CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. PHILIPPE LÉGER presentadas el 5 de octubre de 2006 [1]

1. En el marco de la liberalización de las actividades relativas a la colocación de los trabajadores, el papel de las agencias privadas de colocación está adquiriendo una importancia creciente en el mercado de trabajo de los Estados miembros de la Unión Europea. [2] Esta función está, igualmente, reconocida en el ámbito internacional. [3]

2. Mediante el presente procedimiento prejudicial se solicita al Tribunal de Justicia que interprete varias disposiciones de Derecho comunitario en relación con un mecanismo de fomento del empleo vigente en Alemania desde 2002.

3. Este mecanismo consiste en la concesión por parte de la Bundesagentur für Arbeit (Agencia Federal de Empleo; en lo sucesivo, «Bundesagentur») a los demandantes de empleo de un bono de intermediación que permite que éstos queden liberados, al menos en parte, de su obligación de remunerar a la agencia privada de colocación a cuyos servicios hayan recurrido para encontrar un empleo.

I. Marco jurídico

A. *Derecho comunitario*

4. Además de los artículos 18 CE, 39 CE, 49 CE, 50 CE, así como el artículo 87 CE en relación con los artículos 81 CE, 85 CE y 86 CE; las presentes cuestiones prejudiciales se refieren a la interpretación de los artículos 3 y 7 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. [4] Me limitaré a citar estas dos disposiciones de Derecho comunitario derivado.

1 — Lengua original: francés.

2 — Véase el documento del Servicio de Estudios Jurídicos del Senado francés de enero de 2004, relativo a la organización de la indemnización y la colocación de los trabajadores desempleados en siete Estados miembros (estudio de Derecho comparado), disponible en Internet (http://www.senat.fr/lc/lc130/lc1300.html).

3 — Véanse el Convenio 181 y la Recomendación 188 de la Organización Internacional del Trabajo, de 19 de junio de 1997, sobre las agencias de empleo privadas, disponibles en Internet (http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp2.htm y http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp2.htm).

4 — DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77.

5. El artículo 3 del Reglamento nº 1612/68 dispone:

«1. En el marco del presente Reglamento, no serán aplicables las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, ni las prácticas administrativas de un Estado miembro:

— que limiten o subordinen a condiciones no previstas para los nacionales la oferta y la demanda de trabajo, el acceso al empleo y su ejercicio por los extranjeros; o

— que, aun siendo aplicables sin acepción de nacionalidad, tengan por finalidad o efecto exclusivo o principal, eliminar a los nacionales de otros Estados miembros de la oferta de empleo.

[...]»

6. El artículo 7 del mismo Reglamento es del siguiente tenor:

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

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

[...]»

B. *Derecho nacional*

7. El artículo 296 del Libro III del Código alemán de Seguridad Social –Fomento del empleo (Sozialgesetzbuch–Arbeitsförderung;[5] en lo sucesivo, «SGB III»), titulado «Contrato de colocación entre un intermediario y un demandante de empleo» dispone, en su apartado primero, que el contrato en virtud del cual el intermediario se obliga a facilitar un puesto de trabajo a un demandante de empleo requerirá forma escrita y deberá hacer constar, en particular, la remuneración de dicho intermediario.

5 — BGBl. 1997 I, p. 594.

8. Según el artículo 296, apartado segundo, del SGB III, el demandante de empleo sólo estará obligado al pago de la remuneración debida al intermediario cuando, tras la intervención de éste, se celebre un contrato de trabajo.

9. Por otra parte, el mencionado artículo 296 dispone, en su apartado 4, que, una vez presentado un bono de intermediación al intermediario, la remuneración sólo se hace exigible en el momento de la ejecución del pago por la Bundesagentur, conforme al artículo 421g del SGB III. [6]

10. Este último artículo, titulado «Bono de intermediación», establece en su apartado 1, primera frase, que los beneficiarios de una prestación o de un subsidio social por desempleo a quienes no se haya encontrado empleo tras un período de tres meses en paro y las personas que ocupen un puesto de trabajo que lleve aparejada una ayuda en concepto de medida de creación de empleo o de adaptación estructural tendrán derecho a un bono de intermediación. [7] Conforme al artículo 421 g, apartado 1, segunda frase, del SGB III, al entregar el bono de intermediación, la Bundesagentur se compromete a pagar la comisión debida al intermediario al que el demandante de empleo haya recurrido y que haya procurado a éste un empleo sujeto a cotización obligatoria a la seguridad social, con una jornada laboral de, al menos, quince horas semanales.

11. Según el artículo 421 g, apartado 2, del SGB III, el bono de intermediación puede ser concedido por un importe de 1.500, 2.000 ó 2.500 euros, en función del tiempo durante el que el demandante de empleo haya estado desempleado. Al intermediario se le abona hasta un total de 1.000 euros al inicio de la relación laboral en concepto de remuneración, y el resto se le paga cuando se alcanzan los seis meses en el puesto de trabajo; los importes debidos se pagan directamente al intermediario.

12. Conforme al artículo 1 del Libro IV del Código de Seguridad Social –Disposiciones comunes (Sozialgesetzbuch–Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung; en lo sucesivo, «SGB IV»):

«[...] Las disposiciones del presente libro, a excepción [de los] títulos primero y segundo de la sección cuarta y de la sección quinta, serán igualmente de aplicación a la ayuda al empleo [...]»

6 — El Gobierno alemán, en el apartado 11 de sus observaciones escritas, explica el sentido de esta disposición precisando que se deduce de la misma que el bono de intermediación únicamente da derecho a un pago parcial y que el demandante de empleo sigue teniendo la consideración de deudor de la remuneración pactada en el contrato de colocación. Indica igualmente que la presentación de un bono de intermediación tiene el efecto, en virtud de tal disposición, de provocar de pleno Derecho un aplazamiento del pago de la remuneración debida por el demandante de empleo al intermediario.

7 — Es oportuno puntualizar que este mecanismo de bonos de intermediación fue introducido en el Derecho alemán en 2002 con carácter experimental. Está previsto que el mencionado mecanismo, que será de aplicación hasta el 31 de diciembre de 2006, sea evaluado para decidir su eventual prórroga.

13. Por otro lado, el artículo 3 del SGB IV prevé lo siguiente:

«Las disposiciones relativas a la obligación de seguridad social y al derecho a la seguridad social serán de aplicación

1. en la medida en que requieran una actividad por cuenta propia o por cuenta ajena, a todas las personas que ejerzan una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia en el ámbito territorial de aplicación del presente Código;

[...]»

14. Por último, el artículo 30 del Libro I del Código de Seguridad Social –Parte General (Sozialgesetzbuch–Allgemeiner Teil; en lo sucesivo, «SGB I») es del siguiente tenor:

«1. Las disposiciones del presente Código serán de aplicación a todas las personas que tengan su domicilio o residencia habitual en su ámbito territorial de aplicación.

2. Las disposiciones de Derecho supranacional e internacional no se verán afectadas.

[...]»

II. Hechos y procedimiento del litigio principal

15. La actividad de ITC Innovative Technology Center GmbH (en lo sucesivo, «ITC») consiste en la colocación de mano de obra. El 27 de agosto de 2003, ITC celebró un contrato de colocación con el Sr. Darius Halacz. En virtud de este contrato, ITC asumía la obligación de ayudar al Sr. Halacz a encontrar un empleo sujeto a cotización obligatoria a la seguridad social y de llevar a cabo todas las medidas necesarias para obtener tal colocación.

16. El Sr. Halacz había presentado a ITC el bono de intermediación que la Bundesagentur le había concedido. Este bono, con validez hasta el 15 de octubre de 2003 y de un importe de 1.500 euros, especificaba que el demandante de empleo podía recurrir a uno o a varios intermediarios de su elección y que el importe indicado se abonaría al intermediario privado que le hubiera conseguido un empleo. En tal caso, el pago se haría efectivo por un importe de 1.000 euros al inicio de la relación laboral, abonándose el resto si se mantuviera esta relación durante, al menos, seis meses.

17. Conforme a las disposiciones aplicables del SGB III, el bono de intermediación establecía que se abonaría la remuneración siempre que el empleo estuviera sujeto a

cotización obligatoria a la seguridad social; la duración de la jornada laboral fuera de, al menos, quince horas semanales; la duración pactada de la relación laboral fuera de, al menos, tres meses; se hubiera celebrado por escrito un contrato de colocación con el intermediario, y éste tuviera reconocido, en virtud de dicho contrato, el derecho a una remuneración por la colocación.

18. A raíz de la intervención de ITC, el Sr. Halacz obtuvo un contrato de trabajo de duración determinada para el período comprendido entre el 4 de septiembre de 2003 y el 4 de marzo de 2004, con una empresa establecida en los Países Bajos. Este empresario confirmó que se trataba de una relación laboral sujeta a cotización obligatoria a la seguridad social y que la jornada laboral era de, al menos, quince horas semanales.

19. Mediante carta de 15 de septiembre de 2003, ITC solicitó a la Bundesagentur el pago del primer plazo, por importe de 1.000 euros, conforme al bono de intermediación. [8]

20. La Bundesagentur rechazó esta solicitud mediante resolución de fecha 2 de octubre de 2003, al considerar que no se había facilitado al Sr. Halacz un empleo sujeto a cotización obligatoria a la seguridad social en territorio alemán.

21. El 16 de octubre de 2003, ITC presentó una reclamación contra esta resolución. La Bundesagentur desestimó esta reclamación mediante resolución de 27 de octubre de 2003 al considerar que el concepto de «seguridad social obligatoria» se definía en los artículos 1, 2 y 3 del SGB IV, disposiciones que resultarían igualmente de aplicación al SGB III. Las disposiciones relativas al aseguramiento obligatorio serían pues de aplicación a cualquier persona que fuera parte de una relación laboral en el ámbito territorial de aplicación del SGB, esto es, en territorio alemán.

22. El 14 de noviembre de 2003, ITC interpuso recurso ante el Sozialgericht Berlin (Tribunal de lo social de Berlín) en el que solicitaba, por una parte, la anulación de la resolución de la Bundesagentur de 2 de octubre de 2003, confirmada mediante resolución de 27 de octubre de 2003 y, por otra parte, que se condenara a este organismo a pagar a ITC el importe de 1.000 euros correspondiente a la remuneración por la colocación.

III. Cuestión prejudicial

23. Según el Sozialgericht Berlin, procedería estimar el recurso interpuesto ante dicho

8 — De la resolución de remisión se desprende que la relación laboral entre el Sr. Halacz y su empleador finalizó en noviembre de 2003. Al haber tenido esta relación una duración inferior a seis meses, el importe de la remuneración que puede reclamar ITC a la Bundesagentur está limitado, en cualquier caso, a 1.000 euros.

tribunal si se apreciara que el artículo 421 g, apartado 1, segunda frase, del SGB III es contrario al Derecho comunitario, ya que implica que el pago de la remuneración por la colocación abonado por la Bundesagentur al intermediario al que ha recurrido el trabajador está sujeto a la condición de que el empleo encontrado esté sujeto a cotización obligatoria a la seguridad social en territorio alemán.

24. A este respecto, el Sozialgericht Berlin precisa que, aplicando exclusivamente el Derecho alemán, es decir, los artículos 1 y 3 del SGB IV y 30 del SGB I, en relación con el artículo 421 g, apartado 1, segunda frase, del SGB III, debe entenderse por «empleo sujeto a cotización obligatoria a la seguridad social» en el sentido de este último artículo únicamente un empleo de este tipo desempeñado en el ámbito territorial de aplicación del SGB, esto es, en territorio alemán.

25. El órgano jurisdiccional remitente estima que esta interpretación del Derecho nacional podría menoscabar derechos garantizados por el Derecho comunitario ya que el esquema del Derecho nacional resultante de la articulación de estas disposiciones del SGB implica que el trabajador al que se le facilite un empleo fuera del territorio alemán no quedaría liberado de su obligación de remunerar al intermediario al que hubiese recurrido, mientras que ocurriría así en el supuesto de que la colocación fuese en territorio nacional. Además, conforme a este esquema, se impediría indirectamente a los intermediarios establecidos en Alemania extender sus actividades de colocación de mano de obra al extranjero y, similarmente, se impediría indirectamente a los intermediarios extranjeros colocar en el extranjero a desempleados alemanes.

26. El órgano jurisdiccional remitente señala, no obstante, que se podría interpretar el artículo 421 g, apartado 1, segunda frase, del SGB III de forma congruente con el Derecho comunitario si se entendiera como «empleo sujeto a cotización obligatoria a la seguridad social» un empleo de este tipo desempeñado en el territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea.

27. Al albergar dudas acerca de la interpretación de distintas disposiciones de Derecho comunitario, el Sozialgericht Berlin decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿En qué medida una interpretación del artículo 421 g, apartado 1, segunda frase, del [SGB III], en el sentido de que por empleo sujeto a cotización a la seguridad social sólo debe entenderse el comprendido en el ámbito de aplicación del [SGB], es contraria a la normativa comunitaria que protege la libre circu-

lación de personas, en particular en los artículos 18 CE y 39 CE y en los artículos 3 y 7 del Reglamento nº 1612/68?

2) a) ¿En qué medida es posible y necesaria una interpretación conforme al Derecho comunitario de ese artículo con el fin de evitar la vulneración que resultaría, en su caso, de la hipótesis expuesta en la primera cuestión?

b) Si no fuera posible o necesario realizar una interpretación conforme con el Derecho comunitario: ¿en qué medida vulnera el artículo 421 g, apartado 1, segunda frase, del SGB III la normativa comunitaria que protege la libre circulación de personas?

3) ¿En qué medida una interpretación del artículo 421 g, apartado 1, segunda frase, del SGB III, en el sentido de que por empleo sujeto a cotización a la seguridad social sólo debe entenderse el comprendido en el ámbito de aplicación del [SGB], es contraria a la normativa comunitaria que protege la libre prestación de servicios y la libre competencia, en particular a los artículos 49 CE, 50 CE y 87 CE, en relación con los artículos 81 CE, 85 CE y 86 CE, u otra norma comunitaria?

4) a) ¿En qué medida es posible y necesaria una interpretación conforme al Derecho comunitario de ese artículo con el fin de evitar la vulneración que resultaría, en su caso, de la hipótesis expuesta en la tercera cuestión?

b) Si no fuera posible o necesario realizar una interpretación conforme al Derecho comunitario: ¿en qué medida vulnera el artículo 421 g, apartado 1, segunda frase, del SGB III el Derecho comunitario, por no quedar protegida la libre circulación de los trabajadores?»

IV. Apreciación

A. *Sobre las cuestiones primera y tercera*

28. Es posible hacer un análisis conjunto de las cuestiones primera y tercera, ya que en

ambas se solicita que el Tribunal de Justicia declare si el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, en cuya virtud el pago por una agencia nacional de empleo a una agencia privada de colocación de la remuneración debida por un demandante de empleo en concepto de colocación está sometido al requisito de que el empleo encontrado por este intermediario privado esté sujeto a cotización obligatoria a la seguridad social en el territorio de dicho Estado miembro.

29. Mediante estas dos cuestiones, el órgano jurisdiccional remitente solicita una interpretación de varias disposiciones de Derecho comunitario, los artículos 18 CE, 39 CE, 49 CE, 50 CE y el artículo 87 CE en relación con los artículos 81 CE, 85 CE y 86 CE, así como los artículos 3 y 7 del Reglamento nº 1612/68. Es necesario determinar qué disposiciones deben ser interpretadas para permitir a dicho órgano jurisdiccional resolver el litigio principal.

30. Para ello, excluiré de entrada del ámbito de mi análisis el artículo 87 CE, disposición que el órgano jurisdiccional remitente sugiere que se interprete en relación con los artículos 81 CE, 85 CE y 86 CE. En efecto, no considero que el mecanismo nacional de los bonos de intermediación pueda ser calificado de ayuda estatal en el sentido del artículo 87 CE.

31. Cabe recordar a este respecto que, según jurisprudencia reiterada, la calificación de ayuda de Estado exige que se cumplan todos los requisitos previstos en el artículo 87 CE, apartado 1, [9] es decir, que debe tratarse de una medida que confiera una ventaja a determinadas empresas, que esta ventaja sea concedida por un Estado miembro o mediante recursos estatales y que falsee o pueda falsear la competencia en los intercambios intracomunitarios.

32. Pues bien, es preciso constatar que el mecanismo nacional de los bonos de intermediación no constituye una ventaja a favor de determinadas empresas por las siguientes razones.

33. Según jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de ayuda puede comprender no sólo prestaciones positivas como subvenciones, préstamos o tomas de participación en el capital de las empresas, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente gravan el presupuesto de una empresa y que, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos. [10]

9 — Véanse, en particular, las sentencias de 24 de julio de 2003, Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, Rec. p. I-7747), apartado 74, y de 22 de junio de 2006, Bélgica y Forum 187/Comisión (C-182/03 y C-217/03, Rec. p. I-5479), apartado 84.

10 — Véanse, en particular, la sentencia de 20 de noviembre de 2003, Gemo (C-126/01, Rec. p. I-13769), apartado 28 y jurisprudencia allí citada, y la sentencia Bélgica y Forum 187/Comisión, antes citada, apartado 86.

34. A la vista de esta definición, considero que el mecanismo nacional de los bonos de intermediación no puede considerarse una subvención ni un alivio de las cargas presupuestarias habituales de las agencias privadas de colocación. Este mecanismo únicamente contempla una transferencia de la carga del pago de la remuneración debida a la agencia privada de colocación del trabajador a la Bundesagentur. Al abonar directamente a la agencia la remuneración mencionada, la Bundesagentur se limita a pagar la contrapartida de un servicio realizado, esto es, la colocación de un demandante de empleo.

35. Además, según reiterada jurisprudencia, el artículo 87 CE, apartado 1, requiere que se examine si, en el marco de un régimen jurídico concreto, una medida estatal puede favorecer a «determinadas empresas o producciones» en relación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen. En caso de respuesta afirmativa, la medida de que se trate cumplirá el requisito de selectividad constitutivo del concepto de ayuda de Estado previsto en dicho artículo. [11]

36. Comparto la opinión del Gobierno alemán en el sentido de que el régimen definido en el artículo 421 g del SGB III no tiene carácter selectivo. En efecto, el bono de intermediación que se entrega al demandante de empleo puede ser presentado por éste al intermediario de su elección, de forma que la remuneración de la colocación por la Bundesagentur no queda, *a priori*, limitada únicamente a determinadas agencias privadas de colocación.

37. Al no cumplirse el requisito de que se dé una ventaja a determinadas empresas, no procede interpretar ni el artículo 87 CE, ni las disposiciones del Tratado CE que el órgano jurisdiccional remitente propone vincular a este artículo. [12]

38. En cambio, las disposiciones del Tratado relativas, por una parte, a la libre circulación de los trabajadores y, por otra, a la libre prestación de servicios, parecen, a primera vista, aplicables para la resolución del litigio principal.

11 — Véanse, en particular, la sentencia de 3 de marzo de 2005, Hesier (C-172/03, Rec. p. I-1627), apartado 40, y jurisprudencia allí citada, y la sentencia Bélgica y Forum 187/Comisión, antes citada, apartado 119.

12 — Como precisa el considerando sexto del Reglamento (CE) nº 2204/2002 de la Comisión, de 12 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo (DO L 337, p. 3), «ciertas medidas de política de empleo no constituyen ayudas estatales a tenor [del artículo 87 CE, apartado 1] porque son ayudas a particulares que no favorecen a determinadas empresas o la producción de determinados bienes [...]».

1. Libre circulación de los trabajadores

a) Posibilidad de que una agencia privada de colocación invoque normas comunitarias relativas a la libre circulación de los trabajadores.

39. Conforme al artículo 39 CE, apartado 1, «quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad». El artículo 39 CE, apartado 3, letra a), precisa que esta libertad de circulación implicará el derecho «de responder a ofertas efectivas de trabajo».

40. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de «trabajador», en el sentido del artículo 39 CE posee un alcance comunitario y no debe interpretarse de forma restrictiva. Debe considerarse «trabajador» cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. Según esta jurisprudencia, la característica de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución. [13]

41. El Tribunal de Justicia ha declarado, asimismo, que algunos derechos vinculados a la condición de trabajador están garantizados a los trabajadores migrantes, aunque éstos ya no estén vinculados por un contrato de trabajo. [14]

42. Por otra parte, según el Tribunal de Justicia, los nacionales de un Estado miembro que buscan empleo en otro Estado miembro están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 39 CE. [15]

43. A la vista de esta jurisprudencia, procede apreciar que el Sr. Halacz se encuentra incluido en el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 39 CE, tanto por su condición de demandante de empleo beneficiario de un bono de intermediación concedido por la Bundesagentur, como por razón de su condición de trabajador por cuenta ajena que celebró un contrato de trabajo ejecutado de septiembre a noviembre de 2003.

44. Sin negar esta circunstancia, el Gobierno alemán alega, no obstante, que una agencia privada de colocación no puede invocar, en el marco de un litigio nacional que la enfrenta a la Bundesagentur, los derechos establecidos en el artículo 39 CE por cuanto una agencia de tal naturaleza no se encuentra comprendida en el ámbito subjetivo de aplicación de este artículo. En apoyo de esta opinión, el

13 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 30 de marzo de 2006, Mattern y Cikotic (C-10/05, Rec. p. I-3145), apartado 18, y jurisprudencia allí citada.

14 — Véase, en particular, la sentencia de 23 de marzo de 2004, Collins (C-138/02, Rec. p. I-2703), apartado 27.

15 — Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Ioannidis (C-258/04, Rec. p. I-8275), apartado 21.

Gobierno alemán cita la sentencia de 11 de diciembre de 1997, Job Centre, conocida como Job Centre II, [16] en la que el Tribunal de Justicia no analizó el artículo 48 del Tratado CE (actualmente, tras su modificación, artículo 39 CE) porque el demandante en el asunto principal no podía, en su calidad de agencia de colocación de mano de obra, invocar la libre circulación de los trabajadores.

45. No comparto la tesis defendida por el Gobierno alemán.

46. En primer lugar, conviene recordar el contexto en el que el Tribunal de Justicia, en la sentencia Job Centre II, antes citada, estimó que no procedía interpretar las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de los trabajadores.

47. En ese asunto, la Corte d'appello di Milano solicitaba fundamentalmente al Tribunal de Justicia que declarara si las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de los trabajadores, a la libre prestación de servicios y a la libre competencia se oponían a una normativa nacional que prohibía cualquier actividad de mediación y de interposición entre la oferta y la demanda de empleo que no fuera realizada por organismos públicos de colocación de mano de obra.

16 — Asunto C-55/96, Rec. p. I-7119.

48. En el procedimiento principal, Job Centre coop. arl, sociedad cooperativa de responsabilidad limitada en proceso de constitución, con domicilio social en Milán, reivindicaba el derecho a ejercer la actividad de mediación entre demandas y ofertas de trabajo por cuenta ajena y de suministro temporal de mano de obra en los mercados de trabajo italiano y comunitario.

49. Partiendo de estos hechos, el Tribunal de Justicia consideró que «en la medida en que las cuestiones se refieren a disposiciones relativas a la libre circulación de trabajadores, basta con señalar que la aplicabilidad del artículo 48 del Tratado no puede inferirse del hecho de que figuren trabajadores entre los miembros fundadores, ya que la sociedad, una vez constituida y en funcionamiento, se habrá convertido en una persona jurídica autónoma». Según el Tribunal de Justicia, «por consiguiente, las disposiciones relativas a la libre circulación de trabajadores no son pertinentes a los efectos del litigio principal». [17]

50. En las conclusiones presentadas el 15 de mayo de 1997 en aquel asunto, el Abogado General Elmer señalaba que no se había aportado elemento alguno que indujera a pensar «que Job Centre pueda invocar por sí

17 — No obstante, el Tribunal de Justicia aceptó interpretar los artículos 86 y 90 del Tratado (actualmente artículos 82 CE y 86 CE) en la medida en que las cuestiones referidas a los mismos planteaban el problema del alcance del derecho exclusivo concedido a las oficinas públicas de empleo y, por tanto, de la prohibición, so pena de sanciones penales y administrativas, de toda actividad de mediación e interposición entre demandas y ofertas de empleo realizada por sociedades privadas.

misma, o bien mediante sucesión o representación, los derechos eventualmente reconocidos a un trabajador, una vez efectuada la colocación efectiva». [18]

51. El presente procedimiento prejudicial se enmarca en un contexto que difiere, en varios aspectos, del asunto en el que recayó la sentencia Job Centre II, antes citada.

52. En primer lugar, ITC no reivindica, en el procedimiento principal, el derecho a ejercer su actividad de colocación de trabajadores. Ninguna norma de Derecho alemán le prohíbe, en efecto, ejercer su función de intermediario entre las demandas y las ofertas de empleo.

53. En segundo lugar, debe destacarse que una de las características del bono de intermediación es que éste se encuadra en una relación triangular entre la Bundesagentur, el demandante de empleo y la agencia privada de colocación.

54. De este modo, la Bundesagentur concede un bono de intermediación al demandante de empleo que cumpla los requisitos exigidos en el artículo 421 g, apartado 1, del SGB III. Al entregar este bono de intermediación, la Bundesagentur se compromete a hacerse cargo, dentro de unos límites, de la remuneración debida a la agencia privada de colocación a la que haya recurrido el demandante de empleo y que haya conseguido, en ejecución de un contrato de colocación, encontrar un empleo a este último.

55. Una vez que, como consecuencia de una actividad de colocación, se celebra un contrato de trabajo entre el demandante de empleo y un empleador, la agencia privada de colocación puede exigir el pago de su remuneración. En el supuesto de que el demandante de empleo presente un bono de intermediación a esta agencia, el pago de esta remuneración debe ser realizado por la Bundesagentur.

56. Así pues, en esta fase del procedimiento, la agencia privada de colocación puede hacer valer frente a la Bundesagentur el derecho al pago que le confiere el bono de intermediación concedido inicialmente al demandante de empleo. Este procedimiento, tal como ha sido diseñado por el legislador alemán, tiene como consecuencia que no sea el demandante de empleo quien deba reclamar directamente a la Bundesagentur que se haga cargo de la remuneración debida a la agencia. Incumbe a la agencia privada de colocación reclamar a la Bundesagentur la cantidad que se le debe.

57. En el caso de que esta última se niegue a abonar el importe que figura en el bono de intermediación es pues la agencia privada de

18 — Punto 18.

colocación quien se encuentra mejor posición para hacer valer, en su caso, los derechos reconocidos por el Derecho comunitario.

58. En tercer lugar, considero que, en la medida en que el contrato de colocación le confiere una función de intermediario, la agencia privada de colocación representa al demandante de empleo y debe reconocérsele, pues, legitimidad para invocar los derechos derivados del Derecho comunitario.

59. Considero que la sentencia dictada en el asunto Clean Car Autoservice [19] respalda la tesis de que una agencia privada de colocación debe poder invocar los derechos reconocidos a los trabajadores por el Derecho comunitario.

60. En dicho asunto, se solicitaba al Tribunal de Justicia, en particular, que declarara si el principio de igualdad de trato en materia de libre circulación de los trabajadores podía ser también invocado por un empresario que pretendía emplear, en el Estado miembro en el que estaba establecido, a trabajadores nacionales de otro Estado miembro.

61. En las conclusiones presentadas el 4 de diciembre de 1997 en aquel asunto, el Abogado General Fennelly proponía al Tribunal de Justicia que se respondiera afirmativamente a esta cuestión. Dicho Abogado General sostenía la tesis de que las sentencias del Tribunal de Justicia que definen el concepto de «trabajador» «no abordan, ni excluyen, ni expresa ni implícitamente, que otras personas que no son trabajadores, pero que tienen una conexión material con una persona que posee dicha condición, hagan también uso de las disposiciones del Derecho comunitario sobre la libre circulación de trabajadores». En su opinión, «tampoco se puede obtener semejante conclusión de lo dispuesto en el Tratado y las disposiciones legislativas pertinentes». [20] Añadía, por otra parte, que «se ha de tener en cuenta, además, que aunque la libre circulación de trabajadores esté concebida, en parte, como un conjunto de derechos personales de los trabajadores y esté respaldada por las actuaciones de éstos en su defensa –por ejemplo, ante los tribunales nacionales, también constituye, en último término, un instrumento para alcanzar un objetivo de interés general contemplado en la letra c) del artículo 3 del Tratado: la realización de un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas». [21]

62. Parece que el Tribunal de Justicia se mostró receptivo a los diferentes argumentos expuestos por el Abogado General Fennelly.

19 — Sentencia de 7 de mayo de 1998 (C-350/96, Rec. p. I-2521).

20 — Punto 19.

21 — Punto 21.

63. El Tribunal apreció en particular que «el artículo [39 CE] establece en su apartado 1, con carácter general, que la libre circulación de trabajadores quedará asegurada dentro de la Comunidad» y que esta libertad de circulación «sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, implica el derecho de responder a ofertas efectivas de trabajo, de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros, de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales, y de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo». [22]

64. Según el Tribunal de Justicia, «si bien es cierto que estos derechos corresponden sin lugar a dudas a las personas para las que están directamente previstos, los trabajadores, *nada hay en el tenor del artículo [39 CE] que indique que no puedan ser invocados por otras personas,* en particular, por los empresarios». [23]

65. Estimo que el Tribunal de Justicia debería seguir el mismo razonamiento respecto de una agencia privada de colocación que celebre un contrato de colocación con un demandante de empleo. Es decir, el Tribunal debería, a mi juicio, permitir a una agencia de este tipo invocar los derechos que el artículo 39 CE reconoce a los trabajadores.

66. Puesto que el órgano jurisdiccional remitente solicita igualmente al Tribunal de Justicia que interprete el artículo 18 CE, conviene destacar en este punto que el Tribunal de Justicia ha afirmado que este artículo, que enuncia de manera general el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, tiene una expresión específica en el artículo 39 CE por lo que respecta a la libre circulación de los trabajadores. Ahora bien, en la medida en que, como he indicado, el asunto principal está comprendido en el ámbito de esta última disposición, no es necesario que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la interpretación del artículo 18 CE. [24]

67. Por otra parte, los artículos 3 y 7 del Reglamento nº 1612/68 se limitan a explicitar y aplicar los derechos derivados del artículo 39 CE. [25] En cuanto al artículo 3 de este Reglamento, es preciso señalar además que no hay correspondencia entre los supuestos contemplados en él y los hechos del litigio principal. En cuanto al artículo 7 del mencionado Reglamento, el principio de igualdad de trato que en establece, tanto respecto a las condiciones de empleo y de trabajo como a las ventajas sociales y fiscales a las que los trabajadores deben tener derecho en el Estado de acogida, no resulta de aplicación para a la resolución del litigio principal, que se refiere a una medida adoptada por el Estado de origen y dirigida a facilitar el acceso al empleo. Por consi-

22 — Sentencia Clean Car Autoservice, antes citada, apartado 18.

23 — Apartado 19 (el subrayado es mío).

24 — Sentencia de 26 de noviembre de 2002, Oteiza Olazábal (C-100/01, Rec. p. I-10981), apartado 26.

25 — En relación con el artículo 3, véase, por ejemplo, la sentencia de 23 de febrero de 1994, Scholz (C-419/92, Rec. p. I-505), apartado 6. Respecto del artículo 7, véase, en particular, la sentencia de 23 de febrero de 2006, Comisión/España (C-205/04, Rec. p. I-31), apartado 3.

guiente, en el presente asunto, la única norma pertinente en materia de libre circulación de los trabajadores es el artículo 39 CE.

68. Hechas estas precisiones, procede ahora comprobar si existe en el presente asunto una restricción de la libre circulación de los trabajadores prohibida por el artículo 39 CE.

b) Existencia de un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores

69. En su resolución de remisión, [26] el Sozialgericht Berlin explica que la concesión de un bono de intermediación tiene como efecto que la Bundesagentur comparta con el trabajador colocado la obligación de remuneración que recae sobre éste. En tal caso, el trabajador no queda liberado, sin embargo, del vínculo obligatorio que le une a la agencia privada de colocación, en la medida en que sigue estando obligado al pago si la Bundesagentur no satisface íntegramente su deuda. Dicho órgano jurisdiccional menciona igualmente la posibilidad de que, en el supuesto de que la relación laboral finalice antes de que transcurra el plazo de seis meses, la Bundesagentur se haga cargo únicamente del pago de 1.000 euros, debiendo pagar el demandante de empleo el resto de la remuneración.

70. Por otra parte, el mencionado órgano jurisdiccional señala que, mientras que un demandante de empleo queda completamente liberado de su obligación de pagar la remuneración debida a título de colocación cuando el empleo que se le facilita está dentro del territorio nacional y lo desempeña durante seis meses, percibiendo de esta manera una prestación de un valor comprendido entre 1.500 y 2.500 euros, quien ejerce su derecho a circular libremente pierde esta ventaja en su totalidad.

71. En lo que respecta a la existencia de un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores, la Comisión de las Comunidades Europeas alega que las disposiciones del Tratado relativas a esta libertad prohíben a los Estados miembros poner obstáculos a que sus nacionales ejerzan una actividad por cuenta ajena en otro Estado miembro. [27] Según la Comisión, existiría un obstáculo directo cuando, como sucede en el caso que nos ocupa, la posibilidad de acceder a un empleo en otro Estado miembro recibiera un tratamiento desfavorable. Añade que un demandante de empleo que deba pagar por su cuenta al intermediario privado la comisión de colocación cuando sea contratado en otro Estado miembro y que no pueda solicitar que la Bundesagentur se haga cargo de esta comisión puede verse disuadido de ejercer su derecho a la libre circulación y de aceptar un empleo en otro Estado miembro. [28]

26 — Página 9 de la traducción francesa.

27 — La Comisión cita, a este respecto, la sentencia de 15 de diciembre de 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921), apartados 97 y ss.

28 — Apartado 14 de las observaciones escritas de la Comisión.

72. Sobre este punto, ITC sostiene que puede darse el caso de que un demandante de empleo al que se le ofrezca un trabajo en un Estado miembro que no sea la República Federal de Alemania se vea obligado a rechazar la oferta por no poder pagar a la agencia privada de colocación que le haya encontrado este empleo. [29]

73. Considero que el mecanismo alemán de los bonos de intermediación, tal como está actualmente configurado, puede efectivamente obstaculizar la libre circulación de los trabajadores.

74. Debe destacarse, en primer lugar, que el Tribunal de Justicia ha considerado en varias ocasiones que las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas tienen por objeto facilitar a los nacionales comunitarios el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio de la Comunidad, y se oponen a las medidas nacionales que pudieran colocar a estos nacionales en una situación desfavorable cuando desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro. [30]

75. Según el Tribunal de Justicia, las disposiciones nacionales que impiden o disuaden a un trabajador nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación constituyen, por consiguiente, obstáculos a dicha libertad, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad de los trabajadores afectados. [31]

76. A la luz tanto de las observaciones escritas presentadas por ITC y la Comisión como de las precisiones aportadas en la vista parece admitirse pacíficamente que, en el caso de que la Bundesagentur se niegue, como sucede en el litigio principal, a pagar en su totalidad o en parte el importe que figura en el bono de intermediación entregado al demandante de empleo, corresponde a éste abonar la remuneración pendiente de pago a la agencia privada de colocación a la que haya solicitado sus servicios. [32]

77. Debo recordar que en el ordenamiento jurídico alemán prevalece el criterio de que el pago por la Bundesagentur de la remuneración debida a la agencia privada en concepto de colocación de un demandante de empleo queda supeditado a que el empleo encontrado esté sujeto a cotización obligatoria a la seguridad social en territorio alemán. De ello se deduce que, en caso de que este puesto de trabajo esté situado en el territorio de otro Estado miembro, el

29 — Página 3 de la traducción francesa de las observaciones escritas presentadas por ITC.

30 — Sentencia de 17 de marzo de 2005, Kranemann (C-109/04, Rec. p. I-2421), apartado 25, y jurisprudencia allí citada.

31 — Sentencia Kranemann, antes citada, apartado 26, y jurisprudencia allí citada.

32 — Parece que, en el caso particular del Sr. Halacz, determinadas disposiciones del contrato de colocación excluyen que éste quede obligado al pago de la remuneración debida a ITC en concepto de colocación. No obstante, tal como señaló el representante de ITC en la vista, no cabe excluir que, en virtud del Derecho civil alemán, en función de la resolución del proceso principal, pueda reclamarse al Sr. Halacz el pago de esta remuneración ante los órganos jurisdiccionales alemanes.

demandante de empleo no queda liberado de su obligación de remuneración. Considero que este criterio puede disuadirle de aceptar un empleo situado en otro Estado miembro. En consecuencia constituye, a la luz del artículo 39 CE, apartado 3, letra a), un obstáculo a la libertad «de responder a ofertas efectivas de trabajo» que tiene reconocida un demandante de empleo.

78. Procede ahora analizar si este obstáculo a la libre circulación de los trabajadores puede estar debidamente justificado.

c) Justificación del obstáculo a la libre circulación de los trabajadores

79. En su resolución de remisión, [33] el Sozialgericht Berlin destaca, en relación con los objetivos perseguidos por la normativa alemana, por una parte, el hecho de que la seguridad social alemana sólo puede funcionar correctamente gracias a las cuotas pagadas en el ámbito nacional y, por otra parte, el hecho de que la ayuda otorgada a una colocación en territorio nacional tiene por objeto proteger al mercado laboral alemán frente a la pérdida de mano de obra especializada y mantener, de esta manera, su competitividad. Según dicho órgano jurisdiccional, el menoscabo causado por la normativa alemana a la libre circulación de los trabajadores no puede considerarse proporcionado en relación con estos dos objetivos.

80. Alega el Sozialgericht Berlin que, teniendo en cuenta la alta tasa de desempleo en Alemania, no puede establecerse una relación de causalidad entre la pérdida de cotizaciones en dicho Estado miembro y la colocación de un demandante de empleo en otro Estado miembro. En particular, desde un punto de vista estadístico y en este contexto de desempleo masivo, resultaría probablemente imposible demostrar que un puesto vacante en Alemania queda sin ocupar porque un demandante de empleo ha buscado un trabajo en otro Estado miembro.

81. En opinión del órgano jurisdiccional remitente, puede llegarse a una conclusión similar respecto del problema de la evolución negativa de la estructura del mercado alemán de trabajo como consecuencia de la pérdida de mano de obra cualificada. Teniendo en cuenta la elevada tasa de desempleo en Alemania, no se aprecia actualmente que exista un riesgo semejante, habida cuenta, en particular, del carácter provisional del mecanismo de los bonos de intermediación.

82. La Comisión comparte el punto de vista expuesto por el órgano jurisdiccional remitente. La Comisión duda, igualmente, que exista una relación de causalidad entre la pérdida de cotizaciones sociales en Alemania y la colocación de un demandante de empleo en otro Estado miembro. En su opinión, el equilibrio del sistema alemán de seguridad social no se encuentra amenazado. Las posibles pérdidas de cotizaciones sociales serían mínimas. Por otra parte, se produciría un ahorro en las prestaciones de seguridad social, ya que la persona que hubiese

33 — Páginas 13 y 14 de la traducción francesa.

obtenido un puesto de trabajo dejaría de figurar como demandante de empleo y el Estado miembro de origen no estaría ya obligado a abonarle prestaciones por desempleo.

83. En relación con la prevención de la pérdida de mano de obra cualificada, la Comisión precisa, en primer lugar, que el objetivo de impedir la emigración de trabajadores no puede constituir una razón imperiosa de interés general que pueda justificar un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores.

84. En caso de que debiese admitirse un objetivo de este tipo como razón imperiosa de interés general, la Comisión estima que, en atención a la elevada tasa de desempleo, este temor estaría fundado únicamente en algunos sectores. Debería igualmente tenerse en cuenta que los bonos de intermediación sólo se entregan cuando el demandante de empleo no ha podido encontrar colocación al cabo de tres meses. En consecuencia, sólo tendrían derecho a bono de intermediación los demandantes de empleo a quienes el mercado de trabajo no ofrezca un empleo porque no se requieren sus competencias. Una disposición nacional que obstaculizara sistemáticamente una colocación en otro Estado miembro iría más allá de lo necesario y podría calificarse, pues, de desproporcionada en relación con el objetivo de evitar la pérdida de trabajadores cualificados.

85. Por su parte, el Gobierno alemán alega que, incluso después de que el Tratado de Ámsterdam incluyera en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea un título dedicado al empleo, y aunque el fomento del empleo es una cuestión de interés común para los Estados miembros, esta materia es competencia de los Estados miembros y cada uno de ellos puede, en consecuencia, adoptar una política de empleo propia. [34]

86. Dicho Gobierno precisa, además, que el bono de intermediación introducido por el artículo 421 g del SGB III constituye un nuevo instrumento de esta política de empleo, vigente a título experimental hasta el 31 de diciembre de 2006. Con la apertura del mercado de colocación de la mano de obra a las agencias privadas, la experiencia de este instrumento persigue el objetivo de mejorar la eficacia de la colocación de los demandantes de empleo y reducir el desempleo en Alemania. Se trata, pues, de un interés general imperativo.

87. Según el Gobierno alemán, los Estados miembros dispondrían de un margen para la experimentación de nuevos instrumentos en el marco de su política de empleo. Eso implicaría que todo instrumento de este tipo debe quedar limitado al territorio nacional. En su opinión, estaría objetivamente justificado limitar al mercado de trabajo nacional

34 — Estas justificaciones están comprendidas en los planteamientos escritos que el Gobierno alemán dedica a la libre prestación de servicios. No obstante, se deduce de los debates mantenidos en la vista que las mismas justificaciones son también válidas en materia de libre circulación de los trabajadores.

las medidas de fomento del empleo que puedan producir efectos en el mercado de trabajo de otro Estado miembro.

88. Por último, en la medida en que el artículo 421 g del SGB III libera al demandante de empleo de los costes de colocación, que son financiados por el régimen alemán de seguridad social, únicamente deberían fomentarse aquellas colocaciones que contribuyeran a la financiación de este régimen. El Gobierno alemán alega, en este sentido, que el mecanismo de los bonos de intermediación tiene por objeto aumentar la eficacia de la colocación de la mano de obra y, correlativamente, reducir el período en que los demandantes de empleo estén desempleados. Teniendo en cuenta el elevado número de empleos vacantes en Alemania y la necesidad de aumentar el número de cotizantes, este mecanismo contribuiría a garantizar el equilibrio a largo plazo del sistema alemán de seguridad social.

89. Debo precisar en primer lugar que, contrariamente a lo que intenta demostrar el Gobierno alemán, no creo que el argumento de que el bono de intermediación constituye un nuevo instrumento de la política de empleo aplicada por la República Federal de Alemania pueda, por sí solo, justificar la existencia de un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores.

90. En efecto, aunque los Estados miembros siguen siendo competentes para elaborar sus políticas de empleo y a la Comisión únicamente le corresponde desempeñar, en el marco establecido por los artículos 125 CE a 130 CE, una función de coordinación y de orientación, los Estados están obligados, en todo caso, a ejercer esta competencia respetando el Derecho comunitario y, en especial, las normas comunitarias que garantizan la libre circulación de los trabajadores.

91. Por otra parte, diversas disposiciones de Derecho comunitario, como los artículos 2 CE y 2 UE, ponen de manifiesto que la creación de un espacio sin fronteras interiores se concibe como un medio para alcanzar un alto nivel de empleo y de protección social en la Comunidad. Además, conforme al artículo 126 CE, apartado 2, el fomento del empleo debe ser considerado por los Estados miembros como un «asunto de interés común».

92. Debo señalar, igualmente, que el legislador comunitario viene afirmado desde hace tiempo la necesidad de garantizar la movilidad de la mano de obra en el interior de la Comunidad. Por este motivo, el Reglamento nº 1612/68 incluye un tercer considerando del siguiente tenor:

«[...] la libre circulación constituye un derecho fundamental para los trabajadores y su familia; [...] la movilidad de mano de obra en la Comunidad debe ser para el trabajador uno de los medios que le garanticen la posibilidad de mejorar sus condiciones

de vida y de trabajo, y facilitar su promoción social, contribuyendo al mismo tiempo a satisfacer las necesidades de la economía de los Estados miembros; [...] conviene afirmar el derecho de todos los trabajadores de los Estados miembros a ejercer la actividad de su elección dentro de la Comunidad».

93. Esta movilidad ha recibido más respaldo que nunca en 2006, año que la Comisión ha declarado «Año europeo de la movilidad de los trabajadores». En el marco de la Agenda de Política Social que comprende el período 2006-2010, esta institución pretende crear un «auténtico mercado de trabajo» europeo, lo cual implica, entre otras medidas, «suprimir los obstáculos directos e indirectos que queden». [35]

94. Estos elementos me llevan a considerar que no puede permitirse que un nuevo instrumento puesto en marcha por un Estado miembro en el marco de su política de empleo frene la movilidad de los trabajadores por la única razón de pertenecer a un ámbito en el que la competencia, en gran medida, sigue correspondiendo a los Estados miembros.

95. En lo tocante a las justificaciones relativas, por una parte, a la necesidad de garantizar el equilibrio a largo plazo del sistema alemán de seguridad social y, por otra parte, a la prevención de la pérdida de mano de obra cualificada, conviene recordar que, según reiterada jurisprudencia, una medida que obstaculice la libre circulación de los trabajadores solamente puede admitirse si persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y se justifica por razones imperiosas de interés general. En tal caso, también es necesario que la aplicación de una medida semejante sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo. [36]

96. Se desprende, igualmente, de reiterada jurisprudencia que los motivos de carácter meramente económico no pueden constituir razones imperiosas de interés general susceptibles de justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado. [37] No obstante, el Tribunal de Justicia admitió, en sentencia de 28 de abril de 1998, Kohll, [38] que el riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social puede constituir una razón imperiosa de interés general.

35 — Comunicación de la Comisión, de 9 de febrero de 2005, sobre la Agenda Social [COM(2005) 33 final, p. 8]. Diferentes instrumentos específicos puestos en marcha en el ámbito comunitario, como la red europea de servicios de empleo conocida como EURES (European employment services), contribuyen a la «integración de los mercados europeos de trabajo» [véase el punto 5 de la exposición de motivos de la Decisión 2003/8/CE de la Comisión, de 23 de diciembre de 2002, por la que se aplica el Reglamento nº 1612/68 por lo que se refiere a la puesta en relación y la compensación de las ofertas y demandas de empleo (DO 2003, L 5, p. 16)]. En este contexto, la red EURES tiene la misión de desarrollar el intercambio de información y la cooperación entre los servicios de empleo de los Estados miembros.

36 — Véase, en particular, la sentencia Kranemann antes citada, apartado 33, y jurisprudencia allí citada.

37 — Apartado 34, y jurisprudencia allí citada.

38 — Sentencia de 28 de abril de 1998 (C-158/96, Rec. p. I-1931), apartado 41. Véanse, además, las sentencias de 12 de julio de 2001, Vanbraekel y otros (C-368/98, Rec. p. I-5363), apartado 47, y Smits y Peerbooms (C-157/99, Rec. p. I-5473), apartado 72.

97. A este respecto considero, al igual que el órgano jurisdiccional remitente y la Comisión, que no ha quedado demostrado en el presente asunto la existencia de un riesgo semejante.

98. En efecto, no estoy convencido de que la colocación de un demandante de empleo en otro Estado miembro sea susceptible de producir de forma automática una pérdida de cotizaciones sociales en Alemania. Por una parte, habida cuenta de la alta tasa de desempleo en ese Estado miembro, un empleo vacante puede quedar rápidamente cubierto por otro demandante de empleo inscrito en este mismo Estado miembro. Por otra parte, la movilidad de los trabajadores no se produce en un único sentido. Es decir, que la partida de un demandante de empleo puede compensarse por la llegada de otro demandante de empleo que desee responder a una oferta efectiva de trabajo en Alemania.

99. En mi opinión, no ha quedado demostrada pues la existencia de una relación de causalidad entre la pérdida de cotizaciones sociales en Alemania y la colocación de un demandante de empleo en otro Estado miembro.

100. Por otra parte, como indica la Comisión, la colocación de un demandante de empleo en otro Estado miembro implica la pérdida de su derecho a percibir prestaciones por desempleo en Alemania. Esto se traduce en un ahorro para el régimen alemán encargado del pago de estas prestaciones.

101. En lo referente a la justificación relativa a la prevención de la pérdida de mano de obra cualificada, procede en primer lugar determinar si ésta puede incluirse entre las razones imperiosas de interés general que puede invocar un Estado miembro.

102. Considero que, en principio, un Estado miembro debe poder invocar esta justificación. Debe admitirse que un Estado miembro pueda tener un interés legítimo en mantener un cierto equilibrio en la estructura de su mercado de trabajo.

103. No obstante, en mi opinión, ello implica que dicha justificación únicamente resulta aceptable si guarda relación con una medida que afecte a un sector particular de este mercado de trabajo, caracterizado por ciertas dificultades estructurales como la escasez de trabajadores cualificados.

104. En consecuencia, no cabría admitir tal justificación respecto de una medida general como el mecanismo alemán de los bonos de intermediación, cuya aplicación no se limita

a un sector laboral en particular. En tal hipótesis, este mecanismo, al estar reservado con carácter general a los demandantes de empleo colocados en territorio alemán, va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de evitar la pérdida de mano de obra cualificada y, en consecuencia, es desproporcionado.

105. Por último, en respuesta a las observaciones formuladas al respecto por el Gobierno alemán durante la vista, debo precisar que no considero procedente invocar en este caso lo afirmado por el Tribunal de Justicia a propósito de las prestaciones vinculadas a la búsqueda de empleo, esto es, que «puede considerarse legítimo que un Estado miembro no conceda un subsidio de este tipo hasta que haya quedado acreditada la existencia de un vínculo real entre el demandante de empleo y el mercado laboral de dicho Estado». [39]

106. En efecto, en el presente asunto no se cuestiona la necesidad de un vínculo de esta índole para la concesión de un bono de intermediación a un demandante de empleo como el Sr. Halacz. No se discute aquí que éste, para tener derecho a un bono de intermediación, debe cumplir los requisitos establecidos en el artículo 421 g, apartado 1, primera frase, del SGB III, requisitos que ponen de manifiesto la vinculación existente entre el demandante de empleo y el mercado nacional de trabajo. [40]

107. A mi juicio, el requisito de que exista un vínculo real entre el demandante de empleo y el mercado nacional de trabajo no puede, a la vista de esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ser invocado por el Estado de origen en una situación, como la del litigio principal, en la que un demandante de empleo que no encuentra trabajo en este Estado desea responder a una oferta efectiva de trabajo en otro Estado miembro.

108. Del conjunto de estos planteamientos resulta, en mi opinión, que el artículo 39 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual el pago por una agencia nacional de empleo a una agencia privada de colocación de la remuneración debida por un demandante de empleo en concepto de una colocación está supeditado

39 — Sentencia Collins antes citada (apartado 69). Véanse igualmente, en este sentido, las sentencias de 11 de julio de 2002, D'Hoop (C-224/98, Rec. p. I-6191), apartado 38, e Ioannidis, antes citada, apartado 30. Tal como explica el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en las conclusiones del asunto Collins, antes citado, una exigencia de este tipo «puede estar justificada para evitar lo que se ha dado en llamar "turismo social" de quienes se desplazan de Estado a Estado con el fin de disfrutar de prestaciones no contributivas y para prevenir abusos» (punto 75).

40 — Recordemos que, con arreglo a este artículo, tienen derecho a un bono de intermediación los beneficiarios de una prestación o de una ayuda social por desempleo que no hayan encontrado empleo tras un período de tres meses y las personas que ocupen un puesto de trabajo que lleve aparejada una ayuda en concepto de medida de creación de empleo o de adaptación estructural.

al requisito de que el empleo encontrado por este intermediario privado esté sujeto a cotización obligatoria a la seguridad social en territorio de dicho Estado miembro.

109. Llegados a este punto de mi análisis, considero que el Tribunal de Justicia debería limitarse a analizar la presente cuestión prejudicial desde la perspectiva de la libre circulación de los trabajadores. En efecto, ésta es la libertad fundamental que, en mi opinión, constituye la piedra angular del litigio principal.

110. Hemos visto que el mecanismo alemán de los bonos de intermediación beneficia directamente a los demandantes de empleo. En la medida en que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las normas del Tratado relativas a la libre circulación de los trabajadores confieren derechos a estos demandantes de empleo, resulta pues tan necesario como suficiente analizar un mecanismo de este tipo a la luz de esta libertad.

111. Ciertamente, el carácter específico de la actividad de colocación de mano de obra hace que el demandante de empleo ostente una doble condición. Como parte en un contrato de colocación celebrado con una agencia privada de colocación, tiene también la condición de destinatario de servicios.

112. No obstante, en el marco de un análisis sobre la compatibilidad del mecanismo alemán de los bonos de intermediación con el Derecho comunitario, estimo que esta condición tiene un carácter secundario respecto a la de «trabajador» en el sentido del artículo 39 CE.

113. Por este motivo, sugiero al Tribunal de Justicia que estime que no ha lugar a interpretar el artículo 49 CE.

114. En el caso de que el Tribunal de Justicia no comparta esta opinión, le propongo no obstante, subsidiariamente, que analice la presente cuestión prejudicial desde la perspectiva de la libre prestación de servicios.

2. Libre prestación de servicios

a) Aplicabilidad de las normas comunitarias relativas a la libre prestación de servicios

115. En lo referente a la aplicabilidad del artículo 49 CE en el marco del litigio principal, la Comisión considera que la actividad de colocación de mano de obra constituye un servicio en el sentido del artículo 50 CE y que la situación analizada presenta un elemento de extranjería. Cierta-

mente, el servicio habría sido prestado por una sociedad con sede en Alemania a un demandante de empleo con residencia en ese mismo Estado miembro. No obstante, el servicio en sí mismo presentaría un elemento de extranjería ya que la colocación en un puesto de trabajo situado en los Países Bajos no habría sido posible sin los contactos mantenidos por el prestador de servicios en este Estado miembro.

116. Por su parte, el Gobierno alemán manifiesta tener dudas acerca de la posibilidad de deducir un elemento transfronterizo del hecho de que el empresario que haya proporcionado un puesto de trabajo al demandante de empleo esté establecido en otro Estado miembro. En su opinión, existiría un elemento de extranjería si el demandante de empleo recurriera a una agencia privada de colocación establecida en otro Estado miembro.

117. A la vista de estos argumentos, es preciso recordar en primer lugar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado anteriormente que la actividad de colocación de mano de obra debe calificarse de prestación de servicios en el sentido de los artículos 49 CE y 50 CE. [41]

118. En segundo lugar, a diferencia del Gobierno alemán, estimo que concurre en la situación analizada en el litigio principal un elemento de extranjería suficiente.

119. En este sentido, debo señalar que el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 49 CE es de aplicación incluso cuando el prestador y el destinatario de los servicios estén establecidos en el mismo Estado miembro, siempre que la prestación de servicios se realice en otro Estado miembro. [42]

120. En el asunto principal, la dimensión transfronteriza se concreta en la circunstancia de que el intermediario privado realizó la búsqueda de empleo, que forma parte de la actividad de colocación, en otro Estado miembro. Por lo demás, parece normal que, en el marco de la ejecución de un contrato de colocación, el prestador de servicios mantenga contactos con empresarios potenciales establecidos en otros Estados miembros para aumentar las posibilidades de éxito de la colocación.

121. Por consiguiente, el hecho de que se haya celebrado un contrato de colocación entre un demandante de empleo y una agencia privada de colocación situados en el mismo Estado miembro no se opone, en mi opinión, a la aplicabilidad del artículo 49 CE, cuando la búsqueda de empleo, que constituye el objeto principal

41 — Sentencia de 18 de enero de 1979, Van Wesemael y otros (110/78 y 111/78, Rec. p. 35), apartado 7.

42 — Véase en este sentido, en particular, la sentencia de 28 de octubre de 1999, Vestergaard (C-55/98, Rec. p. I-7641), apartado 18.

de la actividad de colocación, se haya efectuado en otro Estado miembro. [43]

b) Existencia de un obstáculo a la libre prestación de servicios

122. Según el órgano jurisdiccional remitente, [44] podría producirse una vulneración de la libre prestación de servicios en el sentido del artículo 49 CE, párrafo primero, en la medida en que, si la interpretación aplicable del artículo 421 g del SGB III se basara únicamente en la normativa nacional, se impidiese indirectamente a los intermediarios establecidos en Alemania extender sus actividades de colocación de mano de obra a otro Estado miembro y se impidiese indirectamente a los intermediarios extranjeros colocar a desempleados alemanes en otro Estado miembro. El Sozialgericht Berlin señala que los intermediarios extranjeros, por su proximidad con empleadores establecidos en otros Estados miembros, son mayoritariamente quienes deberían estar en condiciones de colocar a los desempleados alemanes en otros Estados miembros. Así pues, estos intermediarios se encontrarían probablemente en una situación mucho más desfavorable para ejercer su actividad si el artículo 421 g del SGB III se interpretara en el sentido de que el demandante de empleo no queda liberado de su obligación de remuneración cuando se le facilita un empleo situado en otro Estado miembro.

123. El Gobierno alemán, por el contrario, considera que la cuestión de la existencia de obstáculos a la libre prestación de servicios de las agencias de colocación extranjeras es de carácter hipotético, habida cuenta de los hechos del litigio principal.

124. El Gobierno alemán estima, en cualquier caso, que el mecanismo definido por el artículo 421 g del SGB III no restringe la libre prestación de servicios. Este Gobierno niega la existencia de una discriminación directa o indirecta entre las agencias privadas de colocación establecidas en Alemania y las establecidas en otro Estado miembro. Estas últimas pueden ofrecer sus servicios en Alemania en las mismas condiciones que los intermediarios alemanes. Además, en caso de colocación en el extranjero, el artículo 421 g del SGB III no situaría a una agencia establecida fuera de Alemania en una situación menos favorable que a una agencia establecida en este Estado miembro. En definitiva, este artículo se limita a regular la cuestión de quién paga la remuneración debida a la agencia privada en caso de que se logre la colocación, con independencia del lugar donde esté establecida dicha agencia.

125. Por otra parte, el Gobierno alemán sostiene que, en el presente asunto, el Estado en el que está establecido el prestador de

43 — Por el contrario, según el Tribunal de Justicia, «una empresa asesora en materia de selección de personal de un Estado miembro no puede invocar los artículos 7 y 59 del Tratado [CEE (posteriormente, artículos 6 y 59 del Tratado CE, actualmente artículos 12 CE y 49 CE, tras su modificación)] para la colocación de nacionales de dicho Estado miembro en empresas del mismo Estado»: sentencia de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979), apartado 40.

44 — Apartado 3.2.2 de la resolución de remisión.

servicios no le impide ejercer sus actividades en otro Estado miembro. Así pues, el artículo 421 g del SGB III no obstaculiza, a su juicio, el acceso al mercado de la colocación en otro Estado miembro.

126. Por su parte, la Comisión señala que el demandante de empleo, que puede considerarse como el destinatario del servicio de colocación, sólo puede pretender que la República Federal de Alemania se haga cargo de la remuneración de la agencia privada de colocación cuando se le facilite un puesto de trabajo en este Estado miembro. Por el contrario, si en el servicio concurre un elemento de extranjería y al destinatario del servicio se le ofrece un empleo situado en otro Estado miembro, los gastos derivados de esta colocación no son cubiertos por la República Federal de Alemania. Por consiguiente, el destinatario del servicio se vería desfavorecido en caso de colocación en el extranjero, produciéndose así una limitación de la libertad de prestación de servicios que, a semejanza del asunto que dio lugar a la sentencia Vestergaard antes citada, se derivaría exclusivamente del lugar de ejecución del servicio.

127. Debo precisar, en primer lugar, que la cuestión de dilucidar si existe, en virtud de la normativa alemana, un obstáculo a la libre prestación de servicios de las agencias privadas de colocación establecidas fuera de Alemania reviste, teniendo en cuenta los hechos del litigio principal y tal como afirma el Gobierno alemán, un carácter hipotético. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia, en mi opinión, no debería interpretar desde este punto de vista el artículo 49 CE.

128. En segundo lugar, ha de analizarse la posible existencia de un obstáculo a la libre prestación de servicios en el caso de una agencia privada de colocación establecida en Alemania.

129. A este respecto, ha quedado acreditado que el Derecho alemán no impide a una agencia de este tipo ejercer su actividad de colocación de mano de obra en otro Estado miembro. No obstante, ¿podría disuadir a esta agencia que, en el caso de que encontrara un empleo en otro Estado miembro a quien hubiese contratado sus servicios, la remuneración de la colocación debiese ser satisfecha por el demandante de empleo y no por la Bundesagentur?

130. Como ha precisado acertadamente el Gobierno alemán, el artículo 421 g del SGB III regula, fundamentalmente, la cuestión de *quién* paga la remuneración de la agencia privada cuando se ha logrado la colocación. Si se trata de una colocación en un puesto de trabajo situado en territorio alemán, el bono de intermediación permite al intermediario privado ser remunerado, al menos en parte, por la Bundesagentur. Por el contrario, si la colocación se refiere a un puesto de trabajo situado en otro Estado miembro, el demandante de empleo sigue estando obligado a pagar íntegramente la remuneración debida a la agencia privada de colocación. No obstante, en ambos casos, se reconoce a esta agencia su derecho a obtener el pago de la remuneración fijada en el contrato de colocación. Así pues, el mecanismo alemán de los bonos de intermedia-

ción no perjudica económicamente, por sí mismo, a las agencias privadas de colocación establecidas en Alemania que realicen sus prestaciones de servicios en otros Estados miembros. Por lo tanto, en el caso de estas agencias, un mecanismo semejante no constituye, en mi opinión, un obstáculo a la libre prestación de servicios.

131. En tercer lugar, procede determinar si existe alguna restricción a la libre prestación de servicios en el caso del demandante de empleo, como destinatario de servicios.

132. Considero, al igual que la Comisión, que desde esta perspectiva existe, ciertamente, una restricción a la libre prestación de servicios.

133. Así, en la medida en que el destinatario de servicios debe satisfacer él mismo la remuneración debida a la agencia privada de colocación cuando la prestación de servicios, esto es, la actividad de colocación, se realiza en otro Estado miembro, mientras que la Bundesagentur asumiría íntegra o parcialmente esta remuneración si la colocación se efectuara en Alemania, el mecanismo alemán de los bonos de intermediación implica una diferencia de trato por razón del lugar de ejecución de la prestación de servicios. Ahora bien, como declaró el Tribunal de Justicia en su sentencia Vestergaard, antes citada, [45] tal diferencia de trato está prohibida por el artículo 49 CE.

c) Justificación del obstáculo a la libre prestación de servicios

134. Dado que los motivos invocados en el presente procedimiento para justificar la restricción a la libre prestación de servicios son idénticos a los que han sido ya analizados desde el punto de vista de la libre circulación de los trabajadores, me remito a los puntos 79 y siguientes de las presentes conclusiones.

135. Se desprende de éstos que la restricción a la libre prestación de servicios, tal como ha sido anteriormente identificada, no está, en mi opinión, debidamente justificada.

136. De todo ello, deduzco que el artículo 49 CE debe igualmente ser interpretado en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la analizada en el litigio principal, en virtud de la cual el pago por una agencia nacional de empleo a una agencia privada de colocación

45 — Apartado 22. Véase, igualmente, en relación con este tipo de restricción a la libre prestación de servicios, la sentencia de 10 de marzo de 2005, Laboratoires Fournier (C-39/04, Rec. p. I-2057), apartados 15 y 16.

de la remuneración debida por un demandante de empleo en concepto de colocación está supeditado al requisito de que el empleo encontrado por este intermediario privado esté sujeto a cotización obligatoria a la seguridad social en el territorio de dicho Estado miembro.

B. *Sobre la segunda cuestión, letra a), y la cuarta cuestión, letra a)*

137. En estas cuestiones, que analizaré conjuntamente, el Sozialgericht Berlin plantea al Tribunal de Justicia, fundamentalmente, si es posible y necesario interpretar el artículo 421 g, apartado 1, segunda frase, del SGB III de manera conforme al Derecho comunitario.

138. Como he mencionado previamente, dicho órgano jurisdiccional estima que es posible interpretar la disposición nacional objeto de litigio de forma congruente con el Derecho comunitario, en el sentido de que puede también entenderse como «empleo sujeto a cotización obligatoria a la seguridad social», con arreglo a dicha disposición, un empleo de este tipo situado en el territorio de otro Estado miembro de la Comunidad. Es cierto que el carácter general de esta expresión admite, en mi opinión, que sea interpretada conforme al Derecho comunitario.

139. El principio según el cual los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretar su Derecho interno de forma que permita la aplicación efectiva del Derecho comunitario quedó plasmado inicialmente en el contexto de la aplicación de las directivas. [46]

140. En tanto que exigencia «inherente al régimen del Tratado», [47] y dado que es expresión del deber de cooperación leal contemplado en el artículo 10 CE, este principio, conocido como «de interpretación conforme» resulta de aplicación al conjunto de normas comunitarias, incluyendo pues las disposiciones de Derecho originario. [48]

141. De ello se deduce que el órgano jurisdiccional remitente está obligado, en toda la medida de lo posible, a interpretar el artículo 421 g, apartado 1, segunda frase, del SGB III de manera conforme con el Derecho comunitario. [49]

46 — El Tribunal de Justicia ha declarado así que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretar su Derecho nacional, en la medida de lo posible, «a la luz del texto y de la finalidad de la directiva» de que se trate [sentencia de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann (14/83, Rec. p. 1891), apartado 26]. Véase más recientemente, en este sentido, la sentencia de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros (C-212/04, Rec. p. I-6057), apartado 108.

47 — Sentencia Adeneler y otros, antes citada, apartado 109.

48 — Véanse, a título ilustrativo, las sentencias de 4 de febrero de 1988, Murphy y otros (157/86, Rec. p. 673), apartado 11; de 5 de octubre de 1994, Van Munster (C-165/91, Rec. p. I-4661), apartado 34, y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht (C-262/97, Rec. p. I-7321), apartado 39.

49 — Debo igualmente señalar que, según el Tribunal de Justicia, si dicha interpretación conforme no es posible, «el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición [nacional] en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho comunitario» (sentencia Engelbrecht, antes citada, apartado 40).

142. Habida cuenta de la respuesta que propongo que el Tribunal de Justicia dé a las cuestiones segunda, letra a), y cuarta, letra a), no procede analizar las cuestiones segunda, letra b), y cuarta, letra b).

V. Conclusión

143. En virtud de las anteriores consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Sozialgericht Berlin de la siguiente forma:

«1) El artículo 39 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, según la cual el pago por una agencia nacional de empleo a una agencia privada de colocación de la remuneración debida por un demandante de empleo en concepto de colocación está supeditado al requisito de que el empleo encontrado por este intermediario privado esté sujeto a cotización obligatoria a la seguridad social en el territorio de dicho Estado miembro.

2) El órgano jurisdiccional remitente está obligado, en toda la medida de lo posible, a interpretar el artículo 421 g, apartado 1, segunda frase, del libro III del Sozialgesetzbuch–Arbeitsförderung de manera conforme con el Derecho comunitario.»