

**LAS RESTRICCIONES A LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA IMPUESTAS POR LA LIBRE PRESTACIÓN DE
SERVICIOS. COMENTARIO A LA STJUE DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2014,
ASUNTO C-549/13**

Dr. Daniel Martínez Fons
Magistrado

Abstract

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia sobre la adecuación con el derecho a la libre prestación de servicios de la obligación de respetar el salario previsto en convenio colectivo impuesta a un subcontratista del licitador de un concurso público de tratamiento de datos municipales cuando aquél ejecutará la prestación de servicios desde un Estado miembro distinto de la administración licitadora. Resuelve el TJUE aplicando el principio de proporcionalidad: la referida obligación no está justificada ni desde la tutela de los trabajadores de la subcontratista, concluyendo, así, que imponer el pago de un salario superior que no guarda relación con el coste de la vida en el Estado miembro privaría a los subcontratistas establecidos en éste de obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios respectivos.

The European Court of Justice ruled on the adequacy with the right to freedom to provide services of the obligation to respect wages established in a collective agreement in the case of a subcontractor of the tender of a tendering process that develops the provision of services from a different Member State of the tendering administration. The ECJ rules applying the proportionality principle: the mentioned obligation is not justified, neither from the perspective of the protection of workers, as imposing the contractor the payment of a higher salary and unrelated to the cost of living in the Member State deprives subcontractors from benefiting from the comparative advantage of the differences in wages in the different Member States.

Title: Restrictions on social clauses in public contracts imposed by the freedom to provide services. Commentary of the European Court of Justice's decision of September 18th 2014, case C-549/13

Palabras clave: libre competencia, salario, contratación pública.

Keywords: free competition, wages, public contracts.

Sumario

1. Supuesto de hecho
2. La posición del TJUE sobre la cuestión prejudicial
3. Comentario

1. Supuesto de hecho

El mes de mayo de 2013 el Ayuntamiento de Dortmund (Stand Dortmund) convocó, a escala de la Unión Europea, una licitación que tenía por objeto un contrato público sobre digitalización de documentos y conversión de datos para el servicio de urbanismo de Dortmund por un importe aproximado de 300.000€.

En apartado segundo de las condiciones especiales del pliego de condiciones de licitación, imponía expresamente a los licitadores la obligación de cumplir, y comprometerse a hacer cumplir a los eventuales subcontratistas, las disposiciones previstas en la Ley del Land de Renania del Norte-Westfalia relativa a la garantía de los convenios colectivos, las normas sociales y una competencia leal en la adjudicación de contratos públicos promulgada el año 2012 (Gesetz über die Sicherung von Tarifreue un Sozialstandards sowie farien Wettbeerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – TVgG-NRW–). El apartado 3 del artículo 4 del referido texto legal indica que: *“los contratos públicos de servicios que no estén incluidos en los apartados 1 y 2 sólo podrán adjudicarse a empresas que, en el momento de presentar la oferta, se hayan comprometido por escrito, mediante una declaración a la entidad adjudicadora, a pagar a su persona (...), por la ejecución de la prestación, un salario mínimo por hora de al menos de 8,62€. Las empresas deberán indicar, en su declaración de compromiso, la naturaleza del compromiso asumido por su empresa en el marco de convenio colectivo, así como el salario mínimo por hora que se pagará al personal adscrito para la ejecución de las prestaciones”*.

Entre las interesadas en la licitación, la empresa Budndesdruckerei, GmB informó a la administración licitadora que de resultar adjudicataria del contrato, las prestaciones del mismo se realizarían exclusivamente en Polonia a través de un subcontratista establecido en dicho Estado miembro y, por tanto, con trabajadores contratados en éste. Y, en este sentido, comunicó a la administración que no podía comprometerse a respetar el salario de 8,62€ impuesto por la TVgG-NRW, ya que dicho salario mínimo no estaba previsto ni en la normativa convencional ni legal aplicable en Polonia. Interesaba, de este modo, Budndesdruckerei, GmB que se certificara por el Stadt Dortmund que de ser la adjudicataria no resultaría de aplicación la TVgG-NWR a la subcontratista encargada

de ejecutar el servicio objeto del contrato. La administración local rehusó atender la solicitud planteada en tales términos, indicando que, en tanto, que adjudicadora perteneciente al Land de Renania del Norte-Westfalia, estaba obligada a aplicar las disposiciones de la TVgG-NWR.

Ante la negativa, la empresa acudió a la Sala en materia de contratación pública competente (Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg) solicitando que se obligase a la municipalidad de Dortmund la modificación de la condición especial discutida declarándola inaplicable para los casos en que el contrato fuese ejecutado por una subcontratista radicada en otro Estado miembro y cuyos trabajadores son empleados únicamente en la ejecución del contrato público en ese Estado. Fundamentaba tal pretensión en el artículo 56 del TUE, en tanto que la obligación de pagar el salario mínimo aplicable en el Land de Renania del Norte Westfalia suponía un restricción a la libre prestación de servicios.

La Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg, estimó que la extensión del salario mínimo a los trabajadores que ejecutasen contratos públicos fuera del territorio alemán podía constituir una restricción de la libre prestación de servicios y una discriminación indirecta a los licitadores que prestasen servicios en otros Estados miembros con estructuras de costes muy diferentes.

Así las cosas, mediante la cuestión prejudicial que se resuelve en la sentencia la Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg interesa si en una situación en la que un licitador tiene previsto ejecutar un contrato público exclusivamente con trabajadores empleados por un subcontratista establecido en un Estado miembro distinto de aquél al que pertenece la entidad adjudicadora, el artículo 56 TUE se opone a la aplicación de una normativa del Estado miembro de la entidad adjudicadora que obliga a ese subcontratista a pagar a los citados trabajadores un salario mínimo por dicha normativa.

2. La posición del TJUE sobre la cuestión prejudicial

Con carácter previo, debe precisarse que, a pesar de que en el planteamiento de la cuestión elevada por la Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg se hace referencia a la eventual aplicación en el litigio de la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y en virtud de la cual se garantizan a los trabajadores desplazados condiciones de trabajo de Estado de ejecución de la prestación, entre las cuales el salario, aquélla no resulta de aplicación en el presente caso. Recuerda el TJUE que a tenor de la cuestión prejudicial planteada ésta versa sobre una situación en la que

un licitador tiene previsto ejecutar un contrato público exclusivamente con trabajadores empleados por un subcontratista establecido en un Estado miembro de la entidad adjudicadora, el artículo 56 TUE se opone a la aplicación de una normativa del Estado miembro de la entidad adjudicadora que obliga a ese subcontratista a pagar a los citados trabajadores un salario mínimo fijado por dicha normativa.

Dicho esto, la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios –derogada al momento de dictarse sentencia por la reciente Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero sobre contratación pública, pero vigente en el momento en que se planteó la cuestión– permitía, en su artículo 26, que entre las condiciones especiales de ejecución de los contratos administrativos, puedan incluirse las que sean de tipo social. En concreto indicaba el referido precepto que *“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 la 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”*.

Merece reseñarse que, aun cuando no sea de aplicación en la resolución de la presente cuestión, el artículo 70 de la Directiva 2014/24/CE incluye también la posibilidad de exigir a los eventuales adjudicatarios que cumplan con ciertas consideraciones, entre otras, *“de tipo social o relativas al empleo”*, *“siempre que estén vinculadas al objeto del contrato”* y *“se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación”*, según había ya venido exigiendo la jurisprudencia del TJUE.

Planteados los términos del debate, el TJUE indica que la imposición en virtud de una normativa nacional de una retribución mínima a los subcontratistas de un licitador establecidos en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora y en el que los salarios mínimos sean inferiores constituye una carga económica que puede obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. No obstante, tal medida puede estar justificada por el objetivo de la protección de los trabajadores, garantizando que se pague a los trabajadores un salario adecuado a fin de evitar el dumping social, haciendo menos competitivas a las empresas que cumplan con los estándares salariales adecuados.

En aplicación de esta hermenéutica, el TJCE llega al convencimiento que en la cuestión planteada por la Vergakammer bei der Bezirksregierung Ansberg la extensión de la garantía salarial mínima a los subcontratistas de la licitadora que ejecutarían el contrato en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora y en el que el salario mínimo era inferior era contraria al artículo 56 TFUE. Entiende el Tribunal que tal

limitación no está justificada en la tutela de los trabajadores: *“un salario mínimo fijo correspondiente al necesario para garantizar una remuneración adecuada a los trabajadores del Estado miembro de la entidad adjudicadora a la vista del coste de la vida en ese Estado miembro en el que se llevarán a cabo las prestaciones relativas al contrato público de que se trata y que privaría, por ello a los subcontratistas establecidos en este último Estado miembro de obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios respectivos, más allá de lo necesario para garantizar que se consiga el objetivo de protección de los trabajadores”*. Y añade, además, que la pretendida aplicación del salario mínimo a los subcontratistas que ejecutan la prestación en otro Estado miembro tampoco puede justificarse a la luz de la estabilidad de los regímenes de la Seguridad Social. Así se señala que no *“resulta sostenible que la aplicación de esta medida a los trabajadores polacos afectados sea necesaria para evitar el riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social alemán. Si estos trabajadores no percibiesen un salario adecuado y se vieran obligados, en consecuencia, a recurrir a la Seguridad Social para asegurarse un nivel mínimo de poder adquisitivo, tendrían derecho a las ayudas sociales polacas. Pues bien, es evidente que tal consecuencia no recaería sobre el sistema de seguridad social alemán”*.

3. Comentario

Si bien no es novedoso el conflicto derivado de la intersección entre el derecho social y los preceptos del TFUE que regulan los principios de la libre competencia (libre prestación de servicios, libertad de establecimiento, prohibición de ayudas de Estado) como pilar sobre el que se construye el mercado único comunitario, lo cierto es que en los últimos tiempos las cuestiones prejudiciales planteadas han dejado de ser excepcionales. En este sentido, si el lector está interesado puede ver, entre las más recientes, la STJUE de 8 de julio de 2014 (asunto C-83/13) sobre medidas de conflicto y libre prestación de servicios en el sector marítimo, o la más reciente, STJUE, 4.12.2014 (asunto C-413/13 sobre tarifas mínimas para las prestaciones de servicio de los trabajadores autónomos previstas en instrumentos colectivos).

Ello está permitiendo al Tribunal consolidar un cuerpo doctrinal cuyas bases se establecieron en la década de los noventa del siglo pasado y que en los últimos tiempos puede decirse que se haya plenamente consolidada. Construcción que la mejor doctrina (Lyon-Caen) ha definido como la “infiltración” del derecho de la competencia en el derecho social. Afortunada expresión con la que se ha querido poner de relieve como la aproximación a las restricciones a la competencia que pueden derivar de la aplicación de normas sociales realizada desde el TJUE, está erosionando la primacía de que gozan aquéllos en los ordenamientos constitucionales de los Estados miembro, como

ejemplifica la sobradamente conocida sentencia Viking (11.12.2007, asunto C-438/05), a propósito de la compatibilidad del ejercicio del derecho fundamental a la huelga con la libre circulación de bienes.

La construcción del TJUE es tributaria, por una parte, del lugar que ocupan las libertades de prestación de servicios y de establecimiento en el derecho originario. Y, por otra, de la propia concepción instrumental del derecho a la competencia adoptada por el Tribunal, equiparándola a la garantía de la actuación de los sujetos en el mercado, de manera que dicha actividad solo será posible en la medida en que exista en un determinado contexto económico. Ello es coherente con una visión funcional del derecho de la competencia cuya finalidad afecta también a la propia conceptualización del sujeto relevante para la aplicación de las normas como el concepto de empresa. Así el TJUE en la aplicación de las normas de competencia ha huido de una conceptualización institucional de empresa, equiparando actividad empresarial a la actividad económica. Ello ha permitido extender la aplicación de los principios de libertad de establecimiento o de prestación de servicios en ámbitos tales como servicios públicos de intermediación laboral, la prestación sanitaria o a la misma negociación colectiva, dando pie al conflicto entre la libre competencia y el derecho social.

Hecha esta aproximación general, en la sentencia que ahora se comenta, la intersección entre las reglas sobre las que se construye la competencia y el derecho social se produce a propósito de lo que se ha convenido en llamar cláusulas sociales en la contratación pública, para referirse a la inversión pública que acompaña la contratación pública tome en consideración, promueva o impulse objetivos de política social en sentido amplio. Consiguientemente, puede decirse que son cláusulas sociales, en sentido genérico, aquellas estipulaciones que obligan a los adjudicatarios de un contrato público a dar cumplimiento, junto con el objeto propio del contrato, a ciertos objetivos de política social que se estiman de interés general. En este sentido, la cláusula social constituye una estipulación añadida al cumplimiento de la obligación contractual principal, y autónoma a la misma, por cuanto que, con carácter general, dicha cláusula nada tiene que ver con las especificaciones técnicas exigidas para la ejecución del contrato. Así, son cláusulas sociales las destinadas a promocionar el cumplimiento de prescripciones mínimas de las normas laborales o las vinculadas a los objetivos de política de empleo.

El TJUE se había pronunciado ya en relación con las cláusulas sociales vinculadas a la política de empleo en su sentencia de 3 de abril de 2008, asunto C-346/06 Ruffert, en relación con la eventual aplicación de la Directiva 96/71/CE en el marco de la ejecución de un contrato de obra para una Administración Pública. Concretamente la cuestión controvertida que motivó la presentación de la cuestión prejudicial resuelta en la referida sentencia aludía a la situación generada por una empresa adjudicataria de un

contrato de obra para edificar un centro penitenciario que recurrió a una contratista polaca para que participase en la ejecución del contrato. La Ley del Land de Baja Sajonia sobre la contratación pública (Landesvergabegesetz), aplicable al contrato, y que tenía por objeto la lucha contra las distorsiones de la competencia en el sector de la construcción y de los transportes públicos de cercanías, como consecuencia del empleo de mano de obra barata, y la reducción de la carga que derivaba de ello para los regímenes de protección social, imponía que la entidad pública adjudicadora sólo podría adjudicar contratos a empresas que abonasen a sus trabajadores los salarios fijados en los convenios colectivos vigentes en el lugar de ejecución de la prestación de servicios. En el caso discutido, la Administración adjudicante en el litigio, tras las sospechas de que la subcontratista abonaba a sus trabajadores un salario inferior al previsto en el convenio colectivo de edificios y obras públicas, decidió resolver el contrato con la empresa adjudicataria de la obra alegando el incumplimiento de la obligación de paga de salario. Es claro que la obligación legal de atenerse a los convenios colectivos imponía a las empresas constructoras de otros Estados miembros a adaptar los salarios pagados a sus trabajadores sobre la base de la retribución, normalmente más elevada, aplicable en Alemania, el lugar de ejecución del contrato. Tal exigencia redundaba en la pérdida por dichas empresas de la ventaja competitiva que se deriva a su favor de los costes salariales más bajos. Por lo tanto, la obligación de respetar los convenios colectivos representaba un obstáculo para las personas físicas o jurídicas procedentes de Estados miembros distintos de la República Federal de Alemania. Así, pues, la cuestión que se planteó no era otra que determinar si el hecho de obligar legalmente a la entidad adjudicadora a designar como adjudicatario de contratos públicos de obras únicamente a las empresas que al licitar se comprometían por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios correspondientes, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar en que deben prestarse tales servicios conculca la libre prestación de servicios consagrada en el artículo 49 TCE.

El TJCE, haciendo una lectura de la Directiva 96/71/CE a la luz del artículo 49 TCE, concluyó que obligar a los adjudicatarios de contratos públicos de obras y, de manera indirecta, a sus subcontratistas, a aplicar la retribución mínima prevista en el convenio colectivo “Edificios y obras públicas”, puede imponer a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro, en el que los salarios mínimos sean inferiores, una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Argumenta el Tribunal que el convenio colectivo de “Edificios y obras públicas” no podía considerarse un convenio colectivo de aplicación general en los términos del artículo 3.1 de la Directiva, en que no se aplicaba a todo el sector de la construcción, sino únicamente a una parte del mismo: el de las empresas que ejecutan contratos públicos. Consiguientemente, el

salario contemplado en el convenio colectivo referido no podía considerarse una norma mínima cuya aplicación se extendiese a los trabajadores desplazados por la empresa subcontratista. Añadió además el TJCE que artículo 3.7 de la Directiva, según el cual a los trabajadores desplazados debe serles de aplicación las condiciones de empleo y trabajo más favorables del lugar de ejecución del contrato laboral, no puede interpretarse en el sentido que permita al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima. Por último, el Tribunal rechazó que la imposición de pagar el salario convencionalmente establecido obedezca a un interés general que justifique la eventual limitación de la libre prestación de servicios. En concreto, no admite como argumento válido el hecho de que en relación con el objetivo de estabilidad financiera de los regímenes de Seguridad Social –al que igualmente alude el Gobierno alemán sosteniendo que la eficacia del régimen de Seguridad Social depende del nivel de los salarios de los trabajadores–, puesto que en opinión del Tribunal de Justicia no se desprendía que fuese necesaria una medida como la controvertida para alcanzar el objetivo de evitar el riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social.

Como se habrá comprobado, si bien en el presente asunto no resultaba de aplicación la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, una parte de los argumentos invocados por el Tribunal en la sentencia ahora comentada ya se recogían formalmente en el precedente Ruffert.

Interesa destacar de la referida sentencia el rigor del TJCE en la aplicación de las libertades económicas reconocidas en el Tratado, imponiendo, en último término, la eliminación de cualquier barrera salvo las limitaciones derivadas de la aplicación del principio de proporcionalidad en la ponderación, bien de otros fines expresamente contemplados en el derecho originario, bien de las exigencias que pudieran derivarse de la interpretación del entramado de valores y normas que inspiran el derecho comunitario. Interpretación que, en último término ha servido de instrumento de ampliación de las competencias comunitarias, limitando la discrecionalidad de los Estados miembros de regular la disciplina de los propios mercados.

Pues bien, del mismo modo en el presente caso el Tribunal afirma la desproporcionalidad de la medida por cuanto que los trabajadores de la subcontratista tenían garantizado un salario mínimo adecuado de acuerdo con la legislación del Estado miembro, entendiéndose que ello va más allá del objetivo de protección de los trabajadores. Y en este sentido se afirma con rotundidad que imponer el pago de un salario superior que no guarda relación con el coste de la vida en el Estado miembro

privaría a los subcontratistas establecidos en éste de “*obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios respectivos*”. Difícilmente podría decirse más claro. Sólo queda preguntarse si tal aplicación rigurosa de la proporcionalidad es compatible con el modelo social europeo. Si es que existe, claro está. En este sentido, debe constatarse que la recepción indirecta de la Carta de Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa no ha representado una revisión de las posiciones mantenidas por el TJCE en relación con la interpretación de los principios económicos y los valores sociales de la Comunidad aplicados con rigor desde los años noventa del siglo pasado.

Fecha recepción: 15.12.2014
Fecha aceptación: 22.12.2014