

LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO GARANTÍA FRENTE AL DUMPING SOCIAL INTRACOMUNITARIO (*)

JUANA MORCILLO MORENO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN EL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: CONTEXTUALIZACIÓN Y ENCUADRE NORMATIVO.– III. UN PASO ADELANTE FRENTE AL DUMPING SOCIAL DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA: LA STJUE DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2015, CASO «REGIOPOST»: 1. Iter del litigio principal. 2. Las razones del órgano remitente para el planteamiento de la cuestión prejudicial: A) Aclaración previa: sobre la idéntica nacionalidad de las empresas participantes en el procedimiento de adjudicación del contrato. B) Sobre la compatibilidad del artículo 3.1 de la LTTG con el artículo 56.1º del TFUE en relación con el artículo 3.1 de la Directiva 96/71. C) Sobre la compatibilidad del artículo 3.1 de la LTTG con el artículo 26 de la Directiva 2004/18. 2. Análisis de las cuestiones prejudiciales por el Tribunal de Justicia. A) Sobre la competencia del Tribunal de Justicia: valoración del elemento transfronterizo. B) Sobre la primera cuestión: consideración del artículo 3 de la LTTG como una «norma imperativa de protección mínima». C) Sobre la segunda cuestión: exclusión de la participación en un contrato público como consecuencia del incumplimiento de una norma imperativa de protección mínima.– IV. RECAPITULACIÓN: LA ADMISIÓN ESENCIALMENTE «FORMAL» DE UN NÚCLEO DURO DE PROTECCIÓN A FAVOR DE LOS TRABAJADORES.– V. REFLEXIONES FINALES: LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR COMO «RAZÓN IMPERIOSA DE INTERÉS GENERAL».– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La contratación pública es un sólido instrumento que, cada vez más, sirve de cauce a las políticas de la Unión. El gran volumen de recursos públicos en juego justifica una reinterpretación, en clave social, de la tradicional visión económica que ha presidido dicho ámbito y a tal fin responde la previsión de cláusulas sociales en los contratos públicos. La Sentencia «RegioPost» constituye un claro ejemplo de ello. En ella, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reacciona contra el dumping social intracomunitario al priorizar los derechos de los trabajadores frente a la libre prestación de servicios. En concreto, el Tribunal considera compatible con el Derecho de la Unión una normativa regional que, de una parte, obligaba a los licitadores y subcontratistas de un contrato público a asumir por escrito en la oferta el compromiso de pagar a sus

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 5 de junio de 2016 y evaluado favorablemente para su publicación el 13 de junio de 2016.

trabajadores desplazados a otro Estado miembro el salario mínimo fijado por éste y, de otra, permitía la exclusión del procedimiento de adjudicación de aquellos licitadores que se negasen a asumir dicha obligación. Pero, ¿cómo llega a dicha conclusión el Tribunal? Este comentario analiza su argumentación, formal en gran medida, y aporta algunas reflexiones de fondo críticas al respecto.

Palabras clave: cláusulas sociales; contratación pública; libre prestación de servicios; protección de trabajadores; trabajadores desplazados; salario mínimo; *dumping* social.

ABSTRACT: 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.

Key words: social considerations; public procurement; freedom to provide services; protection of workers; posted workers; minimum wages; social dumping.

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. Resulta por ello de interés conocer las razones que fundamentan el cambio de criterio del Tribunal.

Al análisis de dichos argumentos dedicamos las siguientes líneas, no sin antes enmarcar debidamente la cuestión.

II. LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN EL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: CONTEXTUALIZACIÓN Y ENCUADRE NORMATIVO

La inclusión de consideraciones de tipo social en la contratación pública no es una novedad en el Derecho Europeo, pues ya en 1996 el *Libro Verde sobre la Contratación Pública en la Unión Europea. Reflexiones para el futuro* (1) señalaba cómo la normativa de contratación pública podía contribuir al logro de los objetivos de las políticas social y medioambiental. Justo en ese documento se planteaba la necesidad de que una comunicación interpretativa aclarase las posibilidades que el derecho de la contratación pública ofrecía para cumplir los objetivos comunitarios y nacionales de política social. Un lustro después, se aprobó la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y la posibilidad de integrar aspectos sociales en dichos contratos* (2) para aclarar las posibilidades que el marco jurídico europeo ofrecía para integrar aspectos sociales en los contratos públicos.

Las principales aportaciones de ambos documentos se recogieron en 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), que también integró la doctrina contenida hasta esa fecha en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, no tenuta demasiado en cuenta en la elaboración de los pliegos de condiciones

(1) Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre de 1996.

(2) COM(2001) 566 final de 15/10/2001. Dicha Comunicación venía a completar otra sobre *Los contratos públicos en la Unión Europea*, adoptada por la Comisión el 11 de marzo de 1998 [COM(98) 143] y, a su vez, se insertaba entre las acciones anunciadas en la *Agenda de política social*, adoptada con ocasión del Consejo de Niza de diciembre de 2000 [COM(2000) 379 de 28/6/2000].

por parte de los poderes adjudicadores (3). Dicha norma permitía, en su artículo 26, 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». Pues bien, habida cuenta de la fecha en que se produjeron los hechos que dieron origen al caso «RegioPost», el 23 de abril de 2013, la Directiva 2004/18 constituye el marco normativo en que se asienta el Tribunal de Justicia para dar respuesta a la cuestión prejudicial planteada.

Ha de tenerse en cuenta, por lo demás, que 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* (en adelante, Directiva 2014/24), 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 (4). Más concretamente, su artículo 70 permite incluir consideraciones de tipo social o relativas al empleo (5) 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». Aclarado lo anterior, el concreto objeto de este trabajo impide ahondar en el estudio de esta Directiva (6).

(3) Es copiosa la doctrina existente en materia de cláusulas sociales en la contratación pública. Sin ánimo exhaustivo, pueden citarse las siguientes obras de referencia: BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2008): «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», en *El Derecho de los contratos públicos*, Zaragoza, Monográfico X de esta REVISTA, pp. 211-252; DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2012), «La valoración de las ofertas en el Derecho de los contratos públicos», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 30; GIMENO FELIÚ, José María (2004): «Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales», en J.M^o. GIMENO FELIÚ (dir.), *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Barcelona, ed. Atelier, pp. 61 ss.; GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto (2003), «¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?», en *Justicia Administrativa*, núm. 20, pp. 27-67; o RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2009): *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Sevilla, ed. Instituto Andaluz de Administración Pública.

(4) *Vid.* el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24 y, por remisión de éste, los convenios internacionales citados en su Anexo X.

(5) Junto a consideraciones económicas o relacionadas con la innovación y de tipo medioambiental.

(6) En cuanto a la transposición de la Directiva 2014/24 al Derecho español, finalizado el plazo el 18 de abril de 2016 sólo existe un *Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, aprobado por el Consejo de Ministros el 17 de abril de 2015 y respecto al que el

III. UN PASO ADELANTE FRENTE AL DUMPING SOCIAL DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA: LA STJUE DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2015, CASO «REGIOPOST»

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 era doble: de una parte, si, a la luz del Derecho de la Unión, podría 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 comprometieran a pagar a los trabajadores desplazados en otro Estado miembro el salario mínimo fijado por éste y, de otra, si se podría excluir de la participación en un procedimiento de adjudicación a aquellos licitadores y subcontratistas que se negasen a asumir dicho compromiso.

Como veremos, el Tribunal vincula sendas cuestiones, a propuesta del Abogado General Paolo MENGOZZI (7), con el artículo 26 de la Directiva 2004/18 (8), aun cuando el órgano remitente sólo había conectado con dicho precepto la segunda cuestión, enlazando la primera con los artículos 56.1° del TFUE y 3.1 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* (9) (en adelante, Directiva 96/71).

Consejo de Estado ya se ha pronunciado en su Dictamen de 10 de marzo de 2016. Queda, pues, su aprobación como proyecto de ley y su posterior remisión a las Cortes Generales para su tramitación. Hasta entonces, diversas previsiones de la Directiva 2014/24 se consideran ya aplicables, bien por reflejar consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, bien por reproducir preceptos que ya incluían las anteriores Directivas, bien, en fin, como consecuencia del efecto directo de las directivas, de modo que aquellas disposiciones de carácter imperativo se considerarán de aplicación inmediata y, por tanto, de invocación directa por los particulares. Por lo demás, un repaso por las cláusulas sociales en la contratación pública tras la Directiva 2014/24 puede consultarse, entre otros, en los trabajos de GONZÁLEZ GARCÍA (2015: pp. 13-42) o LOBO RODRIGO (2015: pp. 73-106).

(7) Conclusiones presentadas en francés el 9 de septiembre de 2015.

(8) Esta Directiva fue modificada —junto a las Directivas 2004/17/CE y 2009/81/CE— por el Reglamento (UE) 1251/2011 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2011, en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos.

(9) Esta Directiva ha sido 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. De hecho, para aumentar la protección de los derechos de los trabajadores en las cadenas de subcontratación, su artículo

Con todo, el pronunciamiento se detiene también en hacer algunas interesantes consideraciones acerca del artículo 56.1º del TFUE en materia de libre prestación de servicios.

1. *Iter* del litigio principal

El litigio 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 (10)*, de 1 de diciembre de 2010 (en adelante, LTTG).

Dicha norma, en su artículo 1, señalaba que su objeto era impedir las distorsiones en la competencia, en el marco de la adjudicación de contratos públicos, derivadas de la contratación de personal escasamente remunerado y reducir las cargas para los sistemas de seguridad social. De este modo, el poder adjudicador sólo podría adjudicar contratos públicos a aquellas empresas que pagasen a sus trabajadores el salario mínimo establecido en la propia ley y que cumplieran los convenios colectivos.

A su vez, 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

12 obliga a los Estados miembros a garantizar que los trabajadores desplazados del sector de la construcción puedan hacer responsable de cualquier remuneración neta pendiente relativa a las cuantías de salario mínimo al contratista del que el empleador sea subcontratista directo, además de al empleador o en su lugar. Eso sí, admite que los Estados miembros puedan adoptar otras medidas apropiadas.

(10) En alemán *Landesgesetz zur Gewährleistung von Tarifreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben*.

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 (11).

Es importante reseñar que, en el momento en que se produjeron los hechos, se daban las siguientes circunstancias:

- Las empresas del sector de los servicios postales no estaban sujetas a la obligación de pagar el salario mínimo general, fijado posteriormente y con efectos de 1 de enero de 2015 en la *Ley reguladora del salario mínimo general (12), de 11 de agosto de 2014*, por un importe bruto de 8,50 euros por hora.
- Tampoco existía un convenio colectivo que fijara un salario mínimo y que fuera vinculante para las empresas del sector de los servicios postales. Y es que, con arreglo a la *Ley sobre las condiciones de trabajo imperativas aplicables a las prestaciones de servicios transfronterizas (13), de 26 de febrero de 1996*, se había celebrado el 29 de noviembre de 2007 un convenio colectivo que fijaba un salario mínimo obligatorio en el sector de los servicios postales, declarado de aplicación general mediante el reglamento de 28 de diciembre de 2007. Sin embargo, dicho reglamento había sido anulado por la Sentencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*) de 28 de enero de 2010. Por ello, en el momento de los hechos no había un salario mínimo obligatorio en el sector de los servicios postales.
- Por tanto, el salario mínimo por hora a aplicar era el previsto en el artículo 3.1 de la LTTG, que había sido actualizado a 8,70 euros brutos mediante un reglamento del Gobierno del Land de Renania-Palatinado de 11 de diciembre de 2012 (14).

(11) 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.

(12) En alemán *Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns*.

(13) En alemán *Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen*.

(14) Nos referimos al *Landesverordnung zur Festsetzung des Mindestentgelts nach § 3 Abs. 2 Satz 3 des Landestarifreugesetzes*, vigente desde el 22 de diciembre de 2012 hasta el 30 de junio de 2014.

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 el 25 de junio de 2013 a presentar en el plazo de 14 días las declaraciones omitidas, advirtiéndole de que si no cumplía dicho requisito su oferta sería excluida, apenas dos días después, el 27 de junio 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 (15)*] 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, entendiéndose 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.

2. Las razones del órgano remitente para el planteamiento de la cuestión prejudicial

El órgano remitente consideraba que el artículo 3.1 de la LTTG incluía una «condición especial relativa a la ejecución del contrato» referida a «consideraciones de tipo social» en el sentido del artículo 26 de la Directiva 2004/18, condición que sólo sería lícita de ser compatible con las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de libre prestación de servicios reflejadas en el artículo 56.1º del TFUE. Este último precepto prohíbe las «restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el destinatario de la prestación». Por su parte, el artículo 26 de la Directiva 2004/18 indicaba que

(15) Órgano equivalente a nuestros tribunales administrativos autonómicos de contratos públicos o de recursos contractuales.

«[l]os 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».

Ahora bien, el tribunal remitente entendió que no podía determinar dicha compatibilidad, ni siquiera teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular del asunto «Rüffert» (16). Enseguida veremos por qué.

A) Aclaración previa: sobre la idéntica nacionalidad de las empresas participantes en el procedimiento de adjudicación del contrato

Es interesante precisar que el tribunal remitente no consideró impedimento para plantear la cuestión prejudicial el hecho de que RegioPost fuera una empresa establecida en Alemania y que los otros licitadores tuvieran su domicilio social también en dicho Estado miembro. Ello por entender que la compatibilidad o no de una disposición nacional con el Derecho de la Unión era una cuestión jurídica suscitada con independencia de la nacionalidad de las partes.

Pero sobre la idéntica nacionalidad de todas las partes en el litigio y la inexistencia de elemento transfronterizo alguno en el caso tendrá oportunidad el Tribunal de Justicia de presentar una interesante argumentación.

B) Sobre la compatibilidad del artículo 3.1 de la LTTG con el artículo 56.1º del TFUE en relación con el artículo 3.1 de la Directiva 96/71

En cuanto a la compatibilidad del artículo 3.1 de la LTTG con el artículo 56.1º del TFUE, el tribunal remitente precisó que obligar a las empresas establecidas en otros Estados miembros distintos de Alemania a adaptar los salarios pagados a sus trabajadores a la retribución, normalmente más alta, aplicable en el lugar de ejecución del contrato podría favorecer que dichas empresas perdiesen una ventaja competitiva, «a menudo necesaria para compensar las ventajas estructurales de las que disfrutaban las empresas nacionales y para poder entrar en el mercado considerado» (17). En tal sentido, el artículo 3.1 de la LTTG constituiría un obstáculo prohibido, en principio, por el artículo 56.1º del TFUE.

(16) Caso resuelto en la STJUE de 3 de abril de 2008, As. C-346/06.

(17) Apdo. 33 de la Sentencia.

Sin embargo, a juicio del órgano remitente, dicho impedimento podría desaparecer si el artículo 3.1 de la LTTG se aplicase a empresas que cumplieran las condiciones de aplicación del artículo 3.1 de la Directiva 96/71, esto es, que garantizasen a los trabajadores desplazados a un territorio las condiciones de trabajo y empleo establecidas para dicho territorio y referidas, entre otras materias, a «las cuantías de salario mínimo». Ahora bien, también esta conclusión le planteaba dos dudas, pues:

- De una parte, aunque el artículo 3.1 de la LTTG fuera una disposición legal que establecía *per se* la cuantía del salario mínimo, no garantizaba el pago de dicho salario a todos los trabajadores por parte del empresario, pues sólo prohibía a los poderes adjudicadores atribuir contratos públicos a licitadores no comprometidos a pagar el salario mínimo a los trabajadores destinados a ejecutar el contrato público en cuestión.
- De otra, la obligación de pagar el salario mínimo prevista en el artículo 3.1 de la LTTG sólo se aplicaba a los contratos públicos y no a la ejecución de contratos privados, de modo que un trabajador adscrito a la ejecución de un contrato privado recibiría un menor grado de protección social. A este respecto, el propio Tribunal traía a colación la sentencia «Rüffert» para cuestionar la tesis de que el artículo 3.1 de la LTTG fuese compatible con el 3.1 de la Directiva 96/71 por exigir éste una previa declaración de aplicación general sólo respecto a los convenios colectivos (18) y no respecto a las disposiciones legales —como era el caso—. Según el tribunal remitente, sería ilógico interpretar que los convenios colectivos que fijasen un salario mínimo fueran de aplicación general, incluyendo a todos los trabajadores del sector empleados en la ejecución de contratos tanto públicos como privados, mientras que las disposiciones legales que fijasen un salario mínimo sólo se aplicarían a los trabajadores destinados a ejecutar contratos públicos.

Por todo lo anterior, el Tribunal Superior del Land con sede en Coblenza planteó al Tribunal de Justicia la primera de sus dos cuestiones prejudiciales en los siguientes términos:

(18) El artículo 3.1 de la Directiva 96/71 se refiere a las condiciones de trabajo y empleo que las empresas deben garantizar a sus trabajadores desplazados en otro Estado miembro, condiciones que serán establecidas por dicho Estado «por las *disposiciones legales*, reglamentarias o administrativas pertinentes, y/o por *convenios colectivos* o laudos arbitrales *declarados de aplicación general con arreglo al apartado 8 (...)*», esto es, aquellos que «deban respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos». Entre las materias sobre las que versan dichas condiciones se encuentran las «cuantías de salario mínimo», noción que debe definirse por el Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado.

«¿Debe interpretarse el artículo 56 TFUE, párrafo primero, en relación con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71, en el sentido de que se opone a una normativa nacional que obliga a la entidad adjudicadora a contratar solamente a empresas que al presentar la oferta se comprometan por escrito, tanto ellas como sus subcontratistas, a pagar a los trabajadores que dediquen a la ejecución del contrato un salario mínimo establecido por el Estado únicamente para los contratos públicos, pero no para los privados, cuando no exista un salario mínimo general legalmente establecido ni un convenio colectivo de validez general que vincule a los potenciales contratistas y a los eventuales subcontratistas?»

C) Sobre la compatibilidad del artículo 3.1 de la LTTG con el artículo 26 de la Directiva 2004/18

En cuanto a la segunda de las cuestiones, el órgano remitente se preguntó si, de entenderse compatible el artículo 3.1 de la LTTG con el 56.1º del TFUE, lo sería también el artículo 26 de la Directiva 2004/18 con la sanción prevista en el propio artículo 3.1 de la LTTG en caso de incumplimiento de la obligación en él contenida, es decir, si sería posible excluir de la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público al licitador que se negase a asumir el referido compromiso de pago del salario mínimo.

La duda surgía porque, si bien el artículo 3.1 de la LTTG constituía una condición especial en relación con la ejecución del contrato como indicaba el artículo 26 de la Directiva, ésta no recogía como motivo de exclusión para participar en un contrato el incumplimiento de una condición especial de este tipo. Antes bien, el incumplimiento por un licitador de las condiciones especiales a las que se hubiera comprometido sólo surgiría después de habersele adjudicado el contrato. En otros términos, la condición del artículo 3.1 de la LTTG no sería un criterio cualitativo de selección susceptible de justificar la exclusión de un licitador.

Además, dicha sanción sería inútil, pues el adjudicatario estaría obligado a pagar el salario mínimo legal una vez celebrado el contrato desde el momento en que dicha obligación, recogida en el artículo 3.1 de la LTTG, formaría parte de las obligaciones que figuran tanto en el anuncio de licitación como en el pliego de condiciones. Y su cumplimiento se garantizaría con la pena contractual prevista en el artículo 7.1 de la LTTG (19).

(19) Según dicho precepto, titulado «Sanciones», «[p]ara garantizar el cumplimiento de las obligaciones definidas en los artículos 3 a 6, los poderes adjudicadores pactarán con el adjudicatario el pago de una pena contractual del 1% del valor del contrato por cada infracción culpable; en caso de infracciones múltiples, el importe total de las penas contractuales no podrá ser superior al 10% del valor del contrato». Asimismo, el precepto establecía el pago de la pena contractual por parte del adjudicatario también si la infracción fuese imputable a uno de sus subcontratistas y aquel conociera la infracción o debiese conocerla. Y, añadía

A partir de ahí, el Tribunal Superior del Land con sede en Coblenza planteó su segunda cuestión al Tribunal de Justicia del siguiente modo:

«¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión en materia de contratación pública, especialmente el artículo 26 de la Directiva 2004/18, en el sentido de que se opone a una disposición nacional como el artículo 3, apartado 1, tercera frase, de la LTTG, que dispone la exclusión obligatoria de una oferta en caso de que el operador económico no se haya comprometido mediante una declaración específica al presentar su oferta a hacer algo a lo que estaría contractualmente obligado aun sin dicha declaración si se le adjudicase el contrato?»

3. Análisis de las cuestiones prejudiciales por el Tribunal de Justicia

A) Sobre la competencia del Tribunal de Justicia: valoración del elemento transfronterizo

Antes de entrar en el fondo del asunto, y como ya adelantamos *supra*, el Tribunal de Justicia resolvió una causa de inadmisibilidad suscitada por el Ayuntamiento de Landau y los Gobiernos alemán e italiano frente a la primera cuestión y, también por el Gobierno italiano, respecto de la segunda.

En concreto, se planteaba la inexistencia de elemento transfronterizo alguno que caracterizase el asunto principal, pues —como ya había señalado el órgano remitente, si bien para llegar a una conclusión diferente (20)— todas las empresas participantes en el procedimiento de adjudicación del contrato controvertido estaban establecidas en Alemania, Estado miembro al que justamente pertenecía también el poder adjudicador. De ese modo, al no concurrir ningún elemento transfronterizo, el Tribunal de Justicia no sería competente para pronunciarse sobre la compatibilidad del artículo 3.1 de la LTTG con la Directiva 96/71 o con el artículo 56.1º del TFUE, pues las disposiciones del Derecho de la Unión relativas a la libre prestación de servicios no se aplicarían en estas circunstancias.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia, acogiendo las alegaciones manifestadas por el Abogado General Paolo MENGGOZZI en sus Conclusiones, desestimó dicha objeción con una, en mi opinión, refinada argumentación.

En efecto, todas las empresas participantes en el procedimiento de adjudicación del contrato público controvertido estaban establecidas en Alemania, también el poder adjudicador tenía su sede en dicho Estado miembro y, además, el contrato se había de ejecutar en territorio alemán. A ello había que añadir que, según algún pronunciamiento, las disposiciones del Tratado

finalmente, que si la pena contractual tuviera un importe desproporcionado, el poder adjudicador, a petición del adjudicatario, podría reducirlo al importe apropiado.

(20) *Vid.* apartado 32 de la Sentencia.

relativas a la libre prestación de servicios no eran aplicables a actividades cuyos elementos relevantes se circunscribieran a un solo Estado miembro (21).

Ahora bien, el Abogado General apuntó en sus Conclusiones que el Tribunal de Justicia había admitido su competencia para responder a cuestiones relativas a la interpretación de las disposiciones del Tratado relativas a libertades fundamentales cuando todos los elementos se circunscribían a un solo Estado miembro en tres situaciones (22). En primer lugar, cuando «no se pudiera excluir de ningún modo» que los nacionales de otros Estados miembros pudieran, en situaciones similares, verse sujetos a las medidas nacionales litigiosas del Estado miembro de que se tratase con ocasión del ejercicio de una de estas libertades (23). En segundo, cuando el Derecho interno prohibiera las discriminaciones «inversas» (24). Y, finalmente, cuando para resolver un litigio

(21) Vid. la STJUE de 22 de diciembre de 2010, As. C-245/09, «Omalet» (apdo. 12). En el caso concreto, se planteaba la responsabilidad solidaria de Omalet, como empresario principal, por una parte de las deudas frente a la seguridad social de un subcontratista no registrado, establecido en Bélgica, así como la obligación de Omalet de realizar una retención sobre los pagos efectuados a favor de dicho subcontratista. Ahora bien, tanto el empresario principal como el subcontratista estaban establecidos en Bélgica y todos los hechos se habían producido en el territorio de ese Estado miembro.

(22) Vid. apartado 31 de las Conclusiones del Abogado General.

(23) Así sucedió, con relación a la libre prestación de servicios, en la STJUE de 19 de julio de 2012, As. C-470/11, «Garkalns», en el marco de un litigio entre la empresa Garkalns, con domicilio social en Letonia, y el Ayuntamiento de Riga, al denegarle éste la licencia para abrir un salón de juego en un centro comercial en Riga. Tras reconocer que todos los elementos del litigio se circunscribían a Letonia, el Tribunal consideró que, si bien la normativa nacional controvertida —indistintamente aplicable a los nacionales letones y a los de otros Estados miembros— sólo podía estar comprendida en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a las libertades fundamentales recogidas en el TFUE en la medida en que se aplicase a supuestos relacionados con los intercambios intracomunitarios, no se podía «excluir de ningún modo que explotadores establecidos en Estados miembros distintos de la República de Letonia estén o hayan estado interesados en abrir salones de juego en territorio letón» (apdo. 21).

(24) Es el caso, por ejemplo, de la STJUE de 21 de febrero de 2013, As. C-111/12, «Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia y otros», en el marco de dos litigios surgidos en relación con una norma de Derecho italiano según la cual los ingenieros civiles que hubieran obtenido sus títulos en Italia estaban excluidos de las obras de construcción civil que presentasen un carácter artístico relevante o estuvieran relacionadas con la restauración y la rehabilitación de los edificios de interés cultural. Dicha norma, según los ingenieros civiles, vulneraba el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios recogidos en la Directiva 85/384/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1985. El Tribunal de Justicia, tras admitir que los litigios se referían a situaciones puramente internas a las que no se aplica la Directiva en cuestión, señaló contrario a los principios de Derecho nacional «permitir una discriminación inversa al autorizar a los ingenieros civiles que hayan obtenido sus títulos en Estados miembros distintos de la República Italiana, y no a los ingenieros civiles que hayan obtenido sus títulos en Italia, el desempeño en dicho Estado miembro de actividades que afecten a inmuebles de interés cultural» (apdo. 34).

interno el Derecho nacional se remitiera, en principio «directa e incondicionalmente», a las normas del Derecho de la Unión (25).

Pues bien, en el marco de la primera línea jurisprudencial indicada, el Tribunal había afirmado su competencia, pese al carácter puramente interno de las situaciones que originaron el litigio principal, en aquellos casos en que la normativa nacional pudiera producir efectos no limitados a un solo Estado miembro, al no poderse excluir de ningún modo que nacionales de otros Estados miembros estuvieran o hubieran estado interesados en ejercer la libertad fundamental objeto de los respectivos asuntos. En otros términos: lo verdaderamente importante en estos casos sería ver si la medida nacional, por su objeto o por su propia naturaleza, podría producir efectos transfronterizos.

Por ello, desde el momento en que el artículo 3 de la LTTG obligaba a los licitadores y a sus posibles subcontratistas a comprometerse por escrito, al presentar la oferta, a respetar un salario mínimo, y ello con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia, dicha disposición podría producir efectos fuera del territorio alemán, pues las condiciones establecidas en dicho precepto se aplicarían indistintamente a todas las licitaciones convocadas, también a escala de la Unión Europea, y podría haber servido para que empresas situadas en otros países de la Unión hubieran decidido no participar en el procedimiento de adjudicación por entender dicha exigencia demasiado gravosa.

Como señalaba el Abogado General:

«no se puede excluir de ningún modo que, a raíz de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, esta licitación haya podido interesar a una serie de empresas establecidas en Estados miembros distintos de Alemania, pero que estas empresas no hayan participado finalmente en el procedimiento de adjudicación por motivos que pudieran estar relacionados con las exigencias previstas en el artículo 3 de la LTTG» (26).

(25) Véase la STJUE de 7 de noviembre de 2013, As. C-313/12, «Romeo», en el marco de un litigio entre la Sra. Giuseppa Romeo y la Región de Sicilia a propósito de una resolución por la que se reducía el importe de la pensión de la Sra. Romeo, antigua empleada de la Región Siciliana, y se ordenaba la devolución de los importes abonados en períodos anteriores. Como el supuesto se centraba en una falta de motivación del acto, la Sra. Romeo trajo a colación el principio de motivación de los actos de la Administración pública recogido en los artículos 296.2º TFUE y 41.2.c) de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A pesar de tratarse de una situación puramente interna, el Tribunal admitió su competencia al haberse remitido el Derecho nacional, de modo directo e incondicional, al contenido de dichas disposiciones europeas para determinar las normas aplicables. Sólo así se podía garantizar un tratamiento idéntico de las situaciones internas y las que se rigen por el Derecho Europeo, cualesquiera que fueran las condiciones en que tuviesen que aplicarse las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión (apdos. 21, 22 y 23).

(26) *Vid.* apdo. 37 de sus Conclusiones.

Con todo, y a pesar de esta lúcida argumentación para razonar el interés transfronterizo del litigio, el Tribunal centró su competencia para responder a las cuestiones en la indubitada vinculación del litigio principal con las disposiciones de la Directiva 2004/18, pues la licitación controvertida en el litigio principal se había convocado a escala de la Unión al superar su valor estimado ampliamente el umbral de 200.000 euros previsto en la Directiva 2004/18, aplicable a los contratos públicos de servicios en el momento en que tuvieron lugar los hechos (27).

De hecho, aun cuando fueron otros los términos en los que el Tribunal remitente interpuso la primera cuestión prejudicial —dudando de la compatibilidad del artículo 3.1 de la LTTG con el artículo 56.1º del TFUE en relación con el 3.1 de la Directiva 96/71—, el Tribunal de Justicia reformuló la misma para analizarla a la luz del artículo 26 de la Directiva 2004/18 (28), norma con la que sin duda cabía conectar el interés transfronterizo del asunto en ciernes y a la que se refería el propio órgano remitente en su segunda cuestión, por no mencionar, además, que la aplicación al caso de la Directiva 2004/18 no había sido cuestionada por ninguna de las partes. Es más, el Tribunal justificó dicha matización formal en su doctrina según la cual, aunque un órgano nacional haya formulado una cuestión prejudicial refiriéndose a determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, ello no impide que el Tribunal de Justicia pueda proporcionar a dicho órgano «todos los elementos de interpretación que puedan serle útiles» para resolver el asunto «aun cuando no haya hecho referencia a ellos al formular sus cuestiones» (29).

Eso sí, al hilo del interés transfronterizo fundado en el valor del contrato, el Tribunal asumió, aunque de pasada, la argumentación ya apuntada del Abogado General para señalar que no cabría excluir en absoluto que hubiera empresas establecidas en Estados miembros distintos de Alemania que pudieran haber estado interesadas en participar en el contrato controvertido a raíz de la publicación del anuncio de licitación aunque, en definitiva, hubieran decidido no participar por motivos propios,

«pero que, para algunas de esas empresas que están establecidas en Estados miembros en los que el coste de la vida y la cuantía del salario mínimo en vigor son significativamente inferiores a los existentes en el Land de Renania-Palatinado,

(27) Los servicios contemplados por la Directiva 2004/18 incluían los de transporte de correo por vía terrestre (anexo II.A.punto 4). En cuanto al umbral de los 200.000 euros mencionado en el artículo 7.b) de la Directiva 2004/18 había sido establecido tras la modificación operada por el artículo 2.1.b) del Reglamento (UE) 1251/2011.

(28) Siguiendo nuevamente las pautas del Abogado General (*vid. apdos. 43 y 44 de sus Conclusiones*).

(29) *Vid. apdo. 46 de la Sentencia.*

podrían incluir la obligación expresamente establecida de respetar el salario mínimo impuesto en dicho Land» (30).

De este modo, el Tribunal admitió sendas cuestiones prejudiciales, ambas referidas a la interpretación del artículo 26 de la Directiva 2004/18.

B) Sobre la primera cuestión: consideración del artículo 3 de la LTTG como una «norma imperativa de protección mínima»

La primera cuestión planteaba la compatibilidad con el artículo 26 de la Directiva 2004/18 del artículo 3.1 de la LTTG, esto es, de una normativa de una entidad regional de un Estado miembro que obligase a los licitadores y a sus subcontratistas a comprometerse, mediante una declaración escrita añadida a la oferta, a pagar al personal que ejecutaría las prestaciones del contrato público un salario mínimo fijado por dicha normativa.

A este respecto, ya se ha indicado que el artículo 26 de citada Directiva permitía a los poderes adjudicadores supeditar la ejecución de un contrato público a «condiciones especiales», incluidas las referidas a «consideraciones de tipo social», siempre que fuesen compatibles con el Derecho de la Unión y se indicasen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones.

Pues bien, desde un punto de vista formal, el Tribunal de Justicia partió de la consideración del compromiso exigido en el artículo 3.1 de la LTTG como una «condición especial en relación con la ejecución del contrato» referida a «consideraciones de tipo social», establecida, según indica el artículo 26, tanto en el anuncio de licitación como en el pliego de condiciones con el fin de dar debido cumplimiento al principio de transparencia. Y también entendió cumplido el Tribunal el principio de igualdad de trato, inspirador de la contratación pública de cara a favorecer una competencia efectiva y evitar discriminaciones entre los operadores económicos (31), pues todas las empresas potencialmente interesadas pudieron manifestar su interés y los licitadores se encontraron en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas por la entidad adjudicadora.

Ya desde un punto de vista sustantivo, restaba por analizar la compatibilidad de la exigencia de respetar las cuantías de salario mínimo durante la

(30) *Vid.* apdo. 51 de la Sentencia.

(31) En este sentido, la STJUE de 3 de marzo de 2005, As. Acum. C-21/03 y C-34/03, «Fabricom», declaró que «el deber de respetar el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en sus ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia» (apdo. 26).

ejecución de un contrato con las disposiciones del Derecho de la Unión, tal y como prescribía el artículo 26 de la Directiva 2004/18. A este respecto, el Tribunal de Justicia se separó de la perspectiva sugerida por el Abogado General. Así, aunque las partes plantearon la compatibilidad de dicha exigencia con relación, sobre todo, al artículo 3.1 de la Directiva 96/71 — precepto que, recuérdese, enumeraba las condiciones de trabajo y empleo que los Estados miembros podían exigir a las empresas que desplazasen trabajadores a su territorio para realizar prestaciones de servicio—, el Abogado General apostó por referirla únicamente al artículo 56.1º del TFUE. Y ello por cuanto el asunto principal no estaba relacionado con ninguna de las medidas de desplazamiento de trabajadores previstas en el artículo 1.3 de la Directiva 96/71.

Analicemos ambas visiones —la del Tribunal de Justicia y la del Abogado General— para determinar la compatibilidad con el Derecho de la Unión del artículo 3.1 de la LTTG y poder responder, así, a la primera cuestión prejudicial.

En cuanto al Tribunal de Justicia, examinó la compatibilidad del artículo 3.1 de la LTTG con el Derecho de la Unión a partir del artículo 3.1 de la Directiva 96/71 —como sugerían las partes—, pero también del artículo 56.1º del TFUE. A tal efecto, el Tribunal recordó su jurisprudencia según la cual,

«cuando una norma nacional esté 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 y no del Derecho primario de la Unión».

Sensu contrario, como el artículo 26 de la Directiva 2004/18 no regulaba de modo exhaustivo el ámbito de las condiciones especiales de ejecución de los contratos sino que se limitaba a señalar su posible exigencia «siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario», el artículo 3.1 de la LTTG podía apreciarse a la luz también del Derecho primario de la Unión (32).

A partir de ahí, el Tribunal hiló la compatibilidad del artículo 3.1 de la LTTG con el artículo 56.1º del TFUE pero, sobre todo, con el artículo 3.1 de la Directiva 96/71, pues el Considerando 34 de la Directiva 2004/18 se remitía a dicho precepto para las situaciones transfronterizas en las que los trabajadores de un Estado miembro se desplazaran a otro Estado miembro para realizar un contrato público. En mi opinión, esta conexión con la Directiva 96/71 resultaba coherente con la argumentación del propio Tribunal, pues aun cuando el caso principal no se podía incluir en ninguno de los supuestos de desplazamiento de trabajadores previstos en el artículo 1.3 de la Directiva 96/71, el Tribunal había admitido —como también el Abogado General— la

(32) *Vid.* apdos. 57 a 59 de la Sentencia.

existencia de un «interés transfronterizo» en el asunto principal en los términos apuntados en el epígrafe anterior (33).

Respecto al artículo 56.1º del TFUE, el Tribunal consideró, de una parte, que una de las finalidades de la Directiva 2004/18 era la libre prestación de servicios y que, en consecuencia, sus disposiciones de coordinación debían interpretarse según las normas y principios del Tratado, entre ellos, la libre prestación de servicios; y, de otra, que, aunque imponer unas cuantías de salario mínimo a las empresas establecidas fuera de Alemania cuyo salario mínimo fuera inferior era una carga económica adicional que podía constituir una restricción en el sentido del artículo 56.1º del TFUE, el artículo 3.1 de la LTTG se justificaba por el objetivo de la protección de los trabajadores.

Y a ello no obstaba el hecho de que, según la norma controvertida, el salario mínimo hubiera de aplicarse exclusivamente a los contratos públicos, con exclusión de los privados. Para fundamentar tal conclusión acudía ahora el Tribunal al artículo 3.1 de la Directiva 96/71. En efecto, la Sentencia consideró que el artículo 3.1 de la LTTG era una «disposición legal» que, amén de incluir las «cuantías de salario mínimo» entre las condiciones de trabajo y empleo a garantizar por las empresas a sus trabajadores desplazados, fijaba su concreto importe. Y, como decimos, no era un problema que la norma nacional limitara su ámbito de aplicación a los contratos públicos y no a los privados. Primero, porque sólo los convenios colectivos, y no las disposiciones legales, podían ser declarados de «aplicación general» según la Directiva 96/71 —como ya se había indicado en el caso «Rüffert» (34)—. Segundo, porque el artículo 3.1 de la LTTG recogía una «condición especial de ejecución del contrato», referida a consideraciones de tipo social, en el sentido del artículo 26 de la Directiva 2004/18. Y, tercero, por constituir dicha disposición regional una «norma imperativa de protección mínima» al no existir, en el momento de los hechos, ninguna otra norma nacional que fijara un salario mínimo inferior en el sector de los servicios postales.

Por todo lo anterior, el Tribunal de Justicia concluía que el artículo 3.1 de la LTTG formaba parte del «nivel de protección que debe garantizarse» por las empresas establecidas en un Estado miembro a sus trabajadores desplazados

(33) Es decir, un «interés transfronterizo» basado tanto en el hecho de que algunas empresas establecidas fuera de Alemania, y con un posible interés en participar en la adjudicación del contrato público, pudieran haber renunciado a ello justo por la obligación establecida en la LTTG, como en la inclusión del contrato público controvertido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18 habida cuenta de su convocatoria a escala comunitaria.

(34) Argumento respecto al que, recordemos, el órgano remitente había albergado ciertas dudas por entender ilógico que la exigencia de aplicación general de los convenios colectivos que fijasen un salario mínimo no se aplicase también a las disposiciones legales (vid. apdo. 38 de la Sentencia).

a otro Estado miembro para ejecutar un contrato público. Y declaraba, así, su compatibilidad con el artículo 26 de la Directiva 2004/18 (35).

En cuanto a la argumentación del Abogado General, conviene destacar su interesante perspectiva en algunas cuestiones y su alusión a sendos pronunciamientos del Tribunal en los asuntos «Bundesdruckerei» (36) y «Rüffert» para justificar su postura.

En primer lugar, el Abogado General recondujo su argumentación sólo al artículo 56.1º del TFUE por entender que en el asunto principal no concurría ninguna de las medidas de desplazamiento de trabajadores previstas en el artículo 1.3 de la Directiva 96/71 (37). Y extrapolaba al caso la solución adoptada en el asunto «Bundesdruckerei», en que el Tribunal de Justicia se había negado a examinar la compatibilidad de la Directiva 96/71 con 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 dicha normativa, justo por no corresponderse la situación objeto de la controversia con ninguna de las medidas transnacionales incorporadas en el artículo 1.3 de la citada Directiva. Concretamente, en un litigio entre la empresa Bundesdruckerei y el Ayuntamiento de Dortmund, similar al aquí comentado, se planteaba la validez de la obligación, incluida en el pliego de condiciones de un contrato público de servicios de dicho Ayuntamiento (se trataba de un contrato público relativo a la digitalización de documentos a la conversión de datos para el servicio de urbanismo de esa ciudad), de garantizar a los trabajadores de los subcontratistas de los licitadores el pago de un salario mínimo previsto en una normativa del Land de la entidad adjudicadora. Ello, aun cuando el subcontratista afectado se encontrase establecido en otro Estado miembro y todas las prestaciones relativas a la ejecución del referido contrato se realizasen en ese otro Estado miembro (en concreto, Polonia). Pues bien, el licitador recurrente no tenía la intención de ejecutar el contrato público mediante el desplazamiento de trabajadores de su subcontratista, una filial al 100% establecida en Polonia, al territorio alemán, sino que pretendía encargar su ejecución a trabajadores de una de sus filiales, establecida en otro Estado miembro, Polonia. Por ello, el Tribunal entendió que el supuesto, aun tratándose de una situación transnacional, no suponía desplazamiento de trabajadores de

(35) Vid. apdo. 77 de la Sentencia.

(36) Caso resuelto en la STJUE de 18 de septiembre de 2014, As. C-549/13.

(37) Según el Abogado General, «*RegioPost, que está establecida en Alemania, no tenía intención, a efectos de la ejecución del contrato público para el que presentó su oferta, ni de recurrir a un establecimiento o a una empresa de su grupo para que desplazase trabajadores al territorio alemán, ni de utilizar los servicios de una empresa de trabajo temporal o de suministro de trabajadores de otro Estado miembro, a fin de lograr el desplazamiento de estos últimos a Alemania*» (apdo. 53 de sus Conclusiones).

forma temporal a Alemania para ejecutar la prestación del contrato y que no se incluía en ninguno de los supuestos del artículo 1.3 de la Directiva 96/71. Lo que no mencionó el Abogado General, y que en mi opinión reviste cierto interés, es que a pesar de declarar formalmente la inaplicación de la Directiva 96/71 al caso, el Tribunal había basado su decisión final en favor de la libre prestación de servicios —en detrimento por tanto de la protección de los trabajadores— en varios argumentos que habían sido apuntados años antes en la Sentencia «Rüffert» en el marco, precisamente, de la Directiva 96/71 (38).

En segundo término, para determinar si las cuantías del salario mínimo fijadas en el artículo 3.1 de la LTTG constituían una restricción a la libre prestación de servicios, recogida en el artículo 56.1º del TFUE, que pudiera justificarse por el objetivo de la protección de los trabajadores, cuestión clave, el Abogado General se refirió a la Sentencia «Rüffert», importante pronunciamiento también citado por el Tribunal de Justicia. En ella, 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, también parecido al aquí analizado, surgió entre el Sr. Rüffert —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. Pues bien, respecto a la aplicación de la Directiva 96/71, se confirmó la misma por encontrarse comprendida en el primer supuesto de su artículo 1.3 (39) la situación del asunto principal, sin que a ello empeciera que el objetivo de la normativa del Land cuestio-

(38) En esta línea, MARTÍNEZ FONS (2014: p. 8) ofrece una visión crítica de la Sentencia «Bundesdruckerei».

(39) El artículo 1.3.a) de la Directiva 96/71 se refería al caso en que una empresa desplazase a un trabajador, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que operase en otro Estado miembro,

nada —la *Ley del Land de Baja Sajonia sobre la contratación pública* (40) (en adelante, *Ley del Land*)— no fuera la regulación del desplazamiento de los trabajadores. El problema surgió, sin embargo, a la hora de determinar si el convenio colectivo al que se remitía el artículo 3.1 de la *Ley del Land* 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 o, en otros términos, una disposición imperativa de protección mínima. La respuesta a dicho interrogante fue negativa, pues el convenio sólo se imponía a una parte del sector de la construcción, básicamente, porque la normativa del Land que se remitía al mismo sólo se aplicaba a los contratos públicos, con exclusión de los privados. Y dicho argumento, de naturaleza formal, fue el que sustentó la respuesta del Tribunal con las importantes consecuencias que de ello derivaron en detrimento de los derechos de los trabajadores desplazados.

Ahora bien, no puedo pasar por alto las espléndidas —y, a pesar de ello, desoídas por el Tribunal de Justicia— Conclusiones presentadas en el asunto «Rüffert» por el Abogado General, Sr. IVEŠ BOT, no sólo en cuanto a la cuestión formal apuntada, sino sobre todo en cuanto a la ponderación entre la libre prestación de servicios y la protección de los trabajadores. Algunas de sus observaciones en pro de este último principio, sobre las que volveré en la parte final de este trabajo, recuperan tras casi una década todo su interés, máxime teniendo en cuenta los hitos normativos sucedidos desde entonces a escala de la Unión, entre ellos, la atribución de valor normativo a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa de 2009.

Retomando la argumentación del Abogado General del caso «RegioPost», para justificar que el artículo 3.1 de la LTTG se aplicase sólo a los contratos públicos y no a los privados resaltó un hecho diferenciador entre los casos «RegioPost» y «Rüffert» —además de que el artículo 3.1 de la LTTG fijaba él mismo la cuantía de salario mínimo y no se remitía a ningún convenio— y que no era otro que la entrada en juego de la Directiva 2004/18. El ámbito de aplicación de dicha Directiva y, en concreto, de su artículo 26 —referido a las condiciones especiales en la ejecución de contratos públicos, incluidas las condiciones de trabajo— era el de los contratos públicos, por lo que no se podía exigir a los Estados el establecimiento de cuantías de salario mínimo de aplicación general. Además, una tal ampliación podría menoscabar las competencias de los Länder, pues éstos, según el Derecho alemán, sólo pueden establecer normas sobre remuneración mínima en el marco de los procedi-

al territorio de un Estado miembro, siempre que existiera una relación laboral entre dicha empresa y el trabajador durante el período de desplazamiento.

(40) En alemán *Landesvergabegesetz*.

mientos de adjudicación de contratos públicos, pero no para el conjunto de los trabajadores (41). Otra interpretación equivaldría a negar a los Länder la posibilidad de trasponer la Directiva 2004/18 y obligarles a esperar una normativa del Estado federal determinante del salario mínimo. Como atinadamente anota el Abogado General:

«En el ámbito del Estado federal, este enfoque (...) equivaldría, en realidad, a transformar la facultad ofrecida a los Estados miembros de establecer un salario mínimo en su territorio en una verdadera obligación (...).

En el ámbito del Land, la introducción de cuantías de salario mínimo por parte del Estado federal haría superfluas las disposiciones legislativas del Land (...)» (42).

Finalmente, podrían extraerse dos argumentos de las Conclusiones del Abogado General —no recogidos en la Sentencia— para confirmar la legitimidad de la obligación establecida en el artículo 3.1 de la LTTG y, con ella, de la restricción de la libre prestación de servicios en beneficio de la protección de los trabajadores. De una parte, su proporcionalidad, a la que no obstaría su limitación a los trabajadores adscritos a la ejecución de contratos públicos y no a todos los empleados (43). De otra, la analogía de las consideraciones de tipo social —entre ellas, la fijación de un salario mínimo— con las medioambientales, en cuanto ambas estarían citadas al mismo nivel en el artículo 26 de la Directiva 2004/18. En efecto, el Abogado General recordó que el propio Tribunal de Justicia había reconocido que las consideraciones medioambientales podían tenerse en cuenta para la adjudicación de servicios de transportes urbanos objeto de contratos públicos, sin que fuese necesario que tales consideraciones se ampliasen también a las empresas de transporte urbano cuando ejecutasen contratos privados (44).

(41) Vid. apdos. 74 y 75 de sus Conclusiones.

(42) Apdos. 78 y 79 de sus Conclusiones.

(43) Apdo. 87 de sus Conclusiones.

(44) Se refería, en concreto, a la STJUE de 17 de diciembre de 2002, As. C-513/99, «Concordia Bus Finland», dictada en el marco de un litigio entre Concordia Bus Finland frente al Ayuntamiento de Helsinki y la empresa HKL-Bussiliikenne al hilo de la adjudicación de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús. En el anuncio de licitación se indicaba que la adjudicataria sería la empresa que hiciera la oferta más favorable para el ayuntamiento desde el punto de vista económico global teniendo en cuenta tres criterios: el precio global solicitado para la explotación, la calidad de los vehículos (autobuses) y la gestión por el empresario en materia de calidad y medio ambiente. Habiendo obtenido una puntuación similar las empresas Concordia y HKL, el factor determinante fue la atribución de unos puntos adicionales a HKL por ofrecer la utilización de un tipo de autobús cuyas emisiones de óxidos de nitrógeno y ruido eran inferiores a determinados valores. Concordia recurrió la adjudicación, de un lado, por entenderla discriminatoria, ya que la posibilidad de utilizar autobuses que funcionaran con gas natural —únicos que respondían al criterio adicional de reducción de emisiones y de ruido— era muy limitada y, de otro, por considerar

C) Sobre la segunda cuestión: exclusión de la participación en un contrato público como consecuencia del incumplimiento de una norma imperativa de protección mínima

Resuelta la primera de las cuestiones, sin duda la más enjundiosa, se planteaba en la segunda la validez de la exclusión de aquellas ofertas que no incluyesen el compromiso recogido en el artículo 3.1 de la LTTG, ni siquiera tras el requerimiento del poder adjudicador. Recuérdese que el órgano remitente justificaba su duda a este respecto en dos ideas, a saber: que el artículo 26 de la Directiva 2004/18 no incluía el incumplimiento de una condición especial como motivo de exclusión para participar en un contrato —pues en todo caso dicho incumplimiento surgiría tras la adjudicación— y que dicha sanción sería innecesaria, pues, tras la firma del contrato, el adjudicatario estaría en todo caso obligado a pagar el salario mínimo al constar por escrito su compromiso. En este caso, además, el propio artículo 7 de la LTTG establecía un régimen de sanciones aplicable cuando el compromiso escrito se hubiera presentado con la oferta pero no cumplido durante la ejecución del contrato público.

Pues bien, el Tribunal de Justicia ofreció tres argumentos para responder a dicha cuestión. En primer lugar, la inaplicación del artículo 7 de la LTTG al caso, pues dicho precepto recogía el régimen sancionador tras la presentación del compromiso junto a la oferta por parte del licitador, hecho que no se había llegado a producir con «RegioPost» por haber sido excluida de la participación en el procedimiento de adjudicación del contrato al negarse a regularizar su oferta.

En segundo término, el Tribunal negó que la exclusión de la participación en el contrato fuera una «sanción», ya que se trataba de

«la consecuencia del incumplimiento (...) de un requisito formulado de modo singularmente transparente en el anuncio de licitación considerado y que tiene como objetivo destacar la importancia del cumplimiento de una norma imperativa de protección mínima expresamente autorizada por el artículo 26 de la Directiva 2004/18» (45).

que los factores ecológicos no se podían tener en cuenta al carecer de relación directa con el objeto de la licitación. Tras admitir criterios ecológicos en la adjudicación de un contrato siempre que, entre otros criterios, se respetase el principio de no discriminación, el Tribunal no encontró vulneración de dicho principio en el hecho de que sólo unas pocas empresas pudieran cumplir uno de los criterios aplicados para determinar la oferta económicamente más ventajosa. En ningún momento, pues, se planteó el análisis del principio de no discriminación a la luz de la naturaleza pública o privada del contrato. Diversas consideraciones acerca de la introducción de cláusulas ambientales en la contratación pública pueden consultarse en LÓPEZ TOLEDO (2004: pp. 25-ss.).

(45) *Vid.* apdo. 83 de la Sentencia.

De ese modo, como —según la respuesta dada a la primera cuestión— el artículo 26 de la Directiva 2004/18 no se opondría al compromiso escrito del artículo 3.1 de la LTTG, permitiría también la exclusión que este último recoge. E incidía el Tribunal en la consideración del artículo 3.1 de la LTTG como «norma imperativa de protección mínima» al señalar que su incumplimiento, como se infería del Considerando 34 de la Directiva 2004/18, podría ser calificado de falta grave o delito que afectaría a la moralidad profesional del operador económico y podría acarrear al operador económico su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato público.

Por fin, el tercero de los argumentos presentados por el Tribunal partía de la consideración de la medida de exclusión como «apropiada y proporcionada», primero, porque el obstáculo que podría suponer para los licitadores la obligación de incluir un compromiso de respetar un salario mínimo sería «insignificante» —más aún teniendo en cuenta la existencia de formularios preestablecidos— y, segundo, porque habría de mediar un previo requerimiento para completar la oferta tras una primera negativa (46).

Así pues, el Tribunal de Justicia concluyó que era compatible con el artículo 26 de la Directiva 2004/18 la exclusión obligatoria de una oferta, prevista en el artículo 3.1 de la LTTG, de aquellos licitadores que no se comprometieran, en su nombre y en el de sus subcontratistas, mediante una declaración específica al presentar su oferta y tras haber sido requeridos por el poder adjudicador, a pagar las cuantías mínimas de salario establecidas en la propia norma.

IV. RECAPITULACIÓN: LA ADMISIÓN ESENCIALMENTE «FORMAL» DE UN NÚCLEO DURO DE PROTECCIÓN A FAVOR DE LOS TRABAJADORES

La conclusión a la que llega el Tribunal de Justicia en el caso «RegioPost» reviste, en mi opinión, un gran interés, no sólo porque refuerza el valor de las cláusulas sociales en la contratación pública en general, sino también porque, 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, siendo cierto lo anterior, no lo es menos que 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.

(46) Vid. apdos. 86 y 87 de la Sentencia.

Precisado lo anterior, y en el ámbito de las cláusulas sociales en los contratos públicos, resulta de interés la conexión que el caso «RegioPost» plantea entre las fases de adjudicación y ejecución de los contratos. Como es sabido, las cláusulas sociales se vienen admitiendo, sometidas a la debida publicidad y compatibilidad con el Derecho de la Unión, como condición de ejecución de los contratos públicos. Ahora bien, la normativa controvertida conectaba las fases de adjudicación y ejecución de los contratos públicos, desde el momento en que 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. Recuérdese que el 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 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 (47) 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 (48) 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, según el órgano remitente, 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 había 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. Además, la discriminación que realmente habría que evitar es la que se podría producir por razón de la nacionalidad, debiendo asegurar el Land que los trabajadores desplazados fueran remunerados igual que los locales, para lo que habría de imponer a los prestadores de servicios la misma obligación de pago de las cuantías de salario mínimo del lugar de ejecución de la prestación, estuvieran o no establecidos en Alemania.

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.

(47) El artículo 3.1 de la LITG del Land de Renania-Palatinado.

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

V. REFLEXIONES FINALES: LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR COMO «RAZÓN IMPERIOSA DE INTERÉS GENERAL»

Para finalizar este trabajo, e intentar complementar la visión formal del Tribunal, me parece oportuno aportar algunas reflexiones de fondo para justificar un cambio en la prelación entre libre prestación de servicios y protección de los trabajadores, hasta ahora casi siempre decantada a favor de la primera. A tal fin, y como ya se anunció, se traerán a colación los interesantes argumentos presentados por el Abogado General YVES BOT en sus Conclusiones al caso «Rüffert» (49) y que, aunque no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal, servirán de base para exponer algunas ideas.

El punto de partida para que la normativa de un Estado miembro que obligue al pago de un salario mínimo a los trabajadores desplazados en su territorio permita invertir la tradicional prelación entre libre prestación de servicios y protección de los trabajadores es que materialice un «núcleo duro» de reglas protectoras de carácter imperativo. Esto es, debería regular unas condiciones de trabajo y empleo de las que no pudiesen ser privados los trabajadores desplazados en el Estado donde se ejecutase la prestación, pues ese es sin duda el objetivo del legislador comunitario en la Directiva 96/71.

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». Y es que 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» (50)] 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. No en vano, la noción de cuantías de salario mínimo la remite la Directiva 96/71 al «Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado» (51).

(49) En concreto, el 20 de septiembre de 2007.

(50) Vid. Considerando 74 de las Conclusiones del Abogado General en el caso «Rüffert».

(51) Art. 3.1 últ. pár.

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 (52). 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» (53). 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 (54).

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 brindara a los trabajadores desplazados no pudiera

(52) Según el cual, «[l]o dispuesto en los apartados 1 a 6 no impedirá la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores».

(53) Véase la STJUE de 22 de octubre de 2014, As. Acum. C-344/13 y C367/13, «Blanco» (apdo. 26).

(54) Vid. Considerando 103 de las Conclusiones del Abogado General en el caso «Rüffert».

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 (55). 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 (56), pues con ello se pretende luchar contra el *dumping* social. Ahora bien, ¿podría considerarse una razón imperiosa de interés general para justificar la restricción a la libre prestación de servicios un objetivo de carácter económico como la protección de empresas nacionales? La respuesta es negativa, como el propio Tribunal ha tenido la oportunidad de señalar, correspondiendo al órgano nacional la comprobación de la verdadera finalidad pretendida por el legislador.

En suma, sólo 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 (57), con particular referencia, a fin de evitar el *dumping* social intracomunitario, a la remuneración, traducida sólo en el importe bruto del salario (58). En el caso «Rüffert», por ejemplo, se había pagado a los 53 trabajadores desplazados

(55) *Vid.*, por todas, la STJUE de 3 de diciembre de 2014, As. C-315/13, «De Clercq y otros». La sentencia declaró que, «[s]egún jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, una normativa nacional adoptada en un ámbito que no haya sido objeto de armonización a escala de la Unión y que se aplique indistintamente a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de que se trate puede estar justificada, pese a su efecto restrictivo de la libre prestación de servicios, si responde a una razón imperiosa de interés general y dicho interés no está salvaguardado ya por las normas a las que esté sujeto el prestador en el Estado miembro en el que esté establecido, si es adecuada para garantizar la consecución del objetivo que persigue y si no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo» (apdo. 62).

(56) *Vid.* la STJUE de 12 de octubre de 2004, As. C-60/03, «Wolf & Müller», apdos. 36 y 41, y la jurisprudencia en ellos citada.

(57) *Vid.* Considerando 117 de las Conclusiones del Abogado General en el caso «Rüffert».

(58) Según el apartado 29 de la STJUE de 14 de abril de 2005, As. C-341/02, «Comisión/Alemania», no deben tenerse en cuenta «como conceptos que forman parte del salario mínimo, el salario por las horas extraordinarias, las cotizaciones a los regímenes complementarios de jubilación profesional, las cantidades abonadas en concepto de reembolso de los gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento y, finalmente, las cantidades a tanto alzado calculadas sobre la base de un criterio distinto del horario. Lo que debe tenerse en cuenta es el importe bruto del salario».

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.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2008): «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», en *El Derecho de los contratos públicos*, Zaragoza, Monográfico X de esta REVISTA, pp. 211-252.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2012), «La valoración de las ofertas en el Derecho de los contratos públicos», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 30.
- GIMENO FELIÚ, José María (2004): «Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales», en J.M^o. GIMENO FELIÚ (dir.), *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Barcelona, ed. Atelier, pp. 61-ss.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto (2003), «¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?», en *Justicia Administrativa*, núm. 20, pp. 27-67.
- LOBO RODRIGO, Ángel (2015): «Las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública tras la aprobación de la Directiva 2014/24/UE», en Francisco L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (dir.), *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Cizur Menor (Navarra), ed. Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 73-106.
- LÓPEZ TOLEDO, Purificación (2004): «Contratación pública y medio ambiente», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 33, pp. 25-ss.
- MARTÍNEZ FONS, Daniel (2014): «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», en *IUSLabor*, núm. 3, pp. 1-9.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2009): *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Sevilla, ed. Instituto Andaluz de Administración Pública.