

LA INTRODUCCIÓN DE UN SALARIO MÍNIMO LEGAL INTERPROFESIONAL EN ALEMANIA*

[THE INTRODUCTION OF A STATUTORY INTERPROFESSIONAL MINIMUM WAGE IN GERMANY]

Holger Brecht-Heitzmann

Fecha de recepción: 28 de enero de 2015
Fecha de aceptación: 13 de febrero de 2015

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. DESARROLLO JURÍDICO.- 1. Declaración de eficacia general al amparo del parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo (TVG).- 2. Establecimiento a través de los Comités del trabajo a domicilio a que se refiere el parágrafo 19 de la Ley del trabajo a domicilio (HAG).- 3. La Ley de condiciones de trabajo mínimas (MiArbG).- 4. Extensión de normas jurídicas a través de la Ley de desplazamiento del trabajador (AEntG).- 5. Los límites salariales a que se refiere el parágrafo 3a de la Ley de cesión de trabajadores (AÜG).- 6. Reglas legales adicionales.- III. LA LEY DE REFORZAMIENTO DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA.- 1. Concepción de la Ley del salario mínimo (MiLoG).- 2. Modo de cálculo.- 3. Reglas excepcionales.- 4. Inderogabilidad.- 5. Relación con los demás límites salariales.- IV. LAS REGLAS DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA (ESC).- V. CONCLUSIÓN.

Contents: I. INTRODUCTION.- II. LEGAL DEVELOPMENT.- 1. Declaration of generally binding nature in accordance with section 5 of the Collective Agreements Act. 2. Regulation by home work committees in accordance with section 19 of the Home Work Act.- 3. Minimum Working Conditions Act.- 4. Legal norm extension by means of the Law on the posting of workers.- 5. Minimum wage level in accordance with section 3a of the Act on temporary employment businesses.- 6. Other legal regulations.- III. ACT REINFORCING COLLECTIVE BARGAINING AUTONOMY.- 1. Conception of the minimum wage Law.- 2. Mode of calculation.- 3. Exception regulations.- 4. Imperative nature.- 5. Relation to other minimum wage levels.- IV. PROVISIONS OF THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER.- V. CONCLUSION.

* Traducción al castellano, desde el alemán original („Die Einführung eines branchenübergreifenden gesetzlichen Mindestlohns in Deutschland”), de Jesús Martínez Girón.

Resumen: Desde 1 enero 2015, se aplica en Alemania un salario mínimo interprofesional de 8,50 euros por hora. El artículo describe el desarrollo jurídico, especialmente las posibilidades de declaración de eficacia general del parágrafo 5 de la Ley del convenio colectivo y la extensión de normas jurídicas por medio de la Ley de desplazamiento del trabajador. Además, explica la concepción del salario mínimo legal y cuestiones jurídicas abiertas. Finalmente, el autor establece que Alemania no cumple todavía su obligación de garantizar el derecho a una remuneración justa de conformidad con el art. 4, apartado 1, de la Carta Social Europea.

Abstract: Since 1 January 2015, a cross-sector minimum wage of € 8.50 gross per hour has been applicable in Germany. The article describes the legal development, especially the possibilities of a declaration of generally binding nature in section 5 of the Collective Agreements Act and a legal norm extension by means of the Law on the Posting of Workers. Furthermore, it explains the conception of the Minimum Wage Law and open legal questions. Finally, the author states that Germany still does not fulfil its obligation to guarantee the right to fair remuneration according to Art. 4 Para. 1 of the European Social Charter.

Palabras clave: salario mínimo — declaración de eficacia general — derecho a una remuneración justa — Carta Social Europea — Alemania.

Keywords: minimum wage — declaration of generally binding nature — right to fair remuneration — European Social Charter — Germany.

* * *

I. INTRODUCCIÓN

El empleo con salarios bajos se ha incrementado fuertemente en Alemania desde mediados de los años 90, de manera que desde entonces Alemania ha ocupado una posición líder en comparación con Europa¹. Según un estudio, hasta 6,6 millones de trabajadores percibían en el año 2012 un salario por debajo de 8,50 euros y 1,7 millones ganaban incluso menos de 5,00 euros brutos por hora². Están afectados especialmente por esto, ante todo, los trabajadores con hijos, los trabajadores a tiempo parcial, las mujeres, personas con menos de 20 o con más de 65 años, así como trabajadores manuales y desempleados³.

Desde 1.1.2015, está vigente en Alemania por vez primera un salario mínimo legal interprofesional en cuantía de 8,50 euros. Según el Ministerio Federal de Trabajo y de Seguridad Social, 3,7 millones de trabajadores se beneficiarán de la introducción del salario mínimo⁴. Hasta 2014 había sólo límites salariales vinculantes en sectores concretos. En lo que sigue, se describe en primer lugar el desarrollo jurídico. A ello se añade una descripción detallada de la nueva Ley del salario mínimo. Finalmente, debe analizarse en qué medida cumple Alemania con sus obligaciones internacionales, en especial las que derivan del artículo 4 de la Carta Social Europea.

II. DESARROLLO JURÍDICO

En primer lugar, debe exponerse qué posibilidades legales existían antes de la introducción del salario mínimo, para establecer en sectores concretos límites

¹ *Teitzer/Fritsch/Verwiebe*, WSI-Mitteilungen 2014, 257, 261; *Bosch/Weinkopf*, Zur Einführung des gesetzlichen Mindestlohns von 8,50 € in Deutschland, HBS-Arbeitspapier 304, 2014, S. 11.

² *Kalina/Weinkopf*, Niedriglohnbeschäftigung 2012 und was ein gesetzlicher Mindestlohn von 8,50 € verändern könnte, IAQ-Report 02/2012, p.6. *Amlinger, Bispinck, Schulten*, Niedriglohnsektor: Jeder Dritte ohne Mindestlohn? WSI Report Nr. 12, 2014, p. 4, calcularon, frente a ello, que 5,25 millones de trabajadores ganaban menos de 8,50 € y 1,28 millones de trabajadores ganaban por debajo de 5,00 € brutos por hora. Cfr. también *Brenke*, Mindestlohn: Zahl der anspruchsberechtigten Arbeitnehmer wird weit unter fünf Millionen liegen, DIW Wochenbericht Nr. 5, 2014, p. 71, por consiguientes 5,2 millones de trabajadores percibían menos de 8,50 €.

³ *Ehrentraut/Matuschke/Schmutz/Schüssler*, Fiskalische Effekte eines gesetzlichen Mindestlohns, WISO-Diskurs, 2011.

⁴ *Bundeministerium für Arbeit und Soziales*, Der Mindestlohn gilt! Stand: 1. Januar 2015, <http://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/Meldungen/der-mindestlohn-gilt.html> (último acceso: 25.03.2015).

salariales vinculantes. La mayor parte de estas regulaciones seguirá también teniendo sentido, tras la introducción del salario mínimo de 8,50 euros.

1. Declaración de eficacia general al amparo del párrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo (TVG)

Según el Derecho convencional alemán, las normas jurídicas de un convenio colectivo se aplican directamente y obligatoriamente a los obligados por el convenio de ambas partes, que estén comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo (párrafo 4, apartado 1, de la TVG). En virtud del párrafo 3, apartado 1, de la TVG, obligados por el convenio colectivo son los afiliados a las partes del convenio colectivo, así como el empresario que ha celebrado por sí mismo un convenio colectivo empresarial. Los empresarios obligados por el convenio colectivo asumen típicamente cláusulas de remisión en sus contratos de trabajo, a través de las cuales se aplica el convenio colectivo vigente en la empresa, sobre una base contractual individual, también a los no afiliados al sindicato⁵.

La declaración de eficacia general de las normas convencionales ofrece una posibilidad de ampliar el ámbito de los convenios colectivos, también a los externos. Estaba ya prevista en el párrafo 1, apartado 2, de la Ordenanza Convencional de 23 diciembre 1918⁶, y se acordaba y publicaba antes de la creación de la República Federal en el párrafo 5 de la TVG, por el Consejo Económico del Espacio Económico Unido⁷.

Según el párrafo 5, apartado 1, de la TVG⁸, el Ministerio Federal de Trabajo y de Seguridad Social puede declarar la eficacia general de un convenio colectivo, de acuerdo con la Comisión convencional compuesta por tres representantes de las asociaciones centrales de empresarios y de trabajadores, a petición de las partes del convenio colectivo, si la declaración de eficacia general se presenta como necesaria para el interés público. En virtud del párrafo 5, apartado 4, de la TVG, esto tiene la consecuencia jurídica de que las normas jurídicas del convenio colectivo también comprenden en su ámbito de aplicación a los empresarios y trabajadores hasta entonces no vinculados por el convenio.

⁵ *Brecht-Heitzmann*, en: *Kempen/Zachert*, TVG, 5ª ed., 2014, Marg. § 3, 159 ss.

⁶ *Wank*, en: *Wiedemann*, TVG, 7ª ed., 2007, Marg. § 5, 7.

⁷ Cfr. *BVerfG* 24.5.1977, 2 BvL 11/74, AP Nr. 15 en § 5 TVG; a la vez decisión fundamental sobre la admisibilidad constitucional de la declaración de eficacia general.

⁸ En la parte de la redacción vigente a 16.8.2014, véase Art. 5 núm. 1 y Art. 15 ap. 1 Ley de reforzamiento de la autonomía colectiva de 11.8.2014, Boletín Oficial Federal I 1348.

Como regla, la declaración de eficacia general se presenta como necesaria para el interés público si el convenio colectivo ha alcanzado un significado importante para la organización de las condiciones de trabajo en su ámbito de aplicación o si la declaración de eficacia general exige asegurar la eficacia del establecimiento de normas convencionales frente a las consecuencias de una mala evolución económica. Con ello, el legislador se aparta del quorum requerido con anterioridad, en vista de la vinculación convencional descendente, según el cual los empresarios vinculados por el convenio colectivo debían emplear al menos el 50 por ciento de los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo⁹.

Durante décadas, la declaración de eficacia general a que se refiere el parágrafo 5 de la TVG fue el principal instrumento sobre el salario mínimo practicado en Alemania¹⁰. Sin embargo, esto se ha desplazado claramente en los últimos años en los sectores que están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley de desplazamiento del trabajador¹¹ (al respecto, abajo II.4). Así, en la fecha límite de 1.10.2014 había convenios colectivos declarados de eficacia general, al amparo del parágrafo 5 de la TVG, sólo para la manufactura eléctrica, el sector de deshollinadores, así como el sector de peluquería¹².

2. Establecimiento a través de los Comités del trabajo a domicilio a que se refiere el parágrafo 19 de la Ley del trabajo a domicilio (HAG)

Ya el 30.5.1929 ratificó Alemania el Convenio núm. 26 de la OIT, según cuyo artículo 1, apartado 1, está obligada «a introducir procedimientos ..., que permitan establecer salarios mínimos para los trabajadores en sectores determinados o partes de sectores (en especial, en el trabajo a domicilio), en los que no existan instituciones eficaces para la fijación de salarios, sea ello a través de un contrato de trabajo común o de otra vía, y en los que los salarios sean extraordinariamente bajos»¹³. Para cumplir esta obligación, prevé el parágrafo 19, apartado 1, de la HAG, en vigor desde 1951¹⁴, que el llamado Comité del trabajo a domicilio pueda establecer obligatoriamente los salarios¹⁵, de modo que estas

⁹ Sobre la fundamentación legal, véase BT-Drs. 18/1558, p. 48 s.

¹⁰ *Sittard*, RdA 2013, 301.

¹¹ *Lakies*, AiB 2012, 19, 21.

¹² *Bundeministerium für Arbeit und Soziales*, Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge, Situación: 1. Oktober 2014, www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen-DinA4/arbeitsrecht-verzeichnis-allgemeinverbindlicher-tarifvertraege.pdf?__blob=publicationFile, p. 5, 10, 21 y 22 (última entrada: 18.12.2014).

¹³ Frente a ello, el Convenio núm. 131 no se firmó, de manera que sólo existe la obligación internacional de salarios mínimos sectoriales, pero no generales, cfr.. *Bieback*, RdA 2000, 207.

¹⁴ Ley de 14.3.1951, Boletín Oficial Federal I 191.

¹⁵ *Heenen*, en: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 3ª ed. 2009, Marg. § 315, 27 ss.

condiciones contractuales mínimas adoptan la eficacia de convenios colectivos¹⁶. Este instrumento se utiliza desde hace mucho tiempo¹⁷.

3. La Ley de condiciones de trabajo mínimas (MiArbG)

La MiArbG¹⁸ entró en vigor ciertamente ya en enero de 1952, aunque nunca se establecieron condiciones de trabajo mínimas al amparo de esta Ley¹⁹. De acuerdo con una importante reforma del año 2009²⁰, podían establecerse salarios mínimos en un sector económico, en virtud del párrafo 1, apartado 2, de la MiArbG, si en el ámbito federal los empresarios del sector económico vinculados por convenios colectivos empleasen al menos el 50% de los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación de estos convenios colectivos. En relación con ello, se requería, según el párrafo 3, apartado 2, de la MiArbG, el acuerdo de un alto comité conjunto de carácter tripartito, así como la autorización posterior del Ministerio Federal de Trabajo y de Seguridad Social²¹. La MiArbG fue derogada por la Ley de reforzamiento de la autonomía colectiva, con efectos de 16.8.2014²².

4. Extensión de normas jurídicas a través de la Ley de desplazamiento del trabajador (AEntG)

La AEntG entró en vigor el 1.3.1996²³ y, según determinaba la redacción original de su párrafo 1, apartado 1, extendía las condiciones de trabajo establecidas en convenios colectivos de eficacia general del sector de la construcción a los empresarios extranjeros y a sus trabajadores empleados en el país²⁴. Progresivamente, sin embargo, la Ley fue perfeccionada para posibilitar el establecimiento de salarios mínimos en una serie de sectores²⁵. En correspondencia

¹⁶ La constitucionalidad fue confirmada por *BVerfG* 27.2.1973, 2 BvL 27/69, AP Nr. 7 en § 19 HAG.

¹⁷ *Waltermann*, NZA 2014, 874, 876; cfr. por ejemplo *BAG* 5.11.2002, 9 AZR 409/01, AP Nr. 2 en § 8 HAG; *BAG* 5.5.1992, 9 AZR 447/90, AP Nr. 14 en § 19 HAG; *BAG* 12.1.1966, 4 AZR 10/65, AP Nr. 2 en § 19 HAG.

¹⁸ Ley de 11.1.1952, Boletín Oficial Federal I 17.

¹⁹ *Seifert*, en: *Kempen/Zachert*, TVG, 5ª ed. 2014, Anexo 4 zen § 5: MiArbG Marg. 10.

²⁰ Cfr. *Sittard*, NZA 2009, 346 ss.; sobre la constitucionalidad de la nueva regulación, v. *Bayreuther*, NJW 2009, 2006 ss.

²¹ Detalles en *Vogelsang*, en: *Schaub*, *Arbeitsrechts-Handbuch*, 15ª ed. 2013, Marg. § 162, 2 ss.

²² Art. 14 y Art. 15 ap. 1 Ley de reforzamiento de la autonomía colectiva 11.8.2014, Boletín Oficial Federal I 1348.

²³ Ley de 26.2.1996, Boletín Oficial Federal I 227.

²⁴ Al respecto *Deinert*, RdA 1996, 339; *Junker/Wichmann*, NZA 1996, 505.

²⁵ *Schlachter*, en: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 15ª ed, 2015, § 1 AEntG Marg. 1.

con ello, el actual párrafo 1 de la AEntG menciona como objetivo de la Ley lograr condiciones de trabajo apropiadas, el otorgamiento de condiciones competitivas más justas y funcionales, el mantenimiento de empleo sujeto a cotización social, así como la defensa de las funciones pacificadoras y ordenadoras de la autonomía colectiva, para los trabajadores transnacionalmente desplazados y para los ordinariamente empleados en el país.

En relación con ello, son posibles formas diferenciadas de extensión de las normas jurídicas de los convenios colectivos sectoriales. En primer lugar, esto puede efectuarse a través del instrumento clásico de la declaración de eficacia general en virtud del párrafo 5 de la TVG, estando prevista esta vía desde entonces no sólo para el sector de la construcción (cfr. párrafo 3, apartado 1, y párrafo 4, apartado 1, número 1, de la AEntG). Por lo demás, la extensión del ámbito de aplicación se realiza por medio de Reglamento del Ministerio Federal de Trabajo y de Seguridad Social. Para los sectores mencionados en el párrafo 3, apartado 1, de la AEntG²⁶, esto puede ocurrir a petición conjunta de las partes del convenio colectivo, en virtud del párrafo 7, apartado 1, de la AEntG, si la extensión del ámbito de aplicación se presenta como necesaria en interés público para alcanzar la finalidad de la Ley²⁷. Para los demás sectores, es posible en todo caso, desde agosto de 2014, la promulgación de un Reglamento, y en este caso con carácter complementario para concretar la finalidad de la Ley, la extensión del convenio colectivo debe ser apropiada para contrarrestar la competencia desplazada sobre los costes salariales²⁸. Finalmente, hay reglas especiales en los párrafos 10 a 13 de la AEntG para el sector del cuidado de dependientes, donde sobre la base del papel dominante de las dos grandes iglesias cristianas, los convenios colectivos no representan un instrumento de regulación convencional colectiva dominante²⁹. Aquí el Ministerio Federal de Trabajo y de Seguridad Social puede hacer vinculantes, por medio de Reglamento al amparo del párrafo 11, apartado 1, de la AEntG, las condiciones de trabajo mínimas recomendadas por una comisión nombrada paritariamente, para todos los trabajadores del sector del cuidado de dependientes.

²⁶ Estos son: sector de la construcción, limpieza de edificios, prestación de servicios de mensajería, prestación de servicios de seguridad, trabajos especiales de minería en minas de carbón, prestación de servicios de lavado, reciclado, prestación de servicios de formación y formación continua a que se refiere el SGB II y SGB III, así como sacrificio e industria cárnica. Una visión general de los salarios mínimos actualmente vigentes, que alcanzan de 7,20 € a 14,20 €, la da eWSSI, *Tarifliche Mindestlöhne nach dem AEntG und dem AÜG*, Situación Oktober 2014, www.boeckler.de/pdf/ta_mindestloehne_aentg.pdf, (última entrada: 18.12.2014).

²⁷ Cfr. sobre ello también *Gülker*, *Die Geltungserstreckung günstigerer Tarifverträge im Anwendungsbereich des AEntG*, 2012, p. 129 ss.

²⁸ BT-Drs. 18/1558, p. 52 con justificaciones adicionales sobre las diferencias en los trámites procedimentales y con remisión a *BVerfG* 11.7.2006, 1 BvL 4/00, AP núm. 129 en Art. 9 GG y *BVerfG* 20.3.2007, 1 BvR 1047/05, NZA 2007, 609.

²⁹ *Sittard*, RdA 2013, 301, 304.

5. Los límites salariales a que se refiere el parágrafo 3a de la Ley de cesión de trabajadores (AÜG)

Una situación especial rige también en el sector del prestamismo laboral. En el parágrafo 10, apartado 4, inciso 1, de la AÜG, se prevé que a los trabajadores prestados se les aplican las mismas condiciones laborales, incluido el salario, que a los trabajadores ordinarios comparables de la empresa prestataria. No obstante, el principio de pago igual a que se refiere el parágrafo 10, apartado 4, inciso 2, de la AÜG es dispositivo, de manera que puede preverse un salario más reducido en el convenio colectivo aplicable a la relación laboral³⁰. De esto puede hacerse uso para cubrir totalmente el sector del trabajo a tiempo parcial³¹.

En el transcurso de la discusión sobre el salario mínimo, se produjo en 2011 la aprobación del parágrafo 3a de la AÜG, que prevé el establecimiento vinculante de un límite salarial, por medio de Reglamento del Ministerio Federal de Trabajo y de Seguridad Social, a través de propuesta conjunta de las partes con derecho a ello del convenio colectivo, que tampoco pueda suscribirse sobre una base convencional³².

6. Reglas legales adicionales

Al amparo del parágrafo 92a del Código de Comercio³³, existe una regulación especial para los representantes de empresas individuales (representantes de comercio y representantes de seguros autónomos, que dependen económicamente de una empresa o, en su caso, de aseguradores pertenecientes desde el punto de vista organizativo al mismo grupo), cuyas condiciones mínimas de trabajo podrían establecerse a través de Reglamento. Hasta el momento presente, sin embargo, no se ha hecho uso de esta posibilidad³⁴.

³⁰ Exhaustivo sobre la problemáticos de los derechos legales disponibles por convenio *Ulber*, *Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten*, 2010.

³¹ Crítico sobre esta concepción, *Waltermann*, *NZA* 2013, 1041, 1044 f.

³² *Deinert/Kittner*, *RdA* 2013, 257, 263 con justificaciones adicionales. En consecuencia, regían en 2014 los siguientes salarios mínimos: Alemania oriental 7,86 € (a partir de abril 2015: 8,20 €), Alemania Occidental 8,50 € (a partir de abril 2015: 8,80 €), cfr. *WSI*, *Tarifliche Mindestlöhne nach dem AEntG und dem AÜG*, Situación Octubre 2014, www.boeckler.de/pdf/ta_mindestloehne_aentg.pdf, (última entrada: 18.12.2014).

³³ Introducido por la Ley Gesetz sobre modificación del Código de Comercio de 6.8.1953, Boletín Oficial Federal I 771.

³⁴ *Oetker*, en: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 15ª ed. 2015, § 92a HGB Marg. 1.

Por lo demás, los formandos tienen derecho a una retribución adecuada, en virtud del párrafo 17, apartado 1, inciso 1, de la BBiG³⁵. En caso de falta de vinculación convencional, dicha inadecuación se declarará si el pago queda por debajo del 20% de los correspondientes principios convencionales de pago³⁶.

También los discapacitados graves, que estén en su taller para personas discapacitadas con relación laboral, en virtud del párrafo 136, apartado 1, inciso 2, del SGB XI³⁷, tienen derecho a una retribución adecuada. En virtud del párrafo 138, apartado 2, del SGB XI, ésta se fija como una contribución básica en cuantía del subsidio de formación, que la Agencia Federal de Empleo presta adicionalmente a los discapacitados en el ámbito de la formación profesional, según las normas vigentes para ellos, y conjuntamente con una contribución de mejora calculada individualmente sobre la prestación³⁸.

Finalmente, los párrafos 43 y 200 de la StVollG³⁹ regulan el cálculo del salario de los presos adultos⁴⁰. Como en el caso de las personas discapacitadas y los formandos, tampoco debe tratarse en este caso de un salario que corresponda al valor objetivo del trabajo prestado. No obstante, el Tribunal Federal Constitucional ha establecido, en caso de inaplicación de la regulación preferente del párrafo 200 de la StVollG, que el deber de trabajar requiere de un reconocimiento apropiado, en cuanto que medio eficaz de resocialización, que conduzca objetivamente al preso al valor del trabajo ordinario para una vida futura auto-responsable y libre, en forma de provecho concreto para él⁴¹.

Además de ello, en multitud de Leyes de los Estados federados⁴², tiene lugar un control salarial indirecto por los Estados a través de las Leyes de fidelidad convencional, en las que la adjudicación de contratos públicos se liga a la

³⁵ Inicialmente § 10 ap. 1 de la Ley de formación profesional de 14.8.1969, Boletín Oficial Federal I 1112.

³⁶ *Pieper*, en: Wohlgemuth, BBiG, 2011, § 17 Marg. 14; BAG 16.7.2013, 9 AZR 784/11, NZA 2013, 1202, 1203.

³⁷ Código de Seguridad Social – Libro Noveno de 19.6.2001, Boletín Oficial Federal I 1046.

³⁸ Sobre los detalles cfr. *Pahlen*, en: Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen, SGB IX, 12ª ed. 2010, § 138 Marg. 24 ss.

³⁹ En la redacción de la Quinta Ley sobre modificación de la Ley de ejecución de penas de 27.12.2000, Boletín Oficial Federal I 2043.

⁴⁰ *Krause*, en: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3ª ed. 2009, § 54 Marg. 30.

⁴¹ *BVerfG* 1.7.1998, 2 BvR 441/90 entre otras, NJW 1998, 3337, 3338.

⁴² V. la visión general de *WSI*, *Tariftreue Regelungen in Deutschland*, Situación noviembre 2013, http://www.boeckler.de/pdf/wsi_ta_tariftreue_uebersicht.pdf (última entrada: 22.12.2014).

obligación de que el contratista y sus subcontratistas paguen a sus trabajadores los salarios de convenio vigentes en el correspondiente lugar de la contrata⁴³.

Por lo demás, tiene lugar un control salarial judicial al valorar el atentado contra las buenas costumbres a que se refiere el párrafo 138 del BGB⁴⁴. Según la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo, el perjuicio inadmisiblemente requerido en dicho caso exige, como regla, quedar por debajo del salario usual en más de dos tercios del salario de convenio pagable usualmente en el sector y en la región económica correspondientes⁴⁵. Esto fundamenta la presunción rebatible de un «modo de pensar reprochable» en el cumplimiento de las circunstancias subjetivas del párrafo 138, apartado 1, del BGB. Como consecuencia, en virtud del párrafo 612, apartado 2, del BGB, se produce el incremento hasta el salario usual, y en ese caso, como regla general, hay que considerar como usual el salario de convenio⁴⁶. En este sentido, sin embargo, se trata solamente de un límite salarial relativo en comparación, en su caso, con salarios que no aseguran la subsistencia, de manera que en caso de mal funcionamiento del mercado no puede conseguirse a través de ello una protección suficiente para los empleados⁴⁷.

III. LA LEY DE REFORZAMIENTO DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA

La evolución jurídica expuesta muestra que sólo en sectores concretos existían límites salariales vinculantes para los trabajadores en Alemania. Después de años de discusiones, se produjo por vez primera, como parte nuclear de la Ley de reforzamiento de la autonomía colectiva de 11.8.2014, la introducción de un salario mínimo general.

1. Concepción de la Ley del salario mínimo (MiLoG)

El párrafo 1, apartado 1⁴⁸, crea, a partir de 1.1.2015, la base del derecho al pago de un salario, al menos en cuantía del salario mínimo. Según el

⁴³ Extensamente *Seifert*, en: *Kempen/Zachert*, TVG, 5ª ed. 2014, Anexo 2 en § 5: *Tariftreugesetze*.

⁴⁴ Código Civil de 18.8.1896, Boletín Oficial del Imperio 195, en la redacción publicada el 2.1.2002, Boletín Oficial Federal I 42.

⁴⁵ *BAG* 22.4.2009, 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837.

⁴⁶ Detallado *Brecht-Heitzmann*, EzA § 138 BGB 2002 núm. 5 con justificaciones adicionales.

⁴⁷ *Picker*, RdA 2014, 25, 32. Críticamente con exposición exhaustiva de la controversia en la jurisprudencia y la doctrina *Nassibi*, *Schutz vor Lohndumping in Deutschland*, 2012, p. 48 ss.

⁴⁸ Art. 1 de la Ley de reforzamiento de la autonomía colectiva de 11.8.2014, Boletín Oficial Federal I 1348.

parágrafo 1, apartado 2 de la MiLoG, éste asciende de momento a 8,50 euros por cada hora de trabajo. El salario mínimo, en virtud del parágrafo 2, apartado 1, número 2, de la MiLoG, hay que pagarlo como muy tarde el último día laboral bancario del mes siguiente a la realización de la prestación laboral. El parágrafo 3 de la MiLoG regula la inderogabilidad del salario mínimo⁴⁹.

La actualización del salario mínimo, según el parágrafo 11 de la MiLoG, se produce por medio de Reglamento del Gobierno federal, a propuesta de la Comisión del salario mínimo, previa oportunidad de expresar su posición por escrito las organizaciones relevantes de intereses, económicas y sociales. En virtud de los párrafos 4 y siguientes de la MiLoG, la Comisión del salario mínimo se compone de un presidente, seis miembros más con derecho a voto (tres a propuesta, respectivamente, de las organizaciones centrales de los empresarios y de los trabajadores) y dos miembros del mundo de la economía, sin derecho de voto. El presidente lo nombra el Gobierno federal, a propuesta conjunta de las organizaciones centrales de los empresarios y de los trabajadores. Si no se ponen de acuerdo para una propuesta conjunta, entonces se nombrará, según el parágrafo 6, apartado 2, de la MiLoG, respectivamente un presidente a propuesta de las asociaciones centrales de los empresarios y de los trabajadores, y el presidente se determina la primera vez por sorteo; tras la correspondiente redacción del acuerdo sobre la actualización del salario mínimo, se cambia el presidente. Según el parágrafo 9, apartado 1, de la MiLoG, el primer acuerdo sobre la cuantía del salario mínimo se produce el 30.6.2016, con efectos de 1.1.2017, y tras ello, hay que acordar cada dos años las actualizaciones posteriores. En este caso, según el parágrafo 9, apartado 2, en el marco de una valoración conjunta orientada por el desarrollo convencional, la Comisión del salario mínimo tiene que examinar qué cuantía del salario mínimo es apropiada, para contribuir a una protección mínima adecuada de los trabajadores, para posibilitar condiciones competitivas justas y funcionales, así como para no perjudicar el empleo⁵⁰.

Finalmente, el parágrafo 13 de la MiLoG remite a la aplicabilidad por analogía de la responsabilidad del contratista a que se refiere el parágrafo 14 de la AEntG⁵¹. Las reglas sobre control y realización del salario mínimo por las autoridades de los Estados federados hay que encontrarlas en la Parte 3 (párrafos

⁴⁹ Sobre los detalles, por ejemplo, las reglas especiales sobre las cuentas de jornada a que se refiere el § 2 ap. 2 MiLoG, v. *Franzen*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 15ª ed. 2015, §§ 1, 2, 3 MiLoG.

⁵⁰ Exhaustivo sobre la Comisión del salario mínimo *Spielberger/Schilling*, NZA 2014, 414, 417 s.

⁵¹ Extensamente *Kühn/Reich*, BB 2014, 2938; *Pacholski/Naumann*, NJW-Spezial 2014, 690.

14-21 de la MiLoG)⁵². En las disposiciones finales, se regulan cuestiones, en especial sobre el ámbito de aplicación personal, y disposiciones transitorias⁵³.

2. Modo de cálculo

La nueva MiLoG suscita una serie de cuestiones jurídicas. En especial, plantea la cuestión de cómo debe calcularse el pago correcto del salario mínimo. Es claro que depende del salario bruto⁵⁴, de manera que la parte empresarial de las cotizaciones sociales o impuestos no se tiene en cuenta en el trabajo marginal⁵⁵. También en relación con las horas de trabajo decisivas, no cabe discusión de que hay que incluir el trabajo efectivo y la puesta a disposición, pero no el período de descanso⁵⁶. El pago en forma de prestaciones en especie no está ciertamente excluido por principio, pero no se obtendrá un resultado práctico con base en los límites de inembargabilidad⁵⁷.

Surgen dificultades en los casos en que la dimensión del acuerdo salarial no se ajusta a concretas horas de trabajo. Aquí se destaca que el mes natural debe considerarse como período de cálculo decisivo⁵⁸. Por eso, el empresario tiene que asegurarse de que por cada mes natural el número de horas de trabajo prestadas se pague multiplicado por el salario mínimo de 8,50 euros.

Sin embargo, tales pagos son sólo eficaces desde el punto de vista del salario mínimo, si se realizan objetivamente e indiscutiblemente dentro del período de vencimiento⁵⁹. Por lo tanto, no cabe tomar en consideración prestaciones especiales y gratificaciones cuya prestación se realiza a reserva⁶⁰. En base a la determinación de su finalidad, tampoco se tiene en cuenta la retribución de las

⁵² De todas formas no convincente *Maschmann*, BB 35/2014, I, mantiene que al encargo a la Oficina Central de Aduanas le falta constitucionalmente la competencia del legislador federal.

⁵³ Sobre los detalles cfr. *Ulber*, ArbuR 2014, 402 ff.; además, véase abajo III. 3.

⁵⁴ *Lakies*, ArbuR 2014, 360.

⁵⁵ *Berndt*, DStR 2014, 1878, 1880.

⁵⁶ *Däubler*, NJW 2014, 1924, 1926; *Lakies*, ArbuR 2014, 360, 361 s.; *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933.

⁵⁷ *Berndt*, DStR 2014, 1878, 1881; *Lakies*, ArbuR 2014, 360, 362.

⁵⁸ *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 867; *Sittard*, NZA 2014, 951; otros autores *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933, que quieren, por ejemplo, ajustarlo a la semana laboral en caso de salario semanal. El trimestre como magnitud de referencia pueden representarl *Spielberger/Schilling*, NZA 2014, 414, 416.

⁵⁹ *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 868.

⁶⁰ *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 868; *Berndt*, DStR 2014, 1878, 1880; *Schweibert/Leßmann*, DB 2014, 1867, 1869.

vacaciones⁶¹. No obstante, parcialmente se defiende la opinión de que los pagos anuales a tanto alzado con un valor promedio de 1/12 por mes natural podrían ser tenidos en cuenta⁶². Sin embargo, esto conduciría a un pago aplazado, y de ahí que no fuese compatible con la finalidad del salario mínimo⁶³. Problemáticos serían también los pagos anticipados a tanto alzado⁶⁴, dado que existiría el riesgo de que los ingresos mínimos para asegurar la existencia no estuviesen disponibles en meses posteriores. En consecuencia, los pagos anuales a tanto alzado sólo deben tomarse en consideración en el mes de su pago⁶⁵.

A través del sistema de pago vinculado a la prestación, no cabe ninguna circunvalación, de manera que debe asegurarse que el salario horario mínimo se consiga realmente⁶⁶. Lo mismo se aplica al pago de comisiones, que deben abonarse irrevocablemente⁶⁷ y deben conducir simultáneamente en cada mes a un ingreso total por encima del salario mínimo⁶⁸. No se tienen en cuenta las propinas⁶⁹ o las prestaciones que fomentan la formación de capital⁷⁰.

Se rechaza por algunos autores la aplicación de la jurisprudencia sobre traslado de trabajadores⁷¹ a pluses y complementos⁷². La opinión dominante afirma sobre ello, sin embargo, que sólo es posible tomar en consideración el salario mínimo, en caso de equivalencia funcional de prestaciones y contraprestaciones⁷³. Consiguientemente, no resultan no computables los complementos ligados a la prestación normal, en especial los complementos por horas extraordinarias, pluses

⁶¹ *Lakies*, ArbuR 2014, 360, 361; *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933, 2935; *Ulber*, RdA 2014, 176, 181.

⁶² *Schweibert/Leßmann*, DB 2014, 1867, 1868.

⁶³ *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 868; *Ulber*, RdA 2014, 176, 180 s. Lo deja abierto todavía *Däubler*, NJW 2014, 1924, 1927

⁶⁴ *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933, 2936.

⁶⁵ *Sittard*, NZA 2014, 951, 952. Para una ponderación en cuantía de 1/12 al mes y antes del mes del pago *Lakies*, ArbuR 2014, 360, 361.

⁶⁶ *Berndt*, DSStR 2014, 1878, 1880; *Schweibert/Leßmann*, DB 2014, 1867, 1868.

⁶⁷ *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 868; *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933, 2934. *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 868; *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933, 2934.

⁶⁸ *Sittard*, NZA 2014, 951, 952.

⁶⁹ *Berndt*, DSStR 2014, 1878, 1881; *Däubler*, NJW 2014, 1924, 1926 f.; *Lakies*, ArbuR 2014, 360, 361.

⁷⁰ *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 868; *Däubler*, NJW 2014, 1924, 1927; *Lakies*, ArbuR 2014, 360, 361.

⁷¹ Cfr especialmente *EuGH* 7.11.2013, C-522/12 (Isbir), NZA 2013, 1359; *BAG* 18.4.2012, 4 AZR 139/10 y 4 AZR 168/10 (A), AP núm. 22 y 23 en § 1 TVG Tarifverträge: Gebäudereinigung.

⁷² *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 868 f.; *Schweibert/Leßmann*, DB 2014, 1867, 1869.

⁷³ *Berndt*, DSStR 2014, 1878, 1880; *Brors*, NZA 2014, 938; *Däubler*, NJW 2014, 1924, 1926; *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933, 2935; *Sittard*, NZA 2014, 951, 952.

de penosidad, pluses de peligrosidad, pluses de trabajo nocturno, trabajo en domingos y festivos, o trabajo por turnos⁷⁴.

3. Reglas excepcionales

En la discusión sobre la introducción de un salario mínimo legal interprofesional, resultó especialmente controvertido qué constelación de casos debían ser excepcionados. Las reglas correspondientes se encuentran en los parágrafos 22 y 24 de la MiLoG. Según el parágrafo 22, apartado 1, inciso 1, de la MiLoG, el punto de partida es el de que la Ley se aplica a los trabajadores.

Como trabajadores cuentan también los formandos a que se refiere el parágrafo 26 de la BBiG, que se definen en el parágrafo 22, apartado 1, de la MiLoG (independientemente de la denominación contractual de la relación jurídica). Deben estar sujetos a una organización objetiva y a la realización de la relación contractual por tiempo determinado, para la adquisición de conocimientos prácticos y de experiencias de una actividad empresarial concreta, para la preparación de una actividad profesional, sin que en este caso se trate de formación profesional en el sentido de la BBiG o de una formación práctica comparable con ella⁷⁵. En virtud del parágrafo 22, apartado 1, inciso 2, de la MiLoG, están excluidas las prácticas obligatorias en el marco de una formación empresarial o escolar, o de una enseñanza; hasta tres meses de práctica sobre orientación para una formación profesional, o la realización de estudios; hasta tres meses de prácticas de acompañamiento de una formación profesional o universitaria, siempre que no haya existido antes⁷⁶ dicha relación de formación con el mismo formando, así como la participación en la cualificación para ascender a que se refiere el parágrafo 54a del Libro Tercero del Código de Seguridad Social (SGB III) o la preparación de la formación profesional a que se refieren los parágrafos 68 a 70 de la BBiG⁷⁷. Estas numerosas posibilidades excepcionales han provocado discusiones sobre posibilidades de circunvalación⁷⁸. Por ejemplo, en caso de prolongación de una

⁷⁴ *Brors*, NZA 2014, 938, 941; *Däubler*, NJW 2014, 1924, 1926; *Lakies*, *Mindestlohngesetz*, 2015, § 1 Marg. 47; *Lakies*, *ArbuR* 2014, 360, 361; *Schubert/Jerchel/Düwell*, *Das neue Mindestlohngesetz*, 2015, Marg. 140; *Ulber*, *RdA* 2014, 176, 181 s.; en relación con el trabajo nocturno *Schweibert/Leßmann*, *DB* 2014, 1867, 1869; restrictivos sobre los complementos de penosidad *Nebel/Kloster*, *BB* 2014, 2933, 2935 f.; en conjunto, entre otros autores, *Sittard*, NZA 2014, 951, 952; *Spielberger/Schilling*, NZA 2014, 414, 415.

⁷⁵ Detalladamente *Düwell*, *DB* 2014, 2047, 2048.

⁷⁶ Al respecto *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 871.

⁷⁷ Exhaustivamente *Natzel*, *BB* 2014, 2490, 2491 f. La inclusión de los verdaderos formandos como dudosamente constitucional en *Picker/Sausmikat*, NZA 2014, 942 ss.

⁷⁸ Problemáticamente por ejemplo *Hund/Pechtold*, *AuA* 2014, 540 ss.

primera formación con plazo de tres meses, debe pagarse el salario mínimo a partir del primer día de formación (sin embargo, no antes de 1.1.2015)⁷⁹.

Por lo demás, según el párrafo 22, apartado 2, de la MiLoG, no se consideran trabajadores las personas menores de 18 años sin una formación profesional concluida. En virtud del párrafo 22, apartado 3, de la MiLoG, tampoco se aplica el salario mínimo a los ocupados para su formación profesional, así como a las actividades honoríficas. Además, el párrafo 22, apartado 4, de la MiLoG, excluye del salario mínimo a los parados de larga duración a que se refiere el párrafo 18, apartado 1, del SGB III, durante los seis primeros meses de su ocupación⁸⁰.

En relación con los menores de edad, se discute si esta excepción viola el principio de igualdad del artículo 3, apartado 3, de la Constitución Federal (GG)⁸¹. En todo caso, el trato desigual representa una discriminación directamente vinculada a la edad. El legislador quiso prevenir con ella que los jóvenes prescindan de la formación escolar o profesional subsiguiente, tras conseguir el grado I de secundaria, para ocupar, en lugar de las mismas, un empleo remunerado con el salario mínimo⁸². Pero esto supone, en todo caso, una medida desproporcionada y, en consecuencia, sindicalmente ilegítima, dado que también comprende a los jóvenes que realizan, junto a su formación, una actividad adicional (en su caso, precisamente para costearse su formación)⁸³.

Además de ello, se contienen excepciones provisionales en las disposiciones transitorias a que se refiere el párrafo 24 de la MiLoG. Para los convenios colectivos de partes convencionales representativas, que se aplican a

⁷⁹ *Jöris/von Steinau-Steinrück*, BB 2014, 2101, 2102.

⁸⁰ Sobre la problemática de la liberalidad a que se refiere el Art. 45 AEUV, en el caso de parados de larga duración en otros Estados miembros *Eichenhofer*, ArbuR 2014, 450 s.

⁸¹ En este sentido *Fischer-Lescano*, Verfassungs-, völker- und europarechtlicher Rahmen für die Gestaltung von Mindestlohn ausnahmen, 2014, p. 19 ss.; *Preis/Ulber*, Die Verfassungsmäßigkeit des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns, HBS-Arbeitspapier 306, 2014, p. 111 ss.; lo deja abierto *Bug*, Ausnahmen von einem gesetzlichen Mindestlohn für einzelne Arbeitnehmergruppen aus verfassungsrechtlicher Sicht, Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags WD 6-3000-002/14, p. 12; negativamente *Grzeszick*, ZRP 2014, 66 ss.; *Sittard*, NZA 2014, 951, 953. Sobre un límite de edad mayor: *Franzen*, en: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15ª ed. 2015, § 22 MiLoG Marg. 5.

⁸² BT-Drs. 18/1558, S. 42 s.

⁸³ *Brors*, NZA 2014, 938, 941 s.; en la consecuencia también *Ahlburg*, AiB 10/2014, 37; *Däubler*, NJW 2014, 1924, 1925; *Fischer-Lescano*, Verfassungs-, völker- und europarechtlicher Rahmen für die Gestaltung von Mindestlohn ausnahmen, 2014, p. 34 s.; *Preis/Ulber*, Die Verfassungsmäßigkeit des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns, HBS-Arbeitspapier 306, 2014, p. 113; *Schubert/Jerchel/Düwell*, Das neue Mindestlohngesetz, 2015, Marg. 172 ss.; *Ulber*, ArbuR 2014, 402, 406; *Sittard*, NZA 2014, 951, 953.

todos los empresarios con sede en el país o en el extranjero comprendidos en su ámbito de aplicación, así como a sus trabajadores, en virtud de la declaración de eficacia general a que se refiere el párrafo 5 de la TVG, o de la extensión del ámbito de aplicación a que se refiere el párrafo 11 de la AEntG o, en su caso, el párrafo 3a de la AÜG, se prevé hasta finales de 2016 el salario mínimo de 8,50 euros, y hasta el final de 2017 y a partir de 1.1.2017, el salario mínimo vigente⁸⁴.

Finalmente, en virtud del párrafo 24, apartado 2, de la MiLoG, para los repartidores de periódicos rige en el año 2015 un salario mínimo de 6,38 euros brutos por hora, en el año 2016 de 7,23 euros y en el año 2017 de 8,50 euros. Están comprendidas las personas que reparten, con relación laboral, exclusivamente periódicos o revistas periódicas al consumidor final, contando en ello los repartidores de hojas de anuncios con un contenido de redacción⁸⁵.

4. Inderogabilidad

Según el párrafo 3 de la MiLoG, son en este sentido ineficaces los acuerdos, supuesto que queden por debajo del derecho al salario mínimo, o restrinjan o excluyan su eficacia. Se excluye la caducidad, y la renuncia puede producirse sólo a través de conciliación judicial. En consecuencia, la pérdida no querida del derecho únicamente puede suceder por prescripción, en cuyo caso se aplica la regla general del plazo de prescripción de tres años⁸⁶.

Usualmente, los convenios colectivos y contratos de trabajo contienen plazos preclusivos relativamente cortos, dentro de los que deben ejercitarse sus derechos derivados de la relación laboral, dado que, en caso contrario, se extinguen⁸⁷. Dado que el salario mínimo está contenido como cantidad fija en todos los derechos salariales⁸⁸, son ineficaces las cláusulas preclusivas en relación con este derecho salarial independiente⁸⁹. Sobre la base de la prohibición de reducción del contenido del ámbito de aplicación de las condiciones negociales generales

⁸⁴ Dazu *Jöris/von Steinau-Steinrück*, BB 2014, 2101, 2102 s.

⁸⁵ *Nielebock*, ArbuR 2014, 328. Ve un arbitrario trato desigual en la diferenciación de los repartidores de sólo hojas de anuncios *Löwisch*, NZA 2014, 948 s.

⁸⁶ *Franzen*, en: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 15ª ed. 2015, § 3 MiLoG Marg. 3.

⁸⁷ Sobre los detalles véase *Brecht-Heitzmann*, en: *Kempen/Zachert*, TVG, 5ª ed. 2014, § 4 Marg. 608 ss.

⁸⁸ *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 870; *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933, 296; *Sittard*, NZA 2014, 951, 952 s.; entre otros autores *Lakies*, ArbuR 2014, 360, 365; restrictivo sin embargo *Lakies*, *Mindestlohngesetz*, 2015, § 3 Marg. 16 s.

⁸⁹ *Preis/Ulber*, *Ausschlussfristen und Mindestlohngesetz: Der Mindestlohn als unabdingbarer Sockelanspruch*, 2014; *Schubert/Jerchel/Düwell*, *Das neue Mindestlohngesetz*, 2015, Marg. 107.

ineficaces⁹⁰, en todo caso, serán ineficaces en su conjunto las cláusulas preclusivas de contratos de trabajo futuros, sin el correspondiente desglose del salario mínimo⁹¹.

5. Relación con los demás límites salariales

Al amparo del parágrafo 1, apartado 3, de la MiLoG, prevalecen sobre la MiLoG las reglas de la AEntG y de la AÜG sobre extensión del ámbito de aplicación de las normas colectivas, así como sobre declaración de eficacia general a que se refiere el parágrafo 5 de la TVG, supuesto que la cuantía de los salarios mínimos establecidos con base en ellas no quede por debajo de la cuantía del salario mínimo. Por consiguiente, se trata de una regulación unilateralmente obligatoria, en este sentido sólo parcialmente dispositiva para los convenios, y puede ser excluida exclusivamente a favor del trabajador al amparo del principio de trato más favorable⁹². Las regulaciones expuestas antes (con excepción de la MiArbG, derogada por la Ley de reforzamiento de la autonomía colectiva) permanecen y, en consecuencia, mantienen y posibilitan soluciones distintas específicamente sectoriales, por encima del salario mínimo general⁹³.

Se discute qué consecuencia jurídica se produce, en caso de quedar por debajo del salario mínimo a que se refiere el parágrafo 1, apartado 1, de la MiLoG. Algunos autores mantienen la opinión de que, como en el caso de la ofensa a las buenas costumbres⁹⁴, a la situación del acuerdo salarial violador del salario mínimo se le aplica el salario superior, en virtud del parágrafo 612 del BGB⁹⁵. Frente a ello, sin embargo, se postula que el parágrafo 3, inciso 1, de la MiLoG sólo regula la ineficacia del acuerdo salarial, supuesto que quede por debajo del salario mínimo. De ahí que el trabajador pueda únicamente en estos casos exigir el salario en cuantía del salario mínimo⁹⁶.

IV. LAS REGLAS DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA (ESC)

⁹⁰ Al respecto *Bonin*, en: Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 4ª ed. 2014, § 306 BGB Marg. 14 ss.

⁹¹ *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933, 2936 s.; restrictivo *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 870; *Preis/Ulber*, Ausschlussfristen und Mindestlohngesetz: Der Mindestlohn als unabdingbarer Sockelanspruch, 2014, p. 57.

⁹² *Barczak*, RdA 2014, 290, 293.

⁹³ *Barczak*, RdA 2014, 290, 293.

⁹⁴ Al respecto arriba II. 6.

⁹⁵ *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 866; *Däubler*, NJW 2014, 1924, 1927; *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933.

⁹⁶ *Sittard*, NZA 2014, 951, 954.

Finalmente, se plantea la cuestión de si, con la introducción de la MiLoG, Alemania cumple sus obligaciones internacionales. En este sentido, hay que mencionar ante todo la Carta Social Europea (ESC), que fue ratificada por la República Federal de Alemania y entró en vigor el 26.2.1965⁹⁷. El artículo 4, apartado 1, de la ESC reconoce el derecho a un salario justo. Según interpretación del Comité competente para los derechos sociales (European Committee for Social Rights, ECSR), deben en todo caso existir salarios por encima del nivel de pobreza del país afectado, de manera que en este caso los ingresos netos menores que la mitad de los ingresos promedio siempre se consideran injustos y, en consecuencia, incompatibles con el artículo 4, apartado 1, de la ESC⁹⁸. En correspondencia con ello, el ECSR ha declarado repetidamente que la situación en Alemania es de no conformidad con el artículo 4, apartado 1, de la ESC⁹⁹.

Según datos actuales de la contabilidad económico-nacional de la Oficina Federal de Estadísticas, para el año 2013 los salarios netos promedio y los salarios netos por trabajador ascienden a 1715 euros al mes¹⁰⁰, en caso de un valor promedio por trabajador de aproximadamente 109,4 horas de trabajo al mes¹⁰¹. Con base en ello, cabe calcular el salario neto promedio en Alemania para el año 2013, en 15,68 euros. En consecuencia, según las reglas del artículo 4, apartado 1, de la ESC, el salario horario neto en ningún caso puede quedar por debajo de la mitad de

⁹⁷ Boletín Oficial Federal 1964 II 1261 ss.; la Carta Social Europea revisada fue ciertamente firmada por Alemania el 27.6.2007, pero hasta el momento presente no ha sido ratificada, v. *Council of Europe, European Social Charter (revised)*, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=163&CM=&DF=&CL=ENG> (última entrada: 23.12.2014).

⁹⁸ *Council of Europe, Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*, 1. September 2008, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestSept2008_en.pdf (última entrada: 23.12.2014), p. 43: «To be considered fair within the meaning of Article 4 § 1, a wages [sic!] must in any event be above the poverty line in a given country i.e. 50 % of the national average wage. In addition, a wage must not fall too far short of the national average wage. The threshold adopted by the Committee is 60 %. ... A net wage which falls below the 60 % threshold is not automatically considered unfair within the meaning of the Charter. If the wage lies between 50 % and 60 %, a state is asked to demonstrate that the wage is sufficient for a decent standard of living, e.g. by providing detailed information on the cost of living. However, a net wage which is less than half the net national average wage will be deemed to be unfair and therefore the situation of the Party concerned will not be in conformity with Article 4 § 1».

⁹⁹ *European Committee of Social Rights, Conclusions XIX-3 (2010, GERMANY)*, Diciembre 2010, www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/State/GermanyXIX3_en.pdf, S. 8 (última entrada: 23.12.2014). Sobre la aplicación del Art. 4 ESC en Portugal, España e Italia v. *Teixeira Alves*, El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios, 2014.

¹⁰⁰ *Statistisches Bundesamt, Volkswirtschaftliche Gesamtrechnungen 2013, Fachserie Serie 18, 1.4, 2014*, p. 51.

¹⁰¹ *Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2014, Noviembre 2014*, p. 322: Horas de trabajo anuales de los trabajadores: 49.059.000.000; número promediado de trabajadores: 37.378.000. No se toman en consideración las ausencias al trabajo por causa de enfermedad, permisos, etc.

aquél, esto es, en cuantía de 7,84 euros. Para un trabajador empleado a tiempo completo (calculado sobre 38,5 horas a la semana, que se corresponden con 167 horas al mes), de esto se deriva un salario mensual neto que no quede por debajo de 1309,28 euros. Sin embargo, dicha cuantía neta es difícilmente manejable en la práctica empresarial. Según el método del ESCR, se parte de un trabajador sin hijos y no casado, al que corresponde un salario mensual bruto de 1929,62 euros y, en su caso, un salario horario bruto de 11,55 euros¹⁰².

Por consiguiente, cabe retener que ciertamente a través de la introducción de un salario mínimo interprofesional de 8,50 euros se adopta una mejora clara, pero la cuantía¹⁰³, al igual que antes, está claramente por debajo de las reglas que se derivan del artículo 4, apartado 1, de la ESC.

V. CONCLUSIÓN

A partir de 1.1.2015, rige en Alemania un salario mínimo legal interprofesional de 8,50 euros brutos por hora. Los párrafos 22 y 24 de la MiLoG prevén, sin embargo, una serie de excepciones, así como reglas transitorias. El salario mínimo es subsidiario de otras regulaciones sobre el salario mínimo, de manera que a través de la declaración de eficacia general a que se refiere el párrafo 5 de la TVG o de la extensión del ámbito de aplicación a que se refieren el párrafo 7, apartado 1, el párrafo 7a, apartado 1, así como el párrafo 11, apartado 1, de la AEntG, o el párrafo 3a, apartado 2, de la AÜG, también pueden aplicarse obligatoriamente salarios mínimos convencionales más altos para los no vinculados por el convenio colectivo. Además de esto, también rige el límite de la violación de las buenas costumbres, en caso de quedar por debajo de 2/3 del salario convencional usual.

El artículo 4 de la ESC obliga a Alemania a intentar conseguir que los trabajadores perciban un salario apropiado. La introducción de un salario mínimo legal interprofesional es, en relación con ello, un paso importante, con el que

¹⁰² Respecto de un trabajador nacido en 1964 y que viva en Berlín, le corresponde un conjunto de cotizaciones sociales mensuales de 394,12 € (8,2 % seguro de enfermedad = 158,23 €, 1,275 % seguro de dependencia = 24,60 €, 9,45 % seguro de pensiones = 182,35 €, 1,5 % seguro de desempleo = 28,94 €) y en caso de clasificación fiscal salarial I una carga fiscal de 226,22 € (impuestos salariales = 197,58 €, complemento de solidaridad = 10,86 €, contribución a la iglesia = 17,78 €; Zahlen nach dem Lohn- und Einkommensrechner des *Bundesministeriums der Finanzen*, <https://www.bmf-steuerrechner.de/bl2013/>, última entrada: 5.1.2015).

¹⁰³ En caso de un trabajador a tiempo completo (167 horas al mes) con un salario horario bruto de 8,50 €, le corresponde por consiguiente un salario mensual neto de sólo 1.042,10 € o, en su caso, un salario horario neto de 6,24 €.

Alemania, en comparación europea, abandona su notoria posición en el grupo líder de empleos con salarios bajos. Pero para cumplir las reglas del artículo 4 de la ESC, de un salario mínimo apropiado de 11,55 euros, volverá a quedarse claramente por debajo en breve. Dado que la próxima recomendación de la Comisión del salario mínimo sobre un salario mínimo más alto tendrá lugar como muy pronto, con efectos de 1.1.2017, los instrumentos de la declaración de eficacia general, así como de la extensión del ámbito de aplicación de las normas colectivas, por medio de Reglamento, deberán utilizarse más intensivamente.