

60. En consecuencia, procede examinar, sucesivamente, si el régimen del fondo de vacaciones produce efectos restrictivos de la libre prestación de servicios y, en la medida en que dicho régimen no sea discriminatorio, si existen razones imperiosas de interés general que justifiquen dichas restricciones de la libre prestación de servicios. En caso afirmativo, deberá comprobarse asimismo que dicho interés no quede salvaguardado ya por las normas del Estado miembro en el que esté establecido el prestador y que no puede alcanzarse el mismo resultado mediante normas menos restrictivas (véanse, en particular, las sentencias Säger, antes citada, apartado 15; Kraus, antes citada, apartado 32; Gebhard, antes citada, apartado 37; Guiot, antes citada, apartado 13, y Reisebüro Broede, antes citada, apartado 28).

a) *Sobre la existencia de una restricción a la libre prestación de servicios*

61. Examinemos, en primer lugar, si el régimen de los fondos de vacaciones produce efectos restrictivos de la libre prestación de servicios.

62. A este respecto, existen dos diferencias entre la situación que estamos examinando aquí, por un lado, y los asuntos Seco y Desquenne & Giral, Guiot, y Arblade y otros, antes citados, por otro.

63. En aquellos tres asuntos, los órganos jurisdiccionales remitentes pudieron hacer constar la existencia, en el país de origen de las empresas, de obligaciones de cotización que cubrían los mismos riesgos y tenían una finalidad idéntica o al menos análoga a los del régimen impugnado. En consecuencia, el Tribunal de Justicia pudo tomar esta constatación como punto de partida de su razonamiento y concluir, a partir de ella, que la obligación impuesta por el país de acogida «lleva consigo gastos y cargas administrativas y económicas adicionales para las empresas establecidas en otro Estado miembro, por lo que éstas no se encuentran en igualdad de condiciones con sus competidores establecidos en el Estado miembro de acogida, lo que las puede disuadir de prestar servicios en este Estado miembro». [19]

64. Ahora bien, hay más de una razón para suponer que, en el presente caso, la obligación de pagar cotizaciones a un fondo de vacaciones no existe en los Estados de origen de las empresas de que se trata en el litigio principal, ya que, de lo contrario, seguramente estas últimas no hubieran dejado de describir su naturaleza y su alcance ante el Arbeitsgericht Wiesbaden, y este último se hubiera hecho eco de ello en su resolución de remisión. Ahora bien, no es eso lo que sucedió.

65. La segunda diferencia, aun más importante, con los asuntos precedentes radica en el hecho de que de la propia normativa alemana se desprende que se ha suprimido el derecho del fondo de vacaciones retribuidas al pago de las cotizaciones por parte de los empresarios en el caso de los empresarios establecidos en el extranjero que desplacen trabajadores a Alemania que acrediten que pagan cotizaciones por dichos trabajadores a un fondo comparable en el Estado de origen (artículo 8, punto 11.2, del BRTV).

19 — Sentencia Arblade y otros, antes citada, apartado 50, y Guiot, antes citada, apartados 14 y 15.

66. En consecuencia, el sistema establecido está diseñado de tal modo que no debería poder producirse una situación de doble cotización del tipo de la controvertida en los asuntos Seco y Desquenne & Giral, Guiot, y Arblade y otros, antes citados.

67. Sin embargo, esto no resuelve la cuestión de la eventual doble carga cuando no exista un sistema de fondos en el Estado miembro de establecimiento del prestador. En efecto, las empresas partes en el litigio principal alegan que ya están obligadas a otorgar a sus trabajadores vacaciones retribuidas con arreglo a la legislación de sus respectivos países de origen. La carga financiera que representan estos días de vacaciones [20] (ya las tomen en forma de días libres o en forma de una compensación por vacaciones no tomadas) se superpone parcialmente, por tanto, con las cotizaciones que el empresario está obligado a pagar al fondo de vacaciones alemán.

68. Digo «parcialmente» porque parto del supuesto de que el salario de los trabajadores es inferior en el país de origen y que el número de días de vacaciones a que tienen derecho en virtud de la legislación de dicho país es igualmente inferior. Por el contrario, si los salarios y los derechos a vacaciones en el país de origen fueran fundamentalmente idénticos, o incluso superiores, estaríamos ante una situación en la cual el interés que debería protegerse ya quedaría, por retomar la expresión utilizada por el propio Tribunal de Justicia, «salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido».

69. Así pues, supondré que no estamos ante una situación como ésa. A partir de este momento, todo depende de si el empresario sometido al régimen del fondo de vacaciones alemán tiene derecho o no, con arreglo a la legislación de su país de origen, a no pagar él mismo a sus trabajadores desplazados los días de vacaciones que toman, debido a que ya se los paga el fondo de vacaciones alemán.

70. Si no tiene dicha posibilidad, las cotizaciones que debe pagar al fondo alemán se acumularían, por tanto, con las obligaciones derivadas para el empresario de la legislación de su país de origen. En ese caso, habría una fuerte restricción a la libre prestación de servicios, e incluso un obstáculo insuperable al ejercicio de la misma.

71. En consecuencia, la afiliación obligatoria al fondo sólo sería admisible si las cotizaciones fueran moduladas con el fin de tener en cuenta las cargas que recaen sobre el prestador de servicios con arreglo a la legislación de su país de origen.

72. En cambio, si, como es plausible, el empresario prestador de servicios no necesita retribuir él mismo los días de vacacio-

20 — En la medida en que se refieran al período que el trabajador haya estado desplazado en Alemania.

nes (tomados o no) del trabajador, y puede dejar que sea el fondo de vacaciones el que se ocupe por completo de ello, se ahorrará las cantidades correspondientes y la carga financiera efectiva adicional que deberá soportar sólo será igual a la diferencia entre las cargas resultantes del régimen de vacaciones de su país de origen, por un lado, y del régimen alemán, por otro.

73. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional examinar cuál de estas dos situaciones se da en el presente caso.

74. En el segundo supuesto, el empresario extranjero no recibirá un trato peor que los empresarios establecidos en el Estado miembro de acogida. Por retomar la expresión utilizada en el apartado 58 de la sentencia Arblade y otros, antes citada, se encontrará «en condiciones de igualdad con sus competidores».

75. Ello no impide que el empresario, prestador de servicios, soporte la carga adicional a la que me he referido antes, así como todas las formalidades administrativas vinculadas al régimen del fondo de vacaciones.

76. Ahora bien, según la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, constituye una restricción a la libre prestación de servicios cualquier carga adicional con respecto al régimen del país de origen. En consecuencia, procede concluir que, si queremos mantenernos fieles a esta jurisprudencia, en el presente caso estamos efectivamente ante una restricción o un obstáculo.

b) *Sobre la existencia de una discriminación*

77. El órgano jurisdiccional remitente y las partes en los litigios principales sostienen que determinados aspectos de la normativa alemana son discriminatorios y que, por consiguiente, sólo son admisibles en las circunstancias especiales de los artículos 55 del Tratado CE (actualmente artículo 45 CE), 56 del Tratado CE (actualmente artículo 46 CE, tras su modificación) y 66 del Tratado CE (actualmente artículo 55 CE), circunstancias que no parecen concurrir en el presente caso.

78. Tendré que volver sobre esta cuestión a medida que vaya avanzando en el examen de las cuestiones prejudiciales.

79. No obstante, observo aquí que, sin perjuicio de lo que diré en relación con la tercera cuestión, estamos ante una legislación indistintamente aplicable a las empresas establecidas en Alemania y a las empresas establecidas en otros Estados miembros.

80. Ciertamente, puede haberse producido una cierta confusión por el hecho de que la República Federal de Alemania complementara su legislación con el fin de tener en cuenta el hecho de que las empresas establecidas en otros Estados miembros no se encuentran, por la fuerza de las cosas, exactamente en la misma situación que las empresas establecidas en el país de acogida. Ahora bien, tal como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 17 de la sentencia Webb, antes citada, «habida cuenta de la naturaleza particular de determinadas prestaciones de servicios, no pueden considerarse incompatibles con el Tratado exigencias específicas impuestas a los prestadores, motivadas por la aplicación de las normas que regulan este tipo de actividades».

c) *Sobre la existencia de una razón imperiosa de interés general*

81. Todas las partes que intervinieron en el procedimiento están de acuerdo en considerar que, en el presente contexto, la única razón imperiosa de interés general que puede haber es la «protección social de los trabajadores del sector de la construcción» considerada en las sentencias Guiot y Arblade y otros, antes citadas.

82. En mi opinión, ya de la descripción del régimen del fondo de vacaciones que hace el órgano jurisdiccional remitente se desprende que, a su entender, el régimen alemán protege eficazmente los derechos a vacaciones de los trabajadores de las empresas establecidas en Alemania. Por tanto, no profundizaré sobre este aspecto de la cuestión.

83. En relación con la protección adicional que el régimen puede dispensar a los trabajadores desplazados, cabe distinguir entre cuatro supuestos diferentes.

Primer supuesto: el trabajador extranjero, antes de la finalización de las obras ejecutadas por su empresa en Alemania, toma los días de vacaciones a los que ya tiene derecho

84. Recuerdo que parto del supuesto de que, con arreglo a la legislación alemana, el trabajador tendrá derecho a un mayor número de días de vacaciones y a una paga por día de vacaciones superior a la que se derivaría de la legislación de su país de origen. Esta paga le será abonada por el fondo de vacaciones.

85. Si el empresario no estuviera obligado a cotizar a este fondo, podría verse tentado a no pagarle más que el salario inferior vigente en el país de origen y a otorgarle únicamente un menor número de días de vacaciones.

Segundo supuesto: el trabajador extranjero abandona Alemania tras la finalización de las obras sin haber podido tomar vacaciones

86. En este caso, el fondo le abonará el equivalente a los días de vacaciones no tomados, calculado sobre la base del

número de días de vacaciones que otorga la legislación alemana y del salario que ha cobrado en Alemania.

87. Si el régimen alemán de fondos de vacaciones es declarado incompatible con los artículos 59 y 60 del Tratado, el empresario extranjero no habrá cotizado al fondo y el trabajador que regresa a su país no cobrará, evidentemente, nada de éste.

88. Si sigue trabajando para el mismo empresario, tal vez tenga dificultades para convencer a éste de que le reconozca no el número de días de vacaciones derivado de la legislación del país de origen, sino el que le corresponda con arreglo al régimen alemán, y de que se los pague con base en el salario alemán.

89. Si cambia de empresario tras regresar a su país de origen y sin haber tomado vacaciones con el antiguo empresario, dependerá de la buena voluntad de su antiguo empresario por lo que respecta a la cantidad que recibirá en concepto de vacaciones no tomadas en Alemania, suponiendo que la legislación del país de origen obligue a los empresarios a pagar a los trabajadores que dejen de trabajar para ellos una compensación por los días de vacaciones que no han podido o querido tomar.

90. En efecto, es posible que dicha legislación no imponga esa obligación. En ese caso, habrá perdido definitivamente los días de vacaciones correspondientes al período de empleo cubierto con el antiguo empresario, ya sea en Alemania o en el país de establecimiento de éste.

91. En consecuencia, la afiliación obligatoria de los empresarios al régimen del fondo alemán constituye una ventaja social complementaria para el trabajador en el supuesto de que éste regrese a su país de origen tras la finalización de las obras ejecutadas por su empresario en Alemania.

Tercer supuesto: el trabajador desplazado deja a su empresario durante su estancia en Alemania para pasar a trabajar para otro empresario «extranjero» que también ejecuta obras en Alemania

92. El órgano jurisdiccional remitente considera que esta hipótesis es puramente teórica y que en la realidad sólo se producen los dos primeros supuestos.

93. No obstante, en la vista el Gobierno alemán se refirió a estadísticas de las que, según asegura, se desprende que el 22 % de los trabajadores desplazados hacen uso de esta posibilidad. Además, este porcentaje no incluye, según dicho Gobierno, a los trabajadores desplazados que pasan a trabajar para una empresa establecida en Alemania, que también son muy numerosos (cuarto supuesto, examinado más adelante).

94. Si los empresarios están obligados a abonar cotizaciones al régimen de fondos alemán, el trabajador desplazado cobrará de este fondo una compensación calculada sobre la base del número de días de vacaciones acumulados según la legislación alemana y de su «salario alemán». Podrá tomar estos días de vacaciones con su nuevo empresario «extranjero», sin coste para éste, a partir del momento en que haya acumulado con él un número de días de trabajo suficientes para superar el límite mínimo a partir del cual, según la legislación alemana, pueden tomarse vacaciones.

95. En consecuencia, ello le permitirá tomar unas vacaciones continuadas de cierta duración.

96. Si el empresario extranjero no ha cotizado al régimen del fondo de vacaciones, el trabajador dependerá de la buena voluntad de su antiguo empresario para obtener de este último la compensación correspondiente a los días de vacaciones acumulados con arreglo a las normas alemanas.

97. En efecto, es posible que el antiguo empresario únicamente esté dispuesto a compensar al trabajador a prorrata de los días de vacaciones a los que hubiera tenido derecho con arreglo a la legislación de su país de origen y con base en el nivel salarial aplicable en ese país.

98. En ese caso, el trabajador desplazado puede encontrarse en una situación menos favorable que si puede obtener directamente del fondo de vacaciones la compensación correspondiente a los días de vacaciones no tomados.

Cuarto supuesto: el trabajador extranjero deja a su empresario extranjero durante su estancia en Alemania para pasar a trabajar para un empresario establecido en Alemania

99. En este caso ejerce, por tanto, su derecho a la libre circulación de trabajadores que le garantiza el artículo 48 del Tratado.

100. No obstante, los derechos y obligaciones de su antiguo empresario seguirán sujetos a los artículos 59 y 60.

101. Si este último ha sido obligado a cotizar al fondo de vacaciones, éste abonará al trabajador la compensación correspondiente a los días de vacaciones no tomados de acuerdo con los baremos alemanes, de modo que el trabajador no perderá sus derechos. Por tanto, podrá acumular los días de vacaciones no tomados con los que obtendrá con su nuevo empresario, sin costes para este último.

102. También es posible que el fondo, aplicando de inmediato el «régimen interno» alemán, pague la compensación directamente al nuevo empresario (estable-

cido en Alemania) una vez que el trabajador haya tomado sus vacaciones anuales con este último. Se trata de un detalle práctico que no ha sido considerado durante el procedimiento seguido ante el Tribunal de Justicia, pero que no supone ninguna diferencia por lo que respecta a la protección social del trabajador.

103. Si el empresario «extranjero» no está obligado a cotizar al fondo, el trabajador dependerá también en este caso de la buena voluntad de aquél o de la posibilidad de obtener una decisión jurisdiccional contra él.

104. También en este supuesto, la protección social del trabajador estará menos garantizada que por el régimen del fondo de vacaciones.

105. En resumen, el sistema del fondo de vacaciones otorga al trabajador desplazado, por consiguiente, una protección social adicional en la mayoría de los supuestos, y fundamentalmente en caso de cambio de empresario.

106. También es apropiado para garantizar, no sólo a los trabajadores asalariados de las empresas establecidas en Alemania, sino también a los trabajadores desplazados, la realización del objetivo que persigue, a saber, la protección de los derechos a vacaciones acumulados con un primer empresario y la posibilidad de tomar unas vacaciones continuadas de cierta duración con el nuevo empresario.

107. En consecuencia, está justificado por una razón imperiosa de interés general.

d) *Sobre la salvaguardia del interés general de que se trata por las normas del Estado de establecimiento del prestador de servicios*

108. Ya me he referido de forma incidental a este aspecto de la cuestión en el marco del examen del cuarto supuesto, pero es necesario entrar en él con algo más de detalle.

109. Las sociedades portuguesas partes en el litigio principal alegan que la legislación de su país de origen otorga a los trabajadores un número de días de vacaciones que no sólo cumple con el mínimo fijado en la Directiva sobre el tiempo de trabajo, sino que, además, son prácticamente tan numerosos como los resultantes de la normativa alemana.

110. A este respecto, el Gobierno alemán se expresa en los siguientes términos:

«El interés general no queda salvaguardado ya por la legislación del Estado en el que el prestador de servicios tiene su domicilio. En cambio, esto es algo que sucedería, por ejemplo, si las disposiciones nacionales aplicables, respectivamente, a los trabajadores del sector de la construcción en Portugal [...] o en el Reino Unido (Estados en los cuales los diferentes demandantes en

los procedimientos principales tienen sus respectivos domicilios) establecieran unas vacaciones retribuidas similares y garantizaran las mismas mediante un régimen comparable, en particular también por lo que respecta a los períodos de empleo cubiertos en Alemania.

Además, con el fin de evitar una acumulación de cargas inadmisible, el artículo 1, párrafo tercero, de la AEntG establece formalmente una excepción (de conformidad con la sentencia Guiot) cuando "el empresario extranjero está obligado asimismo a cotizar a una institución comparable en el Estado en el que tiene su domicilio". Sobre la base de esta disposición, el fondo de vacaciones retribuidas celebró "convenios liberatorios", entre otras, con instituciones comparables de Francia, Austria y los Países Bajos; hay nuevos convenios en preparación.

A los efectos del presente caso, será suficiente señalar que no existe, ni en Portugal ni en el Reino Unido, una institución comparable al fondo de vacaciones retribuidas alemán [...] Además, el artículo 1, apartado 3, primera frase, número 2, de la AEntG prevé el cómputo de las prestaciones que una empresa que tenga su domicilio en el extranjero haya efectuado ya en concepto de vacaciones retribuidas, con anterioridad al desplazamiento, a los trabajadores que ha desplazado al extranjero. Esta disposición afecta a las empresas que no están ya exentas con carácter general de la participación en el régimen alemán de los fondos de vacaciones retribuidas en virtud del artículo 1, apartado 3, primera frase, número 1, de la AEntG.»

111. Tal como ya señalé al comienzo, cabe considerar acreditado, por tanto, que la legislación alemana excluye que un empresario esté sometido al régimen de los fondos en Alemania si existe un régimen similar en su país de origen.

112. No obstante, es posible que el trabajador disfrute, con arreglo a la legislación de su país de origen, de ventajas fundamentalmente idénticas sin que intervenga un fondo de vacaciones.

113. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si es así. A este respecto, deberá proceder a un examen que la Comisión resumió del siguiente modo:

«La participación obligatoria en el régimen de los fondos de vacaciones retribuidas constituiría una restricción inadmisible a la libre prestación de servicios si estuviera garantizado que los empresarios que desplazan a sus trabajadores otorgan a éstos el mismo número de días de vacaciones retribuidas que el establecido en las normas alemanas contenidas en los convenios colectivos. Por otro lado, deberá garantizarse el pago de una paga de vacaciones retribuidas equivalente a la contemplada en los convenios colectivos alemanes. Asimismo, será necesario que los trabajadores tengan garantizada, en caso de cambio de empresario durante su desplazamiento, la conservación de su derecho a vacaciones. Por último, deberá garantizar al trabajador

el derecho a una compensación por vacaciones con arreglo al artículo 8, punto 9, del BRTV-Bau, cuando no haya tomado sus vacaciones en Alemania durante su desplazamiento y hayan expirado sus derechos a vacaciones frente a su empresario.

La forma jurídica en que se plasmen las correspondientes normativas es indiferente. Lo único que importa es que exista una garantía jurídicamente aplicable que asegure una protección idéntica (o superior) al trabajador.»

114. Me parece poco probable, en particular, que el trabajador desplazado *que cambie de empresario en Alemania,* ya sea para pasar a trabajar para otro empresario «extranjero», ya sea para pasar a trabajar para un empresario establecido en Alemania, pueda obtener, en virtud de la normativa *de su país de origen,* una compensación, por los días de vacaciones no tomados con el empresario con el cual vino a Alemania, proporcional al número de días de vacaciones que le corresponden con arreglo a la legislación alemana y en la cuantía resultante de la legislación alemana.

115. Sin pretender prejuzgar las conclusiones a las que debe llegar el órgano jurisdiccional nacional, considero, por tanto, que, *a priori,* es muy dudoso que el interés general perseguido por la normativa alemana pueda quedar salvaguardado por las normas aplicables en el Estado de establecimiento del prestador de servicios.

e) *Sobre la posibilidad de alcanzar el mismo resultado mediante normas menos restrictivas*

116. Esta cuestión constituye, a mi entender, un aspecto especialmente delicado del problema.

117. En el marco de los cuatro supuestos antes expuestos, ya me referí a las indiscutibles ventajas que tiene dicho régimen para el trabajador desplazado.

118. Ciertamente, cabría imaginar una solución consistente en que la legislación alemana imponga al empresario extranjero la obligación de pagar directamente al trabajador los días de vacaciones que éste tome durante su estancia en Alemania con arreglo a las normas alemanas, o de abonarle una compensación con arreglo a esas mismas normas cuando deje de trabajar para él sin haber tomado los días de vacaciones que le corresponden para trabajar para otro empresario en Alemania.

119. Para el empresario, la carga financiera sería menor, ya que no tendría necesidad de pagar al fondo de vacaciones una cotización que, verosímilmente, incluye los gastos de funcionamiento de dicho fondo. Además, quedaría liberado de la obligación de proporcionar al fondo los datos bastante detallados a los que se refiere el órgano

jurisdiccional remitente en su segunda cuestión.

120. Para el trabajador, el resultado sería el mismo desde un punto de vista estrictamente financiero. Sin embargo, no podría acumular los días de vacaciones, tal como permite el sistema del fondo de vacaciones. Además, en caso de no afiliación del empresario al fondo el trabajador estaría más expuesto al riesgo de un eventual incumplimiento por parte del empresario.

121. Por último, queda el supuesto del trabajador que abandona Alemania con su empresario sin haber tomado vacaciones. ¿Cómo podría garantizarse, sin la intervención de un fondo de vacaciones, que este trabajador recibirá una compensación con arreglo a las normas alemanas?

122. El Gobierno alemán insiste mucho sobre este particular. Expone [21] que el caso en que el trabajador no ejerce su derecho a vacaciones sino después de su regreso al país es el más frecuente. Según afirma, «a falta de garantías, [estos trabajadores] tendrían muchas más dificultades que los trabajadores nacionales para ejercer, frente a su empresa, los derechos a vacaciones que han adquirido en el extranjero. El hecho de que los sindicatos de su Estado de origen y las autoridades de dicho Estado tengan un conocimiento insuficiente de la lengua del Estado de desplazamiento y de las disposiciones jurídicas de dicho Estado tiene, para ellos, consecuencias negativas. A esto se añade la fuerte presión competitiva que existe precisamente en el sector de la construcción, que naturalmente tiene una incidencia negativa sobre la propensión de las empresas a aceptar, para sus trabajadores, las vacaciones retribuidas (de una duración mayor) adquiridas con arreglo a una legislación extranjera y, por ende, menos conocida. En sus sentencias Seco, Rush Portuguesa y Vander Elst [...] también el Tribunal de Justicia admitió formalmente la competencia de los Estados miembros para imponer el respeto de su legislación por los medios apropiados».

123. No he encontrado en los autos ningún argumento convincente que refute estas observaciones. Las partes en los litigios principales se contentan con insistir en las cargas que impone el sistema alemán. Los Gobiernos neerlandés y sueco hacen lo mismo, subrayando que su propia legislación confiere al trabajador desplazado suficientes derechos a vacaciones.

124. Por el contrario, los Gobiernos belga y francés consideran que el régimen alemán es el más adecuado para garantizar eficazmente los derechos de los trabajadores.

125. La Comisión contempla únicamente la hipótesis de que los derechos de los trabajadores puedan quedar salvaguardados de una manera idéntica en el Estado de origen, pero no presenta ninguna solución alternativa menos restrictiva que podría aplicar la República Federal de Alemania.

21 — Punto 23 de las observaciones del Gobierno alemán.

126. En consecuencia, considero que procede responder a la primera cuestión del siguiente modo:

127. A menos que en el país de origen se garantice al trabajador una protección idéntica o superior, los artículos 59 y 60 del Tratado deben interpretarse en el sentido de que no se oponen, en principio, a la aplicación, a un empresario establecido en el extranjero y a sus trabajadores desplazados, de un régimen como el que se deriva del artículo 1, apartado 3, primera frase, de la AEntG, siempre que se tengan debidamente en cuenta las cargas que el empresario no puede eludir con arreglo a la legislación de su país de origen. El artículo 48 del Tratado no se aplica al desplazamiento de trabajadores por parte de un empresario establecido en otro Estado miembro.

La segunda cuestión prejudicial

128. Esta cuestión se subdivide en tres partes.

a) *Sobre la duración de las vacaciones retribuidas*

129. En el marco de la primera parte, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si los artículos 59 y 60 del Tratado se oponen a disposiciones nacionales que confieren a los trabajadores de la construcción unas vacaciones de duración superior a la duración mínima de las vacaciones anuales prescrita por la Directiva sobre el tiempo de trabajo.

130. Del artículo 1 de dicha Directiva se desprende expresamente que en ella se establecen disposiciones *mínimas*[22] de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo y se aplica, en particular, a los períodos *mínimos* de vacaciones anuales.

131. En el artículo 7 de la Directiva sobre el tiempo de trabajo se dispone lo siguiente:

«1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.

2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral.»

22 — El subrayado es mío.

132. En el artículo 15, bajo el título «Disposiciones más favorables», la Directiva sobre el tiempo de trabajo establece que:

«La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, o de favorecer o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales, más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.»

133. El Derecho nacional debía adaptarse a esta Directiva a más tardar el 23 de noviembre de 1996.

134. De la resolución del órgano jurisdiccional remitente se desprende que, en Alemania, los trabajadores ocupados en el sector de la construcción tienen derecho, por cada año civil, a unas vacaciones de 30 jornadas de trabajo, es decir, 36 días laborables.[23] En consecuencia, este derecho a vacaciones es superior al prescrito por la Directiva sobre el tiempo de trabajo.

135. El órgano jurisdiccional remitente considera que «la extensión de las vacaciones [...] no parece ser, en principio, una normativa necesaria para garantizar el interés general constituido por la "protección social de los trabajadores"».

136. En su opinión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación o los convenios colectivos laborales celebrados por los interlocutores sociales a toda persona que preste servicios en su territorio sólo afecta a los salarios mínimos. Sin embargo, considera que las vacaciones constituyen una liberación de la obligación de la prestación laboral, de modo que sólo la paga de vacaciones puede considerase como un elemento de la retribución.

137. El órgano jurisdiccional remitente considera, asimismo, que la disposición alemana de la AEntG no es necesaria, pues el interés general ya queda salvaguardado por las disposiciones del país de origen desde el momento en que se adaptó su Derecho interno a la Directiva sobre el tiempo de trabajo.

Observaciones presentadas

138. Las sociedades Finalarte, Engil, Portugaia, Tecnamb y Tudor adoptan, fundamentalmente, la misma postura que el órgano jurisdiccional remitente.

23 — Según la legislación alemana, la jornada semanal de trabajo en el sector de la construcción se extiende de lunes a viernes.

139. El Gobierno belga opina que procede aplicar la jurisprudencia Rush Portuguesa, en virtud de la cual el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación o sus convenios colectivos laborales a toda persona que preste servicios en su territorio. Considera que este principio se extiende asimismo a las disposiciones nacionales relativas a la duración mínima de las vacaciones retribuidas y que el hecho de que la Directiva sobre el tiempo de trabajo contemple una duración inferior a la prescrita por el BRTV no cambia nada. El Gobierno belga subraya, al igual que el Gobierno alemán, que la Directiva sobre el tiempo de trabajo únicamente establece, en efecto, disposiciones mínimas.

140. El Gobierno neerlandés admite que, con arreglo al artículo 7 de la Directiva sobre el tiempo de trabajo, en relación con el artículo 3, apartados 1 y 6, de la Directiva relativa al desplazamiento, el trabajador desplazado tiene derecho al numero de días de vacaciones retribuidas previsto en el Estado de origen «eventualmente completado» hasta alcanzar la duración de las vacaciones retribuidas prevista en el Estado donde se realizan las obras.

141. El Ulak recuerda el tenor del artículo 15 de la Directiva sobre el tiempo de trabajo y precisa que, en el sector de la construcción, la concesión de unas vacaciones retribuidas más largas se justifica por el esfuerzo físico especial al que se ven sometidos los trabajadores.

142. La Comisión estima que los Estados miembros pueden extender su normativa en materia de vacaciones a los empresarios establecidos en el extranjero y a sus trabajadores desplazados, incluso cuando ésta establece una duración mínima de las vacaciones anuales superior a la duración mínima prescrita por la Directiva. Así se desprende ya del artículo 60, párrafo tercero, del Tratado, según el cual la libre prestación de servicios puede llevarse a cabo en las mismas condiciones que imponga el Estado de acogida a sus propios nacionales, y es asimismo conforme con la Directiva relativa al desplazamiento.

143. La Directiva sobre el tiempo de trabajo únicamente contiene disposiciones mínimas que, en virtud de su artículo 15, pueden ser superadas por los Estados miembros y los interlocutores sociales, incluso en el marco de una relación de trabajo individual.

144. La extensión de una duración de las vacaciones superior está justificada asimismo por una razón imperativa de interés general, a saber, la protección de los trabajadores. El mismo resultado, a saber, una duración mínima de las vacaciones anuales de 30 jornadas de trabajo, no puede alcanzarse mediante normas menos restrictivas.

145. Corresponde a cada Estado miembro decidir por sí mismo —respetando todas las disposiciones de Derecho comunitario— qué es necesario para preservar el interés general.

146. En el presente caso, las autoridades competentes aprobaron la decisión de los interlocutores sociales de fijar la duración de las vacaciones anuales en el sector de la construcción en 30 jornadas de trabajo y definieron de este modo el marco de lo que consideran necesario por razones vinculadas con la protección de los trabajadores de dicho sector.

Apreciación

147. Pese a estar de acuerdo con las posturas expresadas por los Gobiernos belga y neerlandés, por el Ulak y por la Comisión, querría recordar asimismo las consideraciones relativas al artículo 118 del Tratado y al derecho de los Estados miembros a definir el nivel de protección social que desean garantizar, formuladas al inicio del examen de la primera cuestión prejudicial.

148. Los Estados miembros siguen manteniendo este derecho incluso cuando se haya producido una armonización mínima de las condiciones de trabajo en el interior de la Comunidad.

149. El artículo 15 de la Directiva sobre el tiempo de trabajo no hace sino confirmar este derecho, que se deriva directamente del Tratado.

150. Por lo demás, el *derecho* de los Estados miembros de imponer a las empresas «extranjeras» y a sus trabajadores desplazados la duración de las vacaciones fijada por su legislación fue transformado en un *deber* por la Directiva relativa al desplazamiento.

151. Tendremos que volver sobre este tema en el marco de la cuarta cuestión, pero puedo adelantar que, puesto que el Tratado autoriza a la República Federal de Alemania a actuar como lo ha hecho (es decir, a obligar a las empresas extranjeras a respetar las vacaciones establecidas en los convenios colectivos), carece de importancia, para los litigios principales, que esta actitud le fuera impuesta, además, por dicha Directiva.

152. Considero, en consecuencia, que los artículos 59 y 60 del Tratado no se oponen a que un Estado miembro imponga a una empresa establecida en otro Estado miembro que ejecuta temporalmente trabajos en su territorio, mediante una disposición nacional como la del artículo 1, apartado 1, segunda frase, de la AEntG, la aplicación de normas jurídicas contenidas en convenios colectivos que establecen una duración de las vacaciones superior a la duración mínima de las vacaciones anuales prescrita por la Directiva sobre el tiempo de trabajo.

b) *Sobre la forma de pago de la paga de vacaciones*

153. En el marco de la letra b) de su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente nos pregunta si los artículos 59 y 60 del Tratado se oponen a un régimen que otorga a los empresarios establecidos en Alemania el derecho al reembolso por el fondo de las cantidades abonadas en concepto de paga de vacaciones y paga extraordinaria de vacaciones, mientras que no contempla dicho derecho para los empresarios establecidos en el extranjero, sino que, en su lugar, confiere a los trabajadores desplazados un derecho directo frente a los organismos gestionados conjuntamente por los interlocutores sociales.

154. El órgano jurisdiccional remitente acompaña esta cuestión de los siguientes comentarios: «el régimen de los fondos de vacaciones aplicable a los empresarios nacionales y el aplicable a los empresarios extranjeros se diferencian principalmente en que el empresario nacional paga él mismo los derechos a vacaciones de sus trabajadores y recibe del fondo de vacaciones el reembolso de la paga de vacaciones abonada. En cambio, las disposiciones de los convenios colectivos relativas a empresas extranjeras que desplazan trabajadores, antes descritas, impiden que los empresarios extranjeros reciban directamente prestaciones del fondo de vacaciones. Esto se debe a que se reconocen a los trabajadores desplazados derechos directos frente al fondo de vacaciones. La liquidación de estos derechos por parte del fondo de vacaciones presupone el cumplimiento de las obligaciones adicionales de información antes descritas. Sin embargo, no existe ninguna razón objetiva para negar a los empresarios extranjeros derechos directos frente al fondo de vacaciones a costa de unas mayores exigencias de información, de modo que, a diferencia de lo que se hace con los empresarios nacionales, no se confía en que llevarán a cabo correctamente la liquidación de los derechos a vacaciones de sus trabajadores. Esto constituye una discriminación (manifiesta) basada en la nacionalidad del domicilio de la empresa que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, únicamente está permitida si concurren los requisitos especiales de los artículos 55, 56 y 66 del Tratado. Ahora bien, en el presente caso no se aprecia que concurran dichos requisitos.»

Observaciones presentadas

155. Las empresas partes en los litigios principales adoptan una posición análoga a la del órgano jurisdiccional remitente. Subrayan asimismo que el fondo de vacaciones sólo abona las pagas a los trabajadores dos o tres meses después de haber recibido una solicitud al efecto.

156. Por último, estas empresas formulan asimismo algunos argumentos relativos a las cotizaciones a la seguridad social y a la cuantía de las deducciones en concepto de impuestos que se practican sobre las pagas de vacaciones. También alegan que, a diferencia de lo que está previsto para los trabajadores que ejercen su actividad con un empresario establecido en Alemania, el convenio colectivo para los trabajadores desplazados en el extranjero no contempla la expedición de una certificación salarial

permanente. En su lugar, el artículo 68 del VTV contempla una certificación expedida por el fondo de vacaciones retribuidas que contiene los datos fundamentales relativos al trabajador desplazado para que pueda beneficiarse de la paga de vacaciones.

157. Ahora bien, dado que el órgano jurisdiccional remitente no aborda estos aspectos en sus comentarios relativos a la segunda cuestión, letra b), considero que debo limitarme a la cuestión de si el régimen de que se trata es incompatible con el Derecho comunitario por el solo hecho de que los empresarios extranjeros no se beneficien directamente de las prestaciones del fondo de vacaciones retribuidas.

158. El Gobierno alemán y el Ulak niegan que ello haga al régimen incompatible con el Derecho comunitario. Subrayan que las empresas establecidas en Alemania deben financiar previamente las vacaciones de que disfrutan sus trabajadores, mientras que las empresas extranjeras no tienen esa obligación.

159. De este modo, la empresa extranjera no tiene que efectuar por sí misma el cálculo y el pago de la paga con base en un régimen de vacaciones que no le es familiar.

160. Esto garantiza al trabajador que su derechos a vacaciones retribuidas serán calculados y pagados de manera correcta. El trato diferente dispensado a las empresas extranjeras no constituye, por tanto, una discriminación en su contra, sino que supone una ventaja financiera para ellas y un desahogo administrativo.

161. Otros Estados miembros en los que existen regímenes de fondos de seguros sociales comparables (Reino de Bélgica, República Francesa, República Italiana, Reino de los Países Bajos y República de Austria) también aplican, por regla general, el sistema de pago directo de los derechos del trabajador por parte de los fondos de seguros sociales. Por lo demás, la República Federal de Alemania está estudiando asimismo la posibilidad de abandonar otros procedimientos tradicionalmente aplicados a los trabajadores nacionales y sustituirlos por un sistema de pago directo.

162. A pesar de la obligación, para las empresas extranjeras, de facilitar datos adicionales para permitir el cálculo de las pagas por parte del fondo, según el Gobierno alemán no se puede concluir que existe una discriminación. Por consiguiente, la segunda cuestión debe recibir también una respuesta negativa por lo que respecta al aspecto a que se refiere la letra b).

163. En el marco de sus observaciones escritas, la Comisión había adoptado la

actitud contraria, pero durante la vista matizó considerablemente su postura.

164. Considera que, a primera vista, cabría considerar que estamos en presencia de una discriminación manifiesta, pero que, por lo demás, determinados elementos sustentan la argumentación del Ulak y del Gobierno alemán según la cual esta forma de proceder no constituye una desventaja ni para el trabajador extranjero desplazado ni para el empresario extranjero, sino que, por el contrario, este último se ve favorecido con respecto a las empresas establecidas en Alemania.

165. La Comisión considera, por tanto, que corresponderá al órgano jurisdiccional remitente comprobar si este régimen constituye en última instancia una ventaja o una desventaja para el empresario que desplaza trabajadores, y si el trabajador puede obtener realmente el pago de sus vacaciones. El órgano jurisdiccional remitente deberá tener en cuenta asimismo las declaraciones de Finalarte según las cuales, en última instancia, dicho régimen tiene consecuencias negativas de carácter fiscal y los prestadores de servicios extranjeros sufren una mayor carga tributaria.

166. En conclusión, la Comisión no se opone a una interpretación que declare compatible con el Tratado una diferencia de trato de este tipo.

167. El Gobierno francés adopta la misma actitud, subrayando que es perfectamente plausible que un mismo objetivo deba alcanzarse por medios diferentes debido a la existencia de circunstancias particulares, y que no sea posible hacerlo de otro modo.

Apreciación

168. Por mi parte, también considero que, sin perjuicio del examen complementario que deberá efectuar el órgano jurisdiccional remitente en relación con todos los aspectos del régimen aplicable, no puede afirmarse que, en principio, los artículos 59 y siguientes del Tratado se opongan al pago directo de las pagas de vacaciones a los trabajadores desplazados.

169. En efecto, no estoy convencido de que un sistema de fondos de vacaciones, que sólo puede considerarse compatible con el Tratado si asegura una mayor protección social al trabajador desplazado, deba ser condenado precisamente porque otorgue dicha ventaja directamente al trabajador, sin pasar por el empresario. Tampoco debe pasarse por alto el hecho de que el trabajador se encuentra de este modo mejor protegido contra una eventual quiebra de su empresario o contra el impago de la compensación por el hecho de que el empresario haya concluido su prestación en Alemania y regresado a su país de origen

mientras que el trabajador desee permanecer en Alemania para trabajar para otro empresario extranjero o alemán.

170. Si se examina el problema desde el punto de vista del empresario «extranjero», se comprueba que, aunque deba proporcionar determinados datos adicionales al fondo, se le libera del cálculo de las compensaciones y puede limitarse a pagar las cotizaciones al fondo de vacaciones, mientras que el empresario nacional debe, además de pagar dichas cotizaciones, adelantar la paga de vacaciones a su trabajador.

171. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la letra b) de la segunda cuestión prejudicial que un régimen de fondo de vacaciones que establece que la paga de vacaciones sea abonada directamente al trabajador desplazado, mientras que, en el caso de las empresas establecidas en el Estado de acogida, se abona al empresario, no es, sólo por eso, incompatible con los artículos 59 y siguientes del Tratado.

c) *Sobre los datos que deben proporcionarse*

172. El Arbeitsgericht Wiesbaden se pregunta, en tercer lugar, si los artículos 59 y 60 del Tratado se oponen a que, por lo que respecta a los datos que deben proporcionarse a los organismos gestionados conjuntamente por los interlocutores sociales, se impongan a los empresarios extranjeros obligaciones que, por el volumen de la información que debe proporcionarse, exceden de las exigidas a los empresarios establecidos en Alemania.

173. De la resolución de remisión se desprende que, antes de que un nuevo trabajador desplazado empiece a trabajar, el prestador de servicios extranjero debe proporcionar, mediante un formulario facilitado por el Ulak, los siguientes datos:

1) Nombre y apellidos, fecha de nacimiento y dirección en el país de origen del trabajador desplazado, así como el número de identificación del trabajador registrado en el fondo de vacaciones, si ya se le ha asignado.

2) Datos bancarios del empresario en su país de origen y en Alemania.

3) Localización de la obra en la que trabajará el empleado.

4) Tipo de actividad desempeñada por el trabajador.

5) Fecha de inicio y duración previsible de la actividad.

6) Dirección postal del empresario en Alemania.

7) Nombre y dirección de los organismos en los que se ingresarán las cotizaciones de seguridad social correspondientes a los salarios abonados, así como el número de afiliación del trabajador en dichos organismos.

8) Nombre y dirección de la administración tributaria en la que se ingresará el impuesto sobre la renta del trabajador, así como los códigos de identificación fiscal del empresario y del trabajador.

174. Además, el artículo 59, apartado 3, del VTV impone a los prestadores de servicios extranjeros la obligación de comunicar mensualmente al fondo de vacaciones retribuidas, por cada trabajador desplazado, los siguientes datos:

1) Nombre y apellidos, fecha de nacimiento y número de identificación del trabajador.

2) Modificaciones experimentadas con respecto a la declaración inicial antes descrita.

3) Importe del salario mensual bruto expresado en DEM.

175. En cambio, de conformidad con el artículo 27, apartado 2, del VTV, sólo a solicitud expresa de un fondo está obligado el empresario establecido en Alemania a comunicar los nombres y direcciones de los trabajadores empleados durante el período de referencia y a desglosar la masa salarial bruta de dicho período entre los diferentes trabajadores.

176. El artículo 70 del VTV establece, por último, la obligación del prestador de servicios extranjero de comunicar al Ulak, «al Bundesanstalt für Arbeit (Instituto Federal de Empleo), a sus servicios y a las Hauptzollämtern (Administraciones Principales de Aduanas) las informaciones necesarias para apreciar la *participación regular en el régimen de fondos de vacaciones*».

177. El órgano jurisdiccional remitente considera que «el volumen de información exigida a los empresarios extranjeros es considerablemente mayor que el volumen de información que deben proporcionar los empresarios nacionales. Las considerables obligaciones adicionales de información dificultan de manera significativa, especialmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas, la prestación de sus servicios en Alemania. Para los empresarios extran-

jeros, resultan difíciles de comprender y les suponen una importante carga administrativa. Las obligaciones de información afectan a los empresarios extranjeros exclusivamente por el hecho de tener el domicilio de su empresa en el extranjero. También esto constituye una discriminación (manifiesta) basada en la nacionalidad del domicilio de la empresa que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, únicamente está permitida si concurren los requisitos especiales de los artículos *55*, *56* y *66* del Tratado. Ahora bien, en el presente caso no se aprecia que concurran dichos requisitos».

Observaciones presentadas

178. El Gobierno alemán explica que estas modalidades diferentes se imponen por razones de orden práctico. El control de las empresas que tienen su domicilio social en el extranjero sólo puede realizarse con muchas dificultades y no puede tener la misma intensidad que el control de las empresas de construcción que tienen su domicilio en el interior del país.

179. Las mayores obligaciones a que están sujetas las empresas extranjeras en materia de declaración y de información pueden imponérseles porque, por regla general, éstas tienen acceso sin ninguna dificultad a los datos requeridos mediante la simple consulta de las nóminas de los trabajadores afectados, datos que, por otro lado, también necesitan para poder proceder al cálculo y al pago de los salarios de éstos.

180. El Gobierno belga considera que, para ser admisible, la comunicación de tales datos debe ser objetivamente necesaria para alcanzar el objetivo perseguido, en el presente caso la conservación de la totalidad de los derechos a vacaciones retribuidas de los trabajadores y el pago de las pagas de vacaciones, así como para permitir la realización de los controles indispensables.

181. Las sociedades Tecnamb y Engil adoptan la misma postura que el órgano jurisdiccional remitente.

182. La sociedad Tudor recuerda que la obligación de información sirve para aplicar y controlar el régimen de los fondos de vacaciones. Como el Derecho comunitario se opone a la extensión del régimen de los fondos de vacaciones retribuidas a los prestadores de servicios extranjeros, también debe oponerse a que se les imponga dicha obligación de información.

183. El Gobierno neerlandés considera que la obligación de proporcionar datos adicionales impuesta a los prestadores de servicios extranjeros tiene su origen en el hecho de que el Ulak se reserva el derecho de calcular las retribuciones que corresponden a los trabajadores desplazados. Expone que la imposición de una obligación de información sólo se justifica para controlar si las vacaciones retribuidas otorgadas al trabajador desplazado equivalen a las vacaciones

retribuidas establecidas en el Estado de acogida. Las pagas de vacaciones deben abonarse, sin embargo, de acuerdo con el régimen previsto en el Derecho del Estado de origen.

184. La Comisión considera que:

«En la medida en que las obligaciones en materia de información impuestas a los empresarios establecidos en otro Estado miembro exceden de las que se exigen a los empresarios establecidos en Alemania, esta normativa puede parecer a primera vista discriminatoria. Tal como se desprende de una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cabría considerar que estas normas, en la medida en que no son indistintamente aplicables a todas las prestaciones, cualquiera que sea su origen, sólo pueden estar justificadas por las excepciones admitidas por el artículo 56 del Tratado CE (en relación con el artículo 66 del Tratado CE), a saber, por razones de orden público, seguridad y salud públicas. [24]

La Comisión no cuenta con criterios precisos que le permitan examinar en qué medida la discriminación puede estar justificada por razones de orden público y de seguridad pública. Este examen corresponde al Juez nacional.»

24 — Sentencia de 16 de diciembre de 1992, Comisión/Bélgica (C-211/91, Rec. p. I-6757), apartados 10 y 11.

185. No obstante, la Comisión llama la atención sobre el hecho de que:

«en el presente caso los datos exigidos por el artículo 59, apartado 2, del VTV tienen asimismo por objeto controlar el respeto de las condiciones de empleo y de trabajo. En consecuencia, los datos adicionales podrían ser objetivamente necesarios para garantizar el respeto de las normas profesionales.

La realización de controles efectivos es tanto más importante cuanto que las sanciones por el incumplimiento de dichas condiciones, previstas en el artículo 5 de la Directiva relativa al desplazamiento de trabajadores, son mucho más difíciles de imponer en un contexto trasnacional que en un marco puramente nacional. Las situaciones son diferentes en la medida en que, con frecuencia, las Administraciones Públicas sólo pueden saber, mediante la realización de investigaciones en el Estado de origen, si el desplazamiento constituye por ejemplo un uso abusivo de la libre prestación de servicios o es objeto de un contrato ficticio, o bien si se respetan las disposiciones de la Directiva relativa al desplazamiento de trabajadores en materia de salarios mínimos. Puesto que en el sector de la construcción es frecuente que se incumplan las condiciones de empleo y de trabajo, es necesario un control específico por parte de las Administraciones públicas encargadas de la vigilancia de la correcta aplicación del Derecho. Esta es la razón por la cual la Comisión considera que no hay que excluir que las obligaciones adicionales en materia de información sean necesarias para garantizar una vigilancia eficaz que,

en territorio alemán, sólo pueden ejercer las Administraciones Públicas alemanas.[25]

Pero las diferentes disposiciones en materia de control deben mantenerse en sus justas proporciones y no pueden ir más allá de lo necesario para un control eficaz. En particular, sólo pueden exigirse los documentos de que ya disponga el empresario en virtud de las normas vigentes en el Estado de establecimiento. Deben evitarse normas superfluas y puramente burocráticas, en la medida en que restringen la libre prestación de servicios y ponen en peligro la creación de nuevos empleos. Corresponde al Juez nacional controlar el respeto de estos principios.

Procede subrayar, en este contexto, que, a tenor de su artículo 4, la Directiva relativa al desplazamiento de trabajadores, con objeto de superar las dificultades típicas que surgen con ocasión de los controles, da prioridad a la cooperación entre los Estados miembros en materia de información. En consecuencia, la aplicación de esta Directiva debe traducirse en una cooperación entre las Administraciones Públicas competentes por lo que respecta a la vigilancia de las condiciones de trabajo y empleo a las que se hace referencia en el artículo 1 de esa misma Directiva.

25 — Sentencia de 5 de octubre de 1994, Van Schaik (C-55/93, Rec. p. I-4837), apartado 20.

Habida cuenta de lo anterior, la Comisión propone que se responda del siguiente modo a la letra c) de la segunda cuestión prejudicial:

"Los artículos 59 y 60 del Tratado deben interpretarse es el sentido de que no se oponen a que las obligaciones en materia de información impuestas a los empresarios establecidos en otro Estado miembro, en el marco del régimen de fondos de vacaciones retribuidas, excedan de las obligaciones impuestas a los empresarios establecidos en Alemania, siempre y cuando y en la medida en que sean necesarias y apropiadas para garantizar un control eficaz del respeto de las condiciones de trabajo y de empleo a efectos del artículo 3 de la Directiva relativa al desplazamiento de trabajadores. Corresponde al Juez nacional comprobar si es así."»

Apreciación

186. En mi opinión, procede distinguir entre los datos que son necesarios para evitar el «trabajo ilegal» y controlar eficazmente el respeto de las condiciones de trabajo y de empleo (como el salario mínimo y la duración de la jornada de trabajo diaria, semanal y anual), por un lado, y los que son necesarios para la aplicación del régimen del fondo de vacaciones, por otro.

187. Por lo que respecta a la primera categoría, procede hacer las siguientes observaciones:

188. Para empezar, no puede excluirse que el volumen de información exigido a los empresarios extranjeros sólo sea superior, en apariencia, al de la información que deben proporcionar los empresarios nacionales, ya que, por lo que respecta a estos últimos, el Ulak recibe de oficio dichos datos de las Administraciones alemanas o tiene la posibilidad de solicitárselos a estas últimas. No olvidemos que una empresa alemana, antes de poder iniciar su actividad, debe cumplir determinadas formalidades y que las autoridades tienen conocimiento de otros datos a través de las declaraciones fiscales y sociales (véase, en particular, el punto 12 *supra*).

189. En segundo lugar, puesto que las empresas extranjeras sólo acuden a Alemania para ejecutar trabajos en una o varias obras concretas, en su caso no sería posible llevar a cabo un control riguroso si no debieran notificar a las autoridades competentes la localización de la obra u obras, la fecha de inicio y la duración prevista de las actividades, la dirección del empresario en Alemania, el número y la identidad de los trabajadores desplazados [26] y probablemente otras informaciones más, cuya necesidad corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

26 — En particular, esto me parece indispensable para evitar el «trabajo ilegal».

190. En tercer lugar, procede señalar que la sentencia Arblade y otros, antes citada, ya estableció, en relación con el principio de la llevanza de los documentos previstos en la legislación social y laboral, criterios que pueden trasladarse a los presentes asuntos. Los pasajes pertinentes de dicha sentencia están redactados en los siguientes términos:

«58 Una obligación como la que impone la legislación belga, de elaborar y poseer determinados documentos adicionales en el Estado miembro de acogida supone gastos y cargas administrativas y económicas adicionales para las empresas establecidas en otro Estado miembro, por lo que tales empresas no se encuentran en igualdad de condiciones con sus competidores establecidos en el Estado miembro de acogida.

59 Por consiguiente, el hecho de imponer tal obligación constituye una restricción a la libre prestación de servicios en el sentido del artículo 59 del Tratado.

60 Semejante restricción sólo puede estar justificada si es necesaria para proteger efectivamente y por los medios adecuados la razón imperiosa de interés general que constituye la protección social de los trabajadores.

61 La protección eficaz de los trabajadores del sector de la construcción, en particular, en materia de seguridad y de salud, así como en materia de jornada laboral, puede exigir que se tengan determinados documentos a pie de obra o, como mínimo, en un lugar accesible y claramente identificado del territorio del Estado miembro de acogida a disposición de las autoridades de ese Estado competentes para realizar la labor inspectora, a falta de un sistema organizado de cooperación o intercambio de información entre Estados miembros, como el que prevé el artículo 4 de la Directiva 96/71. [27]

62 Además, a falta de un sistema organizado de cooperación o de intercambio de información como el mencionado en el apartado anterior, la obligación de elaborar y tener a pie de obra o, como mínimo, en un lugar accesible y claramente identificado del territorio del Estado miembro de acogida algunos de los documentos exigidos por la normativa de ese Estado puede constituir la única medida de control adecuada atendido el objetivo que persigue dicha normativa.

63 En efecto, los datos exigidos respectivamente por la normativa del Estado miembro de establecimiento y la del Estado miembro de acogida relativos, en particular, al empresario, al trabajador, a las condiciones de trabajo y a la retribución pueden diferir hasta tal punto que no puedan efectuarse las inspecciones exigidas por la normativa del Estado miembro de acogida sobre la base de documentos llevados con arreglo a la normativa del Estado miembro de establecimiento.

64 En cambio, el mero hecho de que existan algunas diferencias de forma o de fondo no puede justificar que se lleven dos grupos de documentos, unos con arreglo a la normativa del Estado miembro de establecimiento, y otros con arreglo a la del Estado miembro de acogida, si la información que contienen los documentos exigidos por la normativa del Estado miembro de establecimiento basta, en su conjunto, para permitir la labor inspectora necesaria en el Estado miembro de acogida.

65 Por consiguiente, es preciso que las autoridades y, en su caso, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de acogida comprueben sucesivamente, antes de exigir que se elaboren y se lleven en su territorio los documentos previstos en su propia legislación social o laboral, que la protección social de los trabajadores que puede justificar tales exigencias queda ya suficientemente salvaguardada

27 — Observo aquí que, en la época de autos, dicha Directiva no estaba vigente y que, en aquel caso, tampoco se había establecido, por tanto, el sistema de información.

mediante la presentación, en un plazo razonable, de los documentos que se llevan en el Estado miembro de establecimiento o de sus copias, de no disponerse de dichos documentos o de sus copias a pie de obra o en un lugar accesible y claramente identificado del territorio del Estado miembro de acogida.»

191. La referencia al «pie de obra» o a «un lugar accesible y claramente identificado» se explica, evidentemente, por las particularidades de la normativa belga controvertida. Nada se opone a que la República Federal de Alemania exija que los documentos sean entregados a la autoridad administrativa competente si son realmente necesarios para llevar a cabo los controles.

192. Así pues, evidentemente la tarea que incumbe al Juez nacional de comparar los documentos existentes en el Estado de origen y los exigidos en el Estado de acogida no es fácil, pero el hecho es que es el único órgano competente para aplicar el Derecho comunitario en el marco de un litigio concreto.

193. Por lo que respecta al segundo aspecto de la distinción que propongo realizar, a saber, los datos exigidos específicamente para la aplicación del régimen del fondo de vacaciones, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente, en un primer momento, comprobar, sobre la base de las respuestas que le proporcionará el Tribunal de Justicia, si la aplicación de este régimen es compatible con el Derecho comunitario y, en caso de que la respuesta sea positiva, determinar a continuación si todos los documentos y datos exigidos a este respecto son estrictamente necesarios.

194. Por lo que respecta a la respuesta que debe darse a la letra c) de la segunda cuestión prejudicial, me he inspirado en la respuesta propuesta por la Comisión, si bien extendiéndola algo. Propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo:

195. Los artículos 59 y 60 del Tratado deben interpretarse es el sentido de que no se oponen a las obligaciones en materia de información impuestas a los empresarios establecidos en otro Estado miembro en el marco de la libre prestación de servicios, siempre y cuando y en la medida en que sean necesarias y apropiadas:

— para garantizar un control eficaz del respeto de las condiciones de trabajo y de empleo vigentes en el país de acogida;

— para asegurar el buen funcionamiento de un régimen de fondos de vacaciones retribuidas en la medida en que la aplicación de este régimen a los empresarios de que se trate no se considere, por otras razones, incompatible con dichas disposiciones.

Corresponde al Juez nacional comprobar si es así.

La tercera cuestión prejudicial

196. En el marco de la tercera cuestión prejudicial planteada por el Arbeitsgericht Wiesbaden, procede analizar si los artículos 59 y 60 del Tratado se oponen a una disposición nacional, como el artículo 1, apartado 4, de la AEntG, en la medida en que establece, fundamentalmente, que se considere que todos los trabajadores desplazados a Alemania por un empresario extranjero, y sólo ellos, constituyen un centro de trabajo, mientras que en el caso de los empresarios establecidos en Alemania se aplica un concepto de centro de trabajo diferente que, en determinados casos, da lugar a una delimitación distinta de los centros de trabajo comprendidos dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo.

197. En el artículo 1, apartado 4, de la AEntG, se dispone lo siguiente: «A efectos de su inclusión en el ámbito de aplicación empresarial de un convenio colectivo en el sentido de los apartados 1, 2 y 3, se considerará que los trabajadores desplazados en Alemania por un empresario establecido en el extranjero constituyen, en su conjunto, un centro de trabajo».

198. En cambio, subraya el órgano jurisdiccional remitente, el concepto de centro de trabajo que se aplica a los empresarios establecidos en Alemania es diferente. Nos lo describe del siguiente modo:

«En el Derecho laboral alemán, se entiende por centro de trabajo la unidad organizativa en cuyo seno un empresario, solo o asistido por sus empleados, se aplica de manera continuada a la consecución de determinados objetivos técnico-laborales utilizando medios materiales e inmateriales. El hecho de que también las partes de los convenios colectivos del sector de la construcción tomaron este concepto de centro de trabajo como punto de partida es algo que se desprende de la lectura del artículo 7, punto 2.2.2, del BRTV-Bau, que, en el contexto de la regulación de los reembolsos por gastos de transporte y dietas, designa como centro de trabajo "las oficinas principales, el establecimiento, la filial, la sucursal y demás puntos de representación permanente del empresario" donde esté destinado el empleado. Más adelante se dispone que, cuando el trabajador esté destinado a una obra o lugar de trabajo, se considerará centro de trabajo "el punto de representación más próximo del empresario". De ello se deduce con suficiente claridad que, al resolver la cuestión de la inclusión de los nacionales en el ámbito de aplicación de un convenio colectivo, no se considera como centro de trabajo la obra como tal ni siquiera exclusivamente los trabajadores destinados a una obra, sino la unidad organizativa desde donde se envían los trabajadores a la obra.

En cambio, para resolver la cuestión de la inclusión de los empresarios extranjeros que desplazan a sus trabajadores en el ámbito de aplicación del convenio colectivo, el artículo 1, apartado 4, de la AEntG recurre a la ficción de considerar como centro de trabajo exclusivamente a los trabajadores desplazados en su conjunto.

Estos dos conceptos diferentes de centro de trabajo pueden tener consecuencias prácticas distintas en el caso de los denominados centros de trabajo mixtos, en los que se desarrolla en parte una actividad de construcción propiamente dicha y en parte otra actividad diferente. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un centro de trabajo en el que se desarrolle, en parte, una actividad de venta de materiales de construcción, en particular por ejemplo baldosas, y, en parte, se emplee además a una cuadrilla de trabajadores que colocan directamente una parte de las baldosas vendidas por encargo de terceros. Con arreglo a las disposiciones pertinentes del convenio colectivo, únicamente la colocación de baldosas constituye una actividad de la construcción, pero no la venta de baldosas.

Con arreglo al artículo 1, apartado 2, punto VI, primera frase, del VTV, los centros de trabajo —salvo en el caso especial de las denominadas secciones autónomas— siempre se incluyen íntegramente en el ámbito de aplicación de los convenios colectivos relativos a los fondos sociales del sector de la construcción. Con arreglo a la jurisprudencia pertinente de los tribunales superiores de la República Federal de Alemania *(omissis)*, los centros de trabajo mixtos quedan incluidos en su conjunto en el ámbito de aplicación de los convenios colectivos relativos a los fondos sociales del sector de la construcción siempre que —tomando como referencia, por regla general, el período correspondiente a un año civil— el tiempo de trabajo cubierto por los trabajadores empleados en el sector de la construcción supere al tiempo de trabajo cubierto por los trabajadores empleados en sectores distintos al de la construcción. Esto significa que el centro de trabajo mixto se incluye *íntegramente* en el ámbito de aplicación de los convenios colectivos del sector de la construcción cuando, durante un determinado año civil, el tiempo de trabajo cubierto por los trabajadores empleados en el sector de la construcción haya excedido del 50 % del total del tiempo de trabajo de todo el centro de trabajo.

Si, en el ejemplo anterior, hay un mayor número de trabajadores empleados en la actividad de venta de baldosas que en la actividad de construcción consistente en la colocación de baldosas y la jornada laboral de todos los trabajadores es la misma, prevalecerá —desde el punto de vista del tiempo de trabajo— la actividad del sector del comercio, de modo que el centro de trabajo en su totalidad quedará excluido de los convenios colectivos del sector de la construcción. Esto tiene como consecuencia que el *empresario nacional de que se trate no estará obligado a abonar cotizaciones a los fondos sociales ni siquiera por los trabajadores ocupados en la actividad de colocación de baldosas, que es una actividad del sector de la construcción.* [28] En cambio, en el caso de una empresa extranjera que tenga la misma estructura empresarial, de modo que se dedique a la venta de baldosas en su país de origen y envíe a Alemania una cuadrilla de soladores, el empresario estará obligado a pagar cotizaciones al fondo de vacaciones por la cuadrilla de soladores desplazados. [...]

28 — El subrayado es mío.

Debido al hecho de que el artículo 1, apartado 4, de la AEntG no defina como centro de trabajo un conjunto organizativo de personas y cosas dirigido al desarrollo de una actividad económica con objetivos propios, sino exclusivamente a los trabajadores desplazados por sí solos, esta disposición, aplicable únicamente a los empresarios extranjeros, tiene un efecto perjudicial para éstos. También esto constituye una discriminación (manifiesta) basada en la nacionalidad del domicilio de la empresa que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, únicamente está permitida si concurren los requisitos especiales de los artículos 55, 56 y 66 del Tratado CE. Ahora bien, en el presente caso no se aprecia que concurran dichos requisitos.»

Observaciones presentadas

199. Los prestadores de servicios extranjeros, en particular las sociedades Tecnamb, Finalarte y Portugaia, y el Gobierno neerlandés adoptan la misma postura del Juez remitente.

200. El Gobierno francés estima que la solución aplicada por la AEntG es la única viable en la práctica.

201. El Gobierno belga es de la opinión de que esta cuestión es puramente hipotética y que el concepto de centro de trabajo establecido en la AEntG constituye un criterio de conexión necesario para someter al prestador de servicios extranjero a un régimen de fondos de vacaciones.

202. El Gobierno alemán sostiene que procede declarar la inadmisibilidad de la cuestión por carecer de interés para la resolución del litigio principal. En efecto, según afirma, el Juez remitente no afirmó que las empresas extranjeras implicadas en el litigio principal no estarían incluidas dentro del ámbito de aplicación de los convenios colectivos declarados de aplicación general si el concepto de empresa de la AEntG fuera diferente.

203. Con carácter subsidiario, alega que, si bien el criterio para incluir a un prestador de servicios extranjero en el ámbito de aplicación profesional del convenio colectivo es el trabajo efectuado por los trabajadores desplazados y no el conjunto de la actividad de dicha empresa, la razón de ello es que la AEntG tiene un ámbito de aplicación territorial y que, por consiguiente, no pueden considerarse las actividades de la empresa en su país de origen. Además, es imposible controlar los datos que proporciona el prestador de servicios extranjero a este respecto. Por otra parte, la no consideración de las actividades ejercidas en el extranjero puede tener efectos tanto favorables como desfavorables para las empresas mixtas extranjeras.

204. La postura de la Comisión ha evolucionado a lo largo del procedimiento. En sus observaciones escritas, concluía que

existía una discriminación manifiesta derivada de la nacionalidad del domicilio de la empresa. En la vista, tras haber evocado las dificultades prácticas que plantea la aplicación de la Ley, declaró que no tenía ninguna solución que proponer para resolverlas y que se remitía a la sabiduría del Tribunal de Justicia.

Apreciación

205. Por lo que respecta a la argumentación formulada por el Gobierno alemán a propósito de la admisibilidad de esta cuestión, baste recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual corresponde únicamente al Juez nacional apreciar la procedencia de la cuestión planteada, y sólo la inexistencia manifiesta de toda relación con el litigio principal puede dar lugar a la inadmisibilidad de una cuestión. Ahora bien, resulta evidente que no es eso lo que sucede en el presente caso. [29]

206. En cuanto al fondo, considero, por mi parte, que si no hubiera el problema de las «empresas mixtas», la solución sería sencilla. En efecto, tal como expuso el órgano jurisdiccional remitente, la normativa alemana admite que pueda considerarse como centro de trabajo no sólo a «la administración principal, el establecimiento o la filial», sino también, «la sucursal y demás representaciones permanentes del empresario» e incluso «la representación del empresario más próxima».

207. En estas circunstancias, no veo por qué razón el representante del empresario extranjero encargado de dirigir las actividades de los trabajadores desplazados en Alemania no podría considerarse como la «representación del empresario más próxima».

208. Las cosas se complican considerablemente, sin embargo, por el hecho de que los salarios de los soladores británicos o portugueses (por seguir con el ejemplo expuesto por el órgano jurisdiccional remitente) temporalmente empleados en Alemania siempre están sujetos a la obligación de cotización, mientras que los salarios de los soladores pertenecientes a una empresa establecida en Alemania no están sujetos a dicha obligación en la medida en que, en la empresa en la que trabajen, el tiempo de trabajo cubierto por los trabajadores destinados al sector de la construcción (como los soladores) sea inferior a la mitad del total de tiempo de trabajo realizado en el centro de trabajo.

209. Es evidente que, en relación con las empresas mixtas de este tipo, los prestadores de servicios no se encuentran «en

29 — Sentencia de 18 de octubre de 1990, Dzodzi (asuntos acumulados C-297/88 y C-197/89, Rec. p. I-3763), apartado 34.

igualdad de condiciones con sus competidores», [30] y que, aun cuando este sistema genera asimismo discriminaciones entre empresas alemanas, no por ello dejamos de estar ante una restricción a la libre prestación de servicios a efectos del artículo 59 del Tratado.

210. En la medida en que es discriminatoria, esta restricción no puede estar justificada por razones imperiosas de interés general, sean cuales sean. Las únicas justificaciones que podrían admitirse son las enumeradas en el artículo 56 del Tratado. Sin embargo, no se ha demostrado que ninguna de ellas pueda ser válidamente invocada en el presente caso.

211. Para eliminar esta discriminación, cabe plantearse diferentes soluciones. Una primera posibilidad podría consistir en someter asimismo al régimen del fondo de vacaciones a los trabajadores que ejerzan un oficio perteneciente al sector de la construcción empleados por «empresas mixtas» aun en el caso de que el tiempo de trabajo cubierto por los trabajadores destinados en el sector de la construcción empleados en dichas empresas sea inferior a la mitad del tiempo de trabajo total en la empresa. Otra solución consistiría en someter a las empresas «extranjeras», que efectúan una prestación de servicios, al régimen actualmente aplicable a este tipo de «empresa mixta».

30 — Véase el apartado 58 de la sentencia Arblade y otros, antes citada.

212. Corresponderá al Gobierno alemán decidir cuál le parece la más acorde con las legítimas preocupaciones de protección de los trabajadores que presidieron la creación del régimen de fondos de vacaciones.

213. En conclusión, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la tercera cuestión:

214. Los artículos 59 y 60 del Tratado deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la aplicación a las empresas establecidas en otros Estados miembros, que presten servicios en el sector de la construcción, de un régimen de fondo de vacaciones como el controvertido en el litigio principal mientras las empresas establecidas en el Estado miembro de acogida que únicamente ejerzan parcialmente una actividad en este sector no estén en todos los casos sometidas a dicho régimen por su personal empleado en dicho sector.

La cuarta cuestión prejudicial

215. La última cuestión versa sobre la interpretación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva relativa al desplazamiento, en el que se dispone lo siguiente:

«Los Estados miembros velarán por que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencio-

nadas en el apartado 1 del artículo 1 garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias siguientes que, en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo, estén establecidas:

— por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y/o

— por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general con arreglo al apartado 8 en la medida en que se refieran a las actividades contempladas en el Anexo:

a) los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso;

b) la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas;

c) las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias; la presente letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación profesional;

[...]»

216. El Arbeitsgericht Wiesbaden pregunta si «debe interpretarse el artículo 3, apartado 1, letra b), de la Directiva 96/71 [...] en el sentido de que, en cualquier caso, a la luz de la correcta interpretación de los artículos 48, 59 y 60 del Tratado CE, ni impone ni autoriza las normas objeto de las dudas expuestas en las tres primeras cuestiones».

217. Es evidente que el órgano jurisdiccional remitente parte del principio de que una Directiva no puede validar un régimen de fondos de vacaciones que fuera contrario al Tratado. Y en esto no puedo por menos que estar de acuerdo: una Directiva no puede autorizar y menos aún imponer medidas que sean contrarias al Derecho comunitario.

218. Pero también considero que la Directiva no hace tal cosa.

219. Tal como he señalado en relación con las dos primeras cuestiones prejudiciales, los Estados miembros derivan directamente del Tratado el *derecho* de imponer a las empresas que efectúan prestaciones de servicios el respeto del salario mínimo y la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas aplicables en su territorio en el sector económico de que se trate.

220. En consecuencia, no tenían, a este respecto, necesidad de una autorización mediante un acto de Derecho derivado.

221. La Directiva relativa al desplazamiento ha venido ahora a imponerles el *deber* de aplicar estas normas a las empresas establecidas en otros Estados miembros.

222. Dado que la República Federal Alemana hizo uso de un derecho que de todos modos ya tenía, la cuestión de si la Directiva puede imponerle legalmente el deber de hacerlo carece de pertinencia para la resolución del litigio principal. En consecuencia, no es necesario que examine las dudas que alberga el órgano jurisdiccional remitente en relación con el carácter apropiado de la base jurídica en que se basa dicha Directiva.

223. Por lo que respecta al régimen del fondo de vacaciones retribuidas se aplica el mismo razonamiento. En efecto, en relación con la cuestión de si la Directiva autoriza dicho régimen hemos visto antes que el derecho de un Estado miembro de imponer a las empresas extranjeras «las condiciones de trabajo» aplicables en su territorio abarca también, en principio, el derecho de imponerles un régimen de fondos de vacaciones retribuidas. También en este caso, el Estado miembro hace uso, por tanto, de un derecho que de todos modos le corresponde, y la cuestión de si la Directiva puede imponerle legalmente la obligación de hacer uso de dicho derecho carece asimismo de pertinencia para la resolución del litigio principal. Observo, por lo demás, que ni el artículo 3 ni ninguna otra disposición de la Directiva obliga a los Estados miembros a establecer un régimen de fondos de vacaciones retribuidas.

224. No obstante, un régimen de fondos de ese tipo puede presentar características diferentes en los distintos Estados miembros y debe examinarse caso por caso si el régimen de que se trata o algunas de sus características son compatibles con el Tratado. Esto es lo que he hecho hasta aquí por lo que respecta al régimen alemán.

225. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la cuarta cuestión:

226. La Directiva relativa al desplazamiento no impone ni autoriza el establecimiento de un régimen de vacaciones retribuidas contrario a las disposiciones de los artículos 59 y 60 del Tratado.

Conclusión

227. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por el Arbeitsgericht Wiesbaden:

«1) A menos que en el país de origen se garantice al trabajador una protección idéntica o superior, los artículos 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación) y 60 del Tratado CE (actualmente artículo 50 CE) deben interpretarse en el sentido de que no se oponen, en principio, a la aplicación a un empresario establecido en el extranjero y a sus trabajadores desplazados de un régimen como el que se deriva del artículo 1, apartado 3, primera frase, de la AEntG, siempre que se tengan debidamente en cuenta las cargas que el empresario no puede eludir con arreglo a la legislación de su país de origen. El artículo 48 del Tratado CE (actualmente artículo 39 CE, tras su modificación) no se aplica al desplazamiento de trabajadores por parte de un empresario establecido en otro Estado miembro.

2) Los artículos 59 y 60 del Tratado deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que un Estado miembro imponga a una empresa establecida en otro Estado miembro que ejecuta temporalmente trabajos en el primer Estado miembro:

a) la aplicación de normas jurídicas contenidas en convenios colectivos que establecen una duración de las vacaciones superior a la duración mínima de las vacaciones anuales prescrita por la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo;

b) la aplicación de un régimen de fondo de vacaciones en virtud del cual la paga de vacaciones sea abonada directamente al trabajador desplazado, mientras que, en el caso de las empresas establecidas en el Estado miembro de acogida, se abona al empresario;

c) la obligación de proporcionar datos, siempre y cuando y en la medida en que sean necesarias y apropiadas:

— para garantizar un control eficaz del respeto de las condiciones de trabajo y de empleo vigentes en el país de acogida;

— para asegurar el buen funcionamiento de un régimen de fondos de vacaciones retribuidas.

3) Los artículos 59 y 60 del Tratado deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la aplicación a las empresas establecidas en otros Estados miembros, que presten servicios en el sector de la construcción, de un régimen de fondo de vacaciones como el controvertido en el litigio principal mientras las empresas establecidas en el Estado miembro de acogida que únicamente ejerzan parcialmente una actividad en este sector no estén en todos los casos sometidas a dicho régimen por su personal empleado en dicho sector.

4) La Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, no impone ni autoriza el establecimiento de un régimen de vacaciones retribuidas contrario a las disposiciones de los artículos 59 y 60 del Tratado.»