

LA DIRECTIVA DE SALARIOS MÍNIMOS ADECUADOS:
CONTENIDO E IMPACTO DE SU TRASPOSICIÓN
AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

THE DIRECTIVE ON ADEQUATE MINIMUM WAGES
IN THE EUROPEAN UNION: CONTENT AND IMPACT
OF ITS TRANSPOSITION INTO SPANISH LAW

Pablo Gimeno Díaz de Aauri
Universidad Carlos III de Madrid
Orcid: 0000-0002-3484-3968
pablo.gimeno@uc3m.es

RESUMEN: La Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea culmina un largo proceso legislativo con un resultado con mayor impacto político que jurídico. Supone una muestra del avance hacia la construcción social de Europa, pero las limitaciones competenciales derivadas de la expresa prohibición de los tratados constitutivos de regular los salarios limitan en gran medida el potencial impacto efectivo. En este trabajo se analiza este problema y cómo se ha llegado hasta el texto finalmente publicado en el Diario Oficial, para a continuación analizar su contenido. Este análisis se hace desde una perspectiva aplicativa al sistema jurídico-social español, destacando los aspectos en los que será necesaria una adaptación de nuestro régimen jurídico. Estos no son especialmente complejos, pero sí que pueden llegar a tener un impacto relevante tanto en la transparencia en la fijación del SMI como en la elaboración y disponibilidad de datos en general, así como en una mayor participación de los interlocutores sociales. La mayor dificultad se presenta en la ponderación de cada uno de los criterios empleados para la fijación del SMI y su actualización. También en algunos casos, como el empleo al servicio de los hogares, las deducciones pueden plantear problemas por discriminación indirecta.

Recibido: 12-12-2022; Aceptado: 12-12-2022; Versión definitiva: 16-12-2022.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 6 (2022) 37-70
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i6.01>

PALABRAS CLAVE: Salario Mínimo, Derecho Comunitario, Unión Europea, Pilar Social, Negociación colectiva.

ABSTRACT: The Directive (EU) 2022/2041 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on adequate minimum wages in the European Union culminates a long legislative process with an outcome that has more political than legal impact. It is a sign of progress towards the social construction of Europe, but the limitation of the legal basis - derived from the express prohibition of the founding treaties to regulate wages - greatly limits the potential effective impact. This paper analyses this problem and how it led to the text finally published in the Official Journal, and then goes on to analyse its content. This analysis is carried out from an application perspective to the Spanish social legal system, highlighting the aspects in which an adaptation of domestic law will be necessary. These are not particularly complex, but they may have a significant impact both on transparency in the setting of the minimum wage and on the preparation and availability of data in general. It will also be necessary to involve the social partners more closely. The greatest difficulty arises in the weighting of each of the criteria used to set the minimum wage and its updating; also in some cases, such as employment in the personal and households services, deductions may raise problems of indirect discrimination in terms of social security contributions.

KEYWORDS: Minimum wages, European Union Community Law, Social Pillar, Collective Bargaining.

SUMARIO: 1. EL DEBATE DEL SALARIO MÍNIMO EN CONTEXTOS SUPRANACIONALES. 2. LA BASE JURÍDICA, Y LA COMPETENCIA DE LA UNIÓN EN LA MATERIA; EL ALCANCE DEL ART. 153 DEL TFUE. 3. BREVE RECORRIDO POR EL ITER LEGISLATIVO DE LA DIRECTIVA HASTA SU APROBACIÓN. 4. EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA CONFRONTADO CON LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. 4.1. Los objetivos de la directiva, su ámbito de aplicación y otras disposiciones generales. 4.2. Fomento de la negociación colectiva. 4.3. El concepto de salario mínimo y de salario mínimo legal. 4.4. El procedimiento de fijación de los salarios mínimos legales y su actualización. 4.4.1. *Los criterios de fijación de los salarios mínimos.* 4.4.2. *El procedimiento de aprobación y la participación de los interlocutores sociales.* 4.5. Los mecanismos de información y efectividad. 4.5.1. *La efectividad desde la perspectiva individual: información.* 4.5.2. *La protección de la percepción efectiva del salario mínimo.* 4.5.3. *Reacción frente a incumplimientos y garantías.* 4.5.4. *Contratación pública y salarios mínimos.* 4.5.5. *Adecuación, evaluación y revisión de los salarios mínimos.* 5. Bibliografía y referencias

1. EL DEBATE DEL SALARIO MÍNIMO EN CONTEXTOS SUPRANACIONALES

La fijación de un salario mínimo implica, por su propia naturaleza, una restricción a la competencia empresarial vía precio del trabajo o, desde la perspectiva del mercado laboral, una limitación a las personas trabajadoras para no aceptar condiciones económicas excesivamente bajas. No es este el lugar de analizar las posibles implicaciones económicas del salario mínimo, pero no puede obviarse que es un debate que no es nuevo. Hace más de un siglo que vienen haciéndose afirmaciones catastrofistas, desmentidas por la realidad social y económica; puede resumirse la respuesta en la también centenaria afirmación de que el salario mínimo legal lo que hace es “transferir la presión de un elemento de la negociación a otra: del salario al trabajo, del precio a la calidad”¹. Son múltiples las razones que justifican, incluso desde una perspectiva económica, la existencia de un salario mínimo: desde el incentivo a la inversión en formación y mejora de la productividad empresarial a la necesidad de las personas trabajadoras de aumentar su esfuerzo para mantener la viabilidad del empleo².

En un área con un alto grado de integración económica, como es la Unión Europea, un quinto de la población vive en uno de los seis estados miembros que no tienen establecido un salario mínimo legal (aunque en todos ellos existe algún tipo de fijación por la negociación colectiva sectorial³). En los restantes veintiuno, el nivel del salario mínimo legal oscila en términos anuales entre los 363,02 euros de Bulgaria y los 2.313,28 euros de Luxemburgo⁴. Incluso en términos relativos a los niveles salariales generales, las diferencias son remarcables, aunque se moderan de forma notable: mientras que en Estonia el mínimo legal supone un 37% del salario medio en Eslovenia supera el 55%⁵. Así, conviven en el continente diferentes sistemas jurídicos que determinan la fijación de los niveles más bajos de retribución: apoyados en legislación estatal (con diversos modelos) o en la negociación colectiva⁶.

Con carácter general resulta compleja la fijación de un nivel común de salario mínimo entre distintos países; incluso dentro del mismo país podría plantearse la conveniencia de un salario mínimo único; no puede dejar de tenerse en cuenta, en este sentido, que el salario mínimo constituye, por su naturaleza, una limitación a la contratación. De esta forma, si se fija en un nivel excesivamente elevado, condenará al desempleo a personas cuya productividad no alcanza el nivel suficiente para hacerle

1. Webb, 1912, p. 978. En inglés en el original, traducción propia del autor.

2. Sobre estas cuestiones, me permito remitirme a los trabajos citados en Gimeno Díaz de Aauri, 2022 que, por economía no reproduzco aquí.

3. Seeliger, 2018, p. 39.

4. Datos tomados de la base de datos de la Comisión Europea (Eurostat) para el segundo semestre de 2022.

5. Con datos más antiguos pero un análisis extenso se analizan los niveles de salarios mínimos atendiendo también capacidad de compra en Schulten, 2012.

6. Fernández-Macías, Vacas-Soriano, 2016, p. 99.

frente (o al menos a la economía sumergida total o parcialmente, en forma de jornadas materialmente superiores a las declaradas). Así, el hecho de que un mismo nivel salarial suponga cuantías muy distintas en términos de poder adquisitivo es un argumento que se utiliza habitualmente para reclamar salarios mínimos regionales. Igualmente, algunos sistemas han establecido diferencias en los niveles de protección para trabajadores jóvenes⁷.

En este contexto, resulta lógico pensar que, si ni siquiera en el ámbito estatal se considera siempre conveniente establecer un único salario mínimo, difícilmente va a establecerse un consenso en este sentido en una lógica supranacional.

La regulación internacional en este ámbito, por tanto, se articula sobre la lógica de la figura, más que sobre la concreta fijación de niveles. El salario mínimo tiene como fin último garantizar que el trabajo sirve para mantener una calidad de vida suficiente. Como ya adelantara Taylor, no faltan empresarios cuya actitud sea la de “obtener de [sus trabajadores] la máxima cantidad de trabajo a cambio del mínimo salario posible”⁸; frente a esta competencia desmedida, surge la necesidad de establecer salarios mínimos⁹.

El Convenio 26 de la OIT, sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928, en este sentido, es una buena muestra de las tensiones existentes en la regulación internacional de esta materia. En primer lugar, debe subrayarse su naturaleza sectorial (industria); pero es que ni siquiera aspira a afectar a ésta en su totalidad, sino tan sólo a “industrias o partes de industria (especialmente en las industrias a domicilio) en las que no exista un régimen eficaz para la fijación de salarios, por medio de contratos colectivos u otro sistema, y en las que los salarios sean excepcionalmente bajos”. Es decir, este primer instrumento actúa únicamente en el margen inferior, con una aspiración de supletoriedad respecto de la negociación colectiva. No obstante, sí que hay dos elementos que llegan hasta nuestros días: el control de la eficacia de las medidas en materia de salarios mínimos (incluyendo sanciones) y la necesidad de transparencia e información.

Casi medio siglo después, el Convenio 131 sobre la fijación de salarios mínimos, 1970, establece en su considerando segundo que “que ha llegado el momento de adoptar otro instrumento que complemente los convenios mencionados y asegure protección a los trabajadores contra remuneraciones indebidamente bajas, el cual, siendo de aplicación general, preste especial atención a las necesidades de los países en vías de desarrollo”. Debe señalarse que, sin embargo, el nivel de ratificación de

7. Mención de sistemas en uno y otro sentido se hace en la parte descriptiva del extenso estudio Kampelmann et al., 2013.

8. Taylor, 1970, p. 25. El trabajo original, es de 1910, se cita la fecha de la edición consultada.

9. Evidentemente para quien conozca la obra de Taylor, dicho autor no propone el salario mínimo, sino que afirma que le irá mejor al empresario que pague salarios suficientes. La consecuencia es, por tanto, propia del autor de este trabajo.

este último, de alcance mucho más general, es prácticamente la mitad que el anterior (105¹⁰ frente a 54).

En cualquier caso, la OIT desde su nacimiento ha tenido muy presente el carácter central del salario en el sostenimiento de la vida de las personas. En su propia Constitución –contenida, como es sabido, en el Tratado de Versalles de 1919– entre las condiciones que considera imprescindibles mejorar se encuentra la “garantía de un salario vital adecuado”.

El convenio incide en esta idea: los salarios mínimos deben fijarse en atención al contexto concreto de necesidades (“las necesidades de los trabajadores y de sus familias habida cuenta del nivel general de salarios en el país, del costo de vida, de las prestaciones de seguridad social y del nivel de vida relativo de otros grupos sociales”) pero sin descuidar por ello la competitividad de las empresas (“los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo”). Así, la propia OIT en la Recomendación 135 sobre la fijación de salarios mínimos, de 1970, hace referencia a la posibilidad de establecer diversos salarios mínimos para “grupos particulares de trabajadores” o “diferentes tarifas de salarios mínimos en distintas regiones o zonas que permita tomar en cuenta las diferencias en el costo de la vida”.

Estos equilibrios entre protección y competitividad, la diversidad de sistemas nacionales y la necesidad de alcanzar consensos—siempre presente en textos internacionales— han motivado que el sistema del Convenio 131 se critique por su tibieza en cuanto a los mecanismos de efectividad¹¹, resulta interesante a los efectos del presente estudio, por cuanto que marca cuál es el camino por el que puede discurrir una regulación supranacional en la materia: necesidad de una retribución suficiente desde una perspectiva material, fomentando los procesos de participación de agentes sociales y con un aparato instrumental que garantice tanto la información sobre los derechos de las personas trabajadoras como la eficaz respuesta jurídica frente a los incumplimientos.

En el marco europeo, en esta misma lógica, la Carta Social Europea, tanto en su versión primigenia de 1961 como en la versión revisada de 1996, recientemente ratificada por España, establece el derecho a una remuneración equitativa, que expresamente incluye el compromiso de “reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso”, añadiendo a continuación que “el ejercicio de estos derechos deberá asegurarse mediante convenios colectivos libremente concertados, por los medios legales de fijación de salarios, o mediante cualquier otro procedimiento adecuado a las condiciones nacionales”.

10. Aunque Reino Unido lo denunció el 25 de julio de 1985, con lo cual perdió vigencia en este estado.

11. Ballesteros, 2019, p. 1047.

El resultado que se infiere de todo lo anterior es claro; la regulación supranacional de los salarios mínimos se desarrolla en un contexto próximo al *soft law*. Nociones como suficiencia, nivel de vida decoroso y otras similares son, en el mejor de los casos, conceptos jurídicos indeterminados. Las garantías se establecen en relación con la existencia de una cantidad mínima de retribución por el trabajo asalariado y la necesidad de intervención de los agentes sociales. Es en cierto modo una garantía institucional, una exigencia de que el salario mínimo tenga unos perfiles reconocibles tanto en su cuantía como en su naturaleza imperativa y por tanto no disponible, de que en su elaboración intervengan los agentes sociales.

2. LA BASE JURÍDICA, Y LA COMPETENCIA DE LA UNIÓN EN LA MATERIA; EL ALCANCE DEL ART. 153 DEL TFUE

Establece el art. 151 del TFUE que entre los fines de la Unión Europea se encuentra la mejora de las condiciones de vida y de trabajo. Incluso en ese mismo precepto se hace expresa mención a la interpretación a luz de la Carta Social Europea de este y otros fines enunciados. Ello implica, por tanto, que esta mejora de condiciones de vida se debe relacionar con el derecho a la obtención de ingresos salariales que garanticen un nivel de vida decoroso. También alude el mismo precepto a la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, en la que de nuevo se afirma –de manera poco tajante, también es cierto– que “conviene que con arreglo a las prácticas nacionales se garantice a los trabajadores una remuneración (...) que sea suficiente para proporcionarles un nivel de vida digno”.

El art. 153 del mismo tratado establece que para conseguir dichos objetivos “la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros” en diversos ámbitos, entre los que se incluye, a los efectos que aquí interesan, el de las condiciones de trabajo, así como el de lucha contra la exclusión social. Este último punto, no obstante, se encuentra dentro de las materias en las que se atribuye a Parlamento Europeo y Consejo competencia para fomentar la cooperación e intercambios de información, pero no para dictar directivas de disposiciones mínimas. En materia de condiciones de trabajo, por el contrario, sí que se permite la legislación por el procedimiento ordinario.

Este punto de partida podría permitir incluir la regulación de los salarios mínimos dentro de esas “condiciones de trabajo”; sin embargo, el apartado quinto de este mismo art. 153 TFUE es tajante al señalar que “las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones”. Debe señalarse que, sobre esta exclusión, se ha afirmado que encuentra su fundamento, más que en una protección de la soberanía de los estados, en la centralidad de la negociación colectiva¹²; no obstante,

12. Cruz Villalón, 2021.

deber recordarse que expresamente ha establecido el TJUE que la exclusión de las remuneraciones “encuentra su razón de ser en el hecho de que la fijación del nivel de los sueldos entra dentro del ámbito de la autonomía contractual de los interlocutores sociales a nivel nacional y corresponde a la competencia de los Estados miembros en la materia”¹³. No puede pues obviarse este último inciso, que coloca ambos niveles de decisión (la autonomía colectiva y el poder normativo de los estados) en la fundamentación de la exclusión de esta materia¹⁴, y que incluso la imposibilidad de armonizar salarios en recogido en los Tratados Constitutivos se ha calificado como “compromiso ordoliberal”¹⁵.

El margen para el establecimiento de una directiva de salario mínimo europeo, por tanto, se ve notablemente reducido; es cierto que sí que existe competencia en materia de información y consulta a los trabajadores, así como en lo relativo a la representación y defensa colectivas de intereses de trabajadores y empresarios, siendo necesaria, en este último caso, la unanimidad en el Consejo y relegando al Parlamento a una posición de mera consulta.

La redacción del precepto deja claro que la Unión no puede establecer normas que impongan a los estados la forma o cuantía en que deban fijarse los salarios. Sin embargo, esto no puede interpretarse en el sentido de que no quepa afectación alguna de las retribuciones por la regulación comunitaria. Así, por poner ejemplos recientes, la Directiva de Conciliación de la Vida laboral y familiar¹⁶ impone a los estados la retribución durante los permisos de paternidad y parental (art. 8), fijando incluso una cuantía mínima por referencia a las prestaciones por protección de la salud; igualmente, en la Directiva de condiciones transparentes¹⁷ se incluyen normas relativas a la obligación de informar en materia de remuneración.

De hecho, ante la propuesta de directiva, en cuyo contenido se profundizará más adelante, desde el ámbito empresarial se plantearon explícitamente dudas acerca de la base legal. Expresamente se afirmó que el mero establecimiento de criterios

13. STJUE de 13 de Septiembre de 2007 (ECLI:EU:C:2007:509), reiterado en STJUE de 15 de abril de 2008 (ECLI:EU:C:2008:223).

14. De hecho, esta argumentación se ha utilizado por el propio TJUE para entender que no es contrario al precepto comentado el hecho de que se imponga a los Estados una prohibición de discriminación retributiva como la contenida en el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (DO 1998, L 14, p. 9). Vid. al respecto STJUE de 10 de junio de 2010 (ECLI:EU:C:2008:677).

15. Baylos Grau, 2022.

16. Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

17. Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

predefinidos que deben tenerse en cuenta impone, en la práctica, un nivel de salario mínimo a los estados¹⁸.

Desde la Confederación Sindical Europea (ETUC en sus siglas internas), por el contrario, se mantuvo la postura opuesta¹⁹; apoyándose en jurisprudencia comunitaria se afirma que las condiciones de trabajo incluyen las relativas a pagos, salarios y componentes financieros²⁰, con lo que no es posible hacer una interpretación extensiva del apartado quinto del art. 153 TFUE.

Es relevante en este punto, asimismo, recordar el principio de subsidiariedad, que implica que la legislación comunitaria debe limitarse a intervenir en aquellas situaciones en las que los Estados no pueden conseguir los objetivos de la Unión por sí mismos. Se trata de una institución en la que se combina una lógica pragmática – atribución de la competencia a quien está en mejor posición para llevarla a cabo– con otra de preservación de la soberanía estatal. Por ello, se exige desde los tratados fundacionales que se tenga especialmente en cuenta, hasta el punto que todo proyecto de acto legislativo comunitario debe contener de forma expresa una motivación “en relación con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad”²¹.

La Comisión Europea, cuando planteó la directiva²², tras subrayar que no afecta directamente al nivel de remuneraciones y que por tanto existe la base jurídica para su tramitación, analiza expresamente, cumpliendo el mandato indicado, esta cuestión. Sobre la misma, destaca que el declive de los niveles salariales, a pesar de los esfuerzos de coordinación en el marco del semestre europeo, hacen necesaria una acción conjunta en la materia. Señala asimismo la Comisión, de forma implícita, un riesgo de *dumping* social, de competencia a la baja entre Estados en materia de salarios mínimos con el ánimo de potenciar la competitividad de las empresas de cada uno de los Estados Miembros frente a los restantes. Ello lleva a firmar expresamente que “la actuación a nivel de la UE será más eficaz para reforzar los sistemas de fijación de salarios mínimos que las intervenciones a nivel nacional”.

No puede en este punto dejar de hacerse notar la potencial incongruencia entre la justificación de la base jurídica –recuérdese que se afirma que no afecta directamente al nivel de las remuneraciones– con la de la subsidiariedad, en cuyo ámbito se sostiene que la directiva es necesaria para evitar que los países sean “reacios a mejorar sus niveles de salario mínimo”.

18. Ceemet - European Tech & Industry Employers, s. f.

19. Visentini, 2021, p. 36.

20. C-307/50 – Del Cerro Alonso, C-286/06 – ‘Impact’ and C-395-396/08 – ‘Bruno’

21. Art. 5 del Protocolo (nº2) Sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, anexo al TFUE.

22. Inicialmente denominada “sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea” Bruselas, 28.10.2020 COM(2020) 682 final, 2020/0310(COD).

A mi juicio, no obstante, esta incongruencia se salva si se atiende al contenido efectivo de la directiva: la homogeneización efectiva no se refiere en ningún momento a los salarios sino a los mecanismos por los que se acuerden y las garantías para hacerlos efectivos. Es más que discutible que la Directiva por sí sola sea capaz de evitar esa competencia a la baja en costes, aunque alguno de sus elementos, como se verá, sí que pueden favorecer el resultado buscado. La Directiva tiene que ver más con los procedimientos de fijación, la participación colectiva y el control de eficacia que con el nivel de salarios. Lo prohibido, para que el art. 153 TFUE en su conjunto tenga sentido, es privar a los Estados de la capacidad de regular la fijación concreta de salarios, a través de elementos como la determinación de sus componentes o la determinación de un nivel concreto de pago mínimo, incluso como referencia a otras variables nacionales²³. De hecho, el informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos avaló esta base jurídica sin más reservas que la de concretar en el apartado 153.2.b TFUE la base jurídica (es decir, especificando el subapartado)²⁴. No obstante, no puede negarse que, como afirmó tempranamente la mejor doctrina, el reforzamiento de “la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios” es un elemento que, por medio de la posición que se otorga a la negociación colectiva, está más que presente en el texto propuesto y finalmente aprobado, lo que habría justificado incluir la letra f del mismo apartado del TFUE en la base jurídica²⁵.

Las críticas, por tanto, pueden dirigirse más a la efectividad de la medida para conseguir garantizar unas condiciones dignas en toda la Unión –esto es, modular o limitar la competencia a la baja en costes salariales– por cuanto que no establece ni siquiera un procedimiento homogéneo de fijación de salarios mínimos, como expresamente reconoce la exposición de motivos (considerando 19 del texto final²⁶). De hecho, con anterioridad a la adopción de la propuesta inicial de directiva ya se planteó que, sobre esta base jurídica (la del art. 153.2 TFUE), el texto resultante sería necesariamente limitado, proponiendo alternativamente la vía más audaz, y posiblemente algo forzada del art. 175 TFUE, que permite adoptar medidas para fomentar la cohesión social de la Unión y sus regiones²⁷.

23. Menegatti, 2021, p. 29.

24. Comisión de Asuntos Jurídicos, 2021.

25. Cruz Villalón, 2021.

26. Literalmente afirma que “la presente Directiva no pretende armonizar el nivel de los salarios mínimos en toda la Unión ni establecer ningún mecanismo uniforme para fijar los salarios mínimos”

27. Aranguiz, Garben, 2019.

3. BREVE RECORRIDO POR EL *ITER* LEGISLATIVO DE LA DIRECTIVA HASTA SU APROBACIÓN

La aspiración a una garantía comunitaria del salario mínimo no es nueva. En el año 2006, Jean Claud Juncker, entonces primer ministro luxemburgués y presidente del Eurogrupo, ya defendió la creación de un salario mínimo europeo conforme al cual cualquier persona trabajadora tuviera garantizado un salario decente²⁸, idea que reiteraría posteriormente en su campaña electoral en las elecciones al parlamento europeo tras las que alcanzaría la presidencia de la Comisión Europea. En noviembre del año 2007 el Parlamento Europeo, por 345 votos a favor, 12 en contra y dos abstenciones aprobó su resolución sobre la evaluación de la realidad social²⁹ que dedica varios de sus párrafos al salario mínimo: lo más relevante, a los efectos de este estudio, es que, tras declarar que constituye una herramienta para evitar la “pobreza de las rentas” en el §15 propone el ambicioso objetivo: pide al Consejo que acuerde una remuneración mínima del 60% del salario medio; en ese momento, según datos de Eurostat, los salarios mínimos en la Unión oscilaban entre el 49% del salario medio en Malta y el 29% en Rumanía; en la actualidad (datos de 2021) entre el 55% de Eslovenia y el 37,9% de Estonia.

La configuración de un Salario Mínimo Europeo en términos tan explícitos choca, como se ha expuesto, con la expresa prohibición del art. 153.5 TFUE, lo que llevó a alguna propuesta de implantación por la vía de la cooperación reforzada, procedimiento con escasa viabilidad dadas las resistencias de algunos estados miembros a avanzar en una legislación social³⁰.

Un punto de inflexión puede encontrarse, posiblemente, en la proclamación del Pilar Social Europeo en la cumbre de Gotemburgo en 2017. Esta declaración institucional, suscrita por Consejo, Comisión y Parlamento Europeos, que trae causa del impulso del presidente Juncker dos años atrás, carece de efecto jurídico³¹, aunque no puede negarse su valor de impulso político.

El sexto de los veinte principios de este pilar se refiere precisamente a los salarios, y expresamente indica –entre otras ideas– que “deberá garantizarse un salario mínimo adecuado que permita satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia en función de las condiciones económicas y sociales, y que al mismo tiempo salvaguarde el acceso al empleo y los incentivos para buscar trabajo”. Con apoyo en esta declaración, precisamente, se impulsó desde la comisión la “Propuesta de Directiva

28. En discurso en alemán, citado en Schulten, 2008, p. 421 y mencionado, sin referencias, también en Giovanis et al., 2021, p. 1 .

29. Parlamento Europeo, 2007.

30. Wilson, 2018, p. 80.

31. Monereo Pérez, Fernández Bernat, 2017

del Parlamento Europeo y del Consejo sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea” cuyo texto final se aprobó el 28 de octubre de 2020.

La propia denominación de la propuesta, que utiliza el plural para referirse a la remuneración regulada, da una importante pista de su función en el ordenamiento. En ningún momento pretende establecer un único salario mínimo; en palabras de la propia Comisión lo que establece la Directiva es un “marco para mejorar la adecuación de los salarios mínimos y para aumentar el acceso de los trabajadores a la protección”.

La existencia del principio expreso en favor de los salarios mínimos en el Pilar Social, suscrito como se ha indicado por todos los sujetos responsables de la acción legislativa de la Unión hacía aventurar un resultado positivo del procedimiento, incluido expresamente en las declaraciones conjuntas de 2021 y 2022 sobre prioridades legislativas³². Desde la primera ocasión en que el Parlamento Europeo tuvo ocasión de pronunciarse el apoyo fue claro: tanto para la remisión a comisión³³ como en la apertura de relaciones interinstitucionales sobre la base de la posición adoptada³⁴ las mayorías fueron claras.

La posición aprobada por el Parlamento en este momento intermedio contenía hasta sesenta enmiendas afectando tanto a los Considerandos como al contenido normativo. Así, el propio título de la directiva se trató de matizar, al añadir a los salarios mínimos adecuados el adjetivo “justos”; resulta interesante que el COREPER en sus orientaciones generales al Consejo también se refirió al título de la directiva, pero en lugar de modificar la adjetivación lo hizo con el sustantivo objeto de regulación: en su intención la directiva sería “relativa a un marco para unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea”.

En informe que sirvió de base a la propuesta aprobada inicialmente por el Parlamento Europeo³⁵, al margen de las múltiples modificaciones de los considerandos, con su indudable valor político –así, se refuerzan las referencias a la Carta Social Europea, se insiste en el adjetivo “justos” para los salarios “adecuados”, se añaden referencia a la igualdad entre sexos, la pobreza entre ocupados, colectivos vulnerables como personas trabajadoras de más edad, tiempo parcial, temporales, cedidos, de plataformas en línea, sectores poco cualificados– interesa exponer, aunque sea de forma somera, los cambios en el articulado.

Así, se propone por el Parlamento incluir expresamente la protección de los trabajadores y sus familias, subrayando así un importante aspecto de su suficiencia.

32. Documento adoptado por las tres instituciones comunitarias: Consejo, Comisión y Parlamento.

33. Votación realizada el 14 de septiembre de 2021, con 505 votos a favor, 92 en contra y 14 abstenciones.

34. Votación que tuvo lugar el 11 de noviembre de 2021, en la comisión de asuntos sociales, con 37 votos favorables, diez en contra y siete abstenciones.

35. Radtke, Jongerius, 2021

Igualmente, es destacable la expresa inclusión del sector público, que no aparecía en el texto inicial. En la fijación de salarios mínimos, además de recoger los objetivos tuitivos antes indicados, se hace alusión expresamente la garantía de un nivel de vida digno y el carácter protector de colectivos en riesgo. Entre los criterios que pretende el Parlamento Europeo que se tomen en consideración es interesante subrayar la noción de pobreza laboral y como se propone suprimir la referencia a la productividad. Es cierto que estos cambios no se acogen en la versión finalmente aprobada, aunque en esta última materia se reorienta para minorar su posible efecto sobre los salarios mínimos. Incluso se explicita la referencia al 60 % de la mediana salarial bruta y el 50 % del salario medio bruto, siquiera sea como parámetro orientativo y se trata de suprimir la existencia de salarios mínimos diferenciados para distintos grupos o colectivos de personas.

Siguiendo con las propuestas del Parlamento, en materia colectiva, se hace hincapié en la protección de la libertad de asociación y negociación colectiva, a la que propone reconocer expresamente la capacidad para fijar salarios en los convenios colectivos, más allá de la mera protección del mínimo legal o convencional. Esto se traduce posteriormente, entre otros aspectos, en la propuesta de sustitución de la mera consulta de las medidas previstas en el art.4 a la adopción en régimen de cooperación, lo que, sin requerir necesariamente acuerdo, impone un grado notablemente más intenso de diálogo con los interlocutores sociales. Asimismo, en una redacción ciertamente extensa y detallada, se propuso la inclusión de una serie de medidas de salvaguarda de la libertad sindical y de las facultades de negociación colectivas asociadas a aquella. Igualmente –y esto como se verá pasó al texto definitivo, se incrementa el umbral de negociación colectiva que, de no alcanzarse, exige intervención del Estado, pasando del 70% inicial al 80%. También es destacable la exigencia de revisión del correspondiente plan de acción (propuesto aquí cada dos años, aunque en la versión final de la directiva ha quedado en cinco años).

En lo referente a la efectividad de la directiva, al margen de otras garantías buscadas –en su mayoría no incorporadas al texto final– destaca la inclusión expresa en el art. 9, referente a la contratación pública, de los subcontratistas como sujetos sobre los que el Estado debe establecer medidas para la protección de la negociación colectiva y la normativa en materia salarial.

Este alto nivel de exigencia, en muchos casos ampliando el objeto de la directiva hacia una protección específica de la negociación colectiva y un mayor grado de concreción en las obligaciones de los estados contrasta con la visión del Consejo, que por el contrario buscaba salvaguardar precisamente la libertad de cada uno de los integrantes de la Unión en este ámbito.

La negociación entre el Parlamento Europeo y el Consejo dio lugar a un entendimiento que se plasmó en el compromiso del comunicado el 15 de junio de 2022, conforme al cual F. Dubreuil, presidente del COREPER, confirmó al presidente de

la Comisión de Empleo del Parlamento que, si el Parlamento aprobara el texto acordado informalmente en la reunión informal de seis de junio, el Consejo aprobaría dicha posición³⁶.

Tras ello, efectivamente el 14 de septiembre de este mismo año se aprobó el texto en el Parlamento y el Consejo la adoptó definitivamente el 4 de octubre de 2022, publicándose finalmente como Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea en el DOUE, Serie L 275 de 25 de octubre de este 2022.

4. EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA CONFRONTADO CON LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

4.1. Los objetivos de la directiva, su ámbito de aplicación y otras disposiciones generales

En la versión final publicada, ya en vigor y para cuya trasposición se establece la fecha del 15 de noviembre de 2024 (arts. 17 y 18), tiene por objeto “adecuar los salarios mínimos legales con el objetivo de lograr unas condiciones de vida y de trabajo dignas”, “fomentar la negociación colectiva sobre fijación de salarios” y “mejorar el acceso efectivo de los trabajadores a los derechos a la protección del salario mínimo, cuando así lo establezcan el Derecho nacional o los convenios colectivos”. Queda pues claro, como se ha dicho en tono crítico desde el ámbito sindical, una directiva de Salario Mínimo Europeo sino sobre salarios “mínimos adecuados EN la Unión Europea”³⁷.

Es destacable en este punto la ambigüedad intencional del primero de ellos – nada se dice sobre cómo determinar el nivel de “dignidad” del salario y se omite la referencia a las necesidades familiares– y la flexibilidad del tercero, con la condicionalidad del tercero. Es cierto en este punto, no obstante, que la directiva sí que acota en artículos posteriores el alcance de esta obligación empresarial.

Por otra parte, en aras a asegurar el respeto a los límites que impone la base jurídica y el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, el primer artículo de la norma también subraya la función limitada que tiene a la hora de fijar las condiciones salariales. Así, se garantiza el papel de la autonomía colectiva en la negociación y celebración de convenios, así como la competencia de los estados para fijar los niveles de los salarios mínimos –en plural, lo que permite, ya desde este primer precepto, la diferenciación de grupos– y para determinar si estos vendrán fijados normativamente por los poderes estatales o pueden establecerse por negociación

36. Dubreuil, 2022

37. Boix, 2020

colectiva. Dicho de otra forma, la directiva en su primer precepto, contiene –posiblemente no podría haber sido de otro modo, dadas las limitaciones impuestas desde los tratados al propio derecho comunitario ya expuestas– la primera renuncia: no será preciso que exista un salario mínimo común a cualquier prestación de servicios en cada uno de los estados, y los diversos que sean de aplicación pueden estar fijados tanto por la legislación o legislaciones como por la negociación colectiva, sea o no universalmente aplicable. Con ello se abre la puerta, ya desde el planteamiento de objetivos, a que determinados colectivos tengan salarios mínimos específicos, o incluso a que haya trabajadores que, por estar fuera del alcance de la negociación colectiva, no se vean protegidos por este umbral salarial.

En todo caso, resulta claro que no se evita en la directiva únicamente establecer niveles o criterios concretos de fijación salarial, sino que se renuncia, aun en lo formal, a un sistema europeo de salarios mínimos, por cuanto que establece un sistema nítidamente dual³⁸, siendo admisibles en el marco de la directiva tanto sistemas totalmente impuestos por los Estados (más allá de la participación de los interlocutores sociales en la toma de decisiones) como plenamente acordados en la negociación colectiva.

La doble opción queda claramente definida en el apartado cuarto del primer artículo de la norma. Así, para evitar que la directiva pueda entenderse como una invitación a transitar en un sentido o en otro, al margen de reiterar el pleno respeto a la negociación colectiva, indica que por un lado, ninguna disposición de la norma puede interpretarse en el sentido de imponer “la obligación de introducir un salario mínimo legal, cuando la formación de los salarios esté garantizada exclusivamente a través de convenios colectivos”; pero al mismo tiempo, tampoco puede entenderse que se esté estableciendo “la obligación de declarar que algún convenio colectivo es universalmente aplicable”.

Es también interesante atender al ámbito subjetivo de aplicación. Es una constante en el derecho comunitario más reciente el problema de la determinación de qué personas deben entenderse incluidas en la noción de trabajo por cuenta ajena, y esta directiva no se sustrae a ese debate. En nuestro derecho el concepto de salario dirige automáticamente al de trabajador por cuenta ajena, pero la forma en la que se percibe la retribución (salario o factura) no constituye en sí mismo indicio en un sentido o en otro; así, expresamente se ha establecido que “las altas en el Régimen Especial de Autónomos, el pago de licencia fiscal y la facturación con inclusión del IVA son sólo datos formales, que no se corresponden con la naturaleza del vínculo, ni definen su carácter; más bien forman parte del mecanismo que se ha puesto en marcha para tratar de descalificar la relación como laboral”³⁹.

38. Álvarez Alonso, 2021, p. 151.

39. SSTS de 18 de octubre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:6389) y 19 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1404).

La Directiva, en este sentido, se declara aplicable (art. 2) a quienes “tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido en el Derecho, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro”, incluyendo de este modo tanto el criterio formal (tipo de contrato firmado) como el material (la existencia de relación laboral). Sin embargo, se mantiene, insistamos en ello, el equilibrio de anteriores directivas: si bien no es función del derecho comunitario definir qué es un trabajador –cuestión que se remite a los derechos nacionales– al mismo tiempo no puede permitirse que por la vía de limitar excesivamente dicho concepto se evada el efecto útil de las normas armonizadoras⁴⁰. Por ello, como ya se había hecho en otras normas, se añade el inciso “teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.

Esta forma de plantear el concepto de trabajador, si bien no es innovadora, resulta interesante si se tiene en cuenta que el Considerando undécimo menciona, al establecer el ánimo protector de la directiva frente a las formas atípicas de empleo; y más expresamente, el considerando vigésimo primero señala, refiriéndose precisamente a la doctrina del TJUE, que a la luz de sus criterios “los trabajadores tanto del sector privado como del público, así como los trabajadores domésticos, los trabajadores según demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de plataformas digitales, los trabajadores en prácticas, los aprendices y otros trabajadores atípicos, así como los falsos autónomos y los trabajadores no declarados, pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”.

Se apuesta así, por tanto, por un concepto claramente material de trabajador, al que se pretende defender de la huida, más o menos lograda del derecho del trabajo y con ella de la aplicación de los salarios mínimos. Expresamente indica el mismo considerando que “falso trabajo por cuenta propia (...) debe “entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos a la actividad que se ejerce realmente, y no por la descripción de la relación que hagan las partes.” Esta inclusión se ha calificado de “crucial”⁴¹, por ser precisamente esos colectivos en las zonas grises del derecho laboral los más necesitados de protección frente a la precariedad (también) salarial.

La directiva contiene, por otra parte, disposiciones habituales en este tipo de norma que no requieren especial análisis. Así, puede citarse la cláusula de no regresión (art 16), frecuente en directivas en materia social y que evita la pérdida de derechos laborales con apoyo en la directiva y permite expresamente mayores niveles de protección a los Estados. Se recogen asimismo en el articulado los plazos de entrada

40. Cruz Villalón, 2021.

41. Álvarez Alonso, 2021, p. 152.

en vigor (veinte días desde su publicación) y límites para la transposición (15 de noviembre de 2024), con las habituales referencias a los deberes de comunicación sobre aquella a la Comisión, sin más particularidades de la expresa mención que debe hacerse sobre el papel de los interlocutores sociales (vid. infra. el epígrafe 4.4.2) .

4.2. Fomento de la negociación colectiva

Uno de los puntos en los que la directiva sea posiblemente más ambiciosa es en el fomento del diálogo social y la negociación colectiva. El hecho de que esta materia no plantee problemas competenciales con los Estados probablemente explique esta mayor intensidad regulatoria.

En efecto, el art. 4 de la Directiva, contenido en el Capítulo destinado a disposiciones generales y antes por tanto de regular los salarios mínimos establece en su apartado primero una serie de obligaciones para los Estados “con el fin de aumentar la cobertura de la negociación colectiva y facilitar el ejercicio del derecho de negociación colectiva sobre la fijación de salarios”. Es cierto que la forma de plantear estos mandatos es muy ambigua, dado que con carácter general se trata más de objetivos genéricos que de concretas obligaciones medibles o verificables y, por tanto, jurídicamente exigibles. Así, “fomentarán el desarrollo y el refuerzo de capacidades de los interlocutores sociales para participar en la negociación colectiva sobre la fijación de salarios”, “promoverán unas negociaciones constructivas, significativas e informadas sobre los salarios”, y “adoptarán medidas” para proteger a los negociadores o a quienes pretendan serlo así como a las organizaciones sindicales o patronales. Es cierto, sin embargo, que del precepto se deriva un derecho al acceso a “información adecuada” para poder negociar sobre salarios, lo que puede emplearse para reclamar a las empresas la aportación y justificación de sus propuestas, pero poco más que eso aporta este primer apartado, más allá de proteger la ya reconocida garantía de indemnidad.

Mayor interés presenta el apartado segundo, en el que establece un mandato mucho más claro: “todo Estado miembro en el que la tasa de cobertura de la negociación colectiva sea inferior a un umbral del 80 %, establecerá un marco de condiciones que favorezcan la negociación colectiva”. Aunque no se concretan las medidas, se exige la elaboración de un plan –consultado a, negociado con o incluso pactado por los interlocutores sociales– que debe incluir “un calendario claro y medidas concretas”. Estos planes deben revisarse periódicamente (al menos cada cinco años, o antes “en caso necesario”).

Sobre este punto, resulta interesante destacar que ni el Instituto Nacional de Estadística ni la Oficina Estadística de la Unión Europea publican datos sobre cobertura de la negociación colectiva en cada Estado miembro. Los datos de la Organización

Internacional del Trabajo⁴², muestran que España se sitúa, conforme al último dato disponible (2018) justo por encima del umbral exigido (80,1), pero que en cuatro de los diez años para los que existe información en esa base de datos el nivel de cobertura fue inferior a esa barrera. Los datos de la Encuesta Anual de Coste Laboral, elaborada por el INE, por el contrario, indican que de manera consistente en torno a un 90% de los trabajadores tienen determinadas sus condiciones salariales por convenios colectivos.

Al margen de las metodologías diversas que puedan estar empleándose, esta disparidad de datos pone de manifiesto la necesidad de establecer una forma clara y precisa de medición, de cara a determinar si es o no necesario el plan de acción al que se ha hecho referencia⁴³.

4.3. El concepto de salario mínimo y de salario mínimo legal

En la estructura habitual de las normas de derecho comunitario, se definen expresamente los conceptos utilizados; así, el salario mínimo será “la remuneración mínima establecida por ley o por convenios colectivos que un empleador, también del sector público, está obligado a pagar a los trabajadores por el trabajo realizado durante un período determinado”.

Por otra parte, el salario mínimo legal se define como “salario mínimo establecido por ley u otras disposiciones legales vinculantes, a excepción de los salarios mínimos fijados mediante convenios colectivos que se hayan declarado universalmente aplicables sin ningún margen de discrecionalidad por parte de la autoridad que los declara respecto del contenido de las disposiciones aplicables”.

Al margen de esta extraña técnica de reiterar la definición para incorporar un adjetivo que acota el concepto, se destaca ya una diferenciación que va a ser clave en la regulación de estos “salarios mínimos adecuados” a los que aspira la directiva.

Desde la perspectiva del derecho interno español, debe señalarse que la definición en sí misma no tiene un impacto particular, pues el Estatuto de los Trabajadores se limita, en su art. 27, a dar por hecha la existencia del salario mínimo, sin establecer una definición. Una reconstrucción de su significado en el ordenamiento jurídico español incluye algunos elementos adicionales, tales como la universalidad (se incluyen expresamente contratos formativos –art. 11 ET– relaciones laborales especiales –art.26 ET), integridad (el salario mínimo es la cuantía que se garantiza en efectivo, art. 26.1 ET) y de naturaleza totalizadora (por cuanto que “la revisión del salario mínimo interprofesional no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando estos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquel”).

42. Accesibles en <https://ilostat.ilo.org/topics/collective-bargaining/>

43. En el mismo sentido, Álvarez Alonso, 2022, p. 2.

Lo más relevante de la doble definición que recoge la directiva en realidad, es la determinación del ámbito de aplicación de buena parte de las normas de la directiva. El Capítulo II, que contiene los artículos 5 a 8, resulta únicamente de aplicación a los salarios mínimos legales; sólo sobre estos se establecen criterios de cálculo y actualización, entre otras disposiciones. A los salarios mínimos convencionales – no definidos más que por oposición– les resultarán de aplicación únicamente normas de naturaleza externa: las llamadas “disposiciones horizontales” (arts. 9 -13), pues las disposiciones finales (Capítulo IV) se refieren en realidad a la propia directiva y a obligaciones para los estados más que a afectaciones a régimen jurídico del Salario Mínimo.

4.4. El procedimiento de fijación de los salarios mínimos legales y su actualización

4.4.1. *Los criterios de fijación de los salarios mínimos*

Señala el art. 5 de la directiva que los “Estados Miembros con salarios mínimos legales establecerán los procedimientos necesarios para la fijación y actualización de los salarios mínimos legales”; la regulación en nuestro sistema apunta a una lógica similar, por cuanto que el art. 27 ET establece la fijación anual –con una revisión semestral “para el caso de que no se cumplan las previsiones sobre el índice de precios” al consumo. Lógicamente, el texto comunitario impide que en este aspecto se produzca una regresión normativa que eliminara la existencia del SMI o suprimiera su carácter revisable, pero no siendo cuestiones presentes en el panorama político español, no parece que tenga particular trascendencia.

Continúa el precepto de la Directiva señalando los criterios para la “fijación y actualización”, indicando que “se guiarán por criterios establecidos para contribuir a su adecuación, con el objetivo de lograr un nivel de vida digno, reducir la pobreza de los ocupados, fomentar la cohesión social y la convergencia social al alza, y reducir la brecha salarial de género”. La concreción de los criterios se remite a “los usos nacionales (...), las decisiones de sus organismos competentes o acuerdos tripartitos”.

Por más que dichas afirmaciones muestren una voluntad clara del legislador comunitario de avanzar en la línea de la suficiencia salarial y la progresiva eliminación de lo que se ha venido a llamar pobreza laboral, lo cierto es que la vaguedad de sus términos obligacionales lo sitúa más en la categoría de los principios inspiradores que de las reglas. No hay un mandato estricto que pueda servir para contrastar las legislaciones nacionales.

La mayor innovación –aunque depende en gran medida de la exigencia que pueda hacerse de ello por la Comisión en el control y en último término por el TJUE– es la exigencia de que los criterios se establezcan “de forma clara”, pues parece requerir

que se haga una definición vinculante que permita contrastar si, objetivamente, lo salarios mínimos fijados respetan las pautas marcadas por cada legislador interno.

Es claro que no está exigiendo la necesidad un mecanismo automático de fijación o actualización, pues el apartado tercero del mismo artículo cinco contempla esto como una opción adicional. Sin embargo, sí que señala este apartado primero que los estados “podrán decidir la ponderación relativa de dichos criterios”. El uso de la palabra ponderación lleva irremediamente a una operación matemática; en la versión inglesa y francesa de la directiva se usa la palabra “*weight*” y “*poids*”, es decir peso, que sólo puede entenderse en la vigésimo primera acepción del diccionario académico como “valor asociado a un elemento de un conjunto con el que se expresa su importancia en él”; el término utilizado en la versión española lleva igualmente a la acepción “atribuir un peso a cada elemento de un conjunto con el fin de obtener la media ponderada”.

En una lectura de conjunto, puede inferirse que ese mandato de ponderación o atribución de una importancia relativa a cada uno de los factores se refiere no tanto a la normativa de cada estado como a la decisión efectiva que en cada momento se adopte. Es decir, que en el caso español se debe entender referida a la decisión gubernamental. Dicho de otra forma, la claridad en la normativa alude a la fijación de los criterios; el ejercicio de ponderación o atribución de importancia relativa a cada uno de esos criterios puede dejarse a la acción concreta de fijación, pero resulta ineludible –para asegurar el efecto útil de la directiva– que se haga de forma expresa. Además, debe tenerse en cuenta que, en la tramitación de la propuesta, al incluirse esta ponderación, se modificó la referencia a los criterios. Así la propuesta de la Comisión establecía una definición “de forma estable y clara”, frente al definitivo “se establecerán de forma clara”. La supresión de la estabilidad (el uso del verbo “establecerán” en lugar del original “definirán” es meramente estilístico: en otros idiomas se ha mantenido este último) viene unida a la adición de la posibilidad de ponderación por los estados atendiendo a las “condiciones socioeconómicas nacionales”, que por su propia naturaleza carecen de estabilidad, sino que evolucionarán con la sociedad y la economía que las definen.

Continúa el art. 5 de la Directiva incluyendo en su apartado segundo una lista no tasada de criterios que deben tenerse en cuenta (“incluirán al menos”) algunos de ellos. En este punto, resulta obligada la comparación con el precepto español sobre la misma materia; el art. 28 ET se refiere a la capacidad del gobierno para fijar anualmente el salario mínimo, indicando lo que debe tenerse en cuenta. Para una mejor comparación, resulta recomendable reordenar los elementos contenidos en una y otra norma, para así valorar la adecuación de la normativa española. Debe resaltarse, en cualquier caso, que nada dice la legislación española sobre la ponderación de cada uno de ellos.

Criterios del art. 5.2 de la Directiva	Criterios de art. 28.2 ET
a) el poder adquisitivo de los salarios mínimos legales, teniendo en cuenta el coste de la vida;	a) El índice de precios de consumo.
b) la cuantía general de los salarios y su distribución;	d) La coyuntura económica general.
c) la tasa de crecimiento de los salarios;	c) El incremento de la participación del trabajo en la renta nacional.
d) los niveles y la evolución de la productividad nacional a largo plazo.	b) La productividad media nacional alcanzada.

Antes de realizar la comparación en sentido estricto, debe recordarse que, dado el carácter abierto de la lista enunciada en la directiva, en principio el único problema de la legislación nacional podrá ser de insuficiencia, pero no de exceso (salvo una eventual incompatibilidad material de los criterios nacionales con los comunitarios). Es decir, lo que sería eventualmente preciso modificar en aras a la correcta trasposición de la directiva se limitaría a añadir criterios, pues los estados pueden incluir más de los exigidos.

Entrando ya en el contraste de las dos normas, no parece que exista una diferencia de fondo entre la forma de referirse a la evolución de los precios (letra a, en ambos casos). Parece lógico que se tenga en cuenta la capacidad de adquirir que generan los salarios para determinar su nivel mínimo y adecuado. La directiva lo redacta de forma más clara, pero lo cierto es que el Índice de Precios al Consumo (IPC) es un agregado que valora, de forma ponderada, los diferentes bienes y servicios en que los hogares emplean sus rentas. Obviamente, podrían utilizarse otras medidas más ajustadas a los perceptores de los salarios mínimos, pues es obvio que determinados bienes y servicios se consumen en menor medida con ingresos bajos, pero no parece que pueda considerarse contrario a la directiva el utilizar esta referencia. No obstante, si se busca un mayor ajuste, posiblemente sería razonable –aunque insisto, no creo que exigible– elaborar un índice con una mayor ponderación de productos y servicios básicos, atendiendo a los criterios generales de medición de la pobreza.

La directiva comunitaria se refiere a dos parámetros específicamente relacionados con el nivel general de salarios: la cuantía general y su distribución (letra b) y su tasa de crecimiento (letra c). La norma española, por su parte, atiende a parámetros globales (la coyuntura económica general y la participación de los salarios en la renta nacional).

Debe indicarse en este punto que este último elemento de la norma española resulta algo confuso, pues ante una reducción sostenida de dicha participación no

queda claro si lo que se mandata –aun con un carácter meramente orientativo– es ajustarse al curso de los tiempos (y que por tanto el límite inferior de los salarios en relación al PIB per capita se reduzca) o si por el contrario debe adoptarse una política de rentas que “combata” esa pérdida de participación de los salarios, al menos en la parte inferior de su distribución.

Lo cierto es que, aunque ambas normas tienen presente la situación general de la economía, lo hacen desde ópticas distintas. Resultará, por tanto, a mi juicio, incorporar al sistema español la referencia a los niveles salariales. En este punto debe tenerse en cuenta el apartado cuarto de este mismo art. 5 de la Directiva. En el se establece que “los Estados miembros utilizarán valores de referencia indicativos para orientar su evaluación de la adecuación de los salarios mínimos legales. A tal fin, podrán utilizar valores de referencia indicativos comúnmente utilizados a escala internacional, como el 60 % de la mediana salarial bruta y el 50 % del salario medio bruto, y/o valores de referencia indicativos utilizados a escala nacional.”

Dejando a un lado la técnica legislativa meramente ejemplificativa del inciso final (nada ordena ni nada permite ese “podrán”), sirve bien para entender el alcance del parámetro que ahora se analiza. El nivel medio, mediano, o cualquier otra referencia estadística (por ejemplo, podrían establecerse reglas de compresión salarial, estableciendo el salario mínimo como un porcentaje de los salarios de los deciles superiores) es a lo que se refiere esa “cuantía general y su distribución”. Ese valor, sin embargo, parece más relevante a la hora de establecer *ex novo* un salario mínimo que para fijar su evolución, como ocurre en el caso del mercado de trabajo español.

Trayendo al ámbito jurídico-económico el principio de indeterminación de Heisenberg, debe hacerse notar que no tiene sentido establecer como parámetros al mismo tiempo los niveles (dimensión estática) y su crecimiento (dimensión dinámica): si se atiende al nivel general de salarios en cada momento, dará igual de donde venga (a que velocidad aumente o se reduzca ese nivel de salarios). Por el contrario, si lo que se mide es la tasa de crecimiento de los salarios, ello sólo servirá para fijar un salario mínimo en relación con otro que ya existiera en un periodo anterior.

Menos complejidad parece mostrar, al menos en cuanto a la referencia a la que atiende, la mención de la productividad que, en este caso sí, parece concebirse de un modo muy similar en una y otra norma. Resulta claro que la voluntad de los legisladores comunitario y nacional es que cuanto mayor sea la productividad del trabajo en un país, mayor sea también el salario mínimo. No obstante, no puede olvidarse que la medida de la productividad –y más aún la comparación entre países– pese a la aparente simplicidad de su concepto (relación entre los recursos empleados y lo producido), es una cuestión compleja, que según la metodología empleada puede dar lugar a resultados muy diversos⁴⁴. La diferencia terminológica (mientras que la norma

44. Pilat, Schreyer, 2003, p. 128.

española se refiere a la variable en sí misma, la comunitaria alude a su evolución) es irrelevante: en el contexto de fijación de salarios mínimos, el ET lógicamente se refiere al cambio que se haya producido. La mención del largo plazo, por su parte, puede solventarse sin problemas por una vía de interpretación conforme.

La mayor dificultad en la interpretación de cómo debe trasponerse esta directiva es, en realidad, la exigencia de “claridad”. La evaluación de la adecuación de los salarios mínimos contemplada en el apartado cuarto antes mencionado debe hacerse con “valores de referencia orientativos”; la propia noción de “criterios” parece exigir algo más de concreción que el “tener en cuenta” del art. 27 ET. Sin embargo, tal y como se viene exponiendo, el legislador comunitario expresamente rechaza la posibilidad de establecer un mecanismo uniforme y protege el espacio de la negociación colectiva (véase, por ejemplo, el considerando 19) y reconoce indirectamente la naturaleza de herramienta de política económica de los salarios mínimos (considerandos 28 y 29).

El régimen jurídico actualmente vigente se ha interpretado por la Sala tercera de nuestro Tribunal Supremo en el sentido de que “el “teniendo en cuenta” referido a los criterios del artículo 27.1 como pautas del juicio de pertinencia en la fijación del SMI lleva a una decisión prudencial por su alcance, pero de signo político en cuanto a la pertinencia y su acierto o desacierto, lo que tenga de criticable por exceso o defecto, será valorable política y no jurídicamente. Es más, cabe que conocidos los datos objetivos u objetivables o presumibles que arrojen los criterios del artículo 27.1 del ET, el Gobierno, ejerciendo su función de dirección política, opte por priorizar los mandatos y objetivos de política social deducibles del artículo 35.1 de la Constitución o los pactos internacionales o las recomendaciones antes citados.” (STS de 7 de octubre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:3031)

Queda, por todo ello, un amplio margen a la hora de configurar cómo se medirán y ponderarán cada uno de los criterios, incluyendo el margen de discrecionalidad puramente política para el gobierno. A mi juicio, la adaptación que debe realizarse, al margen de la inclusión expresa de los parámetros relativos a la evolución salarial, debe dirigirse a la claridad en la ponderación que en cada momento se haga de cada uno de los elementos que ya incluye el art. 27 ET. Así, expresiones como “Las nuevas cuantías, por último, son el resultado de tomar en consideración de forma conjunta todos los factores contemplados en el citado artículo 27.1 del Estatuto de los Trabajadores”⁴⁵ deben desaparecer y ser sustituidas por una exposición algo más detallada. Sin embargo, fuera de supuestos extremos (p.ej. un descenso del SMI en un incremento de crecimiento económico, mejora de la productividad y de los salarios, con una inflación positiva), difícilmente serán controlables.

45. Tomada del Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2022.

Es preciso, para cerrar este subapartado, mencionar el apartado tercero del art. 5, que de nuevo emplea una técnica legislativa de mera permisividad de algo que no estaba prohibido: señala que “los Estados miembros podrán utilizar además un mecanismo automático de ajuste de indexación de los salarios mínimos legales, basado en criterios apropiados”. Tiene este apartado una finalidad casi pedagógica o de recomendación, pues lógicamente, sí la norma puede establecer “con claridad” criterios cuantificables y sus ponderaciones, nada impediría un mecanismo automático de fijación. Lo único destacable en este punto es la no regresividad de estos mecanismos automáticos, pues expresamente se establece como límite, aquí sí de forma tajante e imperativa, que “la aplicación de ese mecanismo no dé lugar a una disminución del salario mínimo legal”. De cualquier modo, este mecanismo es ajeno a nuestra cultura jurídico-social, en la que la fijación del SMI tiene un eminente contenido político, por lo que es poco probable que resulte de aplicación práctica a España. El mayor efecto práctico del uso de este mecanismo es la frecuencia de actualización obligatoria, que pasa de dos años a cuatro. En todo caso, el mandato de revisión anual del art. 27 ET establece un criterio de mayor exigencia.

4.4.2. El procedimiento de aprobación y la participación de los interlocutores sociales

En lo referente al procedimiento de aprobación, sí que es necesario realizar una adaptación normativa. En la actualidad se ha entendido que la fijación del SMI es una “decisión que en sí tiene carácter de acto”⁴⁶ sin contenido normativo, y que en consecuencia no requiere dictamen del Consejo de Estado, ni de ningún otro órgano en particular. La ley se limita a exigir la “previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas” pero sin un cauce formal específico. De hecho, se ha aceptado que este trámite se ventile con una remisión y petición de opinión o informe de menos de 24 horas⁴⁷.

En este punto, el apartado sexto del art. 5 de la directiva impone la designación o creación de un órgano consultivo para asesorar sobre “cuestiones relacionadas con el salario mínimo legal”. A ello se une el art. 7 de la directiva, que bajo el título “participación de los interlocutores sociales en la fijación y actualización de los salarios mínimos legales” ordena que se implique a los interlocutores sociales. Esta implicación debe ser “oportuna y efectiva” y “a lo largo de todo el proceso de toma de decisiones”, incluyendo expresamente la participación en el órgano consultivo al que me acabo de referir.

Parece razonable, en nuestro sistema, atribuir estas competencias al Consejo Económico y Social, definido expresamente como “órgano consultivo del Gobierno en

46. STS de 7 de octubre de 2020, FJ. 4 (ECLI:ES:TS:2020:3031), reiterado, entre otras, en la STS de 29 de abril de 2021, FJ. 4, (ECLI:ES:TS:2021:1499).

47. STS de 29 de octubre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:4524

materia socioeconómica y laboral”⁴⁸, y en el que los interlocutores sociales tienen una composición mayoritaria. Ello implicaría –salvo cambio en la norma, claro está– un plazo mínimo para dictamen de 15 días, reducible por constancia gubernamental de su urgencia a no menos de 10 días⁴⁹. En todo caso, debe tenerse en cuenta que existe ya una “Comisión Asesora en materia de Salario Mínimo Interprofesional” constituida el 28 de enero de 2020 por expertos designados por el gobierno y con participación de interlocutores sociales y con una –a mi juicio–preocupante ausencia de juristas entre los expertos⁵⁰. Dicha comisión no tiene una configuración legal específica, pero no parece descartable que, en un futuro, pudiera asumir formalmente las funciones indicadas.

Al margen del órgano consultivo indicado, la participación de los interlocutores sociales en estas “cuestiones relacionadas”, además, tiene una naturaleza más intensa de lo previsto en el art. 27 ET, pues tiene un contenido expreso y detallado, que afecta tanto al propio sistema de salarios mínimos como a la fijación y evaluación concreta de su suficiencia y adecuación. Incluso el art. 17 de la directiva, relativo a la trasposición y aplicación, contempla la posibilidad de atribuirles total o parcialmente la aplicación de aquella, sin perjuicio de mantener la naturaleza de “obligado” del Estado Miembro, por lo que en tal caso habrían de establecerse las garantías oportunas.

De cualquier modo, en la participación de los mencionados interlocutores, deben separarse dos momentos claramente diferenciados. Por una parte, resulta claro que en el propio proceso de trasposición de la directiva es precisa la participación “oportuna y efectiva” de los agentes sociales. Tendrán por tanto que ser escuchados para la adaptación de los criterios del art. 27 ET a los del art. 5 de la Directiva, así como las concreciones en aras a la claridad que puedan modificarse, así como en las “variaciones y deducciones”, concepto al que más adelante haré referencia.

Por otra parte, de cara a la evaluación de la eficacia real de la directiva, la adecuación de los salarios a los valores de referencia que deben “orientar la adecuación” (art. 5.3), también se requiere esta participación, que alcanza igualmente a la recogida de datos para la elaboración de los estudios preceptivos (vid. *infra*).

Fuera del plano normativo, en el concreto de adaptación o aplicación, es decir, en la concreta fijación de salarios, no establece curiosamente mención expresa en las materias en las que “en particular” deben participar estos interlocutores, aunque sí se establece de forma genérica en el inicio del precepto. No obstante, sí qué se hace mención directa a la participación en las actualizaciones.

48. Art. 1.2 de la Ley 21/1991, de 17 de junio, por la que se crea el Consejo Económico y Social.

49. Art. 7.3 de la Ley citada en la nota anterior.

50. La constitución de esta comisión es puramente política, sin apoyo normativo explícito. Puede verse su composición en la nota de prensa publicada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social el 28 de enero de 2016 (<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Paginas/2021/280121-smi.aspx>).

Por ello, resulta claro que, en la línea antes apuntada, resulta ineludible reforzar los cauces de participación, para superar la concepción actual de interlocución que, en esta materia, resulta más formal que efectiva, dada la amplia interpretación de la discrecionalidad política y la limitada exigencia de participación que ha aplicado la sala tercera del Tribunal Supremo, tal vez por su menor sensibilidad a las cuestiones sociales que la que pudiera tener la sala cuarta.

4.5. Los mecanismos de información y efectividad

4.5.1. *La efectividad desde la perspectiva individual: información*

El cumplimiento de las obligaciones en materia laboral, especialmente cuando se trata de tutelar los intereses y derechos de las personas que se encuentran en situaciones de precariedad, resulta tanto o más importante que la propia norma. Para que cualquier norma de espíritu protector sea eficaz, resulta cabal entender que son dos las condiciones previas: que las personas a las que se pretenda conocer conozcan sus derechos y que se establezcan los cauces adecuados para su ejercicio. Por último, aunque íntimamente relacionado con lo anterior, el conjunto del sistema debe establecer los incentivos adecuados para que la parte beneficiaria –típicamente la persona trabajadora– y la parte obligada –típicamente la empresa– sean proclives al cumplimiento de lo ordenado. Pues bien, en estos tres puntos la directiva trata de avanzar.

En primer lugar, en el plano de la información, el art.14 de la Directiva impone un deber general a los Estados para hacer llegar a todos los actores –“trabajadores” y “empresarios, incluidas las pymes”– tanto las disposiciones ya vigentes como los actos de transposición.

Más acotado, establece el art. 11 un mandato específico relativo a información sobre la protección del Salario Mínimo. Así, ordena a los estados la garantía de que la información de los derechos y deberes de la directiva esté “a disposición del público”, incluyendo la adecuación lingüística. Al margen de la accesibilidad a las personas con discapacidad –que implícitamente ya deriva del mandato general de los art.22 y siguientes de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁵¹– es un mandato quizá demasiado genérico. Es cierto, por otra parte, que parte del contenido que tiene que ser objeto de información (la protección del salario mínimo) parece acotarse a los convenios colectivos universalmente aplicables. El mandato, en su caso, justificará acciones divulgativas o informativas en sectores con mayor presencia de economía no declarada (y por tanto de mayor dificultad de control público y acceso sindical), incluso con traducción a lenguas no oficiales, cuando sean las de más frecuente conocimiento entre las personas trabajadoras afectadas.

51. Cuyo texto refundido se aprobó por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

En todo caso, nuestro sistema de fijación legal y de ámbito estatal y universal facilita en gran medida que la información básica sea ampliamente conocida: al margen de su publicación en las webs oficiales, los medios de comunicación masiva suelen dar amplia cobertura a la noticia de la fijación anual del SMI.

4.5.2. *La protección de la percepción efectiva del salario mínimo*

Son diferentes herramientas las previstas para asegurar el salario mínimo como medio de vida de la persona trabajadora. En primer lugar, en el capítulo dedicado a los salarios mínimos legales el art. 6 lleva por título “variaciones y deducciones”. Bajo esta rúbrica se establece que –para el caso de que se establezcan unas u otras afectando al salario mínimo legal– estas no sean discriminatorias y respeten la proporcionalidad, lo que implica, según se indica expresamente, la existencia de una finalidad legítima.

Las variaciones a las que se refiere este precepto son las modulaciones que pudieran fijarse en atención a diversos criterios. En nuestro sistema, desaparecida la establecida por razón de edad –con un salario mínimo inferior para los menores de 18 años– en el año 1998⁵² la única existente es la proporcionalidad a la jornada realizada, que no plantea –pese a la feminización del trabajo a tiempo parcial– problemas desde la perspectiva del derecho a la igualdad. Resulta obvio que la fijación de un salario mínimo en términos absolutos (independiente del tiempo trabajado) supondría una disuasión casi absoluta del trabajo a tiempo parcial, pues difícilmente podría abonarse para jornadas reducidas.

Las deducciones, por su parte, son las cantidades que puedan detraerse fijada como salario mínimo y que tengan por efecto una percepción efectiva inferior. En este sentido, en derecho español se aplicarán las cotizaciones sociales que corresponden a la persona trabajadora –un máximo del 6,4 por ciento⁵³–, que por su cuantía y naturaleza satisfacen los principios señalados. No obstante, debe señalarse en este punto que en el sistema especial de seguridad social aplicable al empleo al servicio del hogar familiar la regulación sí que puede suponer una distorsión. Debe recordarse que el empleo doméstico está eminentemente feminizado –9 de cada 10

52. Señala la Exposición de motivos del Real Decreto 2015/1997, de 26 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 1998 que se culmina así el proceso de aproximación iniciado en 1996.

53. Sumando las cuotas que corresponden por contingencias comunes, desempleo (en caso de trabajadores temporales, un 0,05% menos en contratos indefinidos) y formación. Datos conformes al art. 106 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, y su desarrollo por la Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2022.

personas que realizan esta actividad económica son mujeres⁵⁴– y que recientemente España ha tenido que adaptar su régimen de protección por desempleo para evitar el trato discriminatorio⁵⁵. Pues bien, el sistema de tramos en el cálculo de las cuotas establecido para esta clase de trabajo implica considerar bases de cotización diferentes a lo efectivamente percibido. Los tramos de cotización establecen una base ficticia, que en la práctica para los salarios inferiores al SMI imponen una recaudación que, en promedio, es superior a la efectivamente percibida⁵⁶. Esto es especialmente relevante si se tiene en cuenta que un 59,3% de las mujeres que realizan esta actividad están empleadas a tiempo parcial⁵⁷. Aunque es cierto que esto supone, en cierto modo, un plus de protección desde la perspectiva de la Seguridad Social –mayores bases de cotización implican mayores prestaciones– desde la perspectiva de la protección del SMI frente a deducciones sí que puede interpretarse como discriminatorio, pues afecta, sin justificación suficiente, de forma notablemente superior a las mujeres que a los hombres⁵⁸, lo que puede interpretarse como una discriminación indirecta.

En materia tributaria, por el contrario, las cantidades inferiores al salario mínimo (incluso superiores, dependiendo de la situación familiar de la persona contribuyente) sí que están exentas de retenciones, por lo que en este punto el ajuste a la directiva no plantea duda alguna.

Al margen de esas deducciones de derecho público, en nuestro sistema el salario mínimo se protege con claridad frente a las deducciones, y se garantiza siempre en dinero (art. 26.1 ET). Además, es inembargable en su cuantía –lo que en la práctica supone la prohibición de deducciones– y en cuantías superiores sólo parcialmente, de conformidad con el art. 607 LEC. Esta inembargabilidad, debe recordarse, es una protección que comparte lógica con la naturaleza del salario mínimo como garantía de vida. No se trata de fijar por el poder público un pago justo por el salario realizado

54. Conforme al último dato de la EPA disponible, el 90,1 % de las personas que trabajan al servicio de los hogares son mujeres. Esta ratio ha oscilado en toda la serie temporal entre el 85,8% en el primer trimestre de 2021 y el 93,8% en el segundo de 2008.

55. La STJUE de 24 de febrero de 2022 (ECLI:EU:C:2022:120), en el asunto C-389/20 declaró que “el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

56. En todos los tramos inferiores al SMI la base de cotización es superior al salario medio del tramo al que se aplica.

57. EPA del tercer trimestre de 2022.

58. En números absolutos, conforme al último dato publicado (tercer trimestre de 2022), son 283.600 las mujeres empleadas al servicio de los hogares a tiempo parcial, frente a sólo 12.700 hombres, es decir, veintidós veces más.

—en ese punto el convenio colectivo tendrá una capacidad infinitamente superior—, sino de garantizar los medios de vida de la persona trabajadora. Por ello, la inembargabilidad se predica del salario mínimo como cuantía adecuada para la subsistencia y no se reduce proporcionalmente con el trabajo realizado, ni en el caso de haber sido efectuado a tiempo parcial⁵⁹, ni por haber trabajado sólo una parte del mes⁶⁰.

4.5.3. Reacción frente a incumplimientos y garantías

Para hacer efectivo el derecho a la percepción del salario mínimo contempla adicionalmente la Directiva la necesidad de articular una tutela que podemos calificar como reactiva. Desde el plano individual, el art. 12.1 contempla la necesidad de reparación en caso de vulneración de los derechos en materia de salario mínimo. Ello implica, desde luego, el derecho al cobro de las cantidades que, debiéndose haber pagado, no se hayan abonado, pero posiblemente también una reparación integral del daño. Debe tenerse en cuenta que la infrarremuneración puede haber producido perjuicios financieros o de otro tipo, pues en los niveles retributivos a los que afectan estos salarios el pago de una cantidad inferior puede implicar que la persona trabajadora no pueda hacer frente a obligaciones contraídas. Así, sin que exista presunción alguna que limite la carga probatoria de quien alega la producción de un daño, siempre que se acredite un perjuicio derivado de la falta de pago del salario mínimo, este debe ser compensado. El mecanismo concreto (judicial, administrativo, arbitral,...), en buena lógica, se deja a los estados.

En el derecho español no existe ninguna restricción a este tipo de exigencias, más allá de la prescripción general de las acciones labores en el plazo de un año que, a mi juicio, no resulta desproporcionada. La exigencia de una “resolución de litigios efectiva, oportuna e imparcial” queda pues, suficientemente satisfecha con las disposiciones procesales generales, sin perjuicio de que las eventuales dilaciones judiciales ocasionadas por la falta de medios puedan suponer, en el caso concreto, un incumplimiento.

El apartado segundo de este art. 12 de la Directiva, por su parte, contempla una forma específica de garantía de indemnidad. Así, se establece para los Estados el deber de proteger a personas trabajadoras y sus representantes frente a “cualquier trato desfavorable por parte del empleador y contra cualquier consecuencia adversa derivada

59. Criterio este compartido por la Dirección General de Tributos, en las consultas vinculantes V0496-18, de 22 de febrero de 2018 (accesible en https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V0496-18) y V2805-20, de 14 de septiembre de 2020, (https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V2805-20).

60. Consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos V2029-16, de 11 de mayo de 2016 (https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V2029-16) y V3125-18, de 4 de diciembre de 2018 (https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V3125-18).

de una denuncia presentada ante el empleador o de cualquier procedimiento incoado con el fin de hacer cumplir la ley, en caso de vulneración de los derechos relativos a la protección del salario mínimo”. Dada la conexión de este tipo de acciones con el derecho a la tutela judicial efectiva, la consecuencia de este tipo de conductas lesivas será la nulidad y, eventualmente, la indemnización correspondiente, por lo que tampoco resulta especialmente problemática la incorporación de este punto a nuestro derecho interno.

Añade el art. 13, bajo la rúbrica “sanciones”, una reacción adicional del derecho ante el incumplimiento. Aunque una lectura superficial pudiera llevar a pensar que se impone la sanción administrativa (o incluso penal), lo cierto es que expresamente se permite que las consecuencias sean meramente contractuales, lo que enlaza con el derecho a reparación al que acabo de referirme y que recoge el precepto inmediatamente anterior de la Directiva. De cualquier forma, tampoco este punto requiere una actuación específica de transposición por parte del estado español, toda vez que el art. 7.10 LISOS ya contempla como infracción grave “establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente”, lo que conlleva sanciones, en función de las circunstancias concurrentes, multas de 751 a 7 500 euros.

4.5.4. *Contratación pública y salarios mínimos*

Tras unos inicios históricos en los que la defensa de la libertad de establecimiento y la protección de la competencia se priorizaba de forma nítida frente a la tutela de derechos sociales, la progresiva construcción de una “Europa Social” llevó a la directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública a reconocer en su art. 18 un “reconocimiento de estándares laborales en la ejecución”, elevando a texto lo que en anteriores directivas sólo aparecía en los considerandos⁶¹: la exigencia de que los Estados miembros garanticen, en la ejecución de los contratos públicos, el cumplimiento de las obligaciones aplicables en materia social o laboral (entre otras), ya procedan del derecho comunitario o nacional, incluidos convenios colectivos e incluso ciertas disposiciones de derecho internacional.

En ese contexto normativo, no puede sorprender que el art. 9 de la Directiva que aquí se analiza refiriéndose a la antes mencionada y a las de igual fecha y materia⁶² establezca un deber general de garantizar el cumplimiento de “obligaciones aplicables sobre salarios, el derecho de sindicación y la negociación colectiva sobre la fijación de

61. Miranda Boto, 2016, p. 80.

62. Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la más específica Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

salarios, en el ámbito del Derecho social y laboral”. Este precepto, por tanto, tiene una naturaleza esencialmente reiterativa, pedagógica si se quiere. Siendo relevante su contenido, no aporta nada sobre lo que ya exigían las directivas anteriores, y es significativo que, de hecho, ni siquiera se refiere expresamente al salario mínimo.

En todo caso, debe recordarse que ya antes de la directiva mencionada, con base en el menos exigente art. 26 de la sustituida Directiva 2004/18⁶³ —en el que simplemente se permitían “condiciones de ejecución” referidas a condiciones de tipo social— ya el TJUE había admitido la exigencia de salarios mínimos en el asunto *Regio Post*⁶⁴, enmendado en cierto modo⁶⁵ las muy restrictivas desde la perspectiva tuitiva de los salarios dictadas en los asuntos *Rüffert*⁶⁶ y *Bundesdruckerei*⁶⁷.

La legislación española de contratación pública⁶⁸, por su parte, contempla tanto la necesidad de desglosar salarios suficientes desde la perspectiva legal y convencional en el presupuesto base de licitación (art. 100 LCSP) como la posibilidad de imponer penalidades al incumplimiento de las obligaciones salariales (art. 201 LCSP).

4.5.5. Adecuación, evaluación y revisión de los salarios mínimos

La escasa capacidad de la Unión para imponer niveles salariales o estructuras retributivas a los estados se ha compensado en gran medida en esta directiva con una importante carga analítica, que tiene el objetivo, a mi juicio, de poner de manifiesto, en su caso, las insuficiencias retributivas para generar así una cierta presión social para su elevación.

Así, el extenso artículo 10 de la Directiva establece el deber de tener “herramientas eficaces de recogida de datos para hacer el seguimiento de la protección del salario mínimo”. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que existen en España abundantes fuentes de información de las que dispone el estado, aunque no siempre están accesibles para terceros, en gran medida por las necesidades que impone la debida protección de datos de carácter personal:

- La información relativa a las cotizaciones de seguridad social, pues aunque las bases de cotización y el salario no sean exactamente coincidentes, están íntimamente relacionados.

63. 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 suministro y de servicios.

64. STJUE de 17 de noviembre de 2015 (ECLI:EU:C:2015:760), asunto C115/14.

65. Un análisis más detallado de las diferentes resoluciones se puede encontrar en Miranda Boto, 2016

66. STJUE de 3 de abril de 2008 (ECLI:EU:C:2008:189), asunto C-346/06.

67. STJUE de 18 de septiembre de 2014 (ECLI:EU:C:2014:2235), asunto C-59/13.

68. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Citada en este trabajo como LCSP.

- En materia tributaria, las empresas tienen obligación de declarar los ingresos, aun cuando en determinados casos (especialmente en bases imponibles bajas) no exista obligación de retener (art. 108.1 in fine RIPRF).
- En el ámbito estadístico, la encuesta trimestral de coste laboral recoge algunos agregados, lo que no permite, por tanto, distinguir los niveles retributivos de cada persona empleada. Sin embargo, sí que se consulta sobre la fuente reguladora del salario, lo que permite conocer información sobre la cobertura efectiva de la negociación colectiva.
- En el mismo sentido, las estadísticas publicadas por el Ministerio de Trabajo y Economía Social en materia de negociación colectiva sobre trabajadores cubiertos por la negociación colectiva permiten estimar la cobertura.

En todo caso, sin perjuicio de cómo se administre esta información, que como indico ya existe y simplemente requiere de una sistematización, ello debe llevar a la presentación de un informe bienal antes del 1 de octubre. El primero de ellos, excepcionalmente comprende tres años (2021-2023) y debe presentarse antes del 1 de octubre de 2025), con los datos disponibles a 15 de noviembre de 2024.

El contenido de este informe variará en función de la opción del Estado por el establecimiento de un salario mínimo legal (como en el caso de España) o la remisión a la negociación colectiva. En el primer caso, el relevante a efectos españoles, se combinan elementos estadísticos (cuantitativos: tasa de cobertura de la negociación colectiva y su evolución, proporción de trabajadores cubiertos por el salario mínimo, así como –si hay datos disponibles– los afectados por las variaciones) con otros de naturaleza normativa (cuantía del salario mínimo, descripción de deducciones y variaciones y su motivación).

Estas informaciones se deben desglosar por “género, edad, discapacidad, tamaño de la empresa y sector”, aunque sólo en la medida que estén disponibles estos datos. Dicho de otra forma, no existe una obligación para los estados de recoger la información con ese nivel de desagregación, pero si se hace debe incluirse en el análisis.

Es interesante distinguir este informe de aquellos que puedan realizar los órganos consultivos a los que se ha hecho referencia; debe recordarse en este punto que “las decisiones relativas tanto a la recogida de datos como a la realización de estudios y análisis” deben ser consultadas a los interlocutores sociales (art. 7.e de la directiva). Dado que parece que difícilmente se podrá privar al órgano consultivo de la información que se remite a la Comisión Europea, parece razonable entender que los datos que sirven de base en ambos casos serán comunes, con lo que en este punto debe también tenerse en cuenta a los interlocutores sociales.

En el ámbito de la evaluación del efecto, no puede olvidarse tampoco el apartado cuarto del art. 5 de la directiva, que establece el deber a los Estados Miembros de utilizar “valores de referencia indicativos para orientar su evaluación de la adecuación de

los salarios mínimos legales” poniendo para ello como ejemplos (y nada más que eso) el 60 % de la mediana salarial bruta y el 50 % del salario medio bruto.

A nivel global, toda la información aportada por los Estados está llamada a conformar una base de conocimiento sobre la que avanzar en el cumplimiento de los objetivos de suficiencia salarial. Por ello, el art. 15 contiene un mandato de evaluación y revisión para la Comisión Europea que debe llevarse a cabo no más tarde del 15 de noviembre de 2029, es decir, un mes después de vencer el plazo para la presentación por los estados del tercer informe bienal, que debe servir de base, en caso de estimarse necesario, para proponer modificaciones a la directiva.

5. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS

- Álvarez Alonso, Diego (2021), Salarios mínimos en la Unión Europea: propuesta de Directiva e implicaciones para España, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 151, 33-55.
- Álvarez Alonso, Diego (2022), La Directiva 2022/2041 sobre Salarios Mínimos Adecuados en la Unión Europea, *Briefs de la AEDTSS*, 2.
- Aranguiz, Ane; Garben, Sacha (2019), Confronting the Competence Conundrum of an EU Directive on Minimum Wages: In Search of a Legal Basis, *College Of Europe Policy Brief*, 9.19, 5.
- Ballesteros, David Estrada (2019), Convenio sobre la fijación de salarios mínimos 1970 (núm. 131), *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 7(Extra 0), 1033-1048.
- Baylos Grau, Antonio (2022, octubre 28), La Directiva sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, *Nuevatribuna*. <https://www.nuevatribuna.es/articulo/global/directiva-salarios-minimos-adecuados-union-europea-laboral-ue/20221028130805204416.html>
- Boix, Isidor (2020, diciembre 19), Directiva europea sobre salarios mínimos: importante impulso a la negociación colectiva nacional, *Nueva Tribuna*. <https://www.nuevatribuna.es/articulo/global/directiva-europea-salarios-minimos-negociacion-colectiva-laboral-sindicatos/20201119183750181425.html>
- Ceemet - European Tech & Industry Employers (s. f.), *Adequate Minimum Wages. Imposing law on a questionable legal basis*. Recuperado 18 de octubre de 2022, de <https://www.ceemet.org/policy-priorities/adequate-minimum-wages/>
- Comisión de Asuntos Jurídicos (2021), *Opinión sobre la base jurídica de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea (COM(2020)0682 – C9-0337/2020 – 2020/0310(COD))* (PE699.235v01-00), Parlamento Europeo. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-AL-699235_ES.pdf

- Cruz Villalón, Jesús (2021, abril 12), La promoción de Salarios Mínimos Adecuados en la Unión Europea, *Blog de Jesús Cruz Villalón*. <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/04/la-promocion-de-salarios-minimos.html>
- Dubreuil, Fabrice (2022, junio 15), *Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à des salaires minimaux adéquats dans l'Union européenne*. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/empl/lcag/2022/06-15/EMPL_LA\(2022\)004578_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/empl/lcag/2022/06-15/EMPL_LA(2022)004578_EN.pdf)
- Fernández-Macías, Enrique; Vacas-Soriano, Carlos (2016), A coordinated European Union minimum wage policy?, *European Journal of Industrial Relations*, 22(2), 97-113. <https://doi.org/10.1177/0959680115610725>
- Gimeno Díaz de Aauri, Pablo (2022), Los salarios mínimos en la España y la Europa que vienen. Algunas reflexiones interdisciplinarias, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 3(2), 184-196. <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7068>
- Giovanis, Nikolaos; Konstantinidis, Christos; Tsiouni, Maria (2021), Factors affecting minimum wage in developed and less developed countries, *International Journal of Scientific Research and Innovative Studies*, 1. <https://doi.org/doi.org/10.33500/ijrsris.2021.01.001>
- Kampelmann, Stephan; Garnero, Andrea; Rycx, François (2013), *Minimum wages in Europe: does the diversity of systems lead to a diversity of outcomes?*, ETUI, European Trade Union Institute.
- Menegatti, Emanuele (2021), Much ado about little: The Commission proposal for a Directive on adequate wages, *Italian Labour Law E-Journal*, 21-32 Pages. <https://doi.org/10.6092/ISSN.1561-8048/13369>
- Miranda Boto, José María (2016), Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 6(2), 69-91.
- Monereo Pérez, José Luis; Fernández Bernat, Juan Antonio (2017), El pilar europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social, *Diario La Ley*, 9001, 1.
- Parlamento Europeo (2007), *Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2007, sobre la evaluación de la realidad social (P6_TA(2007)0541)*. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2007-0541_ES.pdf
- Pilat, Dirk; Schreyer, Paul (2003), Measuring productivity, *OECD Economic Studies*, 2001(2), 127-170. https://doi.org/10.1787/eco_studies-v2001-art13-en
- Radtke, Agnes; Jongerius, Dennis (2021), *Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea | | Parlamento europeo* (N.º A9-0325/2021), Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, Parlamento Europeo. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0325_ES.html

- Schulten, Thorsten (2008), Towards a European Minimum Wage Policy? Fair Wages and Social Europe, *European Journal of Industrial Relations*, 14(4), 421-439. <https://doi.org/10.1177/0959680108097494>
- Schulten, Thorsten (2012), European minimum wage policy: A concept for wage-led growth and fair wages in Europe, *International Journal of Labour Research*, 4(1), 85.
- Seeliger, Martin (2018), Why Do (Some) European Trade Unions Reject Minimum Wage Regulation?, *Culture, Practice & Europeanization*, 3(1), 37-46. <https://doi.org/10.5771/2566-7742-2018-1-37>
- Taylor, Frederick Winslow (1970), *Management científico* (1ª ed. en lengua castellana.), Oikos-tau: Oikos-Tau.
- Visentini, Luca (2021), Directive on Adequate Minimum Wages: European institutions must respect the promise made to workers!, *Italian Labour Law E-Journal*, 33-39 Pages. <https://doi.org/10.6092/ISSN.1561-8048/13371>
- Webb, Sidney (1912), The Economic Theory of a Legal Minimum Wage, *Journal of Political Economy*, 20(10), 973-998.
- Wilson, George Robert (2018), *Investigating the idea of a European Union minimum wage policy: a socio-legal perspective* [School of Law, University of Leeds]. <https://core.ac.uk/download/pdf/161937849.pdf>