

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO LÍMITE DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA*

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO **Palabras Clave:** Negociación colectiva, libre competencia, control de legalidad

Libre competencia y negociación colectiva se han movido tradicionalmente en ámbitos separados, el uno en el territorio de lo mercantil en tanto que el segundo lo ha hecho en el espacio de lo laboral. Ello ha provocado que durante un dilatado período de tiempo se hayan desarrollado sin interferencias mutuas, pero también con una elevada dosis de incompreensión. En tiempos recientes, sin embargo, están aflorando algunas fricciones entre ambos derechos, reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico al máximo nivel en los textos constitucionales y en el propio ordenamiento europeo, lo que no ha dejado de provocar importantes tensiones, no siempre de fácil resolución. Aunque en términos cuantitativos los asuntos no son muy elevados, no dejan de presentar un carácter emblemático, que obligan a afrontar la cuestión desde principios generales que asientan las bases sobre las que se construyen ambas instituciones jurídicas: negociación colectiva y libre competencia. El presente estudio, a partir del análisis de la función que desempeña la negociación colectiva, propone una distribución competencial entre ambas perspectivas jurídicas, con la oportuna concreción a sus manifestaciones más significativas. Esta materia no se escapa a conflictos de carácter procedimental, que exigen algún tipo de reforma legislativa, que dé coherencia a la materia y evite resultados contradictorios, origen de inseguridad jurídica y escasamente comprensibles desde la perspectiva de justicia material.

ABSTRACT **Key Words:** Collective bargaining, antitrust, control of legality

Free competition and collective bargaining have traditionally moved in separate areas, one in the territory of commercial as the second has done in space labour. This has led to that without mutual interference, but also with a high dose of misunderstanding have developed over a long period of time. In recent times, however, are arising some friction between both rights, recognized in our law at the highest level in the constitutional texts and the own European order, which has continued to cause significant strains, not always easy resolution. Although in quantitative terms, the issues are not very high, do not cease to present an emblematic character, are forced to face the issue from general principles that settle the bases on which are built both legal institutions: negotiation collective and free competition. This study, based on an analysis of the role played by collective bargaining, proposes a competence distribution between both legal perspectives, with the timely realization to its most significant manifestations. This matter is no exception to procedural disputes, requiring some kind of legislative reform, which give coherence to the matter and avoid conflicting results, origin of insecure legal and barely understandable from the perspective of material justice.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía”, DER2017-83488-C4-1-R, del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

ÍNDICE

1. DE LA IRRECONCILIABLE OPOSICIÓN A LA NECESARIA CONVIVENCIA
2. EL REFERENTE EUROPEO
3. LOS CRITERIOS ORIENTADORES GENERALES DE CONVIVENCIA DE LA DUALIDAD DE DERECHOS
4. MANIFESTACIONES SIGNIFICATIVAS LESIVAS Y NO LESIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA
 - 4.1. Perjuicios a las oportunidades de negocios de terceras empresas
 - 4.2. Régimen retributivo *versus* fijación de tarifas comerciales
 - 4.3. Regulación del tiempo de trabajo *versus* fijación de horarios comerciales
 - 4.4. Compromisos convencionales de subrogación contractual
 - 4.5. Límites a la descentralización productiva
 - 4.6. Negociación colectiva de trabajadores autónomos
5. CONSIDERACIONES DE ARTICULACIÓN PROCEDIMENTAL

1. DE LA IRRECONCILIABLE OPOSICIÓN A LA NECESARIA CONVIVENCIA

En su arranque histórico se aprecian miradas muy distantes, casi opuestas, entre la perspectiva del alcance del derecho a la libre competencia mercantil, de un lado, y el espacio que le corresponde al derecho a la negociación colectiva, de otra parte. Se trata de visiones muy diversas que incluso perviven en parte hoy en día a pesar de los cambios producidos con el paso del tiempo. Ello desemboca en que a veces se detecta una plena incomprensión de partida entre ciertas lecturas del derecho de la competencia respecto de la institución de la negociación colectiva y viceversa. Simplificando el análisis inicial, puede detectarse que en cada visión el punto de partida es cualitativamente diferente y, ello, provoca una inicial contraposición en la valoración que se realiza del alcance e impacto que debe tener la garantía de la libre competencia mercantil sobre el desarrollo de la negociación colectiva.

Desde la perspectiva que podríamos calificar de expansiva del derecho de la competencia, el punto de partida no es otro que, rememorando viejas tipificaciones delictivas decimonónicas, entender que la negociación colectiva provoca un efecto de “alteración del precio de las cosas”, comenzando por una alteración del precio del trabajo, en el libre encuentro entre la oferta y la demanda de trabajo. Por ello, por propia naturaleza, desde esta perspectiva se considera que la negociación colectiva, al alterar el precio del trabajo en una concepción liberal del funcionamiento del mercado, produce una distorsión negativa de las reglas de la competencia; distorsión de la competencia que, al considerarse como perniciosa, ha de atajarse, declarando ilícita desde el punto de vista jurídico toda actuación de la negociación colectiva que directa o indirectamente altere las reglas de la competencia.

Como contrapunto a lo anterior, desde la perspectiva que podríamos calificar como expansiva de la del derecho de la negociación colectiva, rememorando la vieja premisa de la Organización Internacional del Trabajo, conforme a la Declaración de Filadelfia de 1944, se defiende que la premisa de partida debe ser la de considerar que el “trabajo no es una mercancía”. En esa medida, se vendría a propugnar que la regulación del trabajo debe situarse extramuros a todos los efectos de las reglas del mercado y, por ende, el desarrollo de la negociación colectiva debe ser ajeno por completo a las reglas de la competencia; por tanto, entender que la negociación colectiva resulta inmune frente a cualquier posible limitación derivable del derecho de la competencia.

Ciertamente con el paso del tiempo y el asentamiento de un modelo jurídico basado en un Estado Social de Derecho en el marco de una economía de mercado, las dos posiciones precedentes en su estado puro acaban siendo rechazadas por nuestro ordenamiento jurídico, cuando menos acaban siendo excluidas tanto la una como la otra en sus expresiones más extremas. En la medida en la que el ordenamiento jurídico efectúa un reconocimiento tanto del derecho a la negociación colectiva como del derecho a la libre competencia mercantil, uno y otro deben tutelarse legalmente, lo que obliga a la búsqueda de la convivencia entre ambos derechos¹.

Debe tenerse presente en particular que ambos derechos se encuentran reconocidos dentro del texto constitucional e incluso que forman parte de las reglas esenciales del Derecho de la Unión Europea.

En el ámbito constitucional, nos encontramos ante todo con un explícito y autónomo derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios (art. 37.1 CE). Con todo fundamento se ha afirmado que el derecho a la negociación colectiva por su propia naturaleza ya incorpora el equilibrio de intereses de los interlocutores sociales²; por tanto, se convierte por esencia en el instrumento de defensa colectiva tanto de los intereses de los trabajadores como igualmente de los correlativos intereses de los empresarios, entre los que se encuentra la tutela de la libre iniciativa económica empresarial. Dicho de otro modo, desde la perspectiva que estamos analizando en estos momentos, el propio mandato constitucional dirigido al poder legislativo de garantía del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva debe efectuarse desde la premisa no sólo de tutela de su promoción para reforzar la tutela de la posición de debilidad contractual del trabajador a nivel individual, sino igualmente desde el entendimiento de que a través de la negociación colectiva los representantes de

¹ Una perspectiva general de la materia en AA. VV. (Göerlich Peset), *Libertades económicas y derecho de la competencia. Un estudio entre el ordenamiento español y la disciplina de mercado*, Consejo Económico y Social, 2011.

² M. E. Casas Baamonde, *La negociación colectiva en la Carta Magna. Balance y retos de futuro*, en AA. VV., *La negociación colectiva: balance y retos de futuro tras 40 años de Constitución*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, en prensa.

los empresarios puedan defender sus intereses propios, entre ellos, los derivados de la libertad de empresa, en concreto la libre competencia. Es más, el texto constitucional contempla un reconocimiento explícito e igualmente autónomo de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE). Ello comporta, pues, un cierto plus respecto del equilibrio de intereses ínsito a la propia negociación colectiva, por cuanto que con ello la libertad de empresa la protege más allá de la negociación colectiva y, sobre todo, le otorga un carácter de interés general a tutelar no exclusivamente por parte de las organizaciones empresariales sino también a garantizar por parte del poder público de manera directa y al margen de la actuación de éstas últimas; en particular, no es descartable que en un concreto ámbito de la negociación colectiva, las representaciones empresariales negociadoras estén más interesadas en la defensa de los intereses corporativos de un concreto grupo de empresarios y poco sensibles a los postulados propios de la libre competencia mercantil, de modo que ello debe ser asumido por el propio poder público en defensa del interés general.

Al propio tiempo, debe anticiparse que lo anterior no puede interpretarse como una doble tutela de los objetivos propios de la libre competencia frente a la negociación colectiva, de modo que esta última pueda sufrir una fuerte limitación derivada de la tutela de la primera. El derecho a la negociación colectiva recibe un fuerte impulso constitucional, se le garantiza en el texto constitucional como institución por antonomasia de la autonomía colectiva, no integrada como una simple manifestación de la libertad sindical, debiendo tenerse en cuenta que su pleno desarrollo sólo puede materializarse sobre la premisa de no poder desvirtuarla por la garantía de la libre competencia mercantil. Por ello, insistimos, el único medio de reconocer la dualidad de derechos constitucionalizados es el de buscar fórmulas legales que propicien la convivencia entre derecho a la negociación colectiva y derecho a la libertad de empresa, como intentaremos construir a lo largo del presente estudio.

2. EL REFERENTE EUROPEO

En la otra vertiente, el Derecho de la Unión Europea ha desempeñado un papel decisivo en esta materia, por las características propias del ordenamiento europeo y la orientación particular que presenta el mismo. En efecto, el Derecho de la Unión Europea encuentra sus raíces profundas en la conformación de un gran mercado a escala continental, basado no sólo en las grandes libertades de circulación —mercancías, capitales, servicios y trabajo—, sino, por añadidura, acometido todo ello sobre una centralidad de los principios básicos de la economía de mercado, por tanto, con una primacía de la libre competencia y, por ende, de la lucha contra las distorsiones al libre juego de la competencia mercantil. Encontrándose en sus orígenes el trabajo como uno de los elementos de la libre circulación, se le considera

en su condición de factor de producción en el mercado, se quiera o no tratando al trabajo como una “mercancía” desde el punto de vista económico. Más aún, la filosofía política de economía liberal, sobre la que se asienta la construcción del proyecto europeo, provoca una perspectiva de especial primacía de las libertades económicas en el juego sistemático de conjunto del ordenamiento europeo. Si no se tiene presente esta realidad, sería imposible llegar a captar cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea llega a dictar la saga de sentencias Viking, Laval y Rüffert³, por mucho que las mismas hayan recibido en su momento fuertes críticas desde las posiciones propias de los juristas del trabajo, en la medida en que las mismas no habían asimilado el alcance del posterior y paralelo desarrollo de la política social europea, con particular atención al reforzamiento del diálogo social. Así, se efectúa la comparación con la libre competencia, destacando que mientras que la negociación colectiva necesariamente produce una restricción de la misma y la única forma de salvaguardar la anterior es excluirla de los condicionantes derivados del derecho de la competencia, no sucede así respecto de la libre prestación de servicios transnacional que sí debe ser respetada por el desarrollo de la negociación colectiva, siendo posible una invocación directa por parte de la empresa perjudicada frente al sindicato. Eso sí, como contrapeso, las sentencias admiten que la protección de los derechos fundamentales (entre los que se encuentra el de negociación colectiva) constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión; eso sí, debiendo ello conciliarse con las exigencias relativas a los derechos protegidos por el Tratado y el principio de proporcionalidad⁴. Sólo puede admitirse una restricción a la libertad de establecimiento si ésta persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general. También es necesario, en tal caso, que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo⁵.

Precisamente, por esto último la centralidad de las libertades económicas dentro del proyecto europeo, con el paso del tiempo, tendrá que atemperarse o conciliarse con el paralelo interés de las instituciones comunitarias por marcar las señas de identidad del proyecto europeo, no basado exclusivamente en la Europa de los mercaderes y, por ende, otorgar un importante espacio de equilibrio a la armonización de la legislación laboral, como instrumento de reequilibrio. Será precisamente en ese marco en el que se producirá desde las propias instituciones eu-

³ SSTJCE 11 de diciembre de 2007, C-438/05, Viking Line; 18 de diciembre de 2007, C-341/05, Laval un Partneri; 3 de abril de 2008, C-346/06, Dirk Rüffert.

⁴ SSTJCE 11 de diciembre de 2007, C-438/05, Viking Line, apartados 45 y 46; 18 de diciembre de 2007, C-341/05, Laval un Partneri, apartado 93.

⁵ SSTJCE 11 de diciembre de 2007, C-438/05, Viking Line, apartado 75; 18 de diciembre de 2007, C-341/05, Laval un Partneri, apartado 101.

ropeas un decisivo reconocimiento y promoción de la función de los interlocutores sociales en el marco del diálogo social (art. 152 TFUE). Más aún, atribuyéndose a la UE competencias de armonización legislativa en lo relativo a la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores (art. 153.1 f TFUE).

En ese contexto, las instituciones económicas de la Unión han pasado a ser concebidas en el marco de las tradiciones propias de los sistemas democráticos de relaciones laborales asentados en los diferentes Estados miembros, como seña de identidad propia del proyecto europeo. Precisamente dentro de esas tradiciones nacionales de los sistemas de relaciones laborales se encuentra de forma generalizada un sólido desarrollo de la negociación colectiva en el conjunto de los Estados miembros. Por muy diversos que sean los diferentes modelos nacionales de negociación colectiva, su solidez y desarrollo es muy fuerte en el conjunto, siendo especialmente perceptible esta realidad cuando la misma se la compara con los sistemas de relaciones laborales presentes en países ajenos a la Unión Europea⁶.

Esta realidad ha pesado con fuerza en la evolución de la construcción del modelo europeo, especialmente por lo que refiere a la toma en consideración desde las instancias europeas del valor que presenta la negociación colectiva en el funcionamiento del sistema de relaciones laborales, incluso en el impacto que ello debe tener sobre la configuración general del juego de las libertades económicas y su impacto sobre el mercado de trabajo⁷.

Elemento decisivo a estos efectos vendrá representado por la doctrina asentada por la saga de sentencias dictadas en torno al caso Albany⁸. El punto de partida a estos efectos será el de constatar que, por su propia esencia, la negociación colectiva viene a establecer un equilibrio diferente entre oferta y demanda de trabajo, que sin la menor duda restringe el libre desarrollo del derecho de la competencia. Por ello, como dirá expresamente el Tribunal de Justicia, “determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de empresarios y trabajadores”. Estas sentencias son conscientes de que llevar hasta sus últimas consecuencias la anterior circunstancia debería conducir a prohibir lisa y llanamente la negociación

⁶ AA. VV. (Jesús Cruz Villalón dir.), *La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019.

⁷ Para una visión comparada del asunto en los principales países europeos, N. Bruun y J. Hellsten, *Collective Agreement and Competition Law in the EU. The Report of the COLCOM-project*, Iustus Förlag 2001. C. Vigneau, *De la soustraction des accords collectifs aux règles communautaires de concurrence*, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 25.

⁸ SSTJCE 21 de septiembre de 1999, C-67/96, Albany, apartado 59; 21 de septiembre de 1999, C-219/97, Bokken; 21 de septiembre de 1999, C-115/97 a 117/97, Brentjens; 21 de septiembre de 2000, C-222/98, Van der Woude; 9 de julio de 2009, C-319/07, Dinamarca y Noruega, apartado 50; STJUE 3 de marzo de 2011, C-437/09, Prévoyance. Sobre las mismas, cfr. S. Evju, *Collective agreements and competition law. The Albany puzzle and Van der Woude*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 17 n.º 2 (2001).

colectiva. Por ello, partiendo de la generalizada implantación de la negociación colectiva como derecho básico de los sistemas de relaciones laborales de los Estados miembros, a partir de la constatación de los objetivos sociales perseguidos también por el ordenamiento europeo en la búsqueda de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo, así como el necesario equilibrio de estos objetivos sociales con los derechos económicos, acaba considerando que los objetivos de política social resultarían gravemente comprometidos si los convenios colectivos estuvieran sujetos al Derecho de la Unión sobre la libre competencia. Ello desemboca en la conclusión de que los convenios colectivos quedan fuera de la prohibición de los acuerdos que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (art. 101.1 TFUE). Ello vendrá acompañado de algún matiz importante por esta jurisprudencia, en la medida en que se aclarará que en todo caso ello no excluye que en el análisis de la corrección de lo actuado en este terreno se deberá comprobar la “naturaleza y el objeto del acuerdo”, especialmente a los efectos de asegurar que no se ha producido una desnaturalización de la función propia de la negociación colectiva. Sin perjuicio de que deberemos analizar el concreto alcance de esta última precisión, el principio general que se instituye con esta jurisprudencia es que la negociación colectiva se desarrolla extramuros de las reglas prohibitivas de los acuerdos contrarios a la competencia, pues, insistimos, resulta consustancial a la propia negociación colectiva alterar las reglas de la oferta y la demanda en el mercado de trabajo.

Esta contextualización general se va a afianzar y elevar de categoría a partir de la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, especialmente a partir del momento en el que a la misma se le reconoce el carácter de texto vinculante que forma parte del Derecho originario de la Unión. Por lo que afecta a la materia objeto de tratamiento aquí, han de traerse a colación los dos preceptos claves que reproducen la dualidad de derechos que venimos tomando en consideración. En efecto, de un lado nos encontramos dentro de esta relación de derechos con el reconocimiento de la libertad de empresa (art. 16), al propio tiempo que, en igual medida, se le otorga idéntico valor al reconocimiento del derecho a la negociación colectiva (art. 28). Tiene un superior valor simbólico la recepción del segundo de ellos, en la medida en que la libertad de empresa ya tenía plena carta de naturaleza desde sus orígenes en los Tratados Constitutivos, mientras que la negociación colectiva se incorpora por primera vez como un derecho fundamental en la medida en que hasta ese momento no figuraba de manera expresa en el Derecho originario, incluso existían dudas de que se encontrase dentro del elenco de contenidos susceptibles de armonización legislativa⁹. Precisamente por

⁹ Sobre el particular, J. Cruz Villalón, *El derecho de negociación colectiva laboral en el marco del ordenamiento de la Unión Europea*, publicado en AA. VV., (Ana Carmona directora), *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales. Un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta*, ed. Aranzadi, Madrid, pgs. 167 ss.

ello, las sentencias de la saga Albany tienen que acudir como referente principal a las tradiciones nacionales de centralidad de la negociación colectiva para fundamentar su impacto en el ámbito europeo. A partir de la Carta de Derechos Fundamentales ya es posible apelar a un explícito reconocimiento en el Derecho originario de la Unión de la negociación colectiva. Es cierto que en la Carta, tanto la libertad de empresa como la negociación colectiva se contemplan en la misma “de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”, lo que ha de constituir un importante elemento condicionante del alcance material de tal reconocimiento como derecho fundamental; sin olvidar tampoco, que tal reconocimiento en la Carta se lleva a cabo sin que ello suponga atribuir nuevas competencias a las instituciones europeas. Pero, indiscutiblemente, esa recepción dentro de la Carta no puede tener un mero valor de declaración de intenciones políticas, por cuanto que la Carta tiene un estricto alcance jurídico y, por añadidura, de rigurosa eficacia vinculante. Por ello, una cosa es que no quepa una intervención regulativa directa de la materia por parte de las instituciones europeas fundada exclusivamente en el texto de la Carta y otra bien distinta que el reconocimiento de la negociación colectiva como derecho de rango fundamental en dicho texto posea la virtualidad jurídica de impactar sobre la interpretación del ejercicio y efectos del conjunto del ordenamiento comunitario. Prueba elocuente de ello es que la propia Carta cuando reconoce la negociación colectiva como derecho fundamental precisa que el mismo se lleva a cabo «de conformidad con el Derecho de la Unión». De este modo, la negociación colectiva puede tener un decisivo impacto sobre otros derechos y principios de la Unión, para los que las instituciones europeas sí que ostentan facultades de intervención normativa, entre los que se encontrarían los relativos a las libertades económicas.

En definitiva, la recepción del derecho a la negociación colectiva dentro de la Carta, con independencia de que se efectúe en paralelo a la libertad de empresa, afianza y eleva de rango los criterios jurisprudenciales diseñados a partir de la saga de sentencias Albany, de modo que con mayor fundamento se puede entender que la negociación colectiva cuando desarrolla la función que por esencia le corresponde no puede entenderse como un acuerdo afectado por la prohibición de distorsión de las reglas de la competencia.

3. LOS CRITERIOS ORIENTADORES GENERALES DE CONVIVENCIA DE LA DUALIDAD DE DERECHOS

A partir de las consideraciones precedentes puede procederse a formular los criterios generales conforme a los cuales afrontar la necesaria convivencia entre el derecho a la negociación colectiva y el correlativo derecho a la libre competencia.

Cuando nos enfrentamos al reconocimiento al máximo nivel jurídico (constitucional o en los Tratados internacionales) de dos derechos la fórmula más generalizada es la de partir de la premisa de que ninguno de los dos derechos puede concebirse de manera absoluta. La necesaria convivencia de ambos derechos tiene como resultado la limitación mutua de ambos derechos, en el sobreentendido de que el ejercicio del uno requiere la limitación del otro y viceversa. A partir de ahí, se tiende a la búsqueda del equilibrio entre ambos preceptos, para lo que se acude al juego del principio de proporcionalidad como instrumento de la limitación mutua. Se aplica, así, el principio de proporcionalidad en su triple vertiente respecto del límite que se le impone: si con la imposición del límite se logra la finalidad buscada (juicio de idoneidad); si, además, es necesario, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si el límite que se establece resulta ponderado o equilibrado, por derivarse del mismo más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

En el caso que estamos analizando, sin desmerecer del valor que puede tener el acudir a tales reglas comunes relativas a la aplicación del principio de proporcionalidad, ello resulta algo más complejo, cuando no requiere de correcciones importantes. La particularidad que se presenta en este caso exige una cierta reconducción del genérico principio de proporcionalidad. En efecto, en estos supuestos resulta imprescindible tener presente que la negociación colectiva como institución, por su propia naturaleza y finalidad, provoca de manera directa e inexorable una alteración de las reglas de la libre competencia. Su función es precisamente la de contrarrestar el libre juego de la oferta y la demanda en el mercado de trabajo. Desde este punto de vista ha de admitirse que el trabajo sí tiene el carácter de una mercancía, inicialmente sometido a las reglas del mercado, pero que, por voluntad del legislador, se impone un modelo de relaciones laborales que pretende que el trabajo no se considere “sólo” como una mercancía. Así, el reconocimiento de la negociación colectiva, por propia esencia, pretende superar el libre juego de la oferta y la demanda a nivel individual, para fomentar la fijación de las condiciones de trabajo a nivel colectivo y, con ello, necesariamente alterar el precio del trabajo. En definitiva, el desarrollo de la negociación colectiva necesariamente distorsiona la competencia mercantil. Dicho con los términos de la sentencia Albany, los efectos restrictivos de la libre competencia son inherentes a los convenios colectivos y, por ello, los mismos no entran en el marco de las reglas dirigidas a prohibir los acuerdos que impiden, restringen o falsean la competencia. Hay, pues, un antagonismo directo entre negociación colectiva y libre competencia, por lo que en estos casos no resulta posible una automática y plena aplicación del principio de proporcionalidad. Al no tratarse de derechos compatibles entre sí, no resulta

posible acudir sin más al principio de proporcionalidad para resolver los posibles conflictos entre ambos derechos.

A tenor de ello, ha de acudir a otro modo o método de resolver el conflicto, pues al propio tiempo lo que es indiscutible es que el ordenamiento reconoce ambos derechos y los mismos deben convivir en nuestra realidad social y económica. La forma de resolver el dilema es la de situar a cada derecho en espacios de actuación diversos, desplegando en cada territorio funciones diversas y, por tanto, jugando con un principio más de reparto competencial, que de proporcionalidad de juego en un mismo ámbito.

Dicho de manera más concreta, la negociación colectiva puede moverse con plena libertad de juego en el campo de la regulación del mercado de trabajo, sin tomar en consideración el impacto distorsionador que pueda provocar su desarrollo sobre la libre competencia. Por ello, cuando las partes procedan a negociar lo que es el contenido propio de los convenios colectivos, sus pactos no podrán verse impedidos por la afectación de los mismos a la regla de la libre competencia mercantil. Y este es el sentido que tiene la conclusión de que la negociación colectiva resulta inmune a la prohibición de acuerdos distorsionadores de la competencia. Quienes de manera más expresa han asumido esta lógica han sido los países de la Europa del norte, quienes de manera explícita han excluido la aplicación de las reglas relativas a la competencia mercantil respecto de la negociación colectiva¹⁰.

En paralelo, en correspondencia y contraste con lo anterior, la tutela de la libre competencia debe desplegarse en el campo de juego del resto de los mercados de producción de bienes y servicios, territorio este otro en el que no puede actuar la negociación colectiva. Ello supone que el convenio colectivo no podrá abordar contenidos que son propios del funcionamiento de los mercados de bienes producidos o de los servicios prestados por las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo. Por ejemplo, tal como establece de manera expresa la legislación portuguesa, los convenios colectivos tienen expresamente prohibido negociar materias tales como son las que afectan a actividades económicas, como pueden ser las relativas a períodos de funcionamiento, régimen fiscal, formación de precios y ejercicio de actividad de las empresas de trabajo temporal incluido el contrato de puesta a disposición¹¹, si bien este último aspecto requeriría ser matizado por lo admitido expresamente por la Directiva de la Unión Europea.

Dicho con palabras de las conclusiones del Abogado General en el asunto Albany, “el convenio colectivo debe tratar sobre cuestiones centrales de la negociación colectiva, como los salarios y las condiciones de trabajo, y no afectar a terceros o a otros mercados”.

¹⁰ N. Bruun y J. Hellsten, *Collective Agreement and Competition Law...*, op. cit., pg. 79.

¹¹ Artículo 478.1 b Código de Trabajo. Bernardo Xavier, *La negociación colectiva en Portugal*, en AA. VV. *La Negociación Colectiva en Europa*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid 2004, pg. 191.

Así expresado, la línea de demarcación se puede presentar muy sencilla y aparentemente fácil de aplicar. Siendo el anterior, a nuestro juicio, el punto de partida inexcusable, la actuación de una y otra institución en espacios diferenciados, ello resulta algo más complejo en la práctica, porque los espacios no son mundos separados, no son espacios estancos. Existen posibles colisiones, cuando no interinfluencias, entre el mercado de trabajo y el resto de los mercados de bienes y servicios. Aun cuando el punto de partida sea el de que cada institución actúa en mercados diversos (el de trabajo la negociación colectiva, de un lado, y el de bienes y servicios la libre competencia, de otro lado), ha de atenderse a las influencias mutuas que puedan existir entre ambos.

Para resolver este dilema adicional ha de atenderse al objeto o función que desempeñan ambas instituciones para afinar una respuesta completa al conflicto en cuestión. Para ello, como también indica la sentencia Albany, ha de atenderse a la naturaleza y al objeto de la negociación colectiva. Este es el sentido que cabe otorgar precisamente al calificativo de “laboral” que se le atribuye en nuestro texto constitucional del derecho a la negociación colectiva: “La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral” (art. 37.1 CE).

Así, de un lado, no puede desconocerse que, aun cuando un convenio colectivo se limite a regular las condiciones de trabajo, de manera indirecta puede condicionar el desarrollo del resto de los mercados de bienes y servicios. Pero ese resultado, una vez más resulta inevitable, pues es la única forma como el convenio colectivo puede desplegar las funciones para las que surge. Por ello, resulta imprescindible aceptar que al fijarse las condiciones de trabajo por parte del convenio colectivo, como efecto colateral se afecte al juego del mercado de los bienes producidos o los servicios prestados por las empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo. Por ello, lo que le vendrá vedado al convenio colectivo es fijar de manera directa las reglas de esos otros mercados de bienes y servicios, pero no se le puede negar el posible impacto indirecto sobre esos otros mercados de bienes y servicios. Dicho de manera ejemplificativa, el convenio colectivo tendrá prohibido en todo caso pactar el precio de los productos o servicios de las empresas afectadas por el convenio, pero no podrá evitar que al pactar determinados incrementos retributivos ello de manera indirecta pueda producir un efecto derivado de incremento de los precios de los productos o servicios objeto de la actividad económica de las empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo en cuestión.

De otro lado, no resulta descartable que un convenio colectivo, bajo la apariencia de proceder a la fijación de condiciones de trabajo, establezca condiciones que tengan como finalidad directa, aunque lo sea oculta, la de establecer condiciones de funcionamiento perjudiciales para unas empresas respecto de otras dentro del mercado de productos o servicios sobre el que actúan. Con ello no se pretende contradecir el principio de partida de que los negociadores de un convenio son libres

de pactar lo que estimen por conveniente en el ámbito de la regulación del mercado de trabajo, estableciendo cuantas diferencias de tratamiento consideren oportunas siempre y cuando no incurran en la prohibición de tratamiento discriminatorio.

A tal efecto, debe tenerse en cuenta que los convenios colectivos sólo están sujetos a la prohibición de discriminación, sin que se encuentren limitados por el principio de igualdad de trato, que es algo diferenciado de lo anterior y ello sólo vincula a los poderes públicos; por mucho que tanto la jurisprudencia constitucional como la ordinaria resulte confusa al respecto, en las más de las ocasiones confundiendo prohibición de discriminación e igualdad de trato como anverso y reverso de una misma moneda, cuando se trata de mandatos constitucionales diferenciados, con la relevante consecuencia de que el principio de igualdad sólo afecta a los poderes públicos y el convenio colectivo es resultado de una negociación entre sujetos privados, por mucho que la misma sea objeto de promoción y tutela singular por parte de nuestro ordenamiento jurídico¹². Eso determina que, por principio, no puede considerarse que resulte contrario a derecho que un convenio colectivo proceda a establecer condiciones de trabajo diferenciadas entre unas y otras empresas en atención a determinadas características singulares que, como tales, pueden justificar esa diferencia de tratamiento. Por ejemplo, el propio Tribunal Supremo ha llegado a admitir la licitud de un convenio colectivo que preveía un régimen retributivo diferenciado según el tamaño de la empresa y el uso o no de un proceso industrial mecanizado más gravoso para el trabajador¹³.

Eso sí, lo anterior no excluye que las diferencias de tratamiento no traigan su causa en una diversidad de condiciones entre unas y otras empresas, sino de una finalidad espuria de tratar peyorativamente a unas empresa respecto de otras con la clara finalidad de colocarlas en una posición de desventaja en la competencia mercantil. Lo que no pueden hacer los convenios colectivos es, en una clara actuación en fraude de ley, hacer un uso de su función de regulación del mercado de trabajo para pretender perjudicar a unas empresas respecto de otras en el mercado de bienes y servicios, con el objetivo directo de provocar una distorsión en el desarrollo de la libre competencia. Así ocurriría, por ejemplo, con un convenio colectivo sectorial

¹² Con más detalle, J. Cruz Villalón, El contenido de la negociación colectiva desde la perspectiva constitucional, en AA. VV. (W. Sanguinetti Raymond y Enrique Cabero Morán), *Sindicalismo y Democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*, editorial Comares, Granada 2017, pgs. 777 ss.

¹³ STS, social, 20 de febrero de 2012, rec. 189/2011, ECLI:ES:TS:2012:1826: “no se trata de una desigualdad injustificada, puesto que la diferencia de trato no se produce entre empresas que se encuentran en una misma situación de hecho, sino entre empresas que, aún perteneciendo a la misma actividad, la realizan en condiciones distintas y que, por ello, conforman supuestos de hechos diversos. No puede ignorarse que la diferencia de trato no tiene por objeto marginar o discriminar a quien, como la asociación demandante, se siente económicamente perjudicada, sino mas bien reconocer la singular carga para el trabajador que trabaja en condiciones ambientales distintas, propias de un proceso industrial mecanizado, que han sido valoradas especialmente por los firmantes del convenio como acreedoras de un plus retributivo, amén de que puedan resultar más incómodos en los términos que señala la parte impugnante del recurso”.

que proceda a pactar salarios distintos según características de la empresa, con el claro objetivo sesgado de perjudicar a unas empresas frente a otras en el juego de la libre competencia mercantil, estando todas las empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación del mismo convenio colectivo en situaciones idénticas que no justifican la diferencia de tratamiento. Se trataría desde esta perspectiva de acudir a una institución tan clásica como es el fraude de ley, para impedir usos de la negociación colectiva contrarios a sus fines o a las funciones que le son propias: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir” (art. 6.4 Código Civil). Sin desconocer que en nuestro ordenamiento jurídico el fraude de ley no se presume y, por tanto, corresponde a quien lo alega demostrarlo, es obvio que no puede blindarse por completo el convenio colectivo cuando está negociando condiciones de trabajo. La negociación de condiciones de trabajo no puede constituir título legitimador absoluto de inmunidad, cuando ello se constata se realiza desnaturalizando su finalidad, en la medida en que la fijación de condiciones se presente como un simple instrumento de ocultar el objetivo directo que se persigue de distorsionar la competencia mercantil entre las diversas empresas en juego.

Finalmente, desde una perspectiva inversa de más fácil compatibilidad, ha de tenerse en cuenta que no siempre las funciones propias de la negociación colectiva y las correspondientes de la libre competencia entran en colisión. Por el contrario, en ocasiones la fijación uniforme de condiciones de trabajo para todas las empresas, especialmente cuando se trata de convenios colectivos sectoriales, unifican desde el punto de vista laboral los costes a efectos de la competencia mercantil. Desde esta perspectiva, la regulación uniforme del mercado de trabajo por parte del convenio colectivo facilita el libre juego de la competencia mercantil en términos de transparencia y ausencia de competencia desleal. Más aún, en múltiples ocasiones la negociación colectiva puede favorecer un desarrollo correcto de la competencia. En tales supuestos, la negociación colectiva llega incluso a impedir un desarrollo desequilibrado de la misma por cuanto que las posiciones de partida entre las partes pueden resultar desequilibradas de no existir cierto tipo de estándares comunes de carácter laboral. Dicho de otro modo, la intervención de la negociación colectiva se convierte en obligada para evitar distorsiones en la competencia mercantil.

4. MANIFESTACIONES SIGNIFICATIVAS LESIVAS Y NO LESIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA

Las premisas precedentes de carácter general nos permiten a partir de ahora descender al terreno de lo concreto, para describir supuestos específicos en los que,

en negativo, se detectan pactos en convenios colectivos que calificaríamos como ilegales por contrarios a la libre competencia, complementado con otros casos determinados que aunque discutidos finalmente en positivo se han de considerar como pactos lícitos que no pueden verse impedidos por las reglas de la competencia. A los efectos de realizar tales descripciones nos basaremos en pronunciamientos judiciales o bien resoluciones administrativas provenientes de la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia, así como de los órganos homólogos que le han precedido en el tiempo con identidad de competencias.

4.1. Perjuicios a las oportunidades de negocios de terceras empresas

En ese terreno, habría que comenzar refiriéndonos a aquellos convenios colectivos que limitan de manera directa la actividad económica de empresas que no se encuentran incluidas dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo, pero que se ven afectadas negativamente de manera directa por lo pactado entre las partes. Se trata de pactos en perjuicio de terceros, que carecen de fundamento para provocar dicho daño desde la perspectiva jurídica.

El primero de los supuestos se produjo en el tiempo en el caso del convenio colectivo del personal laboral al servicio del Ministerio de Justicia, a través del cual se le reconocía a los trabajadores la posibilidad de comprar productos médicos en las farmacias militares a precios más reducidos que los estipulados oficialmente para las farmacias de atención al público en general¹⁴. Se trataba de una adquisición que se le posibilitaba a este personal por medio de la entrega al mismo de unos talonarios que le permitían adquirir estos productos a precios más reducidos en las farmacias militares. El caso es ciertamente singular, en la medida en la que nos enfrentamos a un régimen de oligopolio, donde la adquisición de medicamentos solo se permite legalmente en determinados establecimientos abiertos al público. Como excepción, por razones justificadas, se permite legalmente que los funcionarios de las fuerzas armadas puedan adquirir los medicamentos en las farmacias militares, pero ello la norma estatal no lo contempla para el personal laboral, cuyo acceso a las farmacias militares se produce por lo pactado en el convenio colectivo. Subyace a todo litigio que con esa previsión de manera directa se está perjudicando a las farmacias abiertas al público en general, que a resultas del convenio colectivo perderían la correspondiente clientela. Esto es lo que determina el fallo de la sentencia, que entiende la cláusula convencional lesiva para las farmacias abiertas al público en general, si bien en la sentencia se recoge un voto particular discrepante. No se dice expresamente en la sentencia, si bien puede deducirse implícitamente del conflicto en cuestión, que las farmacias abiertas al público en

¹⁴ STS 15 de marzo de 1993, rec. 1730/1991.

general, al mismo tiempo que constituyen un oligopolio, por las características del producto, no tienen libertad de precios, pues los mismos le vienen impuestos bien lo sea por la Administración sanitaria o bien lo sea por el laboratorio que suministra el producto. Por ello, se trata de un supuesto muy específico, en el que los precios más reducidos del producto a adquirir en la farmacia militar, ofrecido por intermediación del convenio colectivo, venía a colocar en una posición de competencia desleal al resto de las farmacias abiertas al público en general.

El supuesto se inserta, por lo demás, en una larga tradición de la legislación laboral, de prohibir los sistemas denominados de *truck system*, por medio de los cuales el empleador ofrece a sus empleados la posibilidad de adquirir sus productos de consumo en tiendas específicas gestionadas por la propia empresa, que a través de vías diversas impiden o desincentivan la libre voluntad del trabajador de comprar en otros establecimientos. Este tipo de sistemas han sido prohibidos desde los orígenes de la legislación laboral, en primera instancia por cuanto que limitan la libertad de compra del trabajador, pero igualmente porque ello restringe la oportunidad de negocio de otros comercios y, con ello, perjudica a la libre competencia. Por tanto, la contravención de la legalidad se producirá tanto si lo anterior deriva de simples prácticas empresariales como si es el resultado de compromisos asumidos a través de la negociación colectiva.

En todo caso, el asunto no es tan simple, por cuanto que también es sabido que nuestra legislación laboral admite la licitud de otro tipo de prácticas que pueden considerarse bastante próximas a las precedentes. Así, basta con tener presente que nuestra legislación vigente da por supuesto que es posible que el trabajador perciba su retribución tanto en efectivo como en especie, sin perjuicio de que establece un tope máximo al porcentaje de retribución a percibir en especie (art. 26.1 ET). Desde el instante en el que el trabajador percibe una parte de su retribución en especie, encuentre esta partida salarial el origen que sea, el trabajador verá reducida la parte correspondiente al salario en efectivo y, con ello, minorada su capacidad de adquirir esos mismos bienes o servicios en el mercado libre de los mismos. Se trata de una limitación de acudir a la adquisición de tales productos en el mercado de bienes y servicios, con evidente perjuicio indirecto de las empresas que los ofrecen en régimen de competencia mercantil. A la postre, se trata de un sistema de retribución que directamente limita, cuando no se opone directamente, la libre competencia. En definitiva, una comprensión estricta y rigurosa del derecho a la libre competencia conduciría a concluir que resulta contraria a la misma cualquier fórmula de abono del salario en especie. Sin embargo, ha de reconocerse también que existe una amplia tradición de abono del salario en especie a los trabajadores, en unos casos bajo fórmulas muy tradicionales, en otras ocasiones bajo sistemas muy novedosos; y, por añadidura, que la normativa vigente admite la licitud de tales formas de retribución en especie, con independencia de que ello pueda comportar una restricción a la libre competencia. Podríamos así llegar a la conclusión de que

siempre que tales formas de retribución en especie favorezcan a los intereses de los trabajadores, se admiten como correctas siempre que no superen el porcentaje legalmente establecido como tope (30 %), de modo que con ese límite cuantitativo el legislador viene a establecer el equilibrio entre las ventajas a disfrutar por los trabajadores por esta vía y los perjuicios que se admiten como soportables a la libre competencia. Más aún, cuando el legislador establece este tope porcentual como regla de derecho necesario, en lo demás está derivando a la negociación colectiva la posible fijación del régimen de retribución en especie y, con ello, no impide que el convenio colectivo entre a regular las condiciones de percepción del salario en especie.

Al mismo tiempo, sin tratarse de fórmulas estrictas de salario en especie, también se encuentra muy extendido en ciertos comercios, el ofrecimiento a sus empleados la posibilidad de adquirir con su retribución monetaria bienes o servicios de la empresa a precios más reducidos o bien de tener la posibilidad de adquirir los mismos en días previos a las rebajas ofrecidas al público en general. Tienen en común estas prácticas con el precedente sistema de salarios en especie, que se le ofrece al trabajador una opción de adquisición de bienes o servicios a precios más reducidos, que por efecto derivado hace menos atractiva la posibilidad de adquisición de esos mismos bienes en otros comercios, por tanto con perjuicio a la libre competencia externa. Similar resulta también la posibilidad de acceder a servicios de restauración dentro de la empresa en cafeterías o bares a precios más reducidos de los existentes en el exterior del centro de trabajo, con beneficios mutuos tanto para la empresa en términos de productividad del trabajador como para el trabajador en términos de costes del servicio. Una vez más, se trata de prácticas muy extendidas, que ciertamente constituyen restricciones indirectas a la libre competencia. Nada establece la normativa al efecto, sin previsión hoy en día de expresa prohibición al respecto. Más allá de la discusión que en términos generales se pueda desarrollar respecto de este tipo de prácticas, que no podemos resolver en toda su profundidad en estos momentos, de lo que no cabe la menor duda es de que de admitirse la licitud de tales prácticas empresariales, nada podría objetarse a que las mismas pudieran llegar a formalizarse o institucionalizarse a través de pactos expresos en la negociación colectiva. O bien, dicho en sentido inverso, en la medida en que este tipo de prácticas tuviesen que someterse al principio de proporcionalidad entre los lícitos objetivos perseguidos por las mismas y la lesión indebida a la libre competencia mercantil, el mismo límite tendría la negociación colectiva para pactar cláusulas al respecto, pero desde luego ni más ni menos límites.

Un supuesto de similares efectos a los talonarios de las farmacias militares se presenta en el caso de las actividades complementarias en la actividad de la estiba y la desestiba. A estos efectos, lo más relevante es que las empresas estibadoras respecto de la actividad de carga y descarga de mercancías de los buques en los

puertos de interés general desempeñan igualmente un servicio en régimen de oligopolio. Se trata de empresas que actúan en régimen de oligopolio por cuanto que sólo ellas pueden realizar tal actividad, salvo que el propio armador opte por realizar la estiba o desestiba con personal y medios propios sin acudir a terceras empresas; si el armador opta por acudir a terceras empresas para las labores de carga y descarga de mercancías, necesariamente deben hacerlo por vía de la contratación del servicio con las empresas estibadoras. La liberalización del sector impuesta por la reforma legislativa derivada de la sentencia de condena a España por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea afecta a la libertad de contratación laboral por parte de las empresas estibadoras, pero no a la libertad de contratación externa por parte del armador del buque que debe seguir acudiendo a los servicios de las empresas estibadoras. Es por ello, que las empresas estibadoras constituyen un oligopolio, dado que sólo aquellas que obtienen la pertinente autorización administrativa del puerto de interés general en cuestión pueden desarrollar esta actividad económica, con el añadido de que en cada puerto puede establecerse un número limitado de autorizaciones. Razones de interés general y especialmente de eficaz funcionamiento de los puertos de interés general justifican esta limitación en la libre competencia mercantil, sin que hasta el presente se hayan puesto objeciones a ello. Eso sí, existe un catálogo preciso de actividades que se integran dentro de la estiba y desestiba que se encuentran limitadas en su contratación externa a las empresas que se mueven en régimen de oligopolio: sólo ellas pueden prestar estos servicios por previsión legal, pero con una lista cerrada de las actividades que se consideran no abiertas al mercado en general. Como contrapunto otras actividades diversas a la estiba y desestiba, previas o posteriores a la misma, que se pueden considerar como complementarias a las mismas, no están sometidas a este régimen de oligopolio.

Pues bien, en ese escenario, lo que han acordado algunos convenios colectivos de puertos es que cierto tipo de actividades complementarias han de efectuarse también por parte de las empresas estibadoras. Ello tiene la finalidad aparente de favorecer el empleo de los estibadores, en la medida en que se le encomienda a ellos también la realización de estas tareas complementarias, pero no cabe la menor duda que también comportan de manera indirecta la ampliación del ámbito de desarrollo del oligopolio, más allá de lo contemplado por la normativa estatal. En definitiva, con ello se produce un uso fraudulento de la función de la negociación colectiva, en los términos establecidos en el apartado precedente, por cuanto que con ello se produce de manera inmediata el cierre a la posibilidad material de que tales actividades complementarias puedan efectuarse en el espacio abierto al mercado y, por ende, con perjuicio a la libre competencia de empresas distintas a las estibadoras. Tal es la razón por la que coincidimos en el fundamento de las resoluciones judiciales y administrativas que han fallado contra los convenios colectivos de la estiba que han pactado, más allá de lo previsto legalmente, una

atribución de la ejecución de las actividades complementarias a favor de las empresas estibadoras en exclusiva¹⁵.

4.2. Régimen retributivo *versus* fijación de tarifas comerciales

Ya lo hemos adelantado en las consideraciones de carácter general, ha de entenderse que excede de la función de la negociación colectiva pretender entrar de manera directa en el ámbito de la regulación del mercado de bienes y servicios, saliéndose del marco que le es propio de la regulación del mercado de trabajo. Por ello, en términos ejemplificativos, también hemos afirmado que los convenios colectivos no pueden fijar los precios de los productos y servicios ofrecidos al mercado por las empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo. Este tipo de cláusulas de los convenios colectivos han de estimarse contrarias de forma plena a la libre competencia y, por tanto, ilícitas. No pueden encontrar en ningún caso su fundamento en la tutela de los intereses de los trabajadores, sin que la representación de los trabajadores tenga legitimación alguna para negociar con las empresas los precios de sus productos, ni siquiera en aquellas actividades de fuerte peso del coste del factor trabajo dentro del volumen general de negocio de las empresas en cuestión.

De manera emblemática ello se produjo en un convenio colectivo relativo a empresas que prestaban servicios de ayuda familiar en el ámbito de la atención a la dependencia personal, donde el convenio colectivo establecía los precios de los servicios y ofertas comerciales que las empresas deben aplicar a sus clientes, así como que se considerará incumplimiento del mismo las ofertas comerciales realizadas por las empresas que sean inferiores a los costes establecidos en el mismo¹⁶. No cabe la menor duda de que en este tipo de actividades el incremento retributivo pactado necesariamente ha de tener una repercusión refleja sobre los precios del servicio, dado que en estos casos es la única forma por medio de la que las empresas podrán cumplir con sus deberes laborales; es natural que en estos casos pueda existir la fuerte tentación de que la representación sindical impulse a las empresas a subir los precios del servicio como garantía del cumplimiento de los compromisos salariales pactados, pero lo que en modo alguno podrán hacer los convenios colectivos es fijar los precios mínimos de tales servicios. El convenio

¹⁵ STS, sala social, 10 de noviembre de 2010, rec. 153/2009, ECLI:ES:TS:2010:6528; tiene su origen en la SAN 1 de junio de 2009, procedimiento 1/2009. Res. Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 24 de septiembre de 2009; Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 26 de septiembre de 2018, expte. S/DC/0596/16, asunto estibadores Vigo.

¹⁶ Res. Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 29 de enero de 2007, expediente 607/06, asunto ayuda a domicilio. Aunque lo sea con terminación convencional, en la misma línea CNC 16 de marzo de 2009, expediente S/0076/08, caso Repsol; 16 de marzo de 2009, expediente S/0076/08, contact center; 17 de marzo de 2009, expediente S/0077/08, caso empresas de seguridad.

colectivo lícitamente podrá negociar los salarios, pues esta es su función natural; a nadie se le oculta que ello tendrá, de manera indirecta, la inmediata repercusión sobre los precios, pero la frontera insoslayable se encontrará en que el convenio no podrá en ningún caso adentrarse en la fijación directa de los precios; ello, de contrario, insistimos, supondrá desbordar el ámbito en el que se debe desenvolver, de regulación del mercado de trabajo pero no de los mercados de bienes y servicios en los que actúan las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo.

Eso sí, como reverso de lo anterior, allí donde el convenio colectivo no vaya más allá de la fijación de las retribuciones, habrá de presumirse que su contenido es correcto desde el punto de vista legal. Por ello, ha de entenderse como correcto incluso que las empresas afectadas por un determinado convenio colectivo, reciban una comunicación informativa por parte de la asociación empresarial que ha negociado el convenio indicándoles que los salarios pactados podrían provocar un incremento de los precios, sin hacerle más orientación o recomendación a estos efectos. Así sucedió precisamente en un supuesto en el que se cerró sin sanción un determinado expediente administrativo, criterio con el que coincidimos, en un caso en el que, tras la negociación de un convenio, sin fijar nada el mismo en materia de precios, se produzca una subida simultánea de precios de varias empresas afectadas por los incrementos derivados del convenio colectivo, tras una circular de la organización empresarial que lo había firmado en la que se limitaba a informar sobre el contenido de lo pactado en materia salarial pero sin hacer indicación alguna sobre repercusión en precios¹⁷.

4.3. Regulación del tiempo de trabajo *versus* fijación de horarios comerciales

Los criterios expuestos para la precedente dualidad salario–precios resultan plenamente aplicables para la correlativa dualidad jornada de trabajo–horario de atención al público. Evitando resultar excesivamente reiterativo, resumiríamos diciendo que jornada y horario de trabajo constituyen una de las condiciones de trabajo más típicas, especialmente uno de los contenidos más habituales en la negociación colectiva. Incluso se identifica inmediatamente que la normativa estatal efectúa remisiones recurrentes a la negociación colectiva para que proceda a complementar, desarrollar e incluso corregir la regulación contenida en la misma. Por ello, se trataría de la típica materia para la que el convenio colectivo se encuentra legitimado para regular, con la orientación y grado de detalle que estime oportuno, obviamente dentro del respeto a las normas de derecho necesario previstas en la legislación laboral, pero sin que en modo alguno se pueda considerar que este

¹⁷ Res. CNC 23 de abril de 2010, expediente S/0161/09, caso empresas reponedoras de productos en grandes superficies.

tipo de cláusulas pueden ser contrarias a la libre competencia. Incluso aplicando el criterio de impacto indirecto, ni siquiera puede ponerse objeción a que el establecimiento en convenio colectivo de determinadas reglas en materia de jornada y sobre todo de horario como efecto reflejo condicione o limite la libertad de las empresas en la fijación de su horario de apertura al público. Eso sí, en los mismos términos respecto de lo dicho para la materia económica en cuanto a precios, lo que no puede hacer el convenio colectivo es de manera directa fijar los horarios de apertura al público de la empresa, pues eso ya se adentra de manera inmediata sobre la regulación del mercado de bienes y servicios. Así, lo ha venido a entender el Tribunal de Defensa de la Competencia¹⁸.

No obstante, por contraste también podría traerse a colación que alguna sentencia concreta del Tribunal Supremo ha considerado lícito que el convenio colectivo acuerde cerrar en domingo, tanto fabricar como vender, en un caso en el que se le impuso una sanción administrativa a una empresa por la autoridad laboral en cuanto que incumplió la prohibición pactada en el convenio colectivo¹⁹. Bien es cierto que se trata de un pronunciamiento aislado, ya antiguo y sin reiteración posterior, que atiende exclusivamente a una regla limitativa de la jornada de trabajo y, sobre todo, que se trata de una sentencia en la que el debate procesal no propició analizar hasta qué punto este tipo de pactos eran contrarios a la libre competencia, pues se limitó a analizar la corrección o menos de la sanción impuesta por la autoridad laboral, casi dando por supuesta la licitud de la cláusula convencional.

Por lo demás, aplicando el criterio del fraude de ley en los términos generales expuesto, aquí lo que tampoco cabría es establecer un régimen diferenciado de jornada entre un tipo y otro de empresas, de modo que, internamente dentro de las incluidas dentro del ámbito de aplicación del mismo convenio colectivo, a unas se les aplique un régimen de jornada y a otras otro diferente con vistas a colocarlas en una posición de competencia desleal. En algún caso, se ha hecho así, intentando burlar la preferencia aplicativa del convenio colectivo en lo que afecta al salario, utilizando para ello el dato de que tal preferencia no se extiende a la jornada de trabajo, con lo cual se establecían niveles salariales diversos según la jornada de trabajo existente en la empresa²⁰.

¹⁸ “Se trata de un acuerdo realizado entre distintos operadores económicos que limita la libertad comercial de los que lo suscriben, puesto que consagra, por una parte, la prohibición de que los industriales panaderos fabriquen pan los domingos y festivos y, por otra, impide que los industriales pasteleros fabriquen y comercialicen piezas de pan distintas de las pactadas” (Res. TDC 16 de diciembre 1997, caso pan de Barcelona).

¹⁹ STS, contencioso administrativo, 28 de noviembre de 1997, rec. 4888/1991.

²⁰ En sentido contrario, estimando la legalidad de la cláusula, STSJ, Navarra, de 30 de julio de 2014, AS 2277.

4.4. Compromisos convencionales de subrogación contractual

En este apartado, el asunto más recurrente en la discusión ha sido el relativo a los pactos en convenio colectivo que amplían el efecto subrogatorio más allá de los supuestos contemplados legalmente. Debe advertirse, ante todo, que se trata de asuntos muy específicos, que para empezar no ponen en cuestión la licitud de este tipo de pactos. Intencionadamente hemos venido eludiendo la referencia a las condiciones de trabajo como contenido propio y lícito de la negociación colectiva, por cuanto que estimamos que ello puede inducir a una lectura restrictiva del contenido de lo negociable. Precisamente por ello hemos afirmado que el convenio colectivo se encuentra facultado constitucional y legalmente para establecer en sentido amplio el régimen regulatorio del mercado de trabajo, siendo su límite por excelencia adentrarse directamente en el régimen de otros mercados. La expresión condiciones de trabajo puede resultar reductiva, pues puede orientarse sólo a la fijación de los derechos y deberes de las partes en la ejecución del contrato de trabajo. Por contraste, la Constitución Española se refiere genéricamente a la negociación colectiva “laboral” y su desarrollo legal apela a la posibilidad de pactar cuanto afecte a materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de las relaciones de los trabajadores y sus organizaciones con el empresario y las asociaciones empresariales; naturalmente ello siempre dentro del respeto a las leyes (art. 85.1 ET).

A tenor de ello, no cabe la menor duda que el convenio colectivo se encuentra facultado para establecer reglas de subrogación empresarial, siempre naturalmente que dicho compromiso vaya dirigido a las empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo. La subrogación constituye un instrumento de garantía de la estabilidad en el empleo así como de viabilidad de continuidad laboral de las empresas que asumen determinadas actividades que hasta ese instante venían siendo gestionadas por otras empresas. Por ello, entran de lleno este tipo de cláusulas dentro de la función propia de la negociación colectiva, afectando precisamente al régimen de continuidad de los contratos de trabajo, estableciendo mecanismos de cambio de titularidad del empleador sin ruptura del vínculo contractual. Más aún, debe tenerse en cuenta que a estos efectos el convenio colectivo se encuentra amparado por la Directiva de la Unión Europea sobre transmisión de empresa, que habilita para que los convenios colectivos puedan constituirse en un instrumento de trasposición de la norma europea.

La propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia avala tanto que una mera continuidad de trabajadores al servicios de la nueva empresa que asume la gestión pueda constituir aval de la aplicación de la Directiva, como que cuando el convenio colectivo, yendo más allá de la previsión legal, establece supuestos adicionales de subrogación contractual, los mismos deban someterse al régimen previsto en

la propia Directiva²¹. Igualmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo las ha considerado lícitas²², así como la propia Comisión Nacional de la Competencia como principio de partida²³.

Sin embargo, ésta última resolución administrativa abrió una discusión que comenzó a poner en cuestión que, en casos singulares, la cláusula convencional estuviese en el espacio de lo que le es permitido, pues ha llegado a considerar que, en algunas ocasiones, sí que puede provocar una indebida distorsión de la competencia. En dicha resolución administrativa se llegó a considerar que en un caso muy singular de transporte y manipulado de fondos por parte de empresas de seguridad, donde el trabajador no está adscrito a ningún centro en concreto, no afectando a una determinada empresa sino a todas en tanto en cuanto traten de captar nuevos clientes, la subrogación sí la ha considerado contraria al derecho de la competencia. Conviene advertir, sin embargo, que dicha resolución administrativa fue recurrida en sede judicial, dictándose sentencia que anuló la sanción administrativa, por entender que la cláusula del convenio se situaba dentro del objeto regular de condiciones laborales pactables por convenio colectivo²⁴.

Para concluir ha de señalarse que la CNMC abrió expediente sancionador en el asunto relativo al acuerdo de subrogación en el ámbito de la estiba y desestiba²⁵. Se trata de una medida que establece un mecanismo de subrogación contractual, como mecanismo de gestionar colectivamente el proceso de liberalización en la contratación laboral, a partir de unos esquemas previos restrictivos de la actuación de las empresas en este ámbito, que, como se sabe, fueron considerados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como contrarios a la libre prestación de servicios²⁶, lo que determinó la correspondiente reforma legislativa²⁷, aunque

²¹ Por todos, STJUE 11 de julio de 2018, C-60/17, Somoza Hermo, ECLI:EU:C:2018:559: la Directiva “debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de la prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas”.

²² SSTs, sala de lo social, 18 de septiembre de 2000, rec. 2281/1999; 27 de enero de 2009, rec. 4585/2007; 7 de abril de 2016, rec. 2269/2014; 3 de mayo de 2016, rec. 3165/2014.

²³ CNC resolución 27 de marzo de 2012, expediente S/0197/09, caso empresas de seguridad.

²⁴ SAN 29 de noviembre de 2013, rec. 240/2012.

²⁵ Clausula sexta del Acuerdo de 7 de julio de 2017, BOE 18 de julio de 2017. Expediente CNMC S/DC/619/17.

²⁶ STJUE 11 de diciembre de 2014, C-576/13, Comisión Europea versus Reino de España, ECLI:EU:C:2014:2430.

²⁷ Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo (BOE 13 de mayo), por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías. En general, sobre el papel de la negociación colectiva en este proceso de reforma, J. Cruz Villalón, Transformaciones

pendiente de implementación por vía reglamentaria. No cabe la menor duda de que se trata de un proceso de liberalización que viene rodeado de enormes dosis de conflictividad, en el marco de un sistema de tratamiento singular en casi todos los países, con tradiciones de funcionamiento como mercados cerrados, por lo que no puede ocultarse que ciertos procesos de negociación colectiva sean utilizados por las partes con cierta connivencia para dificultar el proceso de liberalización impuesto desde las instancias europeas. Eso sí, conviene hacer una lectura completa de la medida de subrogación y la función que la misma puede desempeñar en el conjunto del proceso, para detectar si efectivamente un mecanismo de subrogación pactado convencionalmente como lícito, pudiera en última instancia ser utilizado o no en fraude de ley.

En gran medida lo contemplado en dicho acuerdo en materia de subrogación forma parte de la propuesta de mediación de 30 de marzo de 2017, que se recoge como anexo a la reforma legal de 2007 de reforma de la estiba. Debe recordarse que la reforma de 2017 contempla la definitiva extinción de la SAGEP a la finalización del período transitorio de los tres años, o bien con anterioridad por separación de la misma de todos sus miembros. En ese proceso de transición, la norma concede a las empresas estibadoras accionistas de la SAGEP la posibilidad de separarse de la misma durante un período transitorio inicial. En ese contexto, lo que contempla el pacto celebrado por las partes a nivel estatal es que las empresas estibadoras que hagan uso de esa facultad de separación individualizada se subrogarán en el personal de estiba portuaria que a la fecha de entrada en vigor de la reforma de 2017 integraba la plantilla de la SAGEP, en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad, en las mismas condiciones que posee en ese momento, con aplicación por analogía de la precisión estatutaria en materia de subrogación legal por cambio de titularidad de la empresa (art. 44 ET). Igual previsión de subrogación contractual se contempla para la hipótesis en la que se proceda a la disolución de la SAGEP por acuerdo de separación de la misma de la totalidad de las empresas estibadoras accionistas de la misma.

A nuestro juicio, se trata de una fórmula de subrogación contractual, por vía de convenio colectivo, perfectamente lícita, conforme a otros supuestos admitidos por nuestra jurisprudencia ya referidos. El texto del acuerdo coloca en posición de igualdad a todas las empresas estibadoras que en ese momento vienen actuando en cada uno de los puertos de interés general, por lo que no puede aducirse afectación a la competencia entre ellas. Más aún, a nuestro juicio, la regla de subrogación deviene ineludible a los efectos de garantizar que no se producen distorsiones en la competencia entre estas empresas. En efecto, si se permitiese que las empresas estibadoras que abandonasen la SAGEP lo hiciesen libres de cargas laborales, ello las colocaría en una posición de manifiesta e injustificada posición de ventaja

de la negociación colectiva en la estiba y desestiba, en *Estrategia Blue Growth y Derecho del Mar*, J. Cabeza Pereiro y B. Fernández Docampo, editorial Bomarzo, 2018, pgs. 61 ss.

comercial, por cuanto que desarrollarían a partir de ese instante su actividad sin carga laboral de partida, en tanto que las que se mantuviesen lo haría con una carga de personal desproporcionada, dado que asumirían el empleo que hasta ese instante asumían las empresas que salen. Dicho en términos plásticos, la SAGEP vendrían a constituir un a modo de *pool* de empleo de gestión conjunta de trabajadores, con sus ventajas e inconvenientes; por tanto, es lógico que a quien desee salirse de ese *pool*, se le imponga llevarse consigo la parte proporcional de empleo para evitar agravios comparativos y, especialmente, competencia desleal con quienes permanecen. Es cierto, que ello pudiera provocar posiciones de desventaja en la competencia respecto de quienes desean incorporarse por primera vez a esa actividad económica, sin mochila de empleo a sus espaldas. No obstante, ello suele ser algo común a cualquier sector entre empresas asentadas y de nueva creación; pero incluso ello viene compensado legalmente, por cuanto que en el proceso de transición se contempla que si las empresas estibadoras ya asentadas constatan un excedente de empleo a resultas del proceso de transformación hacia el modelo liberalizado, no serán ellas quienes asumirán los costes indemnizatorios del despido, sino que su abono se imputa a la correspondiente autoridad portuaria.

El debate puede entenderse que ha quedado zanjado cuando, con posterioridad a todo lo anterior, el Gobierno ha aprobado un Real Decreto-Ley por medio del cual expresamente ha facultado a la negociación colectiva en el sector de la estiba para introducir este tipo de cláusulas subrogatorias durante el período transitorio de adaptación legislativa liberalización del sector y en el marco del proceso de desaparición de las SAGEP²⁸. En definitiva, el propio Gobierno valida como tal este tipo de cláusulas subrogatorias y como tales se consideran plenamente compatibles con el derecho de la competencia.

²⁸ “1. Con el fin de garantizar el principio de estabilidad en el empleo, las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales podrán establecer, mediante un acuerdo o un convenio colectivo, las medidas de subrogación necesarias para el mantenimiento del empleo de los trabajadores que, a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, estuvieran prestando servicios portuarios de manipulación de mercancías y sigan prestandolo a la entrada en vigor del presente, en los supuestos previstos en los siguientes apartados.

2. Cuando las empresas titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías opten por dejar de ser accionistas de la SAGEP, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, produciéndose el decrecimiento de la actividad de esta última, procederá la aplicación del mecanismo subrogatorio cuando así se acuerde conforme a lo dispuesto en el apartado 1. Igual facultad negociadora dispondrán las citadas organizaciones cuando los socios de las SAGEP opten por su disolución. El mecanismo subrogatorio que, en su caso, pueda acordarse deberá ser transparente, objetivo y equitativo, de acuerdo con los principios y garantías que informan el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores” (Art. 4 Real Decreto-Ley 9/2019, de 29 de marzo (BOE 30 de marzo), por el que se modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria y se concluye la adaptación legal del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías).

4.5. Límites a la descentralización productiva

La opción empresarial entre ejecutar su actividad directamente con empleados propios o bien hacerlo con mayor o menor intensidad a través de mecanismos de externalización productiva contratando parcelas de su ciclo productivo con otras empresas se sitúa plenamente en la esfera de la libertad de empresa. El propio Tribunal Supremo desde antiguo ha situado esa libertad de opción en el ámbito del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa (art. 38 CE)²⁹. Prueba elocuente de ello es que la legislación laboral parte de la premisa de la plena licitud del fenómeno de las contratas y subcontratas de obras y servicios, incluidas las de la propia actividad, sin perjuicio del establecimiento de reglas de garantía de derechos que tutelen la posible situación de debilidad de los trabajadores en la efectividad de los mismos (art. 42 ET). Sólo cuando se encuentren en juego razones conectadas con la tutela de intereses generales de la comunidad sería posible que legalmente se prohíban o impidan los procesos de descentralización productiva. Y ciertamente, existen casos bien conocidos en los que por razones de seguridad, incluidos los conectados con la prevención de riesgos laborales, el ordenamiento jurídico limita los procesos de descentralización productiva, especialmente cuando se realizan en cadena con dificultades de eficiencia en la aplicación de las normas jurídicas. Recuérdese como casos prototípicos las limitaciones establecidas legalmente a los procesos de subcontratación en el sector de la construcción³⁰. Eso sí, como contrapunto, al tratarse de intereses generales los que constituyen el fundamento de las limitaciones directas a la descentralización productiva, se presume que se encuentran en juego intereses públicos que, como tales, corresponde sólo al poder público establecer los supuestos de prohibición o limitación de las opciones de descentralización productiva. Como expresamente indica la propia ley del sector de la construcción antes mencionada, la subcontratación “no podrá ser limitada, salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta Ley”. Por tanto, ello presupone que se establece una reserva normativa hacia el poder legislativo estatal, lo que, en sentido inverso, comporta que la negociación colectiva de principio no podrá prohibir la libertad empresarial de adoptar medidas de descentralización productiva.

Mejor dicho, tal impedimento será nítido para el caso del convenio colectivo sectorial, mientras que resulta mucho menos claro por lo que afecta al convenio colectivo empresarial, supuesto este otro donde es el propio empresario quien se autolimita. Por ello, a la inversa, no puede entenderse que afecte a su libre competencia un compromiso del propio empleador de ejecución directa de ciertos servicios con sus propios trabajadores, pues ello comporta una simple regla de garantía

²⁹ Por todas, STS 4 octubre 1993, RJ 5617.

³⁰ Art. 5 Ley 32/2006, de 18 de octubre (BOE 19 de octubre).

de empleo que se sitúa en el ámbito de la tutela de los intereses de los trabajadores en el ámbito de la empresa; es el mismo empleador quien decide libremente con los representantes de los trabajadores en el ámbito empresarial ejecutar en tales términos tales facultades.

Por lo demás, a semejanza de lo que hace el Estatuto de los Trabajadores con el régimen de tutela reforzada de los derechos de los trabajadores en las contrata y subcontratas (art. 42 ET), puede considerarse lícito que los convenios colectivos, sin llegar a prohibir o limitar la descentralización productiva, sí que lleguen a incorporar un plus de tutela a los trabajadores respecto de los supuestos legales de descentralización o en relación con la intensidad de la garantía de los derechos de los trabajadores. En ese caso, sí que nos moveríamos en el ámbito de la regulación de condiciones de trabajo y no invadiendo el terreno del régimen de funcionamiento del mercado de bienes y servicios diverso del de trabajo. Naturalmente ello sería viable siempre que el convenio colectivo de referencia respete el principio de correspondencia negocial, en el sentido de que tales reglas se dirijan a las empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación del correspondiente convenio colectivo y quienes negocian se encuentren legitimados legalmente para representar a esas empresas.

Dos casos específicos se han presentado en sede judicial, que merece la pena traer a colación.

De un lado, se ha considerado lícito que un convenio colectivo sectorial estatal proceda a limitar la subcontratación con cooperativas en un determinado sector, donde habitualmente el mecanismo de acudir a las cooperativas se ha utilizado con fuertes dudas de corrección, por cuanto que hay fundadas sospechas de que ello se haya efectuado en fraude de ley, con vistas a provocar un deterioro directo de la calidad del empleo en este ámbito³¹. Para la sentencia se trata de una cláusula de fomento del empleo por cuenta ajena a través de la «internalización» del trabajo, y que se explica en una realidad laboral en la que se ha empleado con profusión la externalización como técnica de flexibilidad productiva. En estos términos, la sentencia no considera ilegítima tal política laboral, del mismo modo que no lo es un programa de fomento de la contratación indefinida, pues en ambos casos se persigue garantizar un estatus de mayor estabilidad a los trabajadores. Se considera así que se trata de una política que no es ajena al ámbito de la potestad normativa de la negociación colectiva y “desde luego no supone práctica restrictiva de la competencia al tratarse de una norma «ad intra» de la empresa, esto es dirigida a distribuir sus elementos constitutivos, y sin proyectarse «ad extra», al mercado competitivo. De hecho las Cooperativas de Trabajo Asociado no son concurrentes mercantiles de las Empresas firmantes del convenio, sino competidores laborales de los trabajadores por cuenta ajena, actuando como alternativa productiva, y no

³¹ SAN, social, 7 de noviembre de 2001, procedimiento 2/2001.

mercantil, ubicada, en consecuencia, en un tráfico económico distinto al de los Mataderos de aves y conejos, al menos en los términos en que está planteado este litigio. Y la decisión de optar, en ciertas proporciones, entre la contratación de trabajadores o la subcontratación de autónomos, lejos de suponer infracción del derecho de libertad de empresa, es ejercicio genuino de la misma, que al utilizar dos itinerarios productivos, admitidos ambos por la Ley, y basados en diferentes regímenes jurídicos, no puede suponer discriminación alguna”.

De otro lado, se ha considerado igualmente correcto que un convenio colectivo sectorial estatal de la construcción exigiera que las entidades que pretendiesen ser homologadas por la Fundación Laboral de la Construcción para impartir la formación en materia de prevención de riesgos laborales, deberían estar constituidas como servicios de prevención ajenos acreditados por la autoridad laboral, o bien que si dicha formación se asume directamente por las propias empresas encuadrada en el ámbito de aplicación de este convenio colectivo deberían disponer de organización preventiva propia³². Por tanto, en esta ocasión no se trata de impedir un modo de externalización de servicios, por vía del encargo a empresas de formación de la organización e impartición de los cursos formativos de referencia, sino exigir que si gestionan directamente dicha formación deben gestionar también internamente las medidas de prevención de riesgos laborales y si, por el contrario, optan por la externalización, las empresas que impartan la formación deben también encontrarse homologadas como servicios de prevención ajeno. Se trata, pues, en ambos casos, de exigirle un plus de requisitos a tales empresas para ser homologadas para realizar tal actividad formativa en prevención, consistente en demostrar oficialmente una especialización en el campo de la prevención. Para la sentencia de referencia el convenio colectivo se ha movido dentro de la naturaleza y finalidad que le son propios, que en este caso consiste en la mejora de las condiciones de seguridad en el trabajo; por lo tanto, aunque pueda afectar a las expectativas de negocio de determinados empresarios, no se produce una lesión de la competencia. En concreto, se considera que los negociadores colectivos se encuentran en su derecho de regular de forma más restrictiva el acceso de las entidades que puedan impartir formación homologada a efectos de obtener la Tarjeta profesional de la construcción, si con ello estiman que se protege mejor los intereses de los trabajadores.

En definitiva, la sentencia entiende que en el caso enjuiciado no se ha logrado demostrar que se haya producido una conducta colusoria en el sentido de que el convenio colectivo tuviese el objetivo directo de expulsar del mercado a determinadas empresas a favor de otras. Podría incluirse también en este ámbito de las opciones de descentralización productiva, las decisiones empresariales de no ejecutar ciertas actividades con personal propio, sino hacerlo a través de trabajadores

³² SAN, social, 30 de septiembre de 2013, procedimiento 349/2013, ECLI:ES:AN:2013:3868.

contratados y puesto a disposición de las mismas por empresas de trabajo temporal. Podría considerarse ello como una manifestación más de externalización en la medida en que se les encarga a las empresas de trabajo temporal que le proporcionen los servicios correspondientes a la gestión del personal temporal: formalización de la contratación, formación, retribución de servicios, cotización a la Seguridad Social, etc. En los momentos iniciales de implantación de las ETT, la perceptible desconfianza sindical respecto de estas empresas, condujo a estrategias limitativas de su actividad, canalizadas en muchas ocasiones por la vía de incorporar cláusulas en los convenios colectivos prohibitivas o limitativas del uso de las empresas de trabajo temporal. Desde la perspectiva que estamos analizando, este tipo de prácticas prohibitivas pueden comportar límites a la actividad económica de las empresas de trabajo temporal que, si no encuentran el correspondiente fundamento jurídico en base en otros intereses jurídicos dignos de protección, habrán de considerarse como opuestas al derecho a la libre competencia.

Progresivamente este tipo de prácticas limitativas o prohibitivas han venido a menos, sin llegar a desaparecer por completo, y sobre todo los cambios legislativos han evolucionado en la línea de sólo aceptar la restricción de acudir a los servicios de las ETT en supuestos muy tasados y casi excepcionales. En todo caso, la Directiva sobre la materia admite que los Estados miembros puedan establecer restricciones o prohibiciones al recurso a la cesión de trabajadores por parte de las ETT, si bien tales medidas deberán estar justificadas exclusivamente por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos³³. En la medida en que la Directiva contempla la posibilidad de que los Estados miembros remitan a la negociación colectiva la transposición de la propia Directiva, es posible que la legislación nacional proceda a facultar al convenio colectivo para que sea éste quien introduzca tales restricciones o limitaciones, siempre justificadas estrictamente por las causas previstas en la misma. Eso sí, ni la legislación de transposición está obligada a introducir tales restricciones del recurso a las ETT, pues se trata de una posibilidad remitida a la discrecionalidad de política legislativa de cada Estado miembro, ni tampoco es obligado remitir la transposición de la Directiva a la negociación colectiva, que igualmente constituye una posibilidad que no una imposición³⁴.

En el contexto precedente se comprende el sentido de la regulación existente en nuestro ordenamiento jurídico. Según el mismo se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal, con la única excepción

³³ Art. 4 Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre (DOUE 5 de noviembre), ECLI:EU:C:2015:173.

³⁴ Sobre el particular, STJUE 17 de marzo de 2015, C-533/3, Auto-ja Kuljetusalan.

de lo establecido en la presente Ley. De este modo, sólo se admiten las limitaciones o prohibiciones que se establezcan sólo resultan válidas cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos³⁵. Por tanto, ha de entenderse que a partir de dicha norma en su versión reformada las restricciones en el recurso a las ETT en nuestro país sólo pueden efectuarse por medio de Ley, sin que se habilite a los convenios colectivos para que puedan hacerlo.

4.6. Negociación colectiva de trabajadores autónomos

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de la compatibilidad de las libertades económicas con prácticas de negociación colectiva entre los trabajadores autónomos. La sentencia clave al respecto se refiere a la celebración de un convenio colectivo sectorial en Holanda para los profesionales músicos sustitutos de orquestas, celebrado entre el correspondiente sindicato y asociación empresarial, conforme al cual se fijaban las remuneraciones mínimas a percibir por los músicos sustitutos, tanto si los mismos están sometidos a un contrato de trabajo o se rigen por un contrato de obra o servicio, por tanto, abarcando tanto a trabajadores subordinados como a trabajadores autónomos. En Holanda los trabajadores autónomos ostentan el derecho a afiliarse a cualquier sindicato o asociación patronal o profesional. Al propio tiempo para la Ley holandesa de convenios colectivos, los sindicatos y organizaciones patronales pueden celebrar convenios colectivos en nombre y por cuenta no sólo de los trabajadores subordinados sino también de los prestadores autónomos de servicios. La sentencia en cuestión partirá de dos premisas antagónicas a las precedentes: de un lado, que los profesionales autónomos, de principio, desarrollan una actividad económica ejerciendo una actividad como operadores económicos independientes y tienen la condición de empresa en el sentido del Tratado, por lo que, en sentido contrario, no tienen la condición de trabajadores en el sentido del Derecho de la Unión; de otro lado, que la negociación colectiva reconocida como derecho por el ordenamiento europeo es la que se desarrolla en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que el título del Tratado referido a la política social no incluye las negociaciones de los profesionales autónomos, de modo que una organización que actúa en nombre y representación de autónomos no está actuando en condición de sindicato sino que lo hace en realidad como asociación de empresas. La complejidad y dificultad del asunto se sitúa, de un lado, en la determinación del concepto preciso de trabajador a efectos de marcar la correspondiente frontera con

³⁵ Disp. adic. 4ª Ley 14/1994, de 1 de junio (BOE 22 de junio), conforme a la redacción dada por el art. 17.7 de la Ley 10/2010, de 16 de junio (BOE 17 de junio).

la de un profesional que asume la condición de empresa. A tal efecto la sentencia en cuestión declarará que “el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que únicamente quedará excluida del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, la disposición de un convenio colectivo que, como la del litigio principal, establezca unos honorarios mínimos para el prestador autónomo de servicios que esté afiliado a una de las organizaciones de trabajadores que celebran dicho convenio y que a través de un contrato por obra o servicio realice para un empresario la misma actividad que los trabajadores por cuenta ajena de éste en el supuesto de que este mismo prestador sea un «falso autónomo», es decir, un prestador que se encuentra en una situación comparable a la de esos trabajadores³⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico se contempla la posibilidad de que los trabajadores autónomos económicamente dependientes puedan negociar colectivamente, celebrando a tal efecto acuerdos de interés profesional. Hasta el momento presente ello no ha provocado especial conflictividad, con nula litigiosidad judicial, probablemente debido a que el número de acuerdos de estas características es marginal, pero, sobre todo, porque el régimen jurídico de tales acuerdos no puede considerarse lesivo de la libre competencia: se trata de acuerdos de ámbito empresarial sin contemplarse la posibilidad de celebración de acuerdos de ámbito sectorial, se precisa de manera limitada el contenido posible de lo que se pacte, a estos acuerdos se les atribuye eficacia limitada respecto de los trabajadores afiliados o asociados a la organización firmante, se contempla el expreso consentimiento individual de tales afiliados o asociados y, sobre todo, de forma explícita se establece que tales acuerdos observarán los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia³⁷. En el caso concreto, la sentencia consideró que no se producía ilegalidad ni lesividad por cuanto que se trataba de una cláusula de fomento de la contratación por cuenta ajena, restrictiva en concreto del uso de las cooperativas.

5. CONSIDERACIONES DE ARTICULACIÓN PROCEDIMENTAL

Las vías de control de la compatibilidad entre derecho a la negociación colectiva y derecho de la competencia son diversas, lo que da lugar a un panorama de cierta complejidad. Se trata, por añadidura, de una complejidad que puede provocar un escenario de inseguridad jurídica y, en especial, un resultado contradictorio entre los pronunciamientos que puedan dictar estos diversos canales. Resulta, pues, obligado explicar dónde reside el funcionamiento insatisfactorio

³⁶ STJUE 4 diciembre 2014, C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media,

³⁷ Art. 13 Ley 20/2007, de 11 de julio (BOE 12 de julio), del Estatuto del Trabajo Autónomo. Cfr. J. Cruz Villalón, Los acuerdos de interés profesional, en AA. VV., El Estatuto del trabajo autónomo”, (J. Cruz Villalón y F. Valdés Dal-Ré), editorial La Ley, Madrid 2008, pg. 374 ss.

de la regulación actual y las posibles medidas alternativas que podrían dar una respuesta más satisfactoria al asunto.

Así, en primer lugar, en el terreno general del control del respeto de lo pactado en convenio colectivo a la legalidad vigente, los procedimientos establecidos al efecto rigen perfectamente para estos supuestos. Por tanto, los procedimientos comunes de control de lo negociado son vías idóneas de contraste de la compatibilidad entre negociación colectiva y derecho de la competencia. En concreto, el conocimiento atribuido con carácter general al orden social de la jurisdicción, competente de manera expresa en materia de impugnación de convenios colectivos y acuerdos, cualquiera que sea su eficacia³⁸, con específica previsión de una modalidad procesal al efecto (arts. 163 ss LJS). Desde la perspectiva que nos interesa, destacar ante todo que el control en relación con el derecho de la competencia se produce sobre todo por el hecho de que específicamente se contempla que el mismo abarca los supuestos de lesividad, es decir, lesión grave a intereses de terceros (art. 90.5 ET y art. 163 LJS), siendo indiscutible que constituyen manifestación de lesividad los pactos contrarios al derecho de la competencia y tienen a estos efectos la condición de terceros aquellas empresas que vean indebidamente lesionada su libertad a la libre competencia. La legitimación activa para intervenir en el proceso en calidad de tal a estas empresas ha sido reiteradamente reconocida por la jurisprudencia en aplicación de tales preceptos. Adicionalmente a la intervención directa como legitimada de tales empresas, puede iniciar el proceso de oficio la autoridad laboral, en los mismos términos previstos por la legislación procesal laboral (art. 90.5 ET y art. 163 LJS). Complementariamente a la acción por lesividad, también sería posible la genérica acción por ilegalidad del convenio colectivo, allí donde el mismo, no respetando el principio de correspondencia entre negociadores y ámbito de aplicación del convenio colectivo, impusiera un régimen de condiciones de trabajo a empresas respecto de las que el banco empresarial no ostenta legitimación negociadora y de representación legal, allí cuando tras la vulneración del principio de correspondencia subyaciera una contravención del derecho de la competencia. De estimarse la mencionada vulneración, el fallo de la sentencia que en su caso se dictase procedería a rescindir el concreto pacto y, con ello, la nulidad de la cláusula contraria al derecho de la competencia.

En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que las funciones generales de vigilancia, control y sanción administrativa atribuida a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), así como de los órganos homólogos de las Comunidades Autónomas, da pie a que tales autoridades de la competencia estén facultadas para verificar y, en su caso, sancionar, a las conductas lesivas de la libre competencia por parte de los convenios colectivos. Prueba de ello es que a lo largo del presente estudio en el análisis de derecho material hemos hecho re-

³⁸ Art. 2.h Ley 36/2011, de 10 de octubre (BOE 11 de octubre), reguladora de la jurisdicción social (LJS).

ferencia a diversas intervenciones por parte de la autoridad de la competencia en esta materia. Naturalmente, como manifestación propia de un Estado de Derecho, el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva propicia que la última palabra en esta materia la tengan los Tribunales de Justicia, ahora el orden contencioso administrativo en revisión de las resoluciones de sanción que pueda dictar la autoridad de la competencia³⁹.

Finalmente, resulta también obligado indicar que igualmente es posible, y así se ha producido en algún caso concreto, que la autoridad laboral, en el ejercicio de su potestad sancionadora, controle y, en su caso, sancione administrativamente los posibles incumplimientos empresariales de lo pactado en convenio colectivo. Podría imaginarse que una empresa, interpretando que una determinada regulación convencional le limita en su derecho a la libre competencia, no aplique lo establecido en dicho convenio y ello pudiera derivar en la apertura de un expediente administrativo sancionador por un presunto incumplimiento del convenio colectivo. Baste recordar que la competencia a estos efectos de la autoridad laboral se extiende tanto a los incumplimientos de la normativa estatal como de las cláusulas normativas de los convenios colectivos⁴⁰. Al final las resoluciones administrativas sancionadoras resultan igualmente revisables en vía judicial, en esta ocasión por parte de la orden social de la jurisdicción (art. 2.º LJS).

Centrándonos en el que, a nuestro juicio, constituye la clave del problema principal en esta perspectiva de lo procedimental, la misma reside sobre todo en la dualidad de control que se produce, de un lado, por parte del orden social de la jurisdicción y, de otro lado, por parte de la autoridad de la competencia. Cada uno de ellos actúa en sus respectivos ámbitos competenciales, desplegando funciones diferentes y con alcance diverso en sus resoluciones. En concreto, el orden social se mueve en el terreno general del control de legalidad del convenio colectivo, del que puede derivar la anulación parcial del convenio colectivo; la autoridad de la competencia lo hace en el campo de la vigilancia de las conductas contrarias a la libre competencia, de la que puede derivar la imposición de una sanción administrativa a los representantes de los trabajadores y empresarios quienes en la condición de negociadores han pactado los correspondientes convenios colectivos. Dicho en sentido negativo, ni la autoridad de la competencia puede anular el texto del convenio colectivo ni imponer la renegociación del convenio a los interlocutores sociales, ni el orden social de la jurisdicción puede imponer sanciones pecuniarias por la lesividad que contempla el convenio.

Desde luego, no puede advertirse objeción alguna a la duplicidad de actuaciones en el mismo sentido: ante una cláusula convencional contraria al derecho de la competencia, es correcto que, de un lado, el orden judicial proceda a su anulación,

³⁹ Art. 48 Ley 15/2007, de 3 de julio (BOE 4 de julio), de defensa de la competencia.

⁴⁰ Art. 5.1 Ley de infracciones y sanciones en el orden social, Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (BOE 8 de agosto) (LISOS).

en tanto que, de otro lado, la autoridad de la competencia imponga una sanción administrativa por los daños y perjuicios ya ocasionados a resultas de la aplicación de la cláusula durante el tiempo que ha estado siendo aplicada. No puede apreciarse vulneración alguna del principio *non bis in idem*, por cuanto que el orden social no se mueve en el terreno sancionador y en ningún caso impondría una sanción pecuniaria complementaria a la declaración de nulidad de la cláusula.

Sin embargo, lo anterior no excluye la presencia de un posible escenario de conflicto en el sentido de que se dicten resoluciones contradictorias en uno y otro ámbito, no fácilmente comprensibles y justificables. Pueden existir circunstancias fácticas, conectadas con la presunción probatoria, con la imputabilidad de los sujetos intervinientes, con la legitimidad procedimental de los sujetos intervinientes, con la gravedad de la medida, con una incorrecta tramitación procesal o procedimental, etc., que deriven en pronunciamientos diversos. Sin embargo, en muchas otras situaciones no se producirían tales circunstancias justificativas, de modo que repugnaría al sentido jurídico un resultado en el que en una sede se sancionase administrativamente por entenderse que el convenio colectivo infringe la normativa en materia de libre competencia, mientras que en otra sede no se anulase la correspondiente cláusula convencional pues se estimase que lo pactado en el convenio colectivo no contiene ilegalidad o lesividad alguna; o bien a la inversa, que en una sede no se impusiese sanción administrativa mientras que en otra se anulase lo pactado en el convenio colectivo.

El déficit o insuficiencia en la vigente regulación, a nuestro juicio, se produce porque la misma no contempla los necesarios puentes de conexión entre el desarrollo de una y otra actuación, lo que requeriría construirlo, por medio de la introducción de las correspondientes reglas de complementariedad entre ambos sistemas.

En concreto, a nuestro juicio, sería imprescindible incorporar las siguientes previsiones legales.

En primer lugar, una regla que impidiese el solapamiento temporal de actuaciones, de modo que con ello, en cada ámbito se conozca el criterio del otro, antes de manifestarse. En concreto, con cierta semejanza a lo que se contempla en la LISOS en materia de conexión entre la infracción administrativa y la infracción penal (art. 3), el inicio del procedimiento en una sede debería paralizar la actuación en la otra sede hasta tanto se pronuncie definitivamente la primera. Ello puede hacerse bien en términos indiferenciados, sin otorgar preferencia a una u otra sede en su actuación, en el sentido de que el inicio de la actuación de la autoridad de la competencia debe suspender la tramitación procesal de la impugnación del convenio colectivo, como en el sentido de que el inicio de la actuación en el orden social debe suspender la continuidad del expediente administrativo ante la autoridad de la competencia. Aunque también cabría una regla más estricta de jerarquía en las autoridades que actúan, lo que en un modelo de división de poderes donde la actividad jurisdiccional corresponde en exclusiva a los Tribunales de Justicia,

derivaría en que siempre tendría preferencia la actuación de control judicial por parte de la jurisdicción social, de modo que la interposición de la demanda (sea de oficio o directa) debería provocar la suspensión de la actuación de la autoridad de la competencia hasta tener conocimiento del criterio definitivo de legalidad o lesividad de la cláusula convencional por parte del poder judicial.

En segundo lugar, sería oportuno establecer reglas procesales que impidiesen pronunciamientos contradictorios de una misma materia por parte de órdenes jurisdiccionales diversos. En efecto, en estos momentos los riesgos de contradicción están servidos cuando la revisión en esta materia de las sanciones impuestas por la autoridad de la competencia al final acaba siendo efectuada por el orden contencioso administrativo, cuando las acciones de nulidad o lesividad de los convenios colectivos corresponde conocerlas al orden social de la jurisdicción. En definitiva, un canal desemboca al final en la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo, en tanto que el otro canal desemboca al final en la sala de lo social del Tribunal Supremo. Pues bien, la solución a esta posible contradicción jurisprudencial se encontraría en prever una solución análoga en parte a lo contemplado en la Ley Concursal respecto de los aspectos laborales del desarrollo del concurso o bien a lo contemplado respecto de la revisión judicial de la potestad sancionadora administrativa de la autoridad laboral. En definitiva, bastaría con establecer que corresponde al orden social de la jurisdicción la revisión de las resoluciones sancionadoras de la autoridad de la competencia en materia laboral, específicamente en materia de posible contradicción entre lo pactado en un convenio colectivo y el derecho a la libre competencia mercantil.