

LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER UN SALARIO MÍNIMO EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS*, **

EIDER LARRAZABAL ASTIGARRAGA

UPV/EHU

ABSTRACT

En este artículo se analiza, por un lado, las posibilidades de introducir cláusulas sociales en la contratación pública, teniendo en cuenta las últimas reformas normativas en esta materia (Directiva 2014/24/UE y anteproyecto de Ley de 2015) y, por otro lado, la posibilidad de exigir un salario mínimo en la ejecución de los contratos públicos, atendiendo a algunas de las sentencias más relevantes al respecto.

Palabras clave: Cláusulas sociales. Contratación pública. Nueva normativa. Salario mínimo. Jurisprudencia.

* Este trabajo reproduce la ponencia titulada «Las cláusulas sociales en la contratación pública y la posibilidad de establecer un salario mínimo en la ejecución de los contratos», presentada en el II Congreso estatal de Centros Universitarios de Relaciones Laborales y Ciencias del Trabajo, celebrado en el Bizkaia Aretoa de la UPV/EHU, Bilbao, los días 18 y 19 de junio de 2015.

** Trabajo realizado en el contexto del proyecto de investigación DER2013-43423-R titulado «Problemas actuales y perspectivas de futuro del desplazamiento de trabajadores transnacional: el caso de los trabajadores del transporte» dirigido por la Prof. Fotinopoulou.

■ *Artikulu honetan aztergai dira, alde batetik, kontratazio publikoan klausula sozialak ezartzeko existitzen diren aukerak, kontutan hartuz gai honetan emandako azken arau erreformak (2014/24/UE Direktiba eta eta 2015eko Lege aurreproiektua); eta, beste aldetik, kontratatu publikoak burutzean gutxieneko soldata bat eskatzeko aukera, aintzat hartuz gaiari buruzko zenbait epai erabakiorrak.*

Hitz gakoak: Klausula sozialak. Kontratazio publikoa. Araudi berria. Gutxieneko soldata. Jurisprudenzia.

■ *This article analyzes, on the one hand, the possibility of introducing social clauses in public procurement, taking into account the latest regulations reforms in this area (Directive 2014/24/ EU and draft Law 2015) and, on the other hand, the possibility of requiring a minimum wage in the execution of public contracts, based on some of the most relevant sentences.*

Keywords: Social clauses. Public procurement. New regulations. Minimum wage. Jurisprudence.

1. Contextualización del tema

El concepto de «economía social y solidaria» se encuentra en constante evolución y carece de una definición unánime. No obstante, existe cierta conformidad a la hora de caracterizar la economía social y solidaria como una construcción social y política. Se parte de la premisa de reconsiderar las bases de la economía capitalista¹. Frente al capital y su acumulación, se sitúan en el centro del sistema económico a las personas y a su trabajo, otorgando a los mercados un papel instrumental al servicio del bienestar colectivo y a la reproducción de la vida en el planeta². En especial, desde el punto de vista de la economía solidaria, el debate se centra en el cambio social, la construcción de modelos alternativos de economía, las alternativas al capitalismo o las formas de combatir la pobreza y la exclusión social (PÉREZ DE MENDIGUREN et al., 2008, p. 20). En este contexto, toda iniciativa dirigida a cambiar los actuales moldes del sistema capitalista puede ayudar a estar más cerca de una economía más social y solidaria. Para ello, es importante la participación de todos los actores implicados, donde el comportamiento y el compromiso del sector público pueden adquirir una especial relevancia. Una de las vías a su alcance es la forma en la que lleva a cabo la contratación pública, ya que este procedimiento puede desarrollarse teniendo en cuenta únicamente criterios económicos, en su sentido capitalista, o puede hacerse teniendo en cuenta aspectos de índole social. Téngase en cuenta que las autoridades públicas europeas gastan alrededor del 18% del PIB en la contratación de obras, bienes o servicios³, lo que

¹ El capitalismo se define como: «Sistema de organización económica caracterizado por la propiedad privada de los medios de producción y la utilización del trabajo asalariado. El capitalismo es un sistema de organización económica descentralizado, en el que el principio del máximo beneficio o lucro es el norte y guía de todas las decisiones económicas, se utilizan los precios como señal informativa y el mercado como mecanismo general de coordinación. En este sistema es el mercado quien da respuesta a las cuatro preguntas fundamentales: ¿qué producir?, ¿cómo producirlo?, ¿quién ha de producirlo? Y ¿cuándo debe producirse? El capitalismo se rige por la ley de la oferta y la demanda (...). Se proclama asimismo la no injerencia del Estado en los asuntos económicos, de acuerdo con el conocido lema: «laissezfaire, laissezpas-ser, le monde va lui même»». Véase definición completa en la Enciclopedia de Economía: <http://www.economia48.com/spa/d/capitalismo/capitalismo.htm>

² Para profundizar más sobre este concepto resulta de gran interés la obra de Coraggio, 2011.

³ <http://www.europarl.europa.eu/news/es/news-room/content/20140110IPR32386/html/La-Euroc%C3%A1mara-mejora-las-condiciones-para-la-adjudicaci%C3%B3n-de-contratos-p%C3%BAblicos>. En el Estado español el dato es similar, aproximadamente el 18,5% del PIB según el Observatorio de Contratación Pública: <http://www.obcp.es/>. En los países OCDE representa alrededor del 13% del PIB.

manifiesta que los gobiernos son grandes compradores y pueden tener un impacto significativo sobre la demanda de los mercados para las prácticas empresariales responsables y sostenibles⁴.

Existe la posibilidad de introducir cláusulas sociales en las diferentes fases del procedimiento de contratación (en la definición del objeto del contrato, de las especificaciones técnicas, de criterios de admisibilidad/selección, de criterios de adjudicación y de condiciones de ejecución). Según la doctrina por «Cláusula social» cabe entender toda disposición incluida en un contrato o acuerdo comercial en virtud de la cual la parte prestadora del servicio o ejecutora de la obra asume, como condición de acceso o de ejecución, el compromiso de cumplir con determinados objetivos de política sociolaboral, como son la creación de más y mejor empleo, la garantía de los derechos laborales, en especial de la igualdad de oportunidades...» (Molina Navarrete, 2008, p. 7).

Las fases en las que principalmente se han introducido cláusulas sociales son las fases de adjudicación y ejecución del contrato. La fórmula mayormente utilizada ha sido la de incluirlas como condiciones especiales de ejecución, obligando así a la parte ejecutora del contrato a respetar ciertas exigencias sociales a la hora de ejecutar los contratos públicos. También la fase de adjudicación ha sido propensa a incluir este tipo de cláusulas, no obstante, su inclusión en esta fase ha sido objeto de una mayor controversia, ya que mientras se veía, casi de forma unánime, con buenos ojos exigir el cumplimiento de exigencias sociales en la ejecución del contrato por la empresa ya adjudicataria, se mantenía una opinión mayormente contraria a la hora de puntuar o valorar aspectos sociales al determinar la oferta económicamente más ventajosa. Con el tiempo, tales discrepancias han ido resolviéndose, ya sea de la mano de las nuevas normas sobre contratación pública, ya sea de la mano de la jurisprudencia de distinto ámbito.

Hoy día, la introducción de cláusulas sociales en todas las fases del procedimiento de contratación es una opción aceptada casi de forma unánime, el problema actual radica más bien en el contenido material de las mismas. Es decir, se trata de aclarar qué puede exigirse, y qué no, a través de dichas cláusulas. Así, mientras la admisión de exigencias ligadas a los principios rectores de las políticas sociolaborales (inserción de personas en situación o riesgo de exclusión social, de personas con discapacidad, etc.) está consensuada, la discusión se centra en los aspectos ligados a las condiciones laborales (salario mínimo, jornada laboral, etc.) exigibles a la hora de adjudicar o ejecutar el contrato. Sobre todo si tal exigencia conlleva la aplicación de una norma o un convenio colectivo que inicialmente no le era de aplicación a la empresa adjudicataria. En este sentido, ¿es

⁴ http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/comment-analysis/WCMS_321018/lang-es/index.htm

posible exigir la aplicación, durante la ejecución del contrato, de una norma o convenio colectivo —que puede resultar ser distinto al que venía aplicándosele a la empresa adjudicataria—, con el propósito de garantizar un salario mínimo —o cualquier otra condición laboral— para todos los trabajadores destinados a esa obra o servicio?

Para conocer la respuesta, debe atenderse a las libertades económicas (especialmente, a la libre prestación de servicios) en el plano de la Unión Europea, y al derecho de la competencia (especialmente, al principio de libre concurrencia) en el plano estatal, ya que el litigio se enmarca dentro de la ya asentada discusión acerca de la posibilidad de introducir cláusulas de este tipo y de si dicha práctica conlleva, o no, la vulneración de las libertades y principios económicos citados. En el ámbito de la Unión Europea, el TJUE ya se ha pronunciado al respecto manifestando que una medida de este tipo es contraria a la libre prestación de servicios regulada en los artículos 56 y 57 del TFUE. En el plano estatal, también los tribunales han tenido ocasión de pronunciarse, donde cobra especial relevancia una sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) que concluye que las cláusulas en cuestión son compatibles con el derecho de la Unión Europea y también con el ordenamiento jurídico laboral español.

En este trabajo se pretende reflexionar sobre las posibilidades existentes a la hora de introducir cláusulas sociales en la contratación pública, teniendo en cuenta las últimas reformas normativas y algunos de los pronunciamientos judiciales más relevantes, con el fin de exponer el debate jurídico de fondo, que ayudará a entender mejor la problemática actual existente, donde se hará especial referencia a la posibilidad de imponer ciertas obligaciones salariales en la ejecución de los contratos públicos.

2. La introducción de cláusulas sociales en la contratación pública

Existen normas de diferentes ámbitos que recogen expresamente la posibilidad de incorporar cláusulas sociales en la contratación del sector público. De igual forma, tales normas prevén la forma en la que han de introducirse las cláusulas en cuestión en las diferentes fases que componen el procedimiento de contratación.

2.1. Normativa sobre cláusulas sociales en la contratación pública

En la normativa internacional son de destacar el Acuerdo Mundial sobre Contratación Pública (ACP), aprobado en el marco de la OMC, y el Convenio (núm. 94), sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), de 1949, de la OIT. El ACP, a pesar de ser revisado íntegramente en el 2014, sigue sin recoger explícitamente la posibilidad de introducir criterios sociales en la contratación pública. Sin embargo, el Acuerdo sí admite expresamente un trato especial y diferenciado para los países en desarrollo⁵. Por ello, cabe subrayar que este texto continúa sin acoger la postura favorable a la introducción de cláusulas sociales, que, como veremos, es admitida de forma unánime tanto en las normas comunitarias como estatales. El Convenio núm. 94 de la OIT, que es de obligado cumplimiento para el Estado español⁶, propugna la introducción de una cláusula tipo en los contratos públicos a fin de garantizar que los trabajadores empleados en la ejecución de estos últimos perciban salarios y gocen de condiciones laborales que no sean menos favorables que aquellos establecidos para el mismo trabajo en la región en que éste se efectúa mediante un convenio colectivo, laudo arbitral o la legislación⁷. Aparte, aunque no se traten de normas jurídicas, también existen diversos manuales y guías a nivel internacional con el fin de aplicar las normas laborales en la contratación pública⁸. En la mayoría de los casos se tratan de iniciativas que reiteran la normativa previamente obligatoria, debido a que son muchos los países en los que se incumplen las normas laborales.

En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública⁹, actualmente en vigor, señala que *la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, siendo uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos, facilitando la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública y permitiendo que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes*¹⁰. Según la normativa no se ha de

⁵ Véase el art. V del ACP.

⁶ Entró en vigor para España el 5 de mayo de 1972, en base al art. 19 del Instrumento de ratificación de 29 de abril de 1971.

⁷ Art. 2 del Convenio núm. 94 de la OIT.

⁸ Pueden consultarse, a modo de ejemplo, documentos y guías elaborados por diferentes Organismos y Redes en los siguientes sitios web: <http://www.iclei.org/> (Local Governments for Sustainability), <http://www.socialplatform.org/> (Platform of European Social NGOs), http://www.compraspublicas.org/content/display_news.aspx (Red Interamericana de Compras Sustentables), <http://www.nexos.es/> (Nexos), <http://www.ocde.org> (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico).

⁹ Que deroga la Directiva 2004/18/CE, sobre contratación pública.

¹⁰ Considerando 2 de la Directiva 2014/24/UE.

valorar exclusivamente el precio más bajo a la hora de adjudicar los contratos, sino que han de tenerse en cuenta aspectos de índole social, siendo éstos, según parte de la doctrina, tanto o incluso más importantes que los ceñidos al del precio más bajo (Vara Arribas, 2008, p. 128). De igual modo, existen instrumentos jurídicos no vinculantes (*soft law* o «Derecho indicativo») sobre la materia objeto de estudio. Por un lado, la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*¹¹ muestra de forma detallada cómo pueden integrarse los aspectos sociales en las diferentes fases del procedimiento de contratación. Por otro lado, la *Guía para que las autoridades públicas tomen en cuenta las consideraciones sociales en la contratación pública*¹², ofrece una estrategia organizativa para las adquisiciones sociales. Existen además otro tipo de textos sobre la materia, pero no tan relevantes como los aludidos.

A nivel estatal se encuentra en vigor el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público del 2011¹³ (TRLCSP 2011). No obstante, el Consejo de Ministros aprobó, el 17 de abril de 2015, el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, anteproyecto LCSP 2015) con el fin trasponer la Directiva 2014/24/UE al ordenamiento jurídico interno¹⁴. Ambas normas incorporan mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, con el fin de adecuar la contratación pública a los nuevos requerimientos éticos y sociales¹⁵.

2.2. Fases para la introducción de cláusulas sociales en la contratación pública

El procedimiento de contratación pública se compone de diferentes fases: la definición del objeto del contrato, la preparación de los expedientes, los procedimientos y formas de adjudicación, la formalización y adjudicación del contrato y su ejecución. A tenor de la normativa, en todas ellas cabe la posibilidad de introducir criterios sociales, no obstante, algunas de las fases resultan más propicias que otras a tal fin. Se destacan a continuación las principales novedades derivadas de la aprobación de la Directiva 2014/24/UE y del anteproyecto LCSP 2015.

¹¹ Bruselas, 15.10.2001.

¹² 19.10.2010.

¹³ Que derogó la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 (LCSP 2007).

¹⁴ La Directiva establece un plazo de trasposición que finaliza el 18 de abril de 2016.

¹⁵ Del mismo modo en que se manifestaba la LCSP 2007 en su Exposición de Motivos I.

2.2.1. *Definición del objeto del contrato*

La definición del objeto del contrato resulta clave si se quieren introducir criterios sociales en el procedimiento de contratación. Esta materia está fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE. Según el TRLCSP 2011, para poder introducir aspectos sociales entre los criterios de adjudicación, éstos han de estar vinculados con el objeto del contrato¹⁶. La Directiva, como novedad respecto a su antecesora, aclara el significado de dicha vinculación: existirá siempre que el criterio de adjudicación haga referencia a cualquier factor que interviene en el proceso específico de producción, prestación o comercialización, incluyendo las condiciones relativas al proceso de ejecución del contrato¹⁷. El anteproyecto de LCSP 2015 explica de forma todavía más detallada lo que ha de entenderse por «vinculación con el objeto del contrato»¹⁸. En consecuencia, todo criterio de carácter social que haga referencia al proceso específico de producción, prestación, comercialización o de otra etapa de su ciclo de vida cumplirá dicho requisito. Esta fase va a resultar crucial, ya que cuando debe decidirse qué construir o comprar ha de elegirse aquel producto o servicio que más concuerde con los objetivos sociales del poder adjudicador¹⁹.

2.2.2. *La preparación de los expedientes: la selección de los licitadores*

En esta fase es posible introducir aspectos sociales a la hora de definir las prohibiciones de contratar, la acreditación de la solvencia técnica y los contratos reservados.

En primer lugar, según la Directiva 2014/24/UE, los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando hayan incumplido las obligaciones aplicables en materia social o laboral *establecidas en el Derecho de la Unión Europea, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumerados en el anexo X*²⁰. Asimismo, la Directiva indica que los poderes adjudicadores tienen que tener la posibili-

¹⁶ Art. 150 LCSP 2011.

¹⁷ Considerando 104 Directiva 2014/24/UE, que sin embargo excluye los requisitos relativos a la política general de la empresa.

¹⁸ Art. 145.2 del anteproyecto LCSP 2015.

¹⁹ Así se manifestó la Comisión Europea en la Bruselas, 15.10.2001, p. 6.

²⁰ Arts. 57.4 y 18.2 de la Directiva. En dicho Anexo se recogen los convenios internacionales en el ámbito social y medioambiental en cuestión, entre otros: Convenio OIT n.º 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación; Convenio n.º 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva; Convenio n.º 29 sobre el trabajo forzoso; Convenio OIT n.º 105 sobre la abolición del trabajo forzoso; Convenio OIT n.º 138 sobre la edad mínima; Convenio OIT n.º 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación); Convenio OIT n.º 100 sobre igualdad de remuneración; Convenio OIT n.º 182 sobre las peores formas de trabajo infantil; etc.

dad de *excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo debido a que han incumplido las obligaciones medioambientales o sociales (...)*²¹. La novedad de la Directiva del 2014 es que su predecesora no establecía tal prohibición expresamente vinculada al incumplimiento de las obligaciones sociales y laborales²². El anteproyecto de LCSP 2015 no conlleva ninguna novedad importante en esta materia y únicamente agrega, junto a la infracción grave en materia social, la «laboral»²³.

En segundo lugar, la Directiva establece que los poderes adjudicadores pueden imponer requisitos con el objetivo de asegurar que los operadores económicos *poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad*²⁴. El cambio respecto a lo establecido en su predecesora es que, en lugar de un listado de medios de prueba a tal fin²⁵, establece un «documento europeo único de contratación»²⁶. Este documento constituye una declaración actualizada del interesado que sustituye los certificados expedidos por las autoridades o terceros que confirman el cumplimiento de tales criterios.

En tercer lugar, la Directiva implica novedades en materia de contratos reservados. Así, además de a los programas de talleres y empleos protegidos²⁷, se podrá reservar el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación o reservar su ejecución, a otro tipo de entidades, tales como cooperativas o empresas de trabajo asociado²⁸. La reserva a estas entidades tendrá que efectuarse exclusivamente en el caso de los servicios sociales, culturales y de salud que se recogen en su artículo 74 y que lleven determinados códigos. A pesar de ello, es necesario que se apruebe una norma que garantice dicha posibilidad, ya que la Directiva deja en manos de los Estado miembros su ejercicio.

2.2.3. *La adjudicación de los contratos*

Los criterios sociales pueden incluirse, por un lado, en el criterio de la oferta económicamente más ventajosa y, por otro lado, en las preferencias de adjudicación.

²¹ Considerando 101 de la Directiva 2014/24/UE.

²² Véase el art. 45.2 de la Directiva 2004/18/CE.

²³ Art. 71.1.b) del anteproyecto LCSP 2015.

²⁴ Art. 58.4 de la Directiva 2014/24/UE.

²⁵ Art. 48.2 de la Directiva 2004/18/CE.

²⁶ Art. 59.1.b) de la Directiva 2014/24/UE.

²⁷ Considerando 28 de la Directiva 2004/18/CE.

²⁸ Art. 77 de la Directiva 2014/24/UE. El artículo, no obstante, no cita a esas dos entidades de forma expresa, sino que enumera una serie de requisitos que deben cumplir. Las entidades en cuestión deben cumplir «todas» las siguientes condiciones:

Según la Directiva 2014/24/UE, la oferta económicamente más ventajosa se determinará *sobre la base del precio o coste (...), y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate*²⁹. A modo de ejemplo menciona, como criterios a introducir, las características sociales, la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato. Recuértese que se entenderá que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida³⁰. Las novedades, por tanto, en este caso son dos. Por un lado, la nueva Directiva menciona expresamente la posibilidad de considerar aspectos sociales entre los criterios de adjudicación³¹. Por otro lado, la norma comunitaria esclarece qué es lo que debe entenderse como «vinculación al objeto del contrato». El anteproyecto de LCSP 2015 transcribe de forma similar la aclaración en torno a cuándo se cumple la vinculación con el objeto del contrato y, entre los criterios denominados como «cualitativos», integra las características sociales³², al igual que en la Directiva.

En cuanto a la preferencia para la adjudicación de contratos, la Directiva del 2014 sigue sin hacer alusión expresa a la posibilidad de establecer preferencias de adjudicación teniendo en cuenta criterios sociales. EL TRLCSP 2011 sí establece preferencias para las proposiciones presentadas por: empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2%, empresas de inserción, entidades sin ánimo de lucro y entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo³³; siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación. El anteproyecto de LCSP 2015 traslada esta regulación al articulado de la norma³⁴ y mantiene la alusión a las mismas entidades. Eso sí, como novedad, regula una solución para los casos en los que, existiendo un empate, no esté regulada en los pliegos el criterio de preferencia en

²⁹ Art. 67.2 de la Directiva 2014/24/UE.

³⁰ Art. 67.3 de la Directiva 2014/24/UE.

³¹ La Directiva 2004/18/CE, en su art. 53.1, no acogía tal posibilidad de forma explícita. No obstante, sí mostraba una postura favorable a dicha inclusión en el primero de sus Considerandos. Por su parte, el TRLCSP 2011, en su art. 150.1, sí incluye los criterios sociales entre los criterios de adjudicación, haciendo alusión a *categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar*.

³² Art. 145.3.b) del anteproyecto de LCSP 2015.

³³ Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP 2011

³⁴ Art. 145.9 del anteproyecto LCSP 2015.

cuestión. En tales casos el empate se resolverá mediante la aplicación de determinados criterios sociales³⁵.

2.2.4. *La ejecución del contrato*

Según la Directiva 2014/24/UE, los poderes adjudicadores pueden exigir condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato. Estas condiciones podrán incluir consideraciones de tipo social o relativas al empleo³⁶. La Directiva, en uno de sus considerandos³⁷, alude a que estas condiciones pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente. Como ejemplo, cita las siguientes obligaciones: contratar a desempleados de larga duración, organizar acciones de formación para los desempleados jóvenes, respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la OIT en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional y contratar a un número superior de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional. Por otra parte, al contrario que su antecesora, La Directiva del 2014 no recoge de forma expresa la exigencia de que tales condiciones deban ser El anteproyecto de LCSP 2015, además de mencionar de manera similar las condiciones especiales de ejecución de índole social que recoge el TRLCSP 2011, añade que los órganos de contratación tomarán las las obligaciones aplicables en materia social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión Europea, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental social y laboral que vinculen al Estado³⁸.

3. Problemática jurídica en torno a la exigencia de un salario mínimo en la ejecución de los contratos públicos

La exigencia de determinadas cuestiones sociales en la contratación del sector público es un problema de gran envergadura jurídica. Entre tales cuestiones sociales, la que mayor discusión suscita, es la posibilidad de exigir un salario mínimo en la ejecución de los contratos públicos. El debate se centra en aclarar si tal exigencia vulnera, o no, la libre prestación de servicios y el principio de libre competencia. Este problema sucede tanto a nivel europeo como a nivel estatal.

³⁵ Art. 145.10 del anteproyecto LCSP 2015. Los criterios, a aplicar por orden, son: a) mayor número de trabajadores discapacitados en la plantilla; b) menor volumen de contratos temporales en la plantilla y c) mayor número de iniciativas puestas en el ámbito de la responsabilidad social corporativa.

³⁶ Art. 70 de la Directiva 2014/24/UE.

³⁷ Considerando 33 de la Directiva 2014/24/UE.

³⁸ Art. 199 del anteproyecto LCSP 2015.

Muestra de la enorme disputa que genera es que varios casos hayan acabado en los tribunales. Se analizan a continuación algunas de las sentencias más relevantes al respecto.

3.1. Problemática jurídica en el ámbito de la Unión Europea

En el ámbito de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha pronunciado al respecto, tanto en la sentencia *Rüffert* como en la sentencia *Budesdruckerei*. Aunque las sentencias parten de premisas diferentes, ya que en la primera de ellas existe un desplazamiento transnacional de trabajadores y en la segunda no, en ambas se analiza la posibilidad de exigir un salario mínimo en la ejecución de los contratos públicos.

En el caso *Rüffert*³⁹, una Ley del Land de Baja Sajonia sobre la contratación pública (*Landesvergabegesetz*; en lo sucesivo, «Ley del Land»), establece que sólo podrán adjudicarse los contratos de obras a las empresas que en la licitación se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución del mismo, como mínimo, la retribución establecida en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la prestación de tales servicios. Asimismo, en caso de subcontratarse los servicios por parte del adjudicatario, los subcontratistas deberán respetar el salario mínimo anteriormente aludido, a saber, el establecido en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la prestación de tales servicios.

Tras la licitación el Land Niedersachsen adjudicó a *Objekt und Bauregie* un contrato de obras que contenía el compromiso en cuestión. *Objekt und Bauregie* recurrió a los servicios de una empresa establecida en Polonia como subcontratante. Posteriormente, el Land resolvió el contrato por el hecho de que la empresa adjudicataria había incumplido la obligación contractual de atenerse al salario mínimo estipulado en el convenio colectivo pertinente.

El órgano jurisdiccional encargado de resolver el caso, suspendió el proceso judicial en curso para preguntar al TJUE si, la obligación establecida, constituye una restricción injustificada a la libre prestación de servicios.

En la medida en que en el caso enjuiciado existe un desplazamiento transnacional de trabajadores, debe atenderse a lo dispuesto en 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. Esta Directiva se aplica a las empresas establecidas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen a traba-

³⁹ STJUE de 3 de abril de 2008, Asunto C-346/06. Sobre este caso existe una amplia doctrina, véanse, entre otros, los trabajos de Ferreiro Regueiro, 2009, pp. 1251-1264; Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, 2008, pp. 213-244; Rentero Jover, 2008, pp. 117-123; Guamán Hernández, 2008, pp. 47-59.

jadores en el territorio de un Estado miembro⁴⁰. La Directiva, con el fin de garantizar ciertas condiciones laborales a los trabajadores desplazados, impone la aplicación de las cuantías de salario mínimo —incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias— que, en el Estado miembro de ejecución del trabajo, estén establecidas: a) por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y/o b) por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general⁴¹. Por convenios colectivos de aplicación general se entienden aquellos convenios colectivos que deben respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos⁴². No obstante, lo dispuesto no impedirá la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores⁴³.

A la hora de resolver la cuestión prejudicial, el TJUE entiende que las normas sobre salario mínimo que se pretenden imponer en el litigio no cumplen los requisitos exigidos por la Directiva 96/71. En primer lugar, la Ley del Land, que en sí misma no establece ninguna cuantía de salario mínimo, no puede considerarse una disposición legal en el sentido del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva. En segundo lugar, el convenio colectivo aplicable en el litigio no constituye un convenio colectivo declarado de aplicación general en el sentido de lo dispuesto en la Directiva, ya que su efecto vinculante sólo se extiende a una parte del sector de la construcción comprendida en el ámbito de aplicación territorial de aquél. Además, sólo se aplica a los contratos públicos, con exclusión de los contratos privados. Por ello, se desprende que la medida controvertida en el caso enjuiciado no establece una cuantía de salario según los mecanismos exigidos en la Directiva 96/71. En consecuencia, el TJUE declara que la cuantía de salario exigida en el litigio principal no puede considerarse como una cuantía de salario mínimo a efectos de lo dispuesto en dicha Directiva, y, por tanto, no se puede imponer a las empresas establecidas en otros Estados miembros que desplacen a trabajadores a su territorio. Asimismo, tampoco considera que el salario en cuestión sea una condición de empleo más favorable en el sentido de lo dispuesto en el propio artículo 3 de la Directiva, ya que tal excepción no permite que el Estado miembro de acogida supedite la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima. Sin embargo, el TJUE señala que las empresas establecidas en otros Estados miembros tienen la facultad de adherirse voluntariamente en el Estado miembro de acogida a un convenio colectivo eventualmente más favorable, pero ello no sucede en el caso enjuiciado. El argumento más conflictivo lo añade a

⁴⁰ Art. 1 de la Directiva 96/71.

⁴¹ Art. 3.1 de la Directiva 96/71.

⁴² Art. 3.8 de la Directiva 96/71.

⁴³ Art. 3.7 de la Directiva 96/71.

continuación, cuando afirma que *una norma como la Ley del Land puede imponer a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro, en el que los salarios mínimos sean inferiores, una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida*. Por lo que, a su parecer, una medida como la controvertida en este caso puede constituir una restricción a la libre prestación de servicios⁴⁴. Por otro lado, tampoco considera que tal medida esté justificada por el objetivo de la protección de los trabajadores en la medida en que sólo se aplica a los contratos públicos —con exclusión de los contratos privados— y que dicho convenio no ha sido declarado de aplicación general.

En la sentencia *Bundesdruckerei*⁴⁵ el litigio se da entre *Bundesdruckerei GmbH* (en lo sucesivo, «*Bundesdruckerei*») y la *Stadt Dortmund* (ciudad de Dortmund, en Alemania), en relación con la obligación que figura en un pliego de condiciones correspondiente a un contrato público de servicios de la *Stadt Dortmund* de garantizar a los trabajadores de los subcontratistas de los licitadores el pago de un salario mínimo previsto por una normativa del Land al que pertenece la entidad adjudicadora. La obligación se impone aun cuando el subcontratista afectado se encuentre establecido en otro Estado miembro y todas las prestaciones relativas a la ejecución del referido contrato se realicen en ese otro Estado miembro. Tras la licitación, *Bundesdruckerei* informó a la *Stadt Dortmund* de que si se le adjudicaba el contrato, las prestaciones objeto de éste se realizarían exclusivamente en otro Estado miembro, en el presente caso en Polonia, por un subcontratista establecido en ese mismo Estado. En su escrito indicaba que este subcontratista no podría comprometerse a respetar el salario mínimo impuesto por las disposiciones —alemanas— pertinentes, ya que tal salario mínimo no estaba previsto por convenios colectivos o por la legislación de ese Estado miembro (Polonia) y el pago de tal salario mínimo tampoco era habitual allí habida cuenta de las condiciones de vida en el citado Estado.

Mediante la cuestión prejudicial presentada lo que se pregunta en esencia es si, el artículo 56 TFUE se opone a la aplicación de una normativa del Estado miembro de la entidad adjudicadora que obliga a ese subcontratista a pagar a los citados trabajadores un salario mínimo fijado por dicha normativa, teniendo en cuenta que tales trabajadores operan exclusivamente en el país de origen del subcontratista.

⁴⁴ Regulada en el antiguo art. 49 TCE, actual art. 56 del TFUE.

⁴⁵ STJUE de 18 de septiembre de 2014, Asunto C-549/2003. Hasta la fecha son todavía pocos los artículos doctrinales que abordan la temática de esta sentencia. Especialmente interesante es el trabajo de Llobera Vila, 2015, pp. 89-105.

En su sentencia el TJUE empieza por subrayar que la situación controvertida en este caso es diferente a la que dio lugar a la sentencia Ruffert, ya que el presente asunto no tiene por objeto el desplazamiento de trabajadores y, por tanto, no es aplicable la Directiva 96/71. Por otra parte, y en respuesta a la alegación de la Comisión Europea sosteniendo que el contrato público controvertido está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE⁴⁶, señala que, suponiendo que las exigencias en materia de salario mínimo establecidas puedan calificarse de «condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato», en particular de «consideraciones de tipo social», que se «indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones», en el sentido del artículo 26 de dicha Directiva⁴⁷, no es menos cierto que, conforme a esta última disposición, tales exigencias sólo pueden imponerse en la medida en que sean «compatibles con el Derecho comunitario»⁴⁸.

El Tribunal destaca lo establecido en su propia jurisprudencia recordando que, la imposición, en virtud de una normativa nacional, de una retribución mínima a los subcontratistas de un licitador establecidos en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora y en el que los salarios mínimos sean inferiores constituye una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Teniendo en cuenta dicha jurisprudencia opina que una medida como la controvertida en el presente litigio puede constituir una restricción en el sentido del artículo 56 TFUE⁴⁹. A su parecer, tal medida nacional puede, en principio, estar justificada por el objetivo de la protección de los trabajadores, a saber, garantizar que se pague a los trabajadores un salario adecuado a fin de evitar el «dumping social» y la penalización de las empresas competidoras que no conceden un salario adecuado a sus empleados. No obstante, subraya que en su jurisprudencia ya ha declarado que, en la medida en que se aplique únicamente a los contratos públicos, una medida nacional de este tipo no es adecuada para alcanzar el citado objetivo si no hay indicios que permitan suponer que los trabajadores empleados en el sector privado no necesitan la misma protección salarial que los empleados en el marco de la contratación pública⁵⁰.

⁴⁶ Hoy día derogada por la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública.

⁴⁷ Se refiere a la anterior Directiva 2004/18/CE, actualmente derogada.

⁴⁸ En este lugar ha de subrayarse que la sentencia refleja la situación anterior a la Directiva 2014/24/UE, ya que el artículo 70 de ésta (que viene a sustituir al artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE), sobre condiciones especiales de ejecución, ha eliminado la exigencia expresa de tal compatibilidad.

⁴⁹ En este lugar se remite a la sentencia Ruffert, concretamente, a lo recogido en su apartado 37.

⁵⁰ Vuelve a hacer alusión a lo establecido en la Sentencia Ruffert, en este caso a lo recogido en los apartados 38 a 40.

El TJUE señala que la normativa nacional controvertida resulta desproporcionada, ya que su ámbito de aplicación se extiende a una situación como de la que se trata en el litigio, en la que los trabajadores ejecutan un contrato público en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora y en el que la cuantía del salario mínimo es inferior. Y, a continuación, viene la valoración más polémica realizada por el Tribunal, en la medida en que sostiene que la normativa controvertida, al imponer un salario mínimo fijo correspondiente al necesario para garantizar una remuneración adecuada a los trabajadores del Estado miembro de la entidad adjudicadora a la vista del coste de la vida en ese Estado miembro, pero que no guarda relación con el coste de la vida en el Estado miembro en el que se llevarán a cabo las prestaciones relativas al contrato público de que se trata, privaría, por ello, a los subcontratistas establecidos en este último Estado miembro de obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios respectivos. Añade el Tribunal que ello va más allá de lo necesario para garantizar que se consiga el objetivo de la protección de los trabajadores. Es decir, a juicio del Tribunal exigir el pago de un salario mínimo privaría a los subcontratistas de obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías salariales.

Por todo ello, el Tribunal falla que el artículo 56 TFUE se opone a la aplicación de una normativa como la del caso enjuiciado.

3.2. Problemática jurídica en el ámbito estatal

Hasta la fecha actual ni el Tribunal Supremo ni el Constitucional se han pronunciado sobre el tema, y son los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas los que han sentenciado al respecto. Para el análisis jurisprudencial correspondiente se ha seleccionado una sentencia del TSJPV de sumo interés, ya que la interpretación mantenida en la misma va a divergir de la marcada por el TJUE.

La Norma Foral 4/2013, de 17 de julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del sector Público Foral —de Gipuzkoa—, establece la incorporación, en todas las contrataciones de obras públicas, de una cláusula que obliga a las empresas a cumplir, además de las normas vigentes, «las condiciones de trabajo del Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa o de los sucesivos convenios colectivos que los revisen»⁵¹. Del mismo modo, también extiende la obligación a las empresas subcontratadas, puesto que especifica que la empresa contratista deberá justificar que las empresas subcontratadas también aplican en la ejecución del contrato las disposi-

⁵¹ Art. 5.1 de la Norma Foral 4/2013.

ciones legales vigentes y, concretamente, las condiciones de trabajo del citado Convenio Colectivo. De esta forma, se impone la obligación —de cara a la ejecución del contrato público— de cumplir lo dispuesto en un convenio colectivo que puede resultar no ser el mismo que venía aplicándose a la empresa contratista. La empresa contratista —y en su caso, la empresa por ella subcontratada— tendrán que abonar a los trabajadores destinados a ejecutar la obra en cuestión el salario estipulado en dicho convenio colectivo, a pesar de que éste pueda ser superior al que hubieran venido percibiendo a raíz del convenio colectivo que les hubiera sido de aplicación en caso de no existir la cláusula impuesta por la Norma Foral analizada.

La Autoridad Vasca de la Competencia (AVC) recurrió la Norma Foral 4/2013 ante la jurisdicción contencioso-administrativa del TSJPV⁵². También el delegado del Gobierno español en la CAV recurrió la Norma Foral ante el mismo Tribunal⁵³. En ambos recursos se argumentaba, principalmente, que la Norma Foral vulnera la libre prestación de servicios y el ordenamiento jurídico laboral español.

La sentencia de 30 de diciembre de 2014, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJPV —emitida para dar respuesta al recurso de la AVC y de mayor interés en la materia objeto de estudio—, va a concluir que una Norma Foral, a través de la cual se exige el cumplimiento del convenio colectivo del lugar de ejecución del contrato a la empresa que resulte adjudicataria, imponiéndose así el salario que allí se establezca, no vulnera el Derecho comunitario y tampoco el Estatuto de los Trabajadores (ET).

En primer lugar, en lo que respecta a si la Norma Foral vulnera la normativa laboral vigente, y concretamente, la posibilidad de descuelgue del convenio colectivo, por un lado, y la prioridad aplicativa del convenio de empresa⁵⁴, por otro lado, el TSJPV señala que la Norma Foral ni establece normas ni desarrolla el ET. Esto es, no se trata de disposiciones normativas en materia jurídico-labo-

⁵² Recurso con fecha de entrada de 18-10-2013. Sobre los motivos, véase el «Informe del Consejo Vasco de la Competencia (CVC) con relación a la conveniencia de impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa la «Norma Foral 4/2013, de 17 de julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del sector público foral», con fecha de 17-09-2013.

⁵³ Recurso con fecha de entrada de 11-10-2013. El recurso señala que la Norma Foral constituye una disposición de carácter general que vulnera normativa básica del Estado, en relación a las siguientes disposiciones legales: el artículo 118 TRLCSP, al imponer cláusulas concretas a los órganos de contratación; D.A.2.º y D.F. 2.º sobre falta de competencia de las Juntas Generales para dictar normas en materia de contratación; desviación de poder; vulneración del artículo 86.3 ET; vulneración del artículo 49 del T.U.E; vulneración del artículo 37 CE; también del artículo 152 TRLCSP y 85 RCAP; de la ley 32/2006, de 16 de octubre, sobre subcontratación en el sector de la construcción; incompetencia de la Juntas Generales para dictar la regulación del Capítulo III de la Norma Foral (en materia de Inspección de Trabajo).

⁵⁴ Arts. 84.1 y 2 del ET.

ral que repercutan de forma directa e imperativa sobre el campo jurídico de los particulares y las empresas. Si así fuera, está de acuerdo con que la institución foral gipuzkoana carecería de competencia para ello. A su parecer, la Norma Foral establece un conjunto de condiciones contractuales o clausulado general dirigido al sector público subordinado a dicha institución, de forma que la afectación a las empresas licitantes tan solo se produciría por la fuerza del contrato que eventualmente se suscriba y a título de obligaciones surgidas del mismo⁵⁵, y no a título de obligaciones surgidas por Ley o reglamento jurídico⁵⁶.

En segundo lugar, en cuanto a si el Convenio Colectivo que se impone mediante la Norma Foral amplía las materias consideradas como disposiciones imperativas de protección mínima recogidas en la Directiva 96/71/CE, el TSJPV considera que la norma en cuestión se acomoda a dichas disposiciones imperativas. La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que traspone la Directiva aludida al derecho español interno, no incorpora el requisito de «aplicación general» que la Directiva exige a los convenios colectivos para que éstos resulten aplicables en materia de salarios mínimos. La Ley estatal señala a los convenios colectivos para el grupo profesional o la categoría profesional correspondiente a la prestación del trabajador desplazado. Es por ello que el TSJPV entiende que lo dispuesto en la Norma Foral recurrida no vulnera dicho régimen según la transposición de la Directiva llevada a cabo por el derecho estatal. A su vez, el Tribunal critica la postura mantenida al respecto por el TJUE, donde realiza especial referencia a la sentencia Rüffert, y defiende que una cláusula social como la establecida en el litigio respeta el lugar institucional de los convenios colectivos a la hora de determinar las condiciones laborales en el derecho estatal, cuestión que no puede verse alterada por el Derecho de la Competencia.

Finalmente, el TSJPV afirma que se respetan los artículos 84.1 y 83.2 del ET, y, por tanto, con la salvedad de los convenios de empresa, no cabe invocar frente al convenio sectorial y de ámbito territorial de que se trata, la sujeción de la empresa que intervenga en la licitación, a otro convenio de ámbito diferente, como pudiera ser el vigente en otros territorios del País Vasco o de fuera de él.

La sentencia analizada incluye un Voto Particular en el que se discrepa con varios e importantes fundamentos acogidos por la Sala. Asimismo, la AVC anunció un recurso ante el Tribunal Supremo, por lo que está por ver qué falla éste al respecto.

Todo ello tendrá repercusión, como no podía ser de otra manera, sobre la Iniciativa Legislativa Popular (ILP) presentada por el sindicato vasco ELA, sobre incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del sector público,

⁵⁵ Aquí hace referencia al art. 1091 del Código Civil.

⁵⁶ Art. 1090 del Código Civil.

de similar contenido a la Norma Foral 4/2013, que se encuentra en trámite parlamentario para su aprobación.

4. La concreción de las «cuantías de salario mínimo»

En el apartado anterior de este trabajo se ha abordado la posibilidad de establecer un salario mínimo en la contratación del sector público, esto es, la posibilidad de exigir a las empresas adjudicatarias un salario establecido legal o convencionalmente. La otra cuestión a resolver sería la siguiente: ¿cuál es la cuantía de salario mínimo que puede llegar a exigirse?

A tal fin, es sumamente relevante la sentencia Sähköalojen, de 12 de febrero del 2015 del TJUE, ya que delimita el concepto de «cuantías de salario mínimo» en el marco de un desplazamiento transnacional de trabajadores. Así, esta sentencia va a ayudar a entender qué abarca y qué no este concepto en el contexto de la Directiva 96/71/CE. A pesar de que la sentencia se limite a aclarar el concepto aludido en dicho marco, la definición que realiza el TJUE puede servir de punto de partida para aquellos otros casos en los que no exista tal desplazamiento transnacional y se deba determinar qué acoge, y qué no, el concepto en cuestión. Téngase en cuenta que la Directiva 96/71/CE se aprueba con el fin de desarrollar la libre prestación de servicios regulada en el artículo 56 del TFUE, libertad que ha de ser respetada en todo caso por cualquier normativa o convenio colectivo de los Estados miembros.

Como se ha observado en el apartado anterior, la Directiva 96/71/CE, con el fin de garantizar determinadas condiciones laborales a los trabajadores desplazados, impone la aplicación de unas cuantías de salario mínimo —incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias— que, en el Estado miembro de ejecución del trabajo, estén establecidas: a) por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y/o b) por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general⁵⁷. La noción de cuantías de salario mínimo se definirá por la legislación y/o uso nacional del Estado miembro en el que el trabajador se encuentre desplazado⁵⁸. En cuanto al concepto, la Directiva sólo precisa que los complementos correspondientes al desplazamiento forman parte del salario mínimo, siempre que no se abonen como reembolso de los gastos efectivamente realizados originados por el desplazamiento, como son los gastos de viaje, alojamiento o manutención⁵⁹.

⁵⁷ Art. 3.1 de la Directiva 96/71.

⁵⁸ Art. 3.1 in fine de la Directiva 96/71.

⁵⁹ Art. 3.7 de la Directiva 96/71/CE.

El concepto de cuantías de salario mínimo ya ha sido analizado por el TJUE previamente a la sentencia objeto de análisis aquí. No obstante, lejos de ayudar a definir tal concepto, lo cierto es que únicamente ha realizado apreciaciones que difícilmente ayudan a construir un concepto uniforme⁶⁰.

En la sentencia *Sähköalojen* el TJUE analiza uno por uno diferentes tipos de remuneraciones, interpretando si caben o no dentro del concepto de cuantías de salario mínimo en el sentido del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE. Así, y sin profundizar aquí sobre la argumentación que el Tribunal ofrece para llegar a sus conclusiones, va a declarar que integran el concepto de «cuantías de salarios mínimos»: a) la clasificación de los trabajadores en grupos salariales conforme a las normas del Estado de acogida, donde puede establecerse un salario mínimo por horas y/o a destajo; b) la indemnización diaria abonada como complemento de gastos efectivamente soportados a causa del desplazamiento⁶¹; c) el complemento de trayecto diario abonado como complemento relativo al desplazamiento y d) la paga de vacaciones, como complemento —recogido en los convenios colectivos aplicables— que supone un aumento de la remuneración prevista en la legislación para el periodo mínimo de vacaciones. Al contrario, quedan fuera del concepto: a) el pago del alojamiento, abonado como reembolso de los gastos efectivamente realizados originados por el desplazamiento y b) los cheques restaurante, abonados como reembolso de los gastos efectivamente realizados originados por el desplazamiento.

5. Conclusiones

Como se ha podido observar, las nuevas normas sobre contratación pública han aportado algún que otro avance en la materia objeto de estudio, otorgando una mayor importancia al peso de las cláusulas sociales en las diferentes fases del procedimiento de contratación.

⁶⁰ Sentencia *Laval*, de 18 de diciembre de 2007, C-341/05, donde los niveles establecidos por la Directiva 96/71/CE se interpretan como topes máximos y, por tanto, se limita la potestad de los Estados miembros a la hora de delimitar las cuantías salariales mínimas. Sentencia *Isbir*, de 7 de noviembre de 2013, C-522/2012, que declara que sólo los conceptos, pueden ser considerados como salario mínimo. Sentencia *Comisión/Alemania*, de 14 de abril de 2005, C-341-02, que afirma que las asignaciones abonadas por realizar un trabajo adicional o un trabajo en condiciones especiales deben tenerse en cuenta a fin de valorar la igualdad efectiva entre los salarios percibidos por los trabajadores desplazados y por los trabajadores nacionales, pero que las mismas no se tendrán en cuenta a la hora de calcular el salario mínimo.

⁶¹ En el sentido del art. 3.7 de la Directiva 96/71/CE.

Sin embargo, del análisis normativo también se desprende que, a pesar de haberse efectuado recientes reformas, algunas de las cuestiones que resultan clave en esta temática. Por un lado, la normativa en vigor no se posiciona de forma firme a favor del carácter obligatorio de las cláusulas analizadas, ya que su introducción en los procedimientos de contratación sigue recogiendo bajo fórmulas facultativas («pueden», «podrán»,...; en lugar de «deben») y, por tanto, quedan a merced de los poderes adjudicadores. Por otro lado, ninguna de las reformas normativas ofrece solución alguna respecto a la posibilidad de exigir, durante la ejecución del contrato, la aplicación de una norma o convenio colectivo con el fin de garantizar un salario mínimo para todos los trabajadores destinados a tal obra o servicio. Teniendo en cuenta la polémica suscitada a raíz de la interpretación al respecto efectuada en el caso Ruffert, tanto la Unión Europea como el Estado español han desaprovechado, en las últimas reformas normativas, la oportunidad para despejar, de alguna que otra forma, las dudas en cuestión.

De análisis jurisprudencial se concluye que, entre todas las cláusulas sociales, es la concerniente a la posibilidad de exigir un salario mínimo en la ejecución de los contratos la que mayor discusión suscita. La postura del TJUE frente a tal cuestión ya quedó arraigada en la sentencia Ruffert, fallando su incompatibilidad con el Derecho comunitario por entender que medidas así vulneran la libre prestación de servicios. Tal posición quedó, si cabe, aún más consolidada en el más reciente caso Bundesdruckerei, donde, al no ser de aplicación la Directiva 96/71/CE, ni siquiera van a poder exigirse los mínimos establecidos por ésta.

Así, queda de manifiesto que el impacto de normas que no aclaran las posibilidades a la hora de exigir tales cláusulas, acompañadas además de la jurisprudencia del TJUE tendente a dar prioridad a las libertades económicas, no hacen más que avalar y favorecer el dumping social e impedir cualquier medida dirigida a eliminar las negativas consecuencias de dicho fenómeno anti-social.

Sin embargo, confronta totalmente con la línea marcada por el TJUE la relevante sentencia analizada del TSJPV, que concluye que una cláusula salarial de ese tipo ni vulnera el Derecho comunitario ni el ordenamiento jurídico laboral español. Está por ver la postura del TS, una vez resuelva el recurso presentado contra la aludida sentencia.

Finalmente, cabe subrayar el avance que la jurisprudencia del TJUE ha ofrecido, a través de la sentencia Sähköalojen, de cara a concretar el concepto de «cuantías de salario mínimo» en el contexto de la Directiva 96/71/CE, ya que ofrece una interpretación ligada a elementos remunerativos concretos y posibilita prever la consideración que pueden tener otros de similar índole.

6. Referencias bibliográficas

- CORAGGIO, J.L. (2011). *Economía Social y Solidaria. El trabajo antes que el capital*, Ediciones Abya-Yala, Quito-Ecuador.
- FERREIRO REGUEIRO, C. (2009). «Los desplazamientos transnacionales tras el asunto «Rüffert», *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, pp. 1251-1264.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. (2008). «Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos (Parte Tercera): el caso Rüffert», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 1, núm. 5 (Jul), pp. 47-59.
- LLOBERA VILA, M. (2015). «Las medidas estatales de prevención del dumping social en la jurisprudencia del TJUE: La senda abierta hacia la sentencia *bundesdruckerei*», *Lex social: revista de los derechos sociales*, núm. 1, pp. 89-105.
- MOLINA Navarrete, C. (2008). «Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 302, pp. 3-64.
- PÉREZ DE MENDIGUREN, J.C., ETXEZARRETA ETXARRI, E. y GURIDI ALDANONDO, L. (2008). «¿De qué hablamos cuando hablamos de Economía Social y Solidaria? Concepto y nociones afines», XI Jornadas de Economía Crítica; Bilbao, 27, 28 y 29 de marzo.
- RENTERO JOVER, J. (2008). «“Y ahora, Rüffert”: comentario a la STJCE de 3 de abril de 2008», núm. 42, pp. 117-123.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. (2008). «El caso “Rüffert”: ¿una constitucionalización del “dumping” social?, núm. 2, pp. 213-244.
- VARA ARRIBAS, G. (2008). «Novedades en el Debate Europeo sobre contratación Pública», núm. 26, pp. 115-150.