

DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y PREVENCIÓN DEL DUMPING SOCIAL INTRACOMUNITARIO: LA STJUE DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2015, CASO “REGIOPOST”

Posted on 11 Luglio 2016 by [Juana Morcillo Moreno](#)

Public procurement is a powerful and increasingly common tool of EU policies. Given the enormous importance of public procurement in terms of public expenditure, it seems justified to promote a social-policy based reinterpretation of the traditional economic approach, for example by including social considerations among the bid specifications. The ECJ's ruling in the 'RegioPost' case is a clear example thereof. In it, the ECJ reacts against transnational 'social dumping' by prioritizing workers' rights over the freedom to provide services. More specifically, the ECJ considers that regional legislation that, on one hand, requires tenderers and their subcontractors to pay the host country's minimum wage to posted workers and, on the other hand, allows the contracting authority to exclude those tenderers and subcontractors refusing to accept that obligation from the procedure is compatible with EU law. But how does the ECJ reach that conclusion? This commentary analyzes the ECJ's very formal reasoning and provides some critical reflections on the ruling.

I. INTRODUCCIÓN

La contratación pública es, cada vez más, un potente instrumento condicionante y delimitador de las políticas de la Unión. Habida cuenta del volumen de recursos públicos en lid, cualquier nuevo elemento en la normativa europea de contratos públicos está llamado a avivar la comunicación entre Estados miembros e instituciones europeas. Y esa justamente ha sido la consecuencia de que, gracias a la transversalidad de las políticas sociales de la Unión, se incluyeran “cláusulas sociales” en las Directivas sobre contratación pública y, como consecuencia de su transposición, también en las normativas nacionales. De ese modo, el tándem contratación pública-cláusulas sociales es muy apropiado para alentar la política social de la Unión, pues, siempre que se respeten los principios de transparencia y no discriminación, las empresas que deseen tomar parte en el procedimiento de adjudicación de un sustancioso contrato público deberán ser conscientes y capaces de asumir el correspondiente compromiso al respecto.

En este contexto, la previsión de cláusulas sociales en los contratos públicos ha servido también para mediar entre la libre prestación de servicios y la protección de los trabajadores e inclinar la balanza en favor de este último principio y, de ese modo, dar un importante paso frente al *dumping* social en el seno de la Unión. Esa es la novedad del caso “RegioPost”, pues, hasta ahora, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se había decantado en casos similares por la libre prestación de servicios.

Así pues, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 17 de noviembre de 2015, As. C-115/14, “RegioPost”, decide una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior del Land con sede en Coblenza (*Oberlandesgericht Koblenz*), Alemania. La incógnita a despejar es doble: de una parte, si, a la luz del Derecho de la Unión, puede un poder adjudicador de un Estado miembro, en el marco de la adjudicación de un contrato público, exigir a los licitadores y a sus subcontratistas que se comprometan a pagar a los trabajadores desplazados en otro Estado miembro el salario mínimo fijado por éste y, de otra, si se puede excluir de la participación en un procedimiento de

adjudicación a aquellos licitadores y subcontratistas que se nieguen a asumir dicho compromiso.

Habida cuenta de la fecha en que se produjeron los hechos que originaron el asunto principal, resulta aplicable la *Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios* (en adelante, Directiva 2004/18). Concretamente, su artículo 26 permitía que los órganos de contratación pudieran exigir condiciones especiales en la ejecución de un contrato público, siempre que fueran compatibles con el Derecho Europeo y sometidas a la debida publicidad, pudiendo referirse las mismas, “en especial, a *consideraciones de tipo social y medioambiental*”.

II. EL LITIGIO PRINCIPAL

El conflicto se planteó entre el prestador de servicios postales *RegioPost GmbH & Co. KG* -en adelante, RegioPost- y la *Stadt Landau in der Pfalz* -en adelante, Ayuntamiento de Landau-, situado en el Land de Renania-Palatinado.

El Ayuntamiento de Landau había convocado el 23 de abril de 2013, a escala de la Unión Europea, una licitación que tenía por objeto un contrato público relativo a los servicios postales de esta ciudad, dividido en dos lotes. En concreto, la licitación preveía la celebración de un contrato marco para la recogida, transporte y distribución de cartas y pequeños y grandes paquetes durante dos años, con la posibilidad de que el poder adjudicador pudiera prorrogar dicho contrato dos veces como máximo, por un año cada vez. En el anuncio de licitación, en el apartado “capacidad económica y financiera”, se establecía que el adjudicatario debía cumplir lo dispuesto en la *Ley del Land de Renania-Palatinado para el respeto de los convenios colectivos y del salario mínimo en la adjudicación de contratos públicos, de 1 de diciembre de 2010* (en adelante, LTTG).

El artículo 3.1 de la LTTG, titulado “Salario mínimo”, establecía que, en

caso de no poder exigirse la observancia de los convenios colectivos, sólo se podrían adjudicar contratos públicos a las empresas que, al presentar su oferta, se comprometieran por escrito a pagar a sus empleados, por la ejecución de la prestación, un salario bruto de al menos 8,50 euros por hora y a aplicarles las revisiones del salario mínimo que se introdujeran durante la ejecución del contrato. Y, añadía, que si la oferta no incluía la declaración relativa al salario mínimo, ni siquiera tras serle requerida por el poder adjudicador, la oferta quedaría excluida de la valoración. El precepto finalizaba con la indicación de que el servicio competente podría hacer públicos formularios de declaración relativa al salario mínimo que podrían ser utilizados por las empresas. No en vano, el pliego de condiciones del contrato público controvertido contenía un “modelo de declaración” en el que invitaba a los licitadores a aportar, junto a la oferta, su propia declaración relativa al salario mínimo y la de sus subcontratistas.

Así las cosas, el 16 de mayo de 2013 RegioPost alegó que las declaraciones relativas al salario mínimo previstas en el artículo 3 de la LTTG eran contrarias a la normativa en materia de contratación pública. En consecuencia, junto a su oferta presentada en plazo, adjuntó declaraciones de sus subcontratistas redactadas por ella misma, pero no presentó ninguna declaración propia de observancia del salario mínimo. Tras ser requerida por el Ayuntamiento de Landau a presentar en el plazo de 14 días las declaraciones omitidas, advirtiéndole de que si no cumplía dicho requisito su oferta sería excluida, reiteró su postura y anunció que, de excluirse su oferta, presentaría un recurso.

El 11 de julio de 2013 el Ayuntamiento de Landau comunicó a RegioPost que su oferta no podía valorarse y que los dos lotes del contrato se adjudicarían, respectivamente, a *PostCon Deutschland GmbH* y a *Deutsche Post AG*.

Tras la interposición del oportuno recurso por RegioPost, el 23 de octubre de 2013 el Tribunal competente en materia de contratación pública del Land de Renania-Palatinado (*Vergabekammer Rheinland-Pfalz*) lo desestimó por entender fundada la exclusión, habida cuenta de la falta de

presentación de las declaraciones relativas al salario mínimo que le habían sido exigidas justificadamente por el poder adjudicador.

Por fin, se presentó recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Land con sede en Coblenza, entendiendo éste que la resolución del litigio dependía de la compatibilidad o no con el Derecho de la Unión del artículo 3.1 de la LTTG.

III. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: ADMISIÓN ESENCIALMENTE “FORMAL” DE UN NÚCLEO DURO DE PROTECCIÓN A FAVOR DE LOS TRABAJADORES

El Tribunal afirma la compatibilidad del artículo 3.1 de la LTTG con la Directiva 2004/18. Con su decisión, refuerza el valor de las cláusulas sociales en la contratación pública en general y, en el seno de las condiciones de trabajo y de empleo -en concreto, respecto al pago de un salario mínimo-, favorece una visión protectora de los derechos de los trabajadores desplazados. Con todo, los argumentos en los que el Tribunal de Justicia apoya su decisión son fundamentalmente formales, habiendo desaprovechado la ocasión para apostar, también de modo sustantivo, por la protección de los trabajadores de cara a aumentar la garantía frente al *dumping* social dentro de la Unión.

En cuanto al ámbito de las **cláusulas sociales en los contratos públicos**, el caso “RegioPost” plantea una interesante conexión entre las fases de adjudicación y ejecución de los contratos, pues la negativa en la fase de adjudicación a asumir por escrito un compromiso de cumplimiento de ciertas condiciones en la fase de ejecución del contrato público implicaría *per se* la exclusión misma del proceso de adjudicación. En efecto, el art. 3.1 LTTG del Land de Renania-Palatinado exigía a las empresas que, junto con la oferta, presentasen por escrito un compromiso de pago de un salario mínimo a los trabajadores destinados a ejecutar el contrato público y, de negarse, serían excluidas de la oferta.

Ahora bien, para llegar a tal conclusión era preciso determinar la validez

de la normativa nacional en cuestión, a cuyo efecto el Tribunal precisó los requisitos que la podían convertir en una **“norma imperativa de protección mínima”** expresamente autorizada por el artículo 26 de la Directiva 2004/18. Dicha expresión constituía la clave para que la pulsión entre libre prestación de servicios y protección de los trabajadores se decantase a favor de ésta última, pues la aportación más importante de la *Directiva 96/71 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 adelante, Directiva 96/71), era materializar un “núcleo duro” de reglas protectoras a favor de los trabajadores desplazados. Pues bien, el Tribunal de Justicia afirmó la existencia de dicho núcleo duro de protección por la concurrencia en el caso de tres elementos.

El *primero* era la presencia de un supuesto de contratación pública en el que dos factores justificaban el “interés transfronterizo” del asunto, a saber: de un lado, la posible participación en la adjudicación del contrato público de empresas establecidas fuera de Alemania que, aun pudiendo tener interés en la adjudicación, hubieran renunciado a participar en la misma tras conocer la obligación impuesta por la normativa nacional. De otro lado, la superación por el contrato público controvertido del umbral pertinente, fijado en 200.000 euros, para entender aplicable la Directiva 2004/18.

El *segundo elemento* radicaba en la interpretación sistemática de las Directivas 2004/18 y 96/71 -pues la primera se remitía a la segunda- a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para condicionar la validez de la determinación de las cuantías de salario mínimo -en tanto condiciones de trabajo y empleo- a su establecimiento por una “disposición legal” nacional. Y es que la Directiva 96/71 no condicionaba la eficacia de dicha disposición legal a ningún requisito más, como sí sucedía con los convenios colectivos o laudos arbitrales, en cuyo caso la validez del salario mínimo que establecieran dependía de que hubieran sido previamente declarados de “aplicación general”. Este segundo elemento había servido al Tribunal de Justicia para justificar una solución diferente en el caso “Rüffert”. En efecto, mientras en el caso “RegioPost” la

disposición legal controvertida recogía no sólo el compromiso escrito de pago del salario mínimo, sino también su importe, en el caso “Rüffert” no se respetaron los mecanismos de fijación de las cuantías de salario mínimo establecidos en la Directiva 96/71, pues la disposición legal controvertida establecía el compromiso escrito de pago de un salario mínimo, pero remitía la concreta retribución a lo establecido en un convenio colectivo, a la sazón no declarado de aplicación general, sin que por tanto se atuviera a lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Directiva 96/71.

Por fin, el *tercer elemento* a considerar era la normativa nacional sobre distribución de competencias entre Estado y regiones, aspecto esencial para desvirtuar la posible contradicción que podía plantear la normativa del Land de Renania-Palatinado con la Directiva 2004/18 al limitar aquélla su ámbito de protección a los trabajadores desplazados en el marco de contratos públicos y no privados y, por tanto, a una parte de la actividad económica. A este respecto, hay que señalar que, en Alemania, los Länder sólo tienen competencia para fijar cuantías de salario mínimo en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos y no para el conjunto de los trabajadores. Por ello, el Land habría transpuesto correctamente la autorización dada por la Directiva 2004/18 sin necesidad de que el Estado federal hubiera introducido un salario mínimo general. En otro caso, hacer depender la fijación por el Land de cuantías de salario mínimo para los contratos públicos del previo establecimiento por el Estado federal de un salario mínimo con carácter general supondría la anulación *de facto* de la competencia específica del Land, a la vez que se estaría implícitamente obligando al Estado federal a algo que, de momento, no habría prescrito la Unión.

Así pues, la conjunción de los tres elementos indicados condujo al Tribunal a entender, como por otra parte había recomendado el Abogado General en sus Conclusiones, que la normativa del Land de Renania-Palatinado no se oponía al Derecho de la Unión, si bien, como ya he indicado, dichos argumentos eran de índole básicamente formal.

IV. VALORACIÓN CRÍTICA: LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR COMO “RAZÓN IMPERIOSA DE INTERÉS GENERAL”

Para complementar la visión formal del Tribunal, me parece oportuno aportar alguna idea sustantiva, si bien trayendo a colación los interesantes argumentos presentados por el Abogado General Yves Bot en sus Conclusiones al caso “Rüffert”, argumentos que no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal al resolver aquel caso.

Para que la normativa de un Estado miembro que obligue al pago de un salario mínimo a los trabajadores desplazados en su territorio pueda priorizar la protección de los trabajadores frente a la libre prestación de servicios, es preciso que materialice un “núcleo duro” de reglas protectoras de carácter imperativo. Esto es, unas condiciones de trabajo y empleo de las que no puedan ser privados los trabajadores desplazados en el Estado donde se ejecutase la prestación. A partir de ahí, y tras pasar el tamiz de los requisitos formales apuntados por el Tribunal, la compatibilidad de dicha protección nacional reforzada con el Derecho de la Unión se podría fundar en las siguientes consideraciones.

En primer término, en el fortalecimiento de la **seguridad jurídica**. La enunciación clara de ciertas reglas se convertiría, de una parte, en una obligación para el prestador de servicios establecido en otro Estado miembro (que sabría que tiene que cumplir con dicho “mínimo claramente identificable”) y, de otra, en un correlativo derecho para el trabajador desplazado (que podría exigir su aplicación en tanto normas imperativas derivadas de la Directiva 96/71). Además, en el caso de las cuantías de salario mínimo existiría una peculiaridad respecto al resto de condiciones de trabajo y empleo y es que, al margen de ciertas negociaciones a escala europea que pudiesen incidir de modo accesorio, no habría prescripciones mínimas comunitarias que aproximasen en tal extremo las legislaciones nacionales.

En segundo lugar, en la aplicación de las condiciones de trabajo y empleo **más beneficiosas para el trabajador**. La propia Directiva 96/71 señala, en su Considerando 17º, que las condiciones imperativas de protección

mínima vigentes en el país de acogida no deben impedir la aplicación de las condiciones de trabajo y de empleo “que sean más favorables a los trabajadores”, argumento que resalta posteriormente, ya en su artículo 3.7.1º. Ambas referencias normativas ni siquiera son mencionadas en la Sentencia “RegioPost”, pero implican que si las disposiciones del Estado de acogida fueran más favorables, éstas serían las que se deberían aplicar al trabajador desplazado, mientras que, si por el contrario, fueran las de su país de origen las más beneficiosas, éstas serían las aplicables.

Ahora bien, sendas consideraciones deben ponerse en relación con la libre prestación de servicios para determinar la compatibilidad de una protección nacional reforzada con el artículo 56.1º del TFUE. Y es que, como ha señalado el Tribunal de Justicia, dicho precepto “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”. En este sentido, parece claro, de un lado, que la obligación de pagar la retribución mínima aplicable en el lugar de ejecución de las prestaciones es exigible tanto a los prestadores de servicios establecidos en Alemania como a los establecidos en otro Estado miembro. Pero, de otro, también resulta evidente que obligar a los adjudicatarios de un contrato público a pagar a sus trabajadores desplazados, como mínimo, la retribución prevista en el lugar de ejecución de la prestación cuando dicha retribución sea superior a la del lugar de establecimiento del prestador conlleva una “carga económica adicional” que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida.

Por ello, la tercera consideración a tener en cuenta, de cara a justificar una eventual restricción a la libre prestación de servicios, sería que la normativa nacional reforzada respondiera a “**razones imperiosas de interés general**”, esto es, que la protección que se brinde a los

trabajadores desplazados no pueda lograrse por las normas a las que estuviera sujeto el prestador en su país de establecimiento, siempre que fuera adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no fuera más allá de lo necesario para alcanzarlo. En este sentido, el propio Tribunal de Justicia ha considerado como razón imperiosa de interés general en aras a la protección de los trabajadores la evitación de la competencia desleal por parte de empresas que retribuyan a sus trabajadores a un nivel inferior al correspondiente al salario mínimo, pues con ello se pretende luchar contra el *dumping* social.

En suma, la protección de los trabajadores podría justificar una restricción de la libre prestación de servicios siempre que dicha protección no se obtuviera mediante obligaciones idénticas o esencialmente comparables que ya se impusieran a la empresa en el Estado miembro en el que estuviera domiciliada. Y, a tal fin, el órgano remitente sería el encargado de apreciar la equivalencia o el carácter sustancialmente comparable de la protección ya conferida en el Estado miembro de establecimiento del prestador, con particular referencia, a fin de evitar el *dumping* social intracomunitario, a la remuneración, traducida sólo en el importe bruto del salario. En el caso “Rüffert”, por ejemplo, se había pagado a los 53 trabajadores desplazados sólo el 46,57% del salario mínimo aplicable, por lo que era fácil deducir que la normativa del Land había conferido a dichos trabajadores una auténtica protección adicional.

La Directiva 2004/18 fue derogada por la *Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública*, disposición que incluye, entre los principios de la contratación, la adopción por los Estados de las medidas pertinentes para garantizar en la ejecución de contratos públicos el cumplimiento de los compromisos aplicables “en materia medioambiental, *social* o *laboral*” establecidos tanto en el Derecho europeo y nacional, como en los convenios colectivos y en aquellos convenios internacionales que la propia Directiva enumera. Más concretamente, su artículo 70 permite incluir consideraciones de tipo social o relativas al empleo -junto a

consideraciones económicas o relacionadas con la innovación y de tipo medioambiental- como condiciones especiales de ejecución del contrato, “siempre que estén vinculadas al objeto del contrato (...) y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de contratación”.

En alemán *Landesgesetz zur Gewährleistung von Tariftreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben*.

El artículo 5 de la LTTG extendía lo indicado en el artículo 3 a los subcontratistas a los que la empresa hubiera encargado, en su caso, la ejecución de las prestaciones contractuales.

Órgano equivalente en España a los tribunales administrativos autonómicos de contratos públicos o de recursos contractuales.

Directiva complementada por la *Directiva [2014/67/UE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior*, norma no aplicable al caso “RegioPost”, pero sí de necesaria mención.

En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia consideró contraria a la libre prestación de servicios -regulada en el antiguo artículo 49 del TCE- la normativa legal de un Land alemán que obligaba a los adjudicatarios de contratos públicos de obras a comprometerse por escrito a pagar a sus trabajadores, durante la ejecución de dichos contratos, el nivel salarial mínimo previsto en el convenio colectivo aplicable en el lugar de ejecución. En concreto, el litigio surgió entre el Sr. Ruffert -administrador judicial de la empresa *Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG*- y el Land de Baja Sajonia tras la adjudicación a dicha empresa de un contrato de obras de estructura para la construcción del establecimiento penitenciario de Göttingen-Rosdorf. El contrato incluía el compromiso de pagar a los trabajadores empleados en la obra, como mínimo, el salario vigente en el lugar de ejecución, con arreglo al convenio colectivo “Edificios y obras públicas”. Tras acudir la empresa adjudicataria a otra establecida en

Polonia como subcontratista, ésta contrató en la obra a trabajadores por un salario inferior al previsto en el convenio colectivo referido (les pagó el 46,57% del salario mínimo fijado en el convenio), circunstancia que desembocó en la resolución del contrato por el Land por incumplimiento de la obligación de pagar el salario y en el posterior planteamiento del conflicto en el que surgió la cuestión prejudicial. En él, había que determinar si el convenio colectivo al que se remitía la Ley del Land de Baja Sajonia era “de aplicación general” de conformidad con el artículo 3.1 de la Directiva 96/71 y, por ende, podía considerarse un mecanismo válido para establecer una cuantía mínima de salario con efectos vinculantes generales. La respuesta a dicho interrogante fue negativa.

El artículo 3.1 de la LTTG del Land de Renania-Palatinado.

El artículo 3.1 de la Ley del Land de Baja Sajonia sobre la contratación pública.

Presentadas el 20 de septiembre de 2007.

Vid. Considerando 74 de las Conclusiones del Abogado General en el caso “Rüffert”.

Según el cual, “o dispuesto en los apartados 1 a 6 no impedirá la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores”.

Véase la **STJUE de 22 de octubre de 2014, As. Acum. C-344/13 y C-367/13, “Blanco”** (apdo. 26).

Vid. Considerando 103 de las Conclusiones del Abogado General en el caso “Rüffert”.

Vid., por todas, la **STJUE de 3 de diciembre de 2014, As. C-315/13, “De Clercq y otros”**.

Vid. la **STJUE de 12 de octubre de 2004, As. C-60/03, “Wolf & Müller”**, apdos. 36 y 41, jurisprudencia citada.

Según el apartado 29 de la **STJUE de 14 de abril de 2005, As. C-341/02, “Comisión/Alemania”**.