

Licitación pública y compromiso de pago del salario mínimo interprofesional en toda la cadena de servicio

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Prestación de servicios transnacionales y adjudicación de contratos por organismos de derecho público

- 1.1. La Directiva 96/71 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios dispone que la normativa europea se aplicará a las empresas establecidas en un Estado miembro que, en una prestación de servicios transnacional, desplacen a trabajadores al territorio de otro Estado miembro. Su aplicación procede cuando: *a)* se desplace a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección, en el seno de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en un Estado miembro, al territorio de otro Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el periodo de desplazamiento; *b)* se desplace a un trabajador al territorio de otro Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el periodo de desplazamiento, o cuando *c)* en su calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra, desplace a un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de otro Estado miembro, siempre que exista una relación laboral

entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el periodo de desplazamiento.

Los Estados deberán velar para que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, estas empresas garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias que, en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo, estén establecidas bien legal o convencionalmente, entre otras materias, en relación con las cuantías del salario mínimo, incluidas las correspondientes a horas extraordinarias. Dicha cuantía se definirá, en todo caso, en función de la legislación o el uso nacional del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado.

- 1.2. Por su parte, la Directiva 2004/18 sobre procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios señala como la adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son los principios de igualdad de trato, de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad y de transparencia.

No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, a la par que se abre a la competencia la contratación pública. En virtud de esta consideración, la Directiva 2004/18 se entiende aplicable —en particular y de acuerdo con su artículo 7— a los contratos públicos de servicios cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido, sea igual o superior a doscientos mil euros y que hayan sido adjudicados por poderes adjudicadores distintos de las autoridades gubernamentales centrales. En tales casos, las disposiciones de coordinación deberán interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado. De ahí que las condiciones de ejecución de un contrato se consideren compatibles con esta directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones.

En todos estos supuestos sometidos a la Directiva 2004/18, las leyes, reglamentaciones y convenios colectivos, tanto nacionales como comunitarios, vigentes en materia de condiciones de trabajo y de seguridad del trabajo se aplicarán durante la ejecución de un contrato público, siempre que dichas normas, así como su aplicación, se ajusten al derecho comunitario. Para las situaciones transfronterizas en las que los trabajadores de un Estado miembro prestan sus servicios en otro Estado miembro para la ejecución de un contrato público, será necesario considerar las condiciones mínimas del país de acogida en relación con los trabajadores

desplazados, según la Directiva 96/71. Y, así, si el derecho nacional contemplare disposiciones a tal efecto, el incumplimiento de dichas obligaciones se podrá considerar una falta grave o un delito que afecta a la moralidad profesional del operador económico, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público.

A tal fin, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 de la Directiva 2004/18, los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales con relación a la ejecución del contrato siempre que aquéllas 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. El poder adjudicador podrá señalar, o ser obligado por un Estado miembro a señalar, en el pliego de condiciones, de esta forma, el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a las condiciones de trabajo vigentes en el Estado miembro en que vayan a realizarse las prestaciones y que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato. Por esta razón, podrá solicitar a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos la manifestación expresa de haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección y condiciones de trabajo en el lugar donde vayan a realizar su prestación de servicios.

2. Prevalencia de las garantías salariales de los trabajadores sobre la posibilidad de competir en una licitación pública a empresas de otros Estados miembros

- 2.1. La reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de noviembre del 2015 (as. C-115/14, GmbH & Co. KG) resuelve el conflicto planteado por el rechazo de empresas

en una licitación pública alemana al no someterse al compromiso de cumplir con el salario mínimo establecido en el estado (*Land*) en el que debían prestarse los correspondientes servicios. La normativa de una entidad regional alemana obligaba a los licitadores y a sus subcontratistas a comprometerse, mediante una declaración escrita que debía presentarse junto con la oferta, a pagar el salario mínimo fijado por dicha normativa al personal que fuera a llevar a cabo las prestaciones objeto del contrato público. Se trata de una condición recogida en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones, por lo que se cumple el requisito de transparencia. Una condición especial entendida como compatible con el derecho de la Unión cuando no resulte directa o indirectamente discriminatoria, *ex artículo 26* de la Directiva 2004/18. Se impone, pues, comprobar si, en las situaciones transfronterizas en las que los trabajadores de un Estado miembro prestan servicios en otro Estado miembro para la realización de un contrato público, se cumplen los requisitos mínimos establecidos en la Directiva 96/71 en el país de acogida respecto a los trabajadores desplazados.

Pues bien, aun cuando en el supuesto controvertido las empresas eran alemanas, el tribunal remitente se cuestiona los efectos de esta norma en relación con empresas establecidas fuera del territorio alemán que hayan podido tener interés en participar en el procedimiento de adjudicación del contrato público y que hayan podido analizar la posibilidad de desplazar a sus trabajadores a ese territorio, dado que esas empresas pueden haber renunciado a dicha participación a causa de la obligación que se les imponía de comprometerse a respetar el salario mínimo establecido por la norma nacional. No en vano, la imposición de una retribución mínima a los licitadores y a sus eventuales subcontratistas establecidos en un Estado miembro distinto del Estado del poder adjudicador y en el que las cuantías de salario mínimo sean inferiores constituye una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la

ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. El hecho de que se trate de una norma justificada por el objetivo de proteger a los trabajadores no infravalora el que dicha justificación se acoja en el caso de los contratos públicos y no así en el de los contratos privados.

Razones todas ellas que obligan al tribunal a examinar dicha norma en función de lo previsto en el artículo 3.1 de la Directiva 96/71. Y se concluye que una disposición como la recogida en el artículo 3 de la legislación alemana debe calificarse de «disposición legal» a efectos de lo establecido en la Directiva 96/71, pues prevé la cuantía del salario mínimo. Dicha calificación no puede cuestionarse por el hecho de que la norma nacional se aplique a los contratos públicos y no a los contratos privados, toda vez que, dado que la norma nacional controvertida en el asunto principal se inscribe en el artículo 26 de la Directiva 2004/18, que permite, con determinadas condiciones, la imposición de un salario mínimo en los contratos públicos, no puede exigirse que esta norma se extienda más allá de ese ámbito específico imponiéndose de modo general en todos los contratos, incluidos los contratos privados. No en vano, se trata de una consecuencia directa de que existan en el derecho de la Unión normas específicas en el ámbito público. Por lo tanto, el establecimiento de una norma imperativa de protección mínima que impone la observancia por parte de las empresas establecidas en otros Estados miembros de una cuantía de salario mínimo en favor de sus trabajadores desplazados al territorio del Estado miembro de acogida para la ejecución de ese contrato público resulta compatible con el derecho de la Unión (Directivas 2004/18 y 96/71, respectivamente) por cuanto tal norma forma parte del nivel de protección que ha de garantizarse a los trabajadores (considerando 66).

- 2.2. Como consecuencia de lo anterior, procede cuestionar si la exclusión en un procedimiento de adjudicación de un contrato público a los licitadores y subcontratistas que, mediante una declaración escrita,

se niegan a comprometerse a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato público un salario mínimo fijado por dicha normativa se considera contrario al artículo 26 de la Directiva 2004/18. Y la respuesta es asimismo negativa puesto que la norma nacional prevé igualmente que, en caso de que la oferta no incluya la declaración y no se presente ésta tampoco a requerimiento del poder adjudicador, la oferta quedará excluida de la valoración. Dicha exclusión no puede calificarse de sanción, sino que se entiende consecuencia del incumplimiento consistente en no presentar junto con la oferta los compromisos escritos exigidos por la oferta de contrato público. Por tanto, dado que el precepto no se opone a que se exija un compromiso escrito de respeto de la citada norma, dicho artículo permite tal exclusión. Además, la Directiva 2004/18 señala expresamente que, en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas por el derecho nacional en la materia, en particular las condiciones de trabajo, los Estados miembros podrán calificar ese incumplimiento de falta grave o delito que afecta a la moralidad profesional del operador económico, lo cual podrá acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público. Se entiende, pues, que una exclusión como la expuesta se considera apropiada y proporcionada, habida cuenta de que esta disposición establece expresamente que dicha exclusión sólo podrá aplicarse si, tras haber sido requerido para completar su oferta con la incorporación de dicho compromiso, el operador de que se trate se niega a hacerlo (considerando 87).

- 2.3. Este tipo de decisiones, tanto legislativas como jurisprudenciales, pueden responder, entre otras razones, al rechazo al *dumping* social entre empresas europeas. Poder licitar ofertando salarios por debajo del mínimo establecido en el Estado de destino y prevaleciendo el salario mínimo del Estado de origen implicaría una fuga de

concesión de obras o servicios públicos a empresas extranjeras con salarios inferiores en su legislación nacional. En Europa, sólo veintidós de los veintiocho países disponen de un salario mínimo, con cifras ciertamente dispares. Eurostat distingue tres categorías de países: a) aquellos en los que los trabajadores perciben menos de 550 euros al mes (Bulgaria, 184 euros; Rumanía, 218 euros; Lituania, 300 euros; República Checa, 332 euros; Hungría, 333 euros; Letonia, 360 euros; Eslovaquia, 380 euros; Estonia, 390 euros; Croacia, 396 euros y Polonia, 410 euros); b) aquellos otros en los que el salario mínimo se sitúa entre 500 y 1000 euros (Portugal, 589 euros; Grecia, 684 euros; Malta, 720 euros; España, 757 euros —648,60 euros mensuales en el 2015, pero se incluye el prorrateo de las dos pagas extraordinarias, como en el resto de los países, a efectos comparativos— y Eslovenia, 791 euros) y, finalmente, c) los que se sitúan por encima de los 1000 euros (Reino Unido, 1379 euros; Francia, 1458 euros; Irlanda, 1462 euros; Alemania, 1473 euros; Bélgica y Holanda, 1502 euros y Luxemburgo, 1923 euros).

Entre los 184 euros de Bulgaria y estos últimos 1923 euros del Gran Ducado de Luxemburgo, la diferencia es ostensible, respondiendo, entre otros factores, al distinto índice de precios del consumo en cada país. Pero la duración (en horas) de la semana de trabajo, la ordenación de éste, el precio de la hora trabajada y las diferencias establecidas en el pago de salarios según se trate de trabajadores a tiempo completo o a tiempo parcial o se esté ante trabajadores indefinidos o temporales también son dispares en cada país. Evidentemente, si se incumple el mínimo salarial establecido, se incumple la condición retributiva de base, pero medir exclusivamente el «precio» del servicio contratado en función del salario mínimo abonado puede distorsionar, en ocasiones, la competencia entre las empresas.