

Las cláusulas sociales en los contratos públicos: ¿Son contrarias al Derecho comunitario?

Social clauses in public contract: Are they contrary to Community law?

NURIA MARCHAL ESCALONA

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad de Granada

DOI: <https://doi.org/10.36151/MDIPR.2016.002>

Bitácora Millennium, Nº 3 (enero-junio 2016)

Zaragoza, junio 2016

Abstract

El presente estudio analiza si la autoridad de un Estado miembro está facultada para exigir a licitadores y subcontratistas que se comprometan a pagar el salario por hora mínimo legal establecido a los trabajadores encargados de ejecutar las prestaciones objeto de dicho contrato.

The present study analyzes if a contracting authority of a Member State have the power to require tenderers and their subcontractors to undertake to pay the statutory minimum hourly wage to the personnel who will be responsible for performing the work forming the subject-matter of that contract.

Palabras clave: libre prestación de servicios, restricciones, art. 3.1º Directiva 96/71/CE, art. 26 Directiva 2004/18/CE

Key words: *freedom to provide services, restrictions, art. 3.1º Directive 96/71/EC, art. 26 Directive 2004/18/EC*

Sumario

I. Introducción

II. Sobre los hechos y las cuestiones prejudiciales planteadas

III. Posición del TJ en la Sentencia C-115/14: *RegioPost GmbH & Co. KG / Stadt Landau in der Pfalz*

1. Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales formuladas

2. El pronunciamiento

IV. Análisis crítico de la sentencia

1. Postura seguida por el TJ en el proceso valorativo de la compatibilidad normativa

2. La respuesta del TJ sobre la compatibilidad de la normativa controvertida con el art. 26 de la Directiva 2004/18/CE

3. Sobre la compatibilidad de una normativa regional que excluye del procedimiento de licitación a un licitador

V. Conclusión

I. Introducción

La contratación pública constituye un instrumento que no solo facilita la ejecución de obras, la prestación de servicios o de suministros, sino que también presenta una gran potencialidad para incidir en las políticas económicas y sociales. Ello explica, por un lado, la cada vez más frecuente utilización de cláusulas de naturaleza social por parte de la Administración en los procedimientos de contratación pública¹. Y, por otro, el alto interés despertado en esta materia por el legislador comunitario. De hecho, 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, fue el primer texto comunitario que reguló de forma expresa la inclusión de cláusulas sociales en los contratos públicos (en adelante, Directiva 2004/18/CE)².

Dicha Directiva, influida por la jurisprudencia del TJ³ y la normativa adoptada por la Organización Internacional de Trabajo (en adelante, OIT)⁴, respondía a la necesidad de que los trabajadores contratados por los adjudicatarios y, por tanto, remunerados indirectamente por fondos públicos, pudieran disfrutar de las mismas condiciones laborales que aquellos trabajadores que realizan una prestación de servicios similar en el sector privado.

Fecha de recepción del original: 11 de diciembre de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 22 de enero de 2016.

¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M. “Contratación pública y condiciones de Trabajo”, *Relaciones Laborales*, 2008, pp. 1 ss.

² DOUE L 134/114, de 30 de abril de 2004. Posteriormente, han sido adoptados otros instrumentos normativos sobre la materia. Así, por ejemplo, cabe citar a la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DOUE L 94/1, de 28 de marzo de 2014); la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DOUE L 94/65, de 28 de marzo 2014) y la Directiva 2014/55/UE del Parlamento y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública (DOUE L 133, de 6 de mayo de 2014).

³ *Ad ex.*, Sents. del TJ de 20 de septiembre de 1998 (As: 31/87), de 26 de septiembre de 2000, (As: 225/98) y de 17 de septiembre de 2002 (As: 513/99).

⁴ En concreto, cabe citar al Convenio 94 OIT relativo a las cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las autoridades públicas. El referido Convenio, así como la Recomendación 84 OIT que lo complementa, tienen por objeto asegurar que las empresas que presten los servicios para la Administración pública observen determinados estándares laborales (<http://www.ilo.org/ipec/facts/ILOconventionsonchildlabour/lang--es/index.htm>).

Pero, ¿hasta qué punto un Estado miembro está facultado, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, a exigir a los licitadores y a sus subcontratistas que se comprometan a pagar el salario por hora mínimo legalmente establecido a los trabajadores encargados de ejecutar las prestaciones objeto de dicho contrato? Esto es, en esencia, lo que el TJ tuvo que decidir en la Sentencia dictada el 17 de noviembre de 2015 (As C-115/14: *RegioPost GmbH & Co. KG y Stadt Landau in der Pfalz*).

II. Sobre los hechos y las cuestiones prejudiciales planteadas

En concreto, los hechos que dieron lugar a la presente Sentencia pueden resumirse de la siguiente manera: el 23 de abril de 2013, el Ayuntamiento de *Landau* inició, a nivel de la Unión Europea, una licitación mediante procedimiento abierto, dividido en dos lotes, que tenía por objeto un contrato público relativo a los servicios postales del municipio y que preveía, concretamente, la celebración de un contrato marco para la recogida, transporte y distribución de cartas y pequeños y grandes paquetes. La duración prevista del contrato era de dos años.

En el anuncio de licitación figuraba que el adjudicatario debería de cumplir lo dispuesto en la *Landesgesetz zur Gewährleistung von Tariftreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben* (en adelante, LTTG). Y, en concreto, tanto lo establecido en el art. 1 de la LTTG —que garantiza la observancia de los convenios colectivos y del salario mínimo establecido en el marco de la adjudicación de contratos⁵—, como en el art. 3 de la misma, según el cual, solo podrán adjudicarse contratos públicos a las empresas que se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, por la ejecución de la prestación, un salario (bruto) de al menos 8,50 euros por hora (salario mínimo). Y, en el caso, de que la oferta no incluyese dicha declaración y no se presentase esta a requerimiento del poder adjudicador, la oferta quedará excluida de la valoración.

La empresa *RegioPost* no solo no presentó una declaración de observancia del salario mínimo establecido, sino que mediante escrito, de 16 de mayo de 2013, indicó que, las declaraciones relativas al salario mínimo previstas en el artículo 3 de la LTTG eran contrarias a la normativa sobre contratos públicos. El Ayuntamiento de *Landau* instó a *RegioPost* a presentar, en el plazo de catorce días, las declaraciones relativas al salario mínimo previstas en el artículo 3 de la LTTG, advirtiéndola de que

⁵ Según el cual: “La presente Ley pretende impedir las distorsiones en la competencia por la obtención de contratos públicos derivadas del empleo de mano de obra barata y atenuar las cargas para los sistemas de seguridad social. A estos efectos, dispone que los poderes adjudicadores [...] solo podrán, con arreglo a la presente Ley, adjudicar contratos públicos a las empresas que paguen a sus trabajadores el salario mínimo establecido en esta Ley y que cumplan los convenios colectivos”.

la excluiría de la oferta si no cumplía este requisito. *RegioPost* fue excluida del concurso y presentó el correspondiente recurso ante la *Vergabekammer Rheinland-Pfalz* (Cámara de contratos públicos de Renania-Palatinado). Dicho recurso fue desestimado el 15 de julio de 2013 por considerar que la oferta realizada por dicha empresa había sido excluida básicamente por no venir acompañadas de las declaraciones relativas al salario mínimo exigidas previamente por el poder adjudicador.

En tales circunstancias, el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial, que conoció del asunto en apelación, suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales. En virtud de la primera, se cuestionaba al TJ la compatibilidad del art. 1 de la LTTG con el artículo 56.1º del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE⁶), por una parte, y el artículo 3.1º de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (en adelante, Directiva 96/71/CE⁷), por otra. En la segunda cuestión objeto de controversia, el tribunal remitente planteaba al TJ la compatibilidad del art. 3.1º de la LTTG con el art. 26 de la Directiva 2004/18/CE.

A nuestro juicio, ambas cuestiones prejudiciales nunca debieron de formularse en los términos en los que fueron planteadas por dos razones concretas. En primer lugar, porque los hechos que dieron lugar a la presente Sentencia no estaban comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE, dado que no se ajustaban a ninguno de los supuestos que aparecen expresamente regulados en el art. 1.3º de la misma. Por tanto, no entendemos, la razón por la que el tribunal remitente somete a examen del TJ la compatibilidad de la LTTG con la Directiva 96/71/CE —norma aplicable a los supuestos de desplazamientos transnacionales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios y cuya finalidad no es otra

⁶ DOC C 115, de 9 de mayo de 2008.

⁷ DO 1997, L 18, p. 1. Dicha Directiva ha sido modificada, recientemente, 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 (DO L 159, de 28 de mayo de 2014), cuyo objetivo es mejorar la aplicación y el cumplimiento en la práctica de la Directiva relativa al desplazamiento de trabajadores, garantizando así una mayor protección de los trabajadores desplazados y un marco legal más transparente y predecible para los proveedores de servicios.

que garantizar la protección de los derechos de estos trabajadores⁸—, si en el presente asunto todos los elementos del mismo estaban conectados con un único Estado, en concreto, con Alemania. Desde nuestro punto de vista, no procedía examinar la compatibilidad de la normativa regional alemana a la luz de lo establecido en dicho texto normativo, sino con el art. 26 de la Directiva 2004/18/CE. En segundo lugar, porque la normativa regional que excluye de la participación en un procedimiento de adjudicación a los licitadores que se nieguen a realizar la declaración escrita exigida, no constituye una condición de ejecución, según establece el art. 26 de la Directiva 2004/18/CE, sino, como veremos, una condición de selección de licitadores públicos.

III. Posición del TJ en la Sentencia C-115/14: *RegioPost GmbH & Co. KG / Stadt Landau in der Pfalz*

1. Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales formuladas

A juzgar por el relato de los hechos, la actuación del tribunal remitente resulta errónea, pues, como hemos apuntado, en tal caso no procedía someter la compatibilidad de la normativa alemana cuestionada con lo establecido en la Directiva 96/71/CE. No obstante, ese error cabe imputarlo a la valoración de los hechos controvertidos que realizó, según se deduce de la lectura de la propia Sentencia, a la luz de la doctrina establecida por el TJ en el asunto *Rüffert* (C-346/06)⁹. En esta Sentencia, el TJ se pronunció sobre la adecuación de una norma regional, que obligaba a la entidad adjudicadora a designar como adjudicatario de contratos públicos de obras únicamente las empresas que al licitar se comprometieran por escrito a pagar a sus trabajadores, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar en que deben prestarse tales servicios, con el Derecho comunitario y, en concreto, con la Directiva 96/71/CE.

⁸ Con este ámbito de regulación, es lógico pensar que se trata de una Directiva que tiende a proteger los derechos sociales de los trabajadores desplazados. No obstante, como ya señalamos en su día, la pretensión del legislador comunitario no era otra que la de determinar los límites que el Estado de acogida puede imponer a la libre prestación de servicios (*vid.* al respecto, MARCHAL ESCALONA N. “Algunas reflexiones sobre el régimen jurídico de los desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho internacional*, 2002, vol. 2 pp. 811-823).

⁹ Núm. 31 EU: C:2008:189.

Aunque, *a priori*, pudiera parecer que se tratan de casos análogos, nada más lejos de la realidad, puesto que los hechos que dieron lugar a la Sent. *Rüffert* trajeron causa en un desplazamiento transnacional de trabajadores en el marco de una prestación temporal de servicios¹⁰; mientras que en la presente Sentencia todas las empresas que participaron en el procedimiento de adjudicación del contrato controvertido estaban establecidas en el territorio del Estado miembro al que pertenecía el poder adjudicador: la República Federal de Alemania, es decir, se trataba de un asunto interno.

De hecho, el carácter interno que presenta el presente caso obliga al TJ, antes de pronunciarse sobre la compatibilidad solicitada, a precisar si el asunto quedaba comprendido o no en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (referente comunitario) y, por tanto, si la cuestión prejudicial planteada era o no admisible.

Para el Ayuntamiento de *Landau* y los Gobiernos alemán e italiano no procedía el planteamiento de la cuestión prejudicial, al no concurrir, según estos, ningún elemento trasfronterizo. Para el TJ, tales objeciones debían de ser desestimadas. Para este, era evidente que resultaba aplicable el Derecho de la Unión y, en concreto, la Directiva 2004/18/CE; un texto normativo que establece los principios que deben respetar todo proceso de licitación pública, entre los que se encuentran, la necesidad de respetar las libertades de circulación y, por ende, la libre prestación de servicios. Según el TJ, no había duda de la aplicación de la referida disposición normativa, puesto que la aplicación de la Directiva 2004/18/CE no depende de la existencia de un vínculo efectivo con la libre circulación entre Estados miembros sino del importe o cuantía del contrato controvertido. Y, en este caso, en concreto, el valor del contrato público que dio lugar a los hechos controvertidos superaba ampliamente el umbral económico establecido en dicha norma para su efectiva aplicación. Por otra parte, el TJ considera que la cuestión controvertida tiene que ver con la legalidad de ciertas condiciones de ejecución en un contrato público

¹⁰ En concreto, los hechos que dieron lugar a dicha Sentencia pueden resumirse de la siguiente manera: tras una licitación, el *Land Niedersachsen* adjudicó en otoño de 2003 a *Objekt und Bauregie* un contrato de obras de estructura para la construcción del establecimiento penitenciario de *Göttingen-Rosdorf*. La cuantía del contrato ascendía a 8.493.331 euros, excluido el impuesto sobre el valor añadido. El contrato contenía el compromiso de observar los convenios colectivos y, más concretamente, el compromiso de pagar a los trabajadores empleados en la obra, como mínimo, el salario vigente en el lugar de ejecución. *Objekt und Bauregie* recurrió a los servicios de una empresa establecida en Polonia como *subcontratante*. En verano de 2004 surgieron sospechas de que dicha empresa había contratado en la obra a trabajadores por un salario inferior al previsto en el convenio colectivo que resultaba aplicable. Para un análisis de la misma *vid.* RODRÍGUEZ-PINEÑO BRAVO-FERRER M. "El caso "Rüffert" ¿una constitucionalización del "dumping" social?", *Relaciones Laborales*, 2008, vol. 2, pp. 213-244.

establecidas por un Estado miembro, reguladas en el art. 26 de la Directiva 2004/18/CE.

A la luz de lo anterior, no hay duda, pues, de que dicho contrato tiene un interés transfronterizo cierto. Por lo que, como acertadamente, considera el TJ resultado oportuno que la normativa controvertida sea apreciada a la luz del Derecho de la Unión. De hecho, el TJ refuerza esta postura argumentando que no es posible descartar que en el proceso de licitación hubieran podido existir empresas establecidas en Estado miembros distintos de la República Federal de Alemania que hubieran estado o hubieran podido estar interesadas en participar en dicho contrato. Desde nuestro punto de vista, este argumento resultaba innecesario, puesto que el referente comunitario debe responder a criterios ciertos y no hipotéticos.

2. El pronunciamiento

El TJ en la presente Sentencia *declaró que el art. 26 de la Directiva 2004/18/CE no se opone a una normativa como la controvertida que obliga a licitadores y a subcontratistas a comprometerse, mediante una declaración escrita que deberá presentarse junto con la oferta, a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones del contrato público considerado un salario mínimo fijado por dicha normativa*, y que, además, prevé la exclusión de la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público a los licitadores y a sus subcontratistas que se nieguen a cumplir dicha condición.

IV. Análisis crítico de la sentencia

1. Postura seguida por el TJ en el proceso valorativo de la compatibilidad normativa

Una vez establecido el referente comunitario y, por tanto, la admisibilidad de la cuestión prejudicial planteada, el TJ entra a valorar la compatibilidad de las disposiciones nacionales controvertidas con el Derecho de la Unión. Este proceso valorativo debe ser calificado de sorprendente, de confuso e, incluso, de incoherente.

Es sorprendente, porque el TJ reformula de forma automática la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente. Recordemos que el referido tribunal cuestionaba, en primer lugar, la compatibilidad del art. 3 de la LTTG con los arts. 56 TFUE y 3.1º de la Directiva 96/71/CE; mientras que el TJ se ocupa de determinar la compatibilidad de dicha normativa con el art. 26 de la Directiva 2004/18/CE y el art. 3.1º de la Directiva 96/71/CE.

Una lectura atenta de las Conclusiones del Abogado General, P. Mengozzi, evidencian que es a él a quien, acertadamente, hay que atribuir la reformulación de la cuestión prejudicial. Como señala el Abogado General, la cuestión de fondo que se suscita en el presente litigio se refiere a las condiciones de ejecución que pueden exigir las autoridades de un Estado miembro en un contrato público. Y este es un aspecto al que se refiere, en concreto, el art. 26 de la Directiva 2004/18/CE, según el cual: *“Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental”*.

Es cierto que al reformular la cuestión prejudicial planteada y someter la compatibilidad de la normativa regional controvertida con el art. 26 de la Directiva 2004/18/CE desaparece, como hemos evidenciado, cualquier duda sobre la competencia del TJ para conocer de la misma. No obstante, este proceder del TJ resulta, desde nuestro punto de vista, criticable no solo, porque obvia responder a la cuestión prejudicial planteada, esto es, a analizar la compatibilidad de la normativa controvertida con el Derecho primario y el Derecho armonizado (Directiva 96/71/CE), sino también porque resulta confuso. De hecho, de la lectura de la Sentencia parece ser que ni siquiera el TJ tiene muy claro con qué normativa de la Unión Europea tiene que valorar la compatibilidad de la norma alemana controvertida, es decir, si tiene que enjuiciar la legalidad de dicha medida con el Derecho primario, con el Derecho armonizado o con ambos.

Esta circunstancia obedece, según se desprende de la lectura de la Sentencia, a la existencia de una reiterada jurisprudencia comunitaria, que establece que solo cuando una norma nacional quede comprendida en un ámbito que haya sido armonizado de modo exhaustivo a nivel de la Unión, dicha norma deberá apreciarse a la luz de las disposiciones de la medida de armonización, en lugar, del Derecho primario¹¹. La cuestión está en que, según el TJ, la Directiva 2004/18/CE no regula de modo exhaustivo el ámbito de las condiciones especiales de ejecución, por lo que la compatibilidad de la normativa controvertida podría apreciarse a la luz del Derecho primario de la Unión (art. 56 TFUE). De hecho, en sus considerandos admite que una disposición como la debatida puede constituir una restricción en el sentido del art. 56 TFUE justificada, en principio, por el objetivo de la protección de

¹¹ Considerando 57.

los trabajadores¹², si bien es cierto que obvia cualquier referencia a esta disposición en la decisión final.

Finalmente, la postura seguida por el TJ en este proceso valorativo debe ser calificada de incoherente. Y ello porque llega a examinar incompresiblemente, según hemos apuntado, la compatibilidad del art. 3 de la LTTG con lo establecido en el art. 3.1º de la Directiva 96/71/CE, aunque, también es cierto, que, en el pronunciamiento final la Sentencia obvia pronunciarse al respecto. Una forma de razonar y de actuar que no deja de sorprendernos, máxime si tenemos en cuenta que el TJ se había negado a valorar previamente la compatibilidad de una normativa alemana con la Directiva 96/71/CE en un asunto que no difiere sustancialmente del actual, y que dio lugar a la Sentencia del TJ de 18 de noviembre de 2014 en el asunto *Busdesdruckerei* (C-549/13¹³). En este supuesto, el TJ había descartado examinar la compatibilidad entre las disposiciones de la citada Directiva y la normativa de un *Land* alemán, que exigía a las empresas adjudicatarias de un contrato público que respetaran las cuantías de salario mínimo fijadas por esta misma normativa, basándose en que la situación controvertida no estaba incluida en el ámbito de aplicación de la citada Directiva. Y ello, aunque, el poder adjudicador convocó la licitación a escala de la Unión Europea. Por el contrario, en el presente caso, el TJ no duda enjuiciar la norma regional discutida con la Directiva 96/71/CE, aunque, todos los elementos del supuesto estaban vinculadas a un único Estado (¿?).

Con independencia de lo anterior, el TJ se pronuncia al respecto y argumenta que una disposición como el artículo 3 de la LTTG debe ser considerada «disposición legal» —en el sentido establecido en la citada Directiva— que prevé que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas que desplacen trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios (ex art. art. 1.1º Directiva 96/71/CE) garanticen a los trabajadores desplazados las condiciones de trabajo y empleo establecidas en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo [art. 3.1 c)]¹⁴. De ahí que, sea factible sostener que una norma regional que obliga al

¹² Considerandos 69-70.

¹³ LLOBERA VILA M. “Las medidas estatales de prevención del dumping social en la jurisprudencia del TJUE: la senda abierta hacia la sentencia *Bundesdruckerei*”, *Revista Jurídica de los Derechos sociales. Lex Social*, enero-julio 2015, vol. 15, pp. 89-105.

¹⁴ Dicha norma constituye una excepción a las reglas de ley aplicable previstas en el art. 8 del Reglamento CE núm. 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (DO núm. L 177, de 4 de julio de 2008), si bien es cierto que en este caso, en concreto, no procedía el análisis de dicha norma, puesto de lo que se trataba era de analizar la legalidad de una medida estatal que es impuesta por la Administración pública a las empresas contratantes.

pago del salario mínimo fijado por esta es compatible con la citada Directiva y, por tanto, perfectamente exigible en los supuestos en los que resulte de aplicación.

Nada que objetar a la decisión adoptada por el TJ. Lo que sí puede resultar criticable es el hecho de que el TJ siga abundando en sus argumentos para apoyar la legalidad de la medida. Desde nuestro punto de vista, estos son innecesarios, aunque, les sirve al TJ para distanciarse de la doctrina sentada en la Sentencia dictada por él en el asunto *Rüffer*. Recordemos que, en este último caso, el Tribunal consideró que obligar al contratista desplazador a abonar unos salarios superiores a los del país de establecimiento, constituía una restricción no justificable, puesto que la normativa controvertida se aplicaba únicamente a los contratos públicos, y no a los trabajadores desplazados como consecuencia de la celebración de contratos privados. El Tribunal consideró la exigencia establecida por la normativa alemana en sentido inverso, esto es, como si fuera un privilegio en la contratación pública, no establecida en la contratación privada. En el caso *Regio Post*, —a diferencia de lo que ocurrió en el asunto *Rüffert*—, el TJ no solo considera que una exigencia de dicho tipo estaría justificada, en principio, por el objeto de la protección de los trabajadores, sino que además arguye que la limitación del ámbito de aplicación de la norma nacional a los contratos públicos es consecuencia de la existencia de normas de Derecho de la Unión que son específicas en el ámbito de la contratación pública, como así sucede, en el presente caso.

2. La respuesta del TJ sobre la compatibilidad de la normativa controvertida con el art. 26 de la Directiva 2004/18/CE

Con independencia de las deficiencias que hemos comentado, lo cierto es que para el TJ no hay duda de la compatibilidad del art. 3 de la LTTG con el art. 26 de la Directiva 2004/18/CE. Para determinar dicha compatibilidad, el TJ inicia su argumentación calificando dicha norma como condición de ejecución del contrato de tipo social. No hay que olvidar que, según la propia Directiva (ex Considerando 33), una condición especial de ejecución del contrato solo será compatible con el Derecho de la Unión cuando no sea directa o indirectamente discriminatoria y respete el principio de transparencia.

Para el TJ, una disposición nacional como el art. 3 de la LTTG cumple ambos principios, pues no es ni directa ni indirectamente discriminatoria y, además, acata el principio de transparencia (ex art. 26 Directiva 2004/18/CE)¹⁵, en la medida en que

¹⁵ El principio de seguridad jurídica o transparencia, según la denominación del art. II del Acuerdo General relativo al Comercio de Servicios (AGCS), ocupa un lugar privilegiado en el derecho de la Unión, permitiendo dejar inaplicadas aquellas normas nacionales que no se adecuen al nivel de certeza jurídica necesaria para el adecuado desenvolvimiento de las transacciones económicas en el mercado de servicios. Este principio se ha convertido así, según señala M. LLOBRERA VILA, en un

dicha condición especial ha sido establecida tanto en el anuncio de licitación como en el pliego de condiciones.

Se trata de un argumento que no compartimos plenamente, porque, a nuestro juicio, podría sostenerse que una norma nacional como lo es el art. 3 de la LTTG puede constituir una medida discriminatoria. Es sabido que una norma nacional puede ser discriminatoria tanto directa como de forma encubierta. Para el TJ una discriminación encubierta es aquella que no utiliza la nacionalidad como variable diferenciadora, sino otro elemento que conduce al mismo resultado material. Y es cierto que, formalmente, obligar a los licitadores y a sus subcontratistas a comprometerse, mediante declaración escrita, a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato público un salario mínimo fijado por dicha normativa, pesa tanto frente a empresas nacionales como extranjeras. No obstante, también es factible pensar que dicha exigencia tiene como función proteger, de forma encubierta, a las empresas locales de la competencia de las empresas situadas en otros Estados miembros. De hecho, no resulta descabellada la idea de que pagar un determinado salario pueda constituir una medida discriminatoria, tendente a disuadir a empresas extranjeras a participar en el proceso de licitación. Está claro que la variable diferenciadora que introduciría dicha desigualdad no sería, por tanto, la nacionalidad de las empresas participantes en el proceso de licitación, sino la cuantía económica que se les obliga a pagar a tales empresas, habida cuenta de la gran disparidad salarial que existe en la Unión Europea. Así, por ejemplo, a una empresa griega puede resultarle más gravoso cumplir con dicha condición, debido a las especiales circunstancias económicas que reinan en este país, y, por tal motivo, decida no tomar parte de dicho proceso de licitación.

Ahora bien, también es cierto que no toda desigualdad de trato puede tacharse de discriminatoria ni, por consiguiente, prohibida por el art. 18 TFUE¹⁶. Puede darse el caso de que una medida que introduce una desigualdad de trato no sea contraria al Derecho comunitario, porque haya razones objetivas que justifican dicha diferencia, siempre que, además, sea proporcional y responda a un interés general. Desde nuestro punto de vista, la normativa alemana responde, en principio, a razones imperiosas de interés general, pues no hay duda alguna de que está establecida para proteger a los trabajadores, en la medida en que tiene como objeto igualar las condiciones de los trabajadores en el marco de la ejecución de un contrato público. No obstante, dicho extremo no es tan evidente, máxime si tenemos en cuenta la

parámetro de legalidad de las normas socio laborales (*id. El desplazamiento transnacional de trabajadores. Libre prestación de servicios, Constitución económica y principio de proporcionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 366).

¹⁶ Sent. de 20 de octubre de 1980, As. C- 22/80: *Boussac, Rec.*, pp. 3427 ss.

jurisprudencia del TJ. Si bien es cierto que el TJ, en la mayor parte de los casos, como así sucedió en el asunto *Webb*¹⁷, admite la posibilidad de excepcionar legítimamente las libertades comunitarias mediante medidas estatales de prevención del *dumping social*, no sucedió igual en las Sents. del TJ en los asuntos *Finalarte*¹⁸ y *Portugaia*¹⁹. En tales supuestos, el TJ no reconoció dicho objetivo como una razón imperiosa de interés general cuando tales medidas, además de su finalidad socio laboral, estaban destinadas a proteger a las empresas nacionales de una competencia basada en costes sociales. Es cierto que dicho criterio fue, posteriormente, sometido a revisión²⁰, aunque, esta es, en última instancia, una decisión que hubiera correspondido determinar al TJ, además, de valorar la adecuación y proporcionalidad de la medida. Y, aunque, desde nuestro punto de vista, sea una medida adecuada y proporcionada, no podemos decir lo mismo si atendemos a la luz de lo dispuesto por el TJ en los asuntos *Buckerei* y *Ruffert*.²¹

¹⁷ Sent. de 17 de diciembre de 1981.

¹⁸ ST de 25 octubre 2001 (Asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98).

¹⁹ STJ de 24 enero de 2002 (As. C-164/99). En dicha Sentencia, la respuesta del Tribunal no deja lugar a dudas: “no cabe justificar medidas que constituyan una limitación de la libre prestación de servicios en aras de objetivos de carácter económico, como la protección de empresas nacionales”. Para un análisis crítico de la misma *vid.* A. Quiñones Escámez “Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE en materia de desplazamiento internacional de trabajadores (De Arblade a Portugaia)”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, 2002, pp. 435-453.

²⁰ En concreto, el TJ consideró en la Sent. dictada el 12 octubre 2004 (As. C-60/03, *Wolff & Muller*) que: “en la medida en que uno de los objetivos perseguidos por el legislador nacional consiste en evitar la competencia desleal por parte de empresas que retribuyan a sus trabajadores a un nivel inferior a correspondiente al salario mínimo, [...], puede considerarse que un objetivo de esa índole constituye una razón imperiosa de interés general que puede justificar una restricción a la libre prestación de servicios”.

²¹ El Tribunal de Justicia consideró que: “en la medida en que se aplique únicamente a los contratos públicos, una medida nacional de este tipo no es adecuada para alcanzar el citado objetivo si no hay indicios que permitan suponer que los trabajadores empleados en el sector privado no necesitan la misma protección salarial que los empleados en el marco de la contratación pública” (*Rüffert*, apartados 38 a 40). Para el TJ, “la normativa nacional controvertida en el litigio resulta desproporcionada, dado que su ámbito de aplicación se extiende a una situación como de la que se trata en el litigio principal, en la que los trabajadores ejecutan un contrato público en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora y en el que la cuantía del salario mínimo es inferior” (*Buckerei*, apartado 33).

3. Sobre la compatibilidad de una normativa regional que excluye del procedimiento de licitación a un licitador

Por lo que se refiere a la segunda cuestión prejudicial, es decir, la compatibilidad del art. 26 de la Directiva 2004/18/CE con una norma de una entidad regional que excluye del procedimiento de licitación al licitador cuando este se niega a comprometerse, mediante una declaración escrita, a pagar al personal el salario mínimo fijado por dicha normativa, hay que señalar que, como manteníamos al principio, nunca debió plantearse o, por lo menos, no en los términos en los que fue planteada. Es preciso tener en cuenta que las cláusulas sociales previstas en los pliegos administrativos que regulan el proceso de adjudicación de un contrato público pueden revestir distintas modalidades, a saber: pueden actuar como criterio de admisión, a la hora de admitir las propuestas de ofertas del contrato público, como criterio de valoración y como condición especial de ejecución. En este caso, el órgano remitente se cuestiona la “legalidad” de la sanción impuesta en la normativa regional con lo establecido en el art. 26 de la Directiva comunitaria, reguladora, como se ha indicado, de la legalidad de las condiciones de ejecución de un contrato público. Es decir, para dicho tribunal la exclusión del licitador del contrato era una sanción que derivaba del incumplimiento de una condición de ejecución del contrato. No obstante, dicha calificación no era una cuestión compartida, pues tanto el Abogado General como la Comisión llegan a cuestionarse la posibilidad de que dicha condición pudiera ser calificada de condición relativa a la capacidad financiera del licitador, a la que hace referencia el art. 47 Directiva 2004/18/CE y, por tanto, compatible con el Derecho de la Unión.

A nuestro modo de ver, el defecto fundamental tanto del órgano remitente, de las partes implicadas, como de la decisión objeto de este estudio radica, en no haber sido capaces de situar correctamente, y desde el principio, la cuestión controvertida en sus justos términos, dado que no tienen en cuenta y, por tanto, obvian que la condición de ejecución, a la que se refiere el art. 3.1º LTTG, constituye, además, un criterio o condición previa para la admisión y selección de candidatos. Tiene, pues, una doble funcionalidad, en la medida en que no solo opera como condición de ejecución del contrato, sino como condición previa para la admisión y selección de candidatos. De hecho, el núcleo del asunto sobre el que debería de haber decidido el TJ es: si el poder adjudicador de un Estado miembro, en el marco de un procedimiento de adjudicación, de un contrato público, puede excluir del proceso de licitación a aquellos licitadores y a sus subcontratistas que no cumplan con dicha condición de selección.

En cualquier caso, la sanción que impone la normativa nacional controvertida nos parece lógica y coherente, y en ello coincidimos con el TJ cuando afirma que “*la exclusión de la participación en el contrato por el incumplimiento de dicha condición*”

no puede calificarse de sanción”, dado que es la consecuencia inmediata y lógica por no haber presentado la declaración exigida²². Sería paradójico y poco compatible con un uso racional de los recursos públicos proseguir un procedimiento de adjudicación de un contrato con un operador económico que no quiere cumplir con dicha condición. De hecho, dice poco de un contratante el hecho de no querer observar con esa mínima imposición. Ahora bien, lo que no compartimos ni entendemos son los esfuerzos que realiza el TJ para demostrar la compatibilidad de dicha normativa regional con el art. 26 de la Directiva 2004/18/CE. De hecho, los argumentos que utiliza se amontonan, más que se articulan. El TJ considera que la obligación que establece dicha normativa es insignificante y que la sanción que prevé es proporcionada y apropiada, habida cuenta de que solo podrá aplicarse si, tras haber sido requerido para completar su oferta, el operador se hubiese negado, como en efecto sucede en el presente asunto.

A nuestro modo de ver, lo que sí debieron plantearse tanto el tribunal remitente como el TJ --antes de decidir si la sanción era contraria o no al Derecho comunitario-- era si dicha condición constituye o no un criterio de selección. A nuestro juicio, no hay duda de ello, como tampoco de la compatibilidad de la normativa alemana con el Derecho de la Unión. Y ello, porque, según la Directiva 2004/18/CE, la verificación de la aptitud de los licitadores, en los procedimientos abiertos, y de los candidatos, en los procedimientos restringidos y negociados con publicación de un anuncio de licitación, así como en el diálogo competitivo, y su selección debe realizarse en condiciones de transparencia. A tal fin, conviene indicar los criterios no discriminatorios que pueden utilizar los poderes adjudicadores para seleccionar a los competidores y los medios que pueden utilizar los operadores económicos para probar que cumplen dichos criterios. Siguiendo dicho objetivo de transparencia, el poder adjudicador está obligado a indicar, desde el momento en que se convoque la licitación, los criterios que utilizará para la selección, así como el nivel de capacidades específicas que en su caso exija de los operadores económicos para admitirlos en el procedimiento de adjudicación del contrato²³.

A la vista de lo anterior, las exigencias establecidas en la normativa alemana controvertida no serían contrarias al Derecho comunitario, siempre que no fueran discriminatorias y cumplieran, además, con el principio de transparencia señalado. Y, en este caso, ambos requisitos fueron cumplimentados. Por lo que, no cabe duda de la legalidad de dicha medida.

²² Considerando 83.

²³ Considerando 39.

V. Conclusión

La respuesta del Tribunal no deja lugar a dudas. No resulta contraria al Derecho comunitario una normativa que obliga a licitadores y a subcontratistas, a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones del contrato público un salario mínimo, puesto que, aunque, pudiera constituir una restricción a la libre prestación de servicios, estaría debidamente justificada. Tampoco resulta contraria a la Directiva 96/71/CE ni a la Directiva 2004/18/CE, es decir, es legítima tanto a la luz del Derecho primario, como armonizado.

Por muy diversas razones, la decisión del TJ de 17 de noviembre de 2015 puede fácilmente ser catalogada entre aquellas que poseen un mérito especial. La Sentencia C-115/14 debe destacarse por rechazar, alejarse y contrarrestar una peligrosa y actual corriente jurisprudencial, iniciada por el TJ en los asuntos *Rüffert y Bundesdruckerei*, al admitir, a diferencia de aquellos, la “legitimidad y operatividad” de las exigencias sociales exigidas en el Estado de acogida en la contratación pública y la tendencia internacional a asegurar que se perciban los mismos salarios en los contratos públicos que en los contratos privados.

No obstante, también es cierto que la decisión del TJ comentada no va a pasar a la historia ni por la ejemplaridad y cuidado de su argumentación, ni por la congruencia con las cuestiones prejudiciales a que se pretende dar respuesta, ni tampoco por su coherencia interna.

El TJ en la presente Sentencia ha dado un paso muy importante. Con todo, puede decirse que todavía queda por restaurar el equilibrio perdido entre las libertades de circulación y los derechos de los trabajadores. Parece ser que este se está inclinando en los últimos tiempos a favor de las primeras, con el peligro que ello supone para la consolidación de una auténtica Europa social. El TJ está jugando un papel esencial en ello. De hecho, está acabando con buena parte de lo que es la construcción social que le ha venido dando sentido y cohesión al proyecto común, como consecuencia de las Sentencias dictadas por el TJ en los asuntos *Viking* (As. C-438/05), *Laval* (C-341/05²⁴) y *Comisión/Luxemburgo*²⁵.

²⁴ Sobre las consecuencias de la saga *Laval- Viking* sobre los sistemas de relaciones laborales *vid.* LANDA ZAPIRAIN, J.P. Y MORENO MARCOS, M. “Una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos de la acción sindical con el respeto a las libertades fundamentales del mercado interior comunitario”, *Relaciones Laborales*, 2008, pp. 481-506.

²⁵ C-319/2006 de 19 de junio de 2008.

En otras palabras, hay que superar la línea jurisprudencial asentada, según la cual, la libre prestación de servicios acota y agota el nivel de protección de trabajadores en el seno de la Unión Europea. Ello podría servir para acabar con el progresivo aumento de la utilización por parte de las empresas de los diferentes estándares laborales existentes entre los Estados miembros como vía para obtener mayores beneficios, es decir, para reducir abusos de la libertad de prestación de servicios con fines de “*dumping social*”.