

# NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

XXXII Jornada de Estudio  
sobre Negociación Colectiva

Comisión Consultiva Nacional  
de Convenios Colectivos



**INFORMES  
Y ESTUDIOS**  
RELACIONES  
LABORALES



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE TRABAJO  
Y ECONOMÍA SOCIAL



MINISTERIO DE TRABAJO  
Y ECONOMÍA SOCIAL

**Subdirección General de Informes,  
Recursos y Publicaciones**

RET: 20-2.385

# Negociación colectiva y derecho de la competencia

COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS

Serie Relaciones Laborales      Núm. 118

Negociación colectiva  
y derecho de la competencia

XXXII Jornada de Estudio  
sobre Negociación Colectiva

Edición preparada por la  
COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL  
DE CONVENIOS COLECTIVOS

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado  
<https://cpage.mpr.gob.es>

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.



Edita y distribuye:

**Ministerio de Trabajo y Economía Social**

**Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones**

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: [sgpublic@mit.es](mailto:sgpublic@mit.es)

Internet: [www.mites.gob.es](http://www.mites.gob.es)

NIPO Papel: 117-20-023-7

NIPO Pdf: 117-20-024-2

NIPO Epub: 117-20-025-8

ISBN Papel: 978-84-8417-575-9

Depósito legal: M-3778-2021

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro, de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública

Imprime: Artesa, S. L.



## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN	
<i>Jesús Cruz Villalón</i> .....	9
VISIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA	
<i>Yara Suárez Barrientos</i> .....	23
<b>Mesa redonda de las organizaciones sindicales y empresariales</b>	
<i>Pedro García Navarro</i> .....	39
<i>Eduardo Cobas Urcelay</i> .....	43
<i>Víctor Raúl Olmos Mata</i> .....	51
<i>Emilio Cardero Millán</i> .....	83
<b>Primera Ponencia</b>	
NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA: PERSPECTIVA EUROPEA	
<i>Jaime Cabeza Pereiro</i> .....	95
<b>Segunda Ponencia</b>	
NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA: PERSPECTIVA ESPAÑOLA	
<i>José María Goerlich Peset</i> .....	129



## PRESENTACIÓN

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Presidente de la Comisión Consultiva  
Nacional de Convenios Colectivos



La Jornada anual de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, celebrada a finales de noviembre del año pasado 2019, como encuentro ya plenamente consolidado de análisis sobre cuestiones cruciales de la negociación colectiva, como una institución central dentro de nuestro sistema de relaciones laborales, alcanzó la trigésimo segunda edición, lo que muestra, no sólo una continuidad ininterrumpida a lo largo del tiempo, sino especialmente la presencia influyente de esta cita, como punto reflexión conjunta de los profesionales de las relaciones laborales, representantes sindicales y empresariales, así como de especialistas de la Administración Laboral.

En esta ocasión, las organizaciones sindicales y empresariales, así como la Administración, presentes en la CCNCC, han considerado de mutuo acuerdo y por criterio unánime que uno de los asuntos de necesario abordaje, debate y reflexión en los momentos tan influyentes que vivimos de cara al futuro, es el de las relaciones entre la negociación colectiva y el derecho de la competencia, dada la complejidad de la materia, el impacto que están teniendo algunas intervenciones al respecto y ciertas dosis de inseguridad jurídica que se nos están planteando, que, como tales, siempre provocan incertidumbres a los protagonistas de la negociación colectiva llamados gestionar los procesos de desarrollo de las correspondientes mesas de negociación.

En esta materia son muchos y diversos los actores que deben intervenir, expresar sus posiciones y fundamentar sus criterios. Se trata de un tema en el que es necesario reforzar el diálogo y el contraste de pareceres entre unos y otros actores, por cuanto que se detecta una cierta incomprensión de la visión de cada uno, a partir de perspectivas de análisis bien diversas, en ocasiones ciertamente alejadas, pero que necesariamente estamos llamados a reconocernos mutuamente en la función que a cada uno nos corresponde, y terminar por encontrar el punto de equilibrio en el natural contraste de intereses que se presenta en esta materia. Todas las materias fronterizas, de intersección entre instituciones jurídicas diversas (en este caso, negociación colectiva y derecho de la competencia) resultan especialmente difíciles, pero singularmente en estos casos en los que una y otra se desenvuelven conforme a lógicas e intereses diversos, que tienden a entrar en conflicto.

No podemos seguir unos y otros anclados en visiones tan contrapuestas como son las de estimar, por un lado, que, al no tener el trabajo la condición de mercancía, la negociación colectiva siempre y en todo caso se sitúa extramuros del derecho de la competencia; como la de pensar, por otro lado, que la negociación colectiva provoca un efecto indeseado de alteración del precio de las cosas que entra necesariamente en confrontación con el derecho de la competencia, donde ésta debe preservarse a toda costa.

Por suerte, en esta materia tenemos una importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, unida a experiencias mucho más pacíficas en otros sistemas nacionales de negociación colectiva en Europa, que nos deben servir de guía y orientarnos en el modo de actuar al efecto. Y en esa perspectiva debe considerarse como plenamente pacífico que la negociación colectiva por propia naturaleza afecta a la concurrencia mercantil, pero lo hace con vistas a salvaguardar objetivos y valores jurídicos superiores, por lo que el desarrollo correcto de la negociación colectiva no puede verse impedido por el derecho de la competencia, al extremo de que la misma resulta plenamente compatible con el mercado interior y no se encuentra afectada por la prohibición de los acuerdos que pueden impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (sentencia Albany). Sólo en el caso de que se produzca un uso desviado de la negociación colectiva, que desborde su naturaleza y objeto, pretendiendo de manera directa restringir la competencia, podremos deducir que el convenio colectivo ha desbordado su ámbito funcional de actuación para invadir de manera indebida el territorio del derecho de la competencia.

Para situar el problema en su justo lugar es necesario tener presente el impacto práctico de este asunto, por cuanto que, si bien los asuntos sobre los que han recaído los conflictos resultan especialmente delicados para los afectados y de indudable repercusión en la gestión de las relaciones laborales en importantes sectores productivos, conviene también observarlos en su perspectiva global, a los efectos de resaltar el hecho de que las colisiones concretas que se han producido entre negociación colectiva y derecho de la competencia han sido muy limitadas y de alcance reducido dentro del desarrollo en su conjunto de nuestro sistema de negociación colectiva.

El análisis de una cuestión tan compleja y delicada como es la presente requería ofrecer una amplia perspectiva de análisis, que trajera al debate las diversas posiciones e intereses en juego, de modo que la riqueza del análisis proporcionara luces para superar las discrepancias que puedan surgir, tanto desde la perspectiva sustancial como procedimental. Ello nos llevó, resumidamente, a organizar la Jornada con tres enfoques, a nuestro juicio, complementarios: primero, la visión al respecto de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC); segundo, las preocupaciones y expectativas de las organizaciones sindicales y empresariales con amplia experiencia al respecto; tercero, el panorama jurídico presentado con reconocidos especialistas del Derecho del Trabajo.

Desde el primero de los enfoques, intervino D<sup>a</sup> Yara Suárez Barrientos, subdirectora de Servicios de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

La ponente partió de la definición del derecho a la negociación colectiva garantizado en la Constitución española en su artículo 37, y del derecho a la competencia, y la posible fricción que pudiera darse entre el derecho a la negociación colectiva desde la perspectiva del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), cuando prohíbe «todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional». Desde este punto de vista señaló que la CNMC, cuando aborda un asunto relativo a la negociación colectiva, se centra esencialmente en realizar dos comprobaciones. De un lado, si se puede considerar a los sindicatos como operadores económicos, siendo este requisito un presupuesto imprescindible, partiendo del criterio de que conforme a la jurisprudencia no lo son si actúan como representantes de los intereses de los trabajadores con la finalidad de mejorar las condiciones laborales, y sí que lo son si su actuación incide en el mercado y en la provisión de bienes y servicios. De otro lado, si los convenios colectivos son acuerdos a los que les resulta aplicable el art. 1 LDC, acudiendo para dar respuesta a esta cuestión a la doctrina del Tribunal de Luxemburgo en el asunto Albany, procediendo, pues, a efectuar el test clásico de si lo negociado se ajusta tanto a la naturaleza como al objeto propio del convenio colectivo como institución. A partir de los pronunciamientos judiciales de nuestro país, resume los criterios esenciales a tomar en consideración: 1) no hay una exención previa genérica de la aplicación de la normativa de competencia a la negociación colectiva; 2) es necesario un análisis de la naturaleza y objeto del acuerdo controvertido para determinar si hay sujeción o no a la LDC: desbordamiento/extralimitación; 3) la prohibición de la LDC ya mencionada resulta aplicable a los convenios colectivos que no respondan a la naturaleza que es exigible a los mismos o bien que no versen sobre aspectos esenciales de la negociación colectiva propios de las relaciones laborales.

En definitiva, la LDC será aplicable si hay extralimitación de los convenios colectivos, lo que se produce cuando: a) afecten a las relaciones entre empresarios y terceros; b) desborden lo que le permite la legislación laboral; c) tengan por objeto o efecto restringir la competencia.

A partir de ahí, analizó algunos supuestos concretos en los que se producía dicha extralimitación, como son efectuar vía convenios colectivos una fijación de precios de productos y servicios, no así una mera recomendación al respecto. Señaló que, en estos casos, no se produce una regulación de salarios entre empresas y trabajadores, sino que lo que se produce es el establecimiento de precios mínimos y obligatorios de los servicios y ofertas comerciales de las empresas a sus clientes. Supone regular el beneficio empresarial y eliminar la competencia por lo que queda fuera del ámbito de la negociación colectiva y excede de las competencias de los representantes sociales.

Asimismo, realizó una valoración de los expedientes en materia de estiba y desestiba en los puertos de interés general. A partir de nuevo de la doctrina Albany, se analiza el denominador común de estos supuestos: el mantenimiento de determinadas reservas que habían sido eliminadas. Lo relevante en estos casos, a juicio de la CNMC, es que constituyen una restricción de la competencia por el objeto, en la medida en que limita la libertad de contratación de trabajadores ajenos a la SAGEP, se elimina la autonomía contractual de los operadores en el mercado y se excluye la posible actuación de empresas ajenas a la SAGEP. Señaló otros casos en los que no ha sido así, considerando que la previsión de una subrogación contractual resultaba lícita, a juicio de la propia CNMC o de los Tribunales, pues afectaba a un elemento esencial del régimen laboral que afectaba a las condiciones laborales.

Como conclusión, señaló que el principio que rige la actuación de la CNMC es la búsqueda del equilibrio entre el derecho a la negociación colectiva laboral y la normativa de competencia, lo que requiere hacer un análisis 'ad hoc' caso por caso, sobre la base de la aplicación de la doctrina Albany como referencia para su actuación. Finalmente indicó que la prioridad de la CNMC es la eliminación de las cláusulas que puedan ser restrictivas de la competencia, valorando la utilidad del Convenio de Colaboración entre la CNMC y el Ministerio de Trabajo para lograr posiciones de consenso antes de adoptar actuaciones por la vía unilateral de cada una de las instancias.

Desde el segundo de los enfoques, a continuación, tuvo lugar una mesa redonda con la intervención de D. Pedro García, Secretario General de ANESCO y D. Eduardo Cobas, Secretario General de APROSER, por parte de CEOE-CEPYME, y de D. Víctor Raúl Olmos, Secretario de Acción sindical de la Federación de servicios a la ciudadanía, por parte de CCOO y D. Emilio Cardero Millán, responsable del sector federal de transportes de FeSMC-UGT.

D. Pedro García comenzó sus reflexiones señalando la interrelación entre la negociación colectiva y la competencia desde un punto de vista de la empresa, para lo cual explicó cómo funciona el sector de la estiba, señalando que es un sector de dimensiones reducidas por el número de trabajadores que ocupa, 12.000 directos, de los cuales 7.400 son estibadores, empleados por 142 empresas estibadoras con licencia, siendo un sector pequeño pero estratégico para la economía nacional (30 % del PIB depende del mismo).

Explicó que el sistema portuario se rige por un modelo en el que la iniciativa pública asume la responsabilidad de la gestión de las infraestructuras (obras, muelles, etc.), mientras que la iniciativa privada gestiona el servicio, destacando que desde el año 1992 las empresas privadas prestan el servicio en régimen de competencia. Lo que caracteriza a este sector de empresas de estiba y desestiba, además de la gestión de una actividad pública (puertos de interés general) y de necesitar grandes inversiones, es, desde un punto de vista laboral, la necesidad de tener una demanda intensiva de recursos humanos, una carga de trabajo irregular y que esta demanda laboral es continua.

Esto ha hecho que el modelo más eficiente para gestionar la mano de obra sea el de que varias empresas tengan una sociedad de la que son accionistas y a la vez clientes que les ceden personal. A partir de la STJUE de 2014 se ha cambiado el modelo de funcionamiento, con un proceso de progresiva desaparición de las SAGEP, cuya función ahora puede desempeñarse por diversas vías, entre ellas a través de los Centros Portuarios de Empleo (CPE), que son de carácter voluntario. Esos centros se caracterizan porque tienen la naturaleza de empresas de trabajo temporal especializadas en el ámbito portuario, rigiéndose por la normativa común a este tipo de empresas. Al respecto, destacó varias circunstancias especialmente influyentes para el sector: 1) la determinación de las materias propias de la negociación colectiva, excluidas de la competencia, no quedan claras en estos momentos; 2) la existencia, a resultas de lo anterior, de una gran incertidumbre e inseguridad jurídica entre los agentes que intervienen en la negociación colectiva; 3) el difícil entendimiento del fraccionamiento del ordenamiento jurídico, lo que incide en el deterioro de la «marca País»; 4) la preocupación por la diversidad de jurisdicciones, que pueden colisionar entre ellas y esto propicia una litigiosidad que puede desestabilizar las relaciones laborales; 5) la necesidad de hacer posible una consulta previa a la CNMC, ya que el objetivo último de su intervención debe de ser de carácter preventivo y no tanto de naturaleza sancionadora.

D. Víctor Raúl Olmos comenzó señalando los aspectos más relevantes de la negociación colectiva como institución: el hecho de tratarse de un derecho fundamental, que conecta con la autonomía colectiva y la libertad de empresa, el carácter normativo de los convenios colectivos, así como la circunstancias de que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo ha considerado como uno de los derechos esenciales de la Unión.

Parte de la base de que la negociación colectiva limita la competencia, ya que a su entender los derechos que reconoce a los trabajadores necesariamente limitan la competencia, aunque la negociación colectiva, especialmente la sectorial, proporciona claridad y transparencia en las reglas de juego, para evitar precisamente la competencia desleal.

Respecto de la doctrina Albany, señaló que ésta lo que dice es que si estamos ante el ejercicio de la negociación colectiva con determinadas características y lo que pactan son condiciones laborales, ello no incide sobre el ámbito de lo protegido por el derecho de competencia. Por otra parte, el marco normativo español no establece un listado cerrado de materias objeto de negociación colectiva, al tiempo que establece que es la autoridad judicial quien asume el control de legalidad de lo pactado en los convenios, de modo que acaba determinando la competencia exclusiva de la jurisdicción social para decidir acerca de la legalidad o lesividad de un convenio colectivo.

En cuanto a las peculiaridades propias del sector portuario, destacó que a su juicio se trata de la actividad hoy en día más liberalizada, sin perjuicio de que las diez principales empresas de transporte marítimo de mercancías

asumen más del 87 % de la cuota del mercado y sin que ello haya impedido un perfecto funcionamiento del mercado. Se detuvo en el comentario de los dos procedimientos en los que ha intervenido recientemente la CNMC.

Respecto del expediente que desembocó en la imposición de sanción a los interlocutores sociales relativo al Puerto de Vigo, señaló que éste se encuentra pendiente de pronunciamiento por parte de la sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional; al respecto destacó como relevante el hecho de que no se trata propiamente de un convenio colectivo el que determina el expediente sancionador, sino de un Acuerdo de empresa no publicado en el BOE. Además, según la resolución de la CNMC, los agentes sociales tenían obligación de modificar el acuerdo y se les acusa de que tiene efectos sobre terceros, cuando es un acuerdo del ámbito de una empresa, siendo decisivo que los terceros consultados en la fase de instrucción manifestaron que el acuerdo no les había afectado. Igualmente criticó la incidencia negativa del expediente sancionador sobre el ejercicio del derecho de huelga, especialmente que se sanciona al sindicato, cuando éste en ningún momento intervino en la convocatoria y gestión de esa huelga.

Respecto de la apertura de expediente por parte de la CNMC frente a la cláusula de subrogación incluida en el Acuerdo marco de la estiba, igualmente manifestó su discrepancia, especialmente teniendo en cuenta que estas cláusulas son admitidas por el TJUE y que el Ministerio de Trabajo consideró que no existía ninguna ilegalidad en la misma.

En su opinión, estamos ante un ataque ordenado y consciente de la CNMC al derecho a la libertad sindical y, en concreto, al sindicalismo confederal y de clase. Como ejemplo, expuso el hecho de la graduación de las sanciones, que en el caso de su sindicato se toma en cuenta el conjunto de ingresos de todo el ámbito del sector de servicios a la ciudadanía, mientras que en el caso de las empresas se hace por los ingresos del concreto sector. Finalmente, invitó a la CNMC a revisar la posible afectación a la libre competencia respecto de tres aspectos a su juicio llamativos: 1) los efectos de la prioridad aplicativa del convenio de empresa (art. 84.2 ET); 2) los efectos de utilización fraudulenta de los Centros Especiales de Empleo; 3) el efecto de la responsabilidad patronal en las llamadas plataformas digitales para evitar el cumplimiento de los derechos laborales y sociales.

D. Eduardo Cobas de APROSER, señaló tres características del sector de seguridad privada al que representa: 1) el carácter intensivo de la mano de obra; 2) el carácter de servicios empresariales (jardinería, limpieza, etc); 3) tratarse de un sector actor de las políticas nacionales a seguir: sin ser seguridad pública están muy cerca de las políticas nacionales de seguridad.

Remarcó que tanto su asociación como el conjunto de los servicios profesionales siempre han apostado por una negociación colectiva como elemento clave para que un mercado funcione de manera eficaz, de modo que los conve-

nios colectivos del sector proporcionan seguridad jurídica, fundamental para la competitividad y para garantizar la «marca país».

A su juicio, la doctrina Albany que se ha citado, bien leída desde perspectivas distintas, entiende, a diferencia de otras opiniones, que no es claro que el test a que se refiere la doctrina Albany favorezca la seguridad jurídica; sin perjuicio de que sea el elemento básico en el que se basen las autoridades para decidir estos asuntos, considera que no proporciona suficiente seguridad jurídica al desarrollo de la negociación colectiva.

Hizo referencia a dos casos en los que hubo intervención por parte de la CNMC, uno en 2008 y otro en 2009. Respecto del primero de ellos, mostró su acuerdo con el hecho de que se considerara contrario a la competencia la inclusión en el convenio colectivo del «precio mínimo repercutible de obligatorio cumplimiento». Sin embargo, aun cuando reconoce una mala redacción del artículo, critica el momento en que se gestionó el expediente, ya que el convenio con esta cláusula llevaba 20 años publicado, sin que nadie hubiera objetado nada durante este largo período, de modo que su texto en las sucesivas renovaciones había superado hasta un total de siete controles de legalidad.

El otro supuesto de 2009 lo calificó como una catástrofe, en el sentido de que acabó con una sentencia de la Audiencia Nacional de 2014 favorable a la licitud de la cláusula convencional, pero con un fuerte daño producido, tanto de costes jurídicos como reputacional. Llama la atención del hecho de que en la web de la CNMC figura la decisión administrativa condenatoria a los negociadores del convenio y no la sentencia por la cual la anterior se anuló.

Así, aludió al desequilibrio de medios y a la dificultad que supone la existencia de los distintos ámbitos de control, por un lado, el referido al Derecho laboral y, por otro, el correspondiente a la autoridad de defensa de la competencia. Por añadidura, se refirió a la complejidad adicional derivada del cumplimiento de lo previsto en la Ley de Contratos del Sector Público. Finalmente apuntó la necesidad de que la técnica jurídica sea más estricta, especialmente por lo que se refiere al Derecho de la Unión Europea.

Finalmente, D. Emilio Cardero tomo como referencia de partida la siguiente cita: «la política de la competencia constituye uno de los ejes organizadores de la Unión Europea y parte nuclear de su constitución económica. La creación de un mercado único europeo funciona eficientemente al crear un nivel de competencia suficiente para asegurar la adecuada distribución de bienes y servicios en mejores condiciones y a precios más bajos». En el sector del transporte, basado fundamentalmente en concesiones administrativas, la competencia no puede hacer que progresivamente el panorama se vaya complicando cada vez más, especialmente teniendo presente que últimamente las subastas públicas se resuelvan a la baja, con las dificultades naturales derivadas de ello. Destacó especialmente lo delicado que es el servicio de transporte sanitario, en el que inexorablemente la puja a la baja determina un efecto de pérdida de calidad del servicio prestado.

Señaló que para UGT es imprescindible que en este ámbito se acuerde la subrogación contractual de los trabajadores en el marco de cambios de contratas, manifestando su deseo de que algún organismo determine con claridad dónde se encuentran los límites de la negociación colectiva en esta materia y, en contraste, donde sería lícito actuar al objeto de hacer frente a escenarios indebidos de competencia desleal.

Desde el tercero de los enfoques, contamos con la participación del profesor Dr. Jaime Cabeza Pereiro, de la Universidad de Vigo, y del profesor Dr. José M<sup>a</sup> Göerlich Peset, de la Universidad de Valencia. El primero de ellos lo afronta desde la perspectiva de la normativa supranacional, en tanto que el segundo lo hace desde el punto de vista del Derecho interno. Ambas ponencias se incorporan al texto del presente libro.

El estudio del prof. Cabeza se remonta a las primeras intervenciones, legislativas y judiciales, en los Estados Unidos, donde por primera vez se planteó este asunto desde un plano de discusión jurídica en lo concreto, y donde se pusieron las bases para aceptar que el desarrollo de la negociación colectiva podía efectuarse a pesar del amplio reconocimiento existente en el ordenamiento norteamericano a favor de la libertad de empresa.

La referencia a estos orígenes resulta de especial utilidad al autor para identificar hasta qué punto las conclusiones del Abogado General en el asunto Albany se apoyan en la jurisprudencia norteamericana, pero, igualmente, para razonar que tal experiencia no puede trasladarse con automaticidad desde un modelo donde la negociación colectiva se desenvuelve en ámbito casi exclusivamente empresarial, en tanto que en la Europa continental presenta un peso notable el convenio colectivo sectorial, de lo que deriva que límites que se contemplan para la negociación colectiva norteamericana no sean admisibles en la tradición continental europea. De ahí, que explique cómo, con sincretismo, la sentencia se separa de los criterios de las conclusiones del Abogado General, de modo que éstas no puedan ser utilizadas como criterio interpretativo de la sentencia. Ello es lo que, a criterio del ponente, conduce a una resolución judicial que parte de la premisa de la genérica exclusión del derecho de la competencia como límite del derecho de negociación colectiva. Por añadidura, el autor resalta que si se alcanzó dicho criterio por parte del Tribunal de Luxemburgo en aquel momento, hace ya veinte años, mucho más reforzado debe serlo en estos momentos cuando con posterioridad a ese pronunciamiento el Tribunal de Estrasburgo ha ampliado el ámbito objetivo del reconocimiento de la libertad sindical dentro del Convenio Europeo, extendiéndolo al derecho a la negociación colectiva, al tiempo que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha incorporado también a la negociación colectiva de manera expresa, con el carácter de vinculante, como parte del derecho originario. A tenor de ello, se concluye en que desde el punto de vista del Derecho de la Unión se establece una cierta primacía del derecho a la negociación colectiva respecto del derecho de la competencia.

Particular atención le dedica el ponente a la posible compatibilidad de la celebración de acuerdos colectivos en el ámbito del trabajo autónomo con el derecho de la competencia, supuesto ciertamente más complejo, al encontrarnos ya fuera del ámbito del derecho a la negociación colectiva laboral y en la medida en que se trata de sujetos que pueden desarrollar una actividad empresarial que actúa en el mercado sometido a las reglas de la competencia mercantil que, como tales, deben ser salvaguardadas. En todo caso, en la ponencia no se excluye la licitud de este tipo de acuerdos colectivos, en la medida en que concurren supuestos en los que estos fenómenos negociales también quedan fuera de la prohibición europea de las conductas contrarias al derecho de la competencia. En primer lugar, pueden encontrarse supuestos en los que los autónomos como tales no tengan la condición de empresa desde el punto de vista del Derecho de la Unión, en la medida en que para ello, según la jurisprudencia del TJUE, es preciso que asuman los riesgos de la actividad profesional que desarrollan en relación con la empresa cliente para la que prestan servicios. En segundo lugar, porque, aunque se trate de empresa que asumen los precedentes riesgos, los acuerdos colectivos que celebran no tienen una relevancia cualitativa, en el sentido de que los mismos no provocan importantes efectos restrictivos de la competencia, supuestos para los que la jurisprudencia europea considera que no llegan a afectar a la prohibición de las conductas contrarias al derecho de la competencia. En tercer lugar, al hilo del comentario de la sentencia relativa a la fijación colectiva de las remuneraciones de los músicos de orquestas en los Países Bajos, se analiza la aceptación de la corrección de la negociación colectiva cuando estos tienen el carácter de «falsos» autónomos. El ponente llama la atención acerca de la falta de claridad de la sentencia, la confusión que a veces se detecta con los dos supuestos anteriores, pero también destacando el hecho novedoso de que en este caso la clave es identificar a qué perfil de profesionales se refiere la sentencia, pues parece ser extensiva no a los «falsos» autónomos en el sentido estricto del término sino más ampliamente a aquellos que, a causa de una dependencia económica de uno o más clientes, se sitúan en una posición de poder frente a ellos y que, a la postre, genera una nueva forma de subordinación. En todo caso, es claro que la sentencia advierte de que la consideración bajo la normativa de un Estado miembro como autónomo por motivos administrativos o tributarios no impide que se sea considerado como trabajador en el sentido estricto del término a efectos del Derecho de la Unión. Concluye ese análisis destacando cómo en este caso las conclusiones del Abogado General van más allá de la sentencia, ahora en sentido inverso a la sentencia Albany, para considerar que una negociación colectiva laboral que incluye las remuneraciones de los autónomos puede resultar perfectamente aceptable en la medida en que conjura los riesgos de utilizar las remuneraciones más bajas de los autónomos como elemento de dumping social que debilite la negociación colectiva de los trabajadores subordinados.

La ponencia del prof. Cabeza finaliza deteniéndose en el caso específico de las cláusulas de subrogación contractual establecidas en la negociación colec-

tiva en el caso específico de los estibadores portuarios, para defender su plena corrección desde el punto de vista del Derecho de la Unión, donde, sobre todo, llama la atención sobre la necesidad de diferenciar en el ámbito europeo entre el derecho de la competencia y la libertad de establecimiento.

Tal como hemos adelantado, la ponencia del prof. Göerlich Peset aborda la materia desde la perspectiva del ordenamiento interno. El trabajo describe los principales episodios de interferencia detectados entre negociación colectiva y derecho de la competencia en España. Tras examinarlos, indica las razones que se encuentran en su base y advierte de los riesgos que, a su juicio, de consolidarse, podrían amenazar el modelo de negociación existente en España desde hace ya más de cuatro décadas.

La ponencia parte de la premisa de la existencia de un conflicto latente, que a lo largo del período de reconocimiento y consolidación de la negociación colectiva había quedado postergado, pero que en los últimos tiempos emerge en conflictos concretos que, si bien cuantitativamente no son numerosos, sin embargo, sí que tienen una enorme trascendencia desde la perspectiva cualitativa. Arranca de la idea común de la inmunidad de la negociación colectiva frente a las reglas de la libre competencia, donde la verdadera dificultad no se encuentra en aceptar que la misma es relativa sino en delimitar sus confines. A tenor de ello, procede a analizar los concretos supuestos en los que se ha producido en nuestro país la interferencia entre negociación colectiva y reglas de libre concurrencia mercantil, que son los siguientes.

En primer lugar, los fenómenos de acuerdos colectivos entre los trabajadores autónomos son analizados tomando en consideración que, de principio, estos actúan en terreno de la prestación de servicios ajenas al mercado de trabajo, de modo que pueden incurrir en conductas colusorias frente a la libre concurrencia. No obstante, analiza la presencia en nuestro ordenamiento de los Acuerdos de Interés Profesional celebrados por los autónomos económicamente dependientes, sobre premisas sustanciales y procesales de respeto de las reglas de la competencia. Ello le lleva a traer a colación los no claros fundamentos de la sentencia europea sobre los músicos autónomos en los Países Bajos y preguntarse hasta qué punto cabe esa compatibilidad entre acuerdos colectivos de autónomos y respeto de la libre concurrencia, de respuesta afirmativa si se acepta que los autónomos en los casos en los que no puedan determinar libremente sus condiciones profesionales quedan fuera de la condición de empresa a efectos de las reglas sobre libre competencia.

En segundo lugar, se analiza la regulación del convenio colectivo de la actuación en el mercado de trabajo, en la doble perspectiva de condicionar la oferta de bienes y servicios, así como de fijación de precios de los mismos. El condicionante de la oferta se admite por vía indirecta en el momento en el que el convenio colectivo determina el horario de trabajo, pero no de manera directa impidiendo la actividad empresarial a secas en determinados periodos. En los mismos términos, la fijación del precio de los bienes y servicios puede provo-

carse por vía indirecta al pactar los salarios, pero no puede hacerlo de manera directa condicionando el mercado extralaboral.

En tercer lugar, se estudia el posible efecto de lo pactado en convenio colectivo como barrera de acceso al mercado por parte de determinadas empresas, donde se analizan supuestos de diversa índole: cláusulas que inciden sobre la provisión de servicios a los trabajadores (farmacias militares respecto del personal laboral del Ministerio) o de empresas (condiciones a las empresas de prevención de riesgos en la construcción); los excesos en la delimitación del ámbito funcional del convenio con incidencia en la exclusividad de ciertas empresas (estibadoras) en perjuicio de otras, contrarios a la libre competencia y al principio de correspondencia negocial; el específico problema de la subrogación contractual laboral, con especial incidencia en las empresas de seguridad y, de nuevo, en la actividad de estiba y desestiba portuaria, donde se presta especial atención a la facultad reconocida a la negociación colectiva en esta materia por la normativa de reforma de tal actividad, con el resultado del planteamiento de una cuestión prejudicial por parte de la CNMC, materia esta última donde el ponente pone en cuestión la legitimación procesal de la CNMC para interponer dicha cuestión prejudicial, criterio que ha venido a ser avalado en septiembre de 2020 por el propio Tribunal de Luxemburgo; las restricciones a la descentralización productiva, en particular vía limitaciones a la actuación de empresas contratistas y de trabajo temporal. Aunque respecto de lo primero estima que el orden social tiende a ser permisivo, posteriormente a esta ponencia se ha dictado una sentencia por parte del Tribunal Supremo en relación con la actuación como contratistas de las cooperativas de trabajo asociado en la actividad de mataderos de aves y conejos, que podría marcar un punto de vista diferenciado; desigualdades entre empresas, especialmente a través de fijación en la negociación colectiva de diferencia de costes laborales entre grandes y pequeñas empresas, o bien en función de que tengan o no convenio de empresa propio.

A partir del repaso precedente, la ponencia procede a efectuar una recapitulación conclusiva en clave de valoración general. En esa perspectiva destaca la, a su juicio, diferente comprensión del asunto desde la perspectiva del orden social de la jurisdicción, más favorable a la extensión de la funcionalidad de la negociación colectiva, respecto de la correspondiente de la autoridad de la competencia, más restrictiva. En concreto, apuntó dos elementos capitales en la posición restrictiva de la autoridad de la competencia, que muestran el alcance cualitativo del debate: uno, la lectura restrictiva del contenido de los convenios colectivos, casi ceñidos a la fijación de salario y tiempo de trabajo y, dos, la lectura de colisión entre convenio colectivo sectorial de eficacia general y el debido juego de las reglas de la competencia.

Para concluir, la ponencia efectúa una reflexión acerca del contraste entre el control jurisdiccional y el correlativo administrativo, donde destaca el mutuo desconocimiento y la falta de coordinación, llegando a la conclusión de que el control administrativo directo resulta poco adecuado desde la perspectiva constitucional de reconocimiento del derecho a la negociación colectiva y

propugnando el monopolio judicial del orden social en detrimento del control administrativo.

El interés de la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos por esta temática es máximo, motivo por el que seguirá prestando la necesaria atención al mismo. Prueba de ello es que, a resultas del correspondiente concurso público, se ha efectuado un encargo específico a un grupo de investigadores de indudable prestigio la elaboración de un estudio monográfico sobre la materia. Se trata de un estudio que se encuentra avanzado en su desarrollo y que esperamos recibir sus resultados finales en el otoño del año 2020, con vista a publicarlo a principios del próximo año.

Concluyo expresando una vez más el siempre desinteresado apoyo recibido por parte del Ministerio de Trabajo y de Economía Social, que especialmente ha permitido la publicación de este interesante volumen, invitando a todos a su provechosa lectura.

**VISIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS  
Y LA COMPETENCIA**

**YARA SUÁREZ BARRIENTOS**  
Subdirectora de Servicios de la Dirección de Competencia  
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia



Antes de comenzar mi análisis desearía expresar mi agradecimiento a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y al Ministerio de Trabajo por haber puesto encima de la mesa este tema, que yo creo que nos interesa a todos los afectados, tanto a los sujetos de negociación como a las autoridades de revisión en el ámbito administrativo. Y, por supuesto, también a las autoridades judiciales que son, en última instancia, quienes, en estos posibles casos de fricción, están marcando los límites y los elementos definitivos a tener en cuenta, por lo menos desde la perspectiva de la Comisión, para valorar este tipo de casos.

Mi intención es, por una parte, intentar explicar el tipo de juicio, valoración o test que realizamos desde la Comisión cuando nos encontramos con un supuesto de negociación colectiva susceptible de ser analizado bajo nuestra perspectiva, y exponer y poder dar una panorámica de los casos que ha habido, no solamente aquellos casos que han finalizado con una resolución sancionadora, sino también poner de manifiesto todos aquellos casos que, bien por propia decisión de la Autoridad se han archivado o bien no han sido confirmados por las autoridades judiciales.

Los elementos fundamentales que se valoran en este ámbito de actuación de la CNMC y que entran en cierta fricción al analizar el tema que aquí nos ocupa son, por una parte, el derecho a la negociación colectiva y, por otra parte, la defensa de un funcionamiento competitivo del mercado a través de la aplicación, en este caso, del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), si bien con carácter general la CNMC aplica los artículos 1, 2 y 3, es decir, acuerdos colusorios, abusos de posición de dominio y supuestos de competencia desleal, respectivamente.

Los convenios colectivos son acuerdos entre agentes sociales fruto del ejercicio del derecho de negociación colectiva, reconocido en el artículo 37 de la Constitución Española y en el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como del diálogo social, cuyo reconocimiento y fomento forman parte de la política social de la Unión Europea según los artículos 151 I, 152 II 153.1 f) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

La protección de los trabajadores es «una razón imperiosa de interés general» que debe ser salvaguardada también ante las exigencias de las

libertades comunitarias (asunto de los pesqueros franceses) y del derecho de la competencia de la UE. No obstante, los convenios colectivos, elevados a la condición de fuente de regulación, lógicamente se sujetan al conjunto del ordenamiento jurídico, incluida la legislación de defensa de la competencia (José Massaguer, 2018).

El artículo 1 de la LDC prohíbe *«todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional (...)»*.

Hay dos cuestiones fundamentales que se plantean cuando la Autoridad se enfrenta a un supuesto de negociación colectiva susceptible de caer bajo el análisis de la CNMC<sup>1</sup>. Si bien son cuestiones que puede considerarse que están suficientemente abordadas por la jurisprudencia, no está de más volver a ponerlas de manifiesto, ya que la interpretación de las mismas sigue siendo controvertida entre las partes afectadas.

Históricamente, cuando aparecen los primeros casos de negociación colectiva en que se plantea la posibilidad de su análisis desde el punto de vista del derecho de la competencia, la primera pregunta que surgía era si los sindicatos podían o no considerarse operadores económicos, puesto que éste es un requisito fundamental para concluir que la LDC resulta de aplicación. En este caso, a través de la doctrina jurisprudencial, se ha venido a definir cómo los sindicatos pueden revestir un doble rol y, por tanto, no ser considerados operadores económicos en aquellos casos en que actúan como representantes de los intereses de los trabajadores con una finalidad de mejorar las condiciones laborales. Sin embargo, no puede descartarse su rol de operador económico en aquellos casos en que su actuación incide en el mercado de trabajo y en la provisión de bienes y servicios.

Algunos de los pronunciamientos que ha habido en este sentido resultan especialmente clarificadores. Así, en el expediente 377/96 Pan de Barcelona, se señalaba que<sup>2</sup> *«No puede negarse la condición de operadores económicos por principio»* y que *«En cada caso deberá analizarse si han actuado en defensa de los intereses que le son propios o al margen de aquéllos, en cuyo caso podrían incurrir en las prohibiciones establecidas en las normas reguladoras de la libre competencia»*.

En el mismo sentido, en relación con el expediente 506/00 Transporte Mercancía Vizcaya, se señalaba<sup>3</sup> que el ámbito de actuaciones que corresponde a los sindicatos en la vida económica no se extiende a actividades que vayan en contra de lo establecido en la legislación vigente.

<sup>1</sup> La aplicación del derecho de la competencia a los convenios colectivos, María Jesús Mazo Venero, Anuario de la Competencia 2009.

<sup>2</sup> Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de diciembre de 1996.

<sup>3</sup> Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de diciembre de 2001.

Y, por último, otro de los supuestos en los que hay un pronunciamiento relevante a este respecto es el expediente 2805/07 Empresas estibadoras<sup>4</sup>, revisado por la Audiencia Nacional como consecuencia de la interposición de varios recursos y posteriormente por el Tribunal Supremo<sup>5</sup>, del que pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- *«Las partes negociadoras de un Convenio Colectivo no tienen libertad absoluta a la hora de fijar el ámbito de aplicación del convenio, sino que están sujetas a límites y a los requisitos legales» (STC 136/1987).*
- Existe actividad de representación sindical de los trabajadores en el ámbito de la negociación colectiva que sí corresponde a los sindicatos y otra que no, quedando sometido al derecho de la competencia cualquier agente económico (ie. cualquier sujeto que actúe en el mercado), incluyendo los sindicatos, en lo que exceda de la actividad de representación sindical de los trabajadores en el ámbito de negociación que le corresponde.
- En lo que se refiere a su actividad estrictamente sindical y con el amparo de las normas sectoriales, no queda sujeto a la Ley 16/1989, pero, en cuanto a su actuación más allá de la actividad estrictamente sindical, está sujeto a la LDC, como cualquier otro operador económico.

La segunda pregunta que se planteaba era si puede entenderse que los convenios colectivos constituyen acuerdos subsumibles bajo el artículo 1 de la LDC. En relación con el análisis de esta cuestión, la de valorar si el resultado de una negociación colectiva puede ser constitutiva de una infracción del artículo 1, hay abundante jurisprudencia, si bien la sentencia Albany de 1999 (Caso Albany Internacional, asunto C-67/96, STJUE de 21 de septiembre de 1999), a pesar ya de su antigüedad, sigue siendo un pilar fundamental y elemento imprescindible de referencia.

En el caso belga analizado por la sentencia, se cuestionaba la pretensión de la representación de los trabajadores y empresarial de que el ministerio competente declarase obligatoria la afiliación a un régimen de pensiones complementarias gestionado por un fondo de pensiones. El análisis que hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que, efectivamente, se trataba de un convenio que restringía la competencia, pero hay determinados efectos anticompetitivos que, como consecuencia y resultado de la negociación colectiva, son inherentes en todo caso a este tipo de negociación y quedarían comprometidos si los interlocutores quedaran sujetos al artículo 101 TFUE (en nuestro caso al artículo 1 de la LDC). Para concluir cuándo está justificado que la negociación colectiva se excluya del análisis de defensa de

---

<sup>4</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 24 de septiembre de 2009.

<sup>5</sup> Sentencia del TS nº 538/2016 de 8 de marzo de 2016.

la competencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece el test clásico de detenerse a analizar tanto la naturaleza como el objeto del acuerdo controvertido y concluye, en ese caso particular, que el acuerdo alcanzado contribuía directamente a la mejora de uno de los elementos constitutivos de las condiciones laborales de los trabajadores, la remuneración. Por tanto, Albany, aunque excluye en ese caso concreto la aplicación de la normativa de competencia al convenio, es de enorme importancia para las autoridades de competencia, ya que también establece que no existe una exclusión *per se*, automática, de la negociación colectiva del ámbito de aplicación del derecho de la competencia, sino que dicha decisión debe adoptarse a la vista de la naturaleza y objeto del acuerdo en cuestión.

Posteriormente ha habido otros pronunciamientos también a nivel nacional de incuestionable importancia en este análisis. En concreto, de nuevo en el caso 2805/07 Empresas estibadoras, la CNC se pronunció señalando que los convenios colectivos celebrados de buena fe entre empresarios y trabajadores sobre las cuestiones normales propias de la negociación colectiva, como los salarios o determinadas condiciones de trabajo, que no afecten de forma directa a terceros o a otros mercados, deben disfrutar de una inmunidad automática respecto del examen con arreglo a las normas de defensa de la competencia. Sin embargo, cuando el acuerdo o convenio va más allá de esos ámbitos, las autoridades de competencia deben analizar la naturaleza y objeto del mismo antes de decidir si cae bajo las normas de competencia o está excluido de las mismas. En particular, señalaba que *«No se trata aquí (...) de controlar la legalidad de la legitimación de las partes, sino de analizar aquellos aspectos del acuerdo que, en la medida en que el mismo no se atiene a la habilitación legal vigente, son susceptibles de quedar sometidos a las normas de competencia, sin que parezca suficiente para quedar excluido de las mismas el que se trate de un acuerdo empresarios-sindicatos, o que se firme bajo la denominación de convenio colectivo»*. Por tanto, insiste en esa no exención automática, por el simple hecho de ser un convenio colectivo.

Así lo han confirmado los pronunciamientos posteriores en revisión de dicho expediente sancionador. En concreto, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de marzo de 2016, confirmando la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 5 de julio de 2013 (rec. ANESCO) recordaba que el Tribunal de Justicia ya había declarado que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales, destinados a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo, no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1. [Sentencias Albany, apartado 60; Brentjens', apartado 57, y Drijvende Bokken, apartado 47; sentencias de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros, C-180/98 a C-184/98, así como de 21 de septiembre de 2000, van der Woude, C-222/98, apartado 22]; y que, por tanto, *sensu contrario*, si no se cumplen esos requisitos están incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE apartado 1.

En lo que respecta a la negociación colectiva específica que se dirimía en ese caso, el IV Acuerdo para la regulación de las Relaciones Laborales del Sector de la Estiba Portuaria, suscrito entre ANESCO y los sindicatos de trabajadores CETM, CIG y LAB, afirma el Tribunal Supremo que desborda por su contenido el marco estrictamente laboral de los convenios colectivos, al extender su ámbito aplicativo subjetivo y funcional, incluyendo actividades complementarias realizadas por empresas no estibadoras y al afectar a trabajadores no incorporados a este tipo de empresas, por lo que resulta incuestionable que la legalidad del citado IV Acuerdo pueda ser enjuiciada también desde la perspectiva del derecho de la competencia, cuando incluye cláusulas que tienen por objeto restringir la competencia en el mercado de los servicios portuarios complementarios que afecta a todos los puertos de interés general en beneficio de las empresas de estiba.

Por tanto, a modo de conclusión, el test de aplicabilidad de la LDC a los casos de negociación colectiva consiste, asumiendo como punto de partida que no existe una excepción previa genérica y automática de la aplicación de la normativa de competencia a los convenios colectivos, en analizar, tanto la naturaleza del convenio como el objeto del acuerdo controvertido, a efectos de identificar si concurre ese elemento de desbordamiento o extralimitación que señala el Tribunal Supremo.

En caso de que no concurra dicho elemento, es decir si se trata de acuerdos que se limitan a regular elementos esenciales de la negociación colectiva, la conclusión sería que no cabe analizar ese acuerdo bajo el ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia. No obstante, si el objeto del acuerdo incurre en un desbordamiento de tales materias, sí podría ser examinado en aplicación de la LDC. Ello no significa automáticamente que exista una infracción de esa norma, sino que ese acuerdo es susceptible de ser analizado bajo dicha normativa, es decir, pasaría a una segunda fase de análisis en aplicación de la LDC, en la que se valoran, fundamentalmente, tres aspectos para determinar si el acuerdo en cuestión es constitutivo de una infracción del artículo 1 de la LDC:

1. Si el acuerdo tiene por objeto o efecto restringir la competencia, es decir, el núcleo de todo análisis de competencia.
2. Si ese acuerdo produce efectos sobre terceros y sobre otros mercados.
3. Si, además, el acuerdo cumple con la regulación, es decir, si se ajusta o no a la propia normativa laboral, pues en prácticamente todos los casos en que se ha sancionado un supuesto de negociación colectiva, concurría además este elemento de ausencia de amparo en la normativa laboral.

A continuación, se recogen una serie de supuestos para intentar ilustrar la distinta casuística de los expedientes de negociación colectiva tramitados por la CNMC. En primer lugar, se exponen una serie de casos en los que se ha considerado que sí ha habido una infracción de la LDC, teniendo en cuenta

los distintos tipos de acuerdo restrictivos de la competencia que recoge el artículo 1<sup>6</sup>. Uno de los acuerdos anticompetitivos más comunes que se analizan bajo el artículo 1 son las fijaciones o recomendaciones de precios. Bajo esta tipología se han sancionado varios asuntos.

Así, el mencionado asunto del *Transporte de mercancías de Vizcaya* pone de relieve que, si bien el tema de la negociación colectiva es una cuestión de actualidad, lo cierto que no es algo novedoso, sino que se lleva tratando por la autoridad nacional de competencia desde hace mucho tiempo. En el año 2000, se analizó en este expediente un convenio colectivo que establecía una fijación de precios, de descuentos máximos y de condiciones de prestación de la actividad de transporte de contenedores, carga y mercancías por carretera del puerto de Bilbao.

En el año 2006, en el expediente S/607/06 Ayuda a domicilio<sup>7</sup> se cuestionó la obligación de repercutir las condiciones económicas pactadas (costes mínimos por hora y por hora nocturna) en los precios finales de los servicios, fijando unos precios mínimos del servicio de ayuda a domicilio prestado por la categoría de auxiliares.

Y en el año 2008, se tramitaron dos expedientes más en esta materia: el expediente S/0076/08 Convenio de Contact Center<sup>8</sup> y el expediente S/0077/08 Convenio Seguridad<sup>9</sup>. En el primero se establecía una obligación de repercutir en los precios finales de los servicios las condiciones salariales pactadas para los trabajadores en el sector del telemarketing, mientras en el segundo se analizaba un pacto sobre los costes mínimos (coste hora nocturna, coste hora fin de semana, antigüedad, trienios...) para distintos tipos de vigilantes de seguridad y la obligación también de repercutirlo en los precios, calificando como competencia desleal su incumplimiento. El común denominador de estos 3 últimos expedientes fue la imposición a las empresas de la obligación de tener que repercutir una serie de condiciones pactadas, unos costes mínimos, en el precio final.

La valoración de la autoridad de competencia en estos asuntos fue considerar que los convenios no eran una regulación de salarios entre empresas y trabajadores sino, en el fondo y en la forma, un establecimiento de precios mínimos y obligatorios de los servicios y ofertas comerciales de las empresas a sus clientes, lo que suponía regular el beneficio empresarial y eliminar la competencia, quedando fuera del ámbito de la negociación colectiva al exceder las competencias de los representantes sociales. No obstante, los dos últimos supuestos mencionados finalizaron mediante terminación conven-

---

<sup>6</sup> La aplicación del derecho de la competencia a los convenios colectivos, María Jesús Mazo Venero, Anuario de la Competencia 2009.

<sup>7</sup> Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de enero de 2007.

<sup>8</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 16 de marzo de 2009.

<sup>9</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 17 de marzo de 2009.

cional del procedimiento bajo los compromisos de supresión de las cláusulas problemáticas y de no reiteración de la conducta.

Otra tipología de casos de negociación colectiva anticompetitiva, distinta a acuerdos que tienen por objeto una fijación de precios, son los asuntos relativos a la actividad de la estiba, que han sido ya varios y en los que podría decirse que, en cierto modo, se produce, entre otras cosas, una concertación en cuanto a las condiciones de prestación de los servicios. En estos casos, tanto en el sancionador 2805/07 Empresas estibadoras, como en el que ha habido más recientemente en el año 2016, S/DC/0596/16 Estibadores Vigo<sup>10</sup>, el elemento común ha sido la extensión mediante convenio de determinadas reservas de actividad que habían sido eliminadas por la normativa. El contexto, en ambos casos, venía determinado por una legislación que pretendía iniciar una liberalización de determinadas actividades; en particular, en el caso de las empresas estibadoras de 2007, la Ley de Puertos de 2003 (Ley 48/2003) eliminó el carácter de servicio público de titularidad estatal de la estiba y lo transformó en un servicio básico con obligaciones de servicio público sometido al régimen de libre competencia. Pues bien, el Acuerdo Marco de la estiba reservaba a los estibadores actividades, entre ellas los «servicios complementarios», que la Ley no atribuía en exclusiva a empresas estibadoras, excluyendo a otras empresas y profesionales de dichas actividades.

En el caso de los estibadores de Vigo, de nuevo nos encontramos como punto de partida con una normativa, la Ley 33/2010 en este caso, que excluyó expresamente del ámbito de la estiba y de la reserva de actividad servicios que pasaron a ser complementarios de las tareas de carga y descarga: (i) embarque y desembarque de vehículos sin matricular y (ii) entrega y recepción de mercancías, que por tanto eran actividades que quedaban sujetas legalmente a la libertad de contratación, sin que tuviera que haber una mediación por parte de la de la SAGEP.

En concreto, se analizaron tres acuerdos que obviaban la liberalización introducida; dos de ellos mantenían la reserva y otro acuerdo permitía la contratación libre, sólo en los casos de exceso de demanda sobre la plantilla de la SAGEP y limitada a un número máximo de trabajadores. Ambos expedientes se resolvieron declarando la existencia de infracción. El caso de la estiba de 2007, como ya se ha mencionado, fue confirmado por el Tribunal Supremo y el caso de la estiba de Vigo está pendiente de revisión por la Audiencia Nacional.

La calificación jurídica de estos supuestos se ha centrado en reiterar la doctrina Albany en cuanto a la aplicabilidad de la normativa de competencia a los convenios colectivos y en considerar acreditado que en ambos casos los convenios incurrieran en una restricción de la competencia en la medida que

---

<sup>10</sup> Resolución de la CNMC de 26 de julio de 2018.

(i) restringían la libertad de contratación de trabajadores ajenos a la SAGEP, (ii) eliminaban la autonomía contractual de los operadores en el mercado y (iii) excluían no solamente a trabajadores, sino también a determinadas empresas ajenas a la SAGEP que, gracias al proceso de liberalización, tenían la oportunidad de empezar a intervenir en la prestación de determinadas actividades que ya no estaban reservadas.

Además, en ambos casos se tomaba en consideración la uniformización o armonización de la forma de prestación del servicio en relación con un coste tan importante como es el coste laboral, eliminando el riesgo de competir contratando en otras condiciones más favorables. Y también en ambos casos concurre la ausencia de amparo legal en la normativa; más bien al contrario, en estos supuestos existía un imperativo legal para que determinadas actividades salieran de la reserva y el convenio y las negociaciones obviaron dicho mandato al pretender mantener la reserva de determinadas actividades.

Por último, los efectos anticompetitivos que se valoraron fueron, por supuesto, los generados por la puesta en práctica de los acuerdos (no es lo mismo un acuerdo que se adopta y se firma sin más recorrido, que un acuerdo que se pone en práctica y se aplica), pues ya no sólo se trata de la aptitud para distorsionar la competencia, sino que la distorsiona de facto. Finalmente, en ambos casos se consideró también el efecto disuasorio sobre potenciales empresas que fueran prestadoras de servicios complementarios y que podrían haber visto restringida la posibilidad de intervenir.

Una última tipología de acuerdos contrarios al artículo 1 de la LDC son los que afectan a la limitación de la producción. En esta categoría se puede incluir el ya mencionado caso 377/96 Pan de Barcelona, en que el acuerdo establecía que las pastelerías artesanas con fabricación propia podían comercializar los domingos y festivos un único módulo de un tipo de pan con un peso máximo. Aparecieron, además, otros convenios en el sector que prohibían fabricar y comercializar pan los domingos y festivos y piezas distintas de las pactadas en el convenio. En este caso, la autoridad de competencia consideró que se trataba de un acuerdo conjunto para determinar quién fabrica y qué producto fabrica, limitando la libertad comercial, lo que nada tiene que ver con la regulación de las relaciones entre empresa y trabajadores.

Hasta aquí la panorámica de los casos en los que sí se ha considerado acreditada la existencia de una restricción de la competencia pero, como se señalaba inicialmente, ha habido otros casos en los que no ha sido así; bien casos en los que el órgano de resolución ha considerado que no había ilícito, bien casos en los que han sido los tribunales, en revisión judicial, quienes no han confirmado el planteamiento de la autoridad de competencia.

El asunto quizás más relevante es el del Convenio de seguridad S/0197/09<sup>11</sup>, anulado por la Audiencia Nacional. En este caso, se recibió

---

<sup>11</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 27 de marzo de 2012.

una denuncia contra varias asociaciones y sindicatos por la adopción del artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008, que regulaba cómo debía realizarse la «Subrogación de servicios» y, en particular, la subrogación del personal en los servicios de transporte y manipulado de fondos cuando otra empresa resultaba adjudicataria.

La CNC resolvió sancionar, valorando que los términos de esa cláusula y la arbitrariedad que introducía podían suponer una barrera de entrada en un mercado muy concentrado, pues permitía obligar a la nueva empresa adjudicataria a subrogar al personal bajo condiciones desproporcionadas, disuadiendo la entrada de nuevas empresas que no podrían amortizar la inversión o no podrían hacer los cálculos adecuados, ya que desconocían esta variable importante a la hora de diseñar la oferta.

En este caso, la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de noviembre de 2013, señala que la valoración fue incorrecta en el sentido de que, no es que el acuerdo estuviese exento por la aplicación del artículo 4 de la LDC, sino que ni siquiera debía llegarse a ese punto del análisis, pues estaba exento del ámbito material de aplicación de la LDC. La Audiencia consideró que la cláusula del artículo 14 se acordó en el marco de una negociación colectiva y que se refería a la estabilidad del empleo de los trabajadores por cuenta ajena, por lo que versaba directamente sobre condiciones laborales (subrogación). Y añadía que el hecho de que la cláusula pudiese ser desproporcionada quedaba excluido del ámbito de supervisión de la CNC, por falta de competencia, y caía bajo el control de legalidad de los convenios que corresponde al orden jurisdiccional laboral.

El caso S/0398/12 Loomis Prosegur fue un supuesto de archivo relacionado con el anteriormente mencionado<sup>12</sup>, en el que se constató que determinadas empresas (LOOMIS y PROSEGUR) habían puesto en práctica la citada cláusula y se planteaba, puesto que la cláusula de la subrogación dejaba cierto margen de discrecionalidad, si la interpretación abusiva de dicha cláusula, al haber elegido la opción menos pro-competitiva, podría ser objeto de análisis bajo la normativa de defensa de la competencia. Por ello, el Consejo de la extinta CNC acordó interesar a la extinta Dirección de Investigación para que incoase expediente sancionador contra LOOMIS y PROSEGUR por entender que la forma en la que habían ejecutado la cláusula 14 del Convenio Estatal constituía una infracción de la LDC.

La Dirección de Investigación, tras la instrucción, consideró que no se apreciaba una conducta o interpretación de la cláusula distinta a la de otras empresas del sector y que la eventual infracción derivaba de la propia redacción de la cláusula en sí, ya prohibida y sancionada en el anterior expediente,

---

<sup>12</sup> Resolución de la CNMC de 19 de noviembre de 2013.

y no de la interpretación que Loomis o Prosecur hubiesen hecho de ella. El Consejo, siguiendo esta propuesta, consideró que la infracción no había quedado acreditada.

Por último, también fue un supuesto de archivo el expediente S/0090/08 Coordinadora estatal Trabajadores del Mar. En este caso, la Autoridad Portuaria de Cartagena denunció a la Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (CTM), por acordar no trabajar en ningún puerto de España los buques procedentes del Puerto de Cartagena, constituyendo por tanto, un supuesto boicot. Sin embargo, la autoridad de competencia consideró<sup>13</sup>, en relación con el objeto del acuerdo, que, pese a no encontrar amparo explícito en la normativa laboral, era una reacción defensiva y una medida de presión en un contexto de conflicto laboral que no tenía por objeto atentar contra la competencia, sino doblegar a la otra parte en el conflicto. Asimismo, valoró que los efectos de esta medida eran mínimos y limitados en el tiempo, sin aptitud para restringir la competencia.

Finalmente, una vez expuesto el tipo de análisis que se hace desde la autoridad de competencia cuando se enfrenta a un supuesto de negociación colectiva susceptible de restringir la competencia y analizada la casuística y los pronunciamientos tanto administrativos como judiciales, se extraen a continuación algunas conclusiones globales sobre los principios que rigen la actuación de la CNMC en relación con los supuestos de negociación colectiva.

En primer lugar, el principio que rige las actuaciones es, en todo caso, la búsqueda de un equilibrio o armonía entre ambas normativas, la normativa laboral y ese derecho constitucionalmente protegido que es la negociación colectiva, por un lado, y la aplicación de la LDC, por otro. Eso implica realizar un análisis absolutamente *ad hoc*, caso por caso, considerando las circunstancias, la coyuntura existente y los elementos propios de cada caso. Es decir, no hay una aplicación automática de la normativa de defensa de la competencia a la negociación colectiva; no la hay, en general, en prácticamente ningún ámbito, pero es cierto que, con determinada tipología de conductas, como puede ser, por ejemplo, un acuerdo de fijación de precios, resulta más predecible el resultado de la valoración bajo la óptica de la LDC. En el ámbito de la negociación colectiva prima un análisis absolutamente *ad hoc* guiado además por un principio de prudencia y plenamente apegado a la jurisprudencia existente.

Por otra parte, y a pesar de que el análisis de estos casos ya se viene realizando hace muchos años, la doctrina clásica de Albany sigue siendo el principal referente, por lo que el pilar fundamental del análisis sigue siendo valorar en primer lugar si el caso al que nos enfrentamos afecta o no a

---

<sup>13</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 20 de septiembre de 2010.

elementos esenciales de las condiciones laborales de los trabajadores o se extralimita, para determinar la aplicabilidad de la LDC a cada caso concreto.

También es importante poner de manifiesto que, si bien existe la sensación de que la actuación de la autoridad de competencia en este ámbito de la negociación colectiva es algo singular, intrusiva en cierto sentido, existen otros supuestos de actuación que conviene mencionar y que quizás ayudan a entender que no es algo exclusivo de la negociación colectiva. Es el caso, por ejemplo, de la aplicación de la LDC a las Administraciones Públicas. Como se decía inicialmente, el requisito subjetivo fundamental para poder aplicar la normativa de defensa de la competencia es la existencia de un operador económico y esto se aplica también a la Administración Pública, que no siempre actúa exclusivamente en ejercicio de sus atribuciones públicas, sino que en ocasiones también se configura como operador económico y, por tanto, se somete a la normativa de defensa de la competencia. Es una doctrina perfectamente asentada e incluso ha habido un supuesto, aunque éste sí excepcional —el caso de la Uva de Jerez—, en el que los tribunales han considerado que la Administración Pública, se extralimitó de las mismas e incurrió en algo que sería similar al elemento de desbordamiento identificado por el Tribunal Supremo en el caso de la negociación colectiva, actuando por tanto al margen de sus atribuciones legales y siendo, por tanto, imputada por una infracción de la LDC.

Otro ámbito que puede mencionarse es el de la litigación anticompetitiva; es decir, aquellos supuestos en los que el acuerdo o práctica concertada de las empresas consiste en ejercer acciones judiciales con el objetivo de restringir la competencia. En estos casos, la defensa de la competencia también se «enfrenta» a un derecho tan relevante como es el derecho a la tutela judicial efectiva. Pues bien, nuestros Tribunales también se han pronunciado señalando que éste no es un derecho absoluto, que no hay derechos absolutos, y que si el derecho a la tutela judicial efectiva se ejerce con el objetivo de falsear la competencia (lo que, por supuesto, hay que acreditar de forma sólida a través de la instrucción), también puede ser objeto de análisis bajo la LDC.

Es importante destacar, asimismo, que la prioridad en los supuestos de negociación colectiva es la desaparición de las cláusulas que pueden ser restrictivas de la competencia, es decir, existe una preferencia por evitar que cláusulas potencialmente restrictivas se pongan en práctica y evitar en la medida de lo posible la apertura de un expediente sancionador. En este punto, existe una herramienta muy útil, que es el Convenio de colaboración que se firmó entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la extinta Comisión Nacional de la Competencia, en febrero de 2010, en virtud del cual, cuando se analiza desde la Autoridad Administrativa un convenio colectivo que puede ser susceptible de generar dudas por contener cláusulas que pueden ser restrictivas de la competencia, permite ponerlo en conocimiento de la CNMC para que ésta, *ex ante*, pueda realizar una valoración de las cláusulas controvertidas, si bien rige, en todo caso, el principio de autoevaluación por parte de

los operadores y es una herramienta que no prejuzga posteriores actuaciones en aplicación de la LDC.

Por último, es importante mencionar que, de forma determinante, como no podía ser de otra manera, la CNMC pone una especial atención a los procesos de liberalización, no solamente en lo que afecta a la negociación colectiva, sino en relación con cualquier ámbito o sector. Por tanto, si existe un proceso de liberalización en marcha, la Autoridad es especialmente sensible y vigilante para garantizar que no se produzcan conductas anticompetitivas que puedan entorpecer dicho proceso, pues el efecto es muy dañino. Éste es el marco en el que se han desarrollado también las últimas actuaciones de la CNMC en relación con el sector de la estiba, a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 diciembre de 2014, que declara contrario al artículo 49 del TFUE el régimen de gestión de trabajadores existente para la manipulación de mercancías, y de la aprobación del Real Decreto Legislativo 8/2017, de 12 de mayo, posteriormente modificado en 2019, que consagra la plena libertad de contratación, así como la no obligación de las empresas de participar en la SAGEP para poder prestar esos servicios.

## **Mesa redonda de las organizaciones sindicales y empresariales**

PEDRO GARCÍA NAVARRO  
Secretario General de ANESCO. CEOE. CEPYME

EDUARDO COBAS URCELAY  
Secretario General de APROSER. CEOE.CEPYME

VÍCTOR RAÚL OLMOS MATA  
Secretario de Acción Sindical  
de la Federación de Servicios a la Ciudadanía. CCOO

EMILIO CARDERO MILLÁN  
Responsable Sector Federal de Transportes de FeSMC-UGT



PEDRO GARCÍA NAVARRO  
Secretario General de ANESCO. CEOE. CEPYME

Desearía comenzar expresando mi enhorabuena a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos por la oportunidad de la materia elegida. Como ya se ha puesto de manifiesto en intervenciones anteriores, la relación entre la negociación colectiva y el Derecho de la Competencia es un asunto de máximo interés, actualidad y preocupación, especialmente para asociaciones empresariales legitimadas para suscribir convenios colectivos, que tienen vocación de participar en el diálogo social de su sector y tratar de alcanzar acuerdos con las organizaciones sindicales.

Con esta intervención pretendo, únicamente, compartir algunas reflexiones generales sobre la interacción entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Competencia, en el plano de la aplicación práctica y desde la óptica de una organización patronal sectorial, con el exclusivo propósito de realizar aportaciones a este enriquecedor debate al que se nos ha invitado. No hablo, por tanto, como experto jurista en la materia -que, desde luego, no lo soy- sino desde la reflexión práctica, teniendo en cuenta la experiencia del sector de la estiba portuaria que, como conocen, ya es alguna en este tema.

Y, permítanme, ya desde el inicio, que anticipe una de las principales ideas que me gustaría transmitir: los agentes sociales legitimados para la negociación colectiva necesitamos disponer de seguridad jurídica, a ser posible previa a la suscripción de acuerdos.

Si en términos generales existe relación entre negociación colectiva y competencia, opino que se puede dar aún con mayor intensidad en el sector de la estiba portuaria, considerando el singular modelo de organización del trabajo existente. En 2017, así lo hizo público la propia CNMC, esta Autoridad de Competencia incoó un expediente sancionador por modificar el contenido del convenio colectivo marco sectorial estatal incluyéndose una disposición relacionada con la subrogación de los trabajadores. Más recientemente, también según lo anunciado por la CNMC, se ha planteado una

cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por este mismo asunto. Tratándose de un expediente aún no finalizado, no me referiré en ningún momento a estos contenidos.

Permítame que, antes de compartir esas reflexiones generales que tengo por objetivo compartir hoy, traslade unas pinceladas sobre el servicio portuario de manipulación de mercancías que ofrecen nuestras empresas, para contextualizar nuestras aportaciones.

Las empresas estibadoras generan aproximadamente 12.000 empleos directos, de los cuales algo más de 7.000 trabajadores son estibadores portuarios. Actualmente, hay otorgadas 142 licencias para prestar este servicio de manipulación de mercancías en los diferentes puertos de interés general del Estado. Existe un elevado número de oferentes y, aun no siendo un sector enormemente generador de empleo directo en términos cuantitativos, resulta absolutamente estratégico para el conjunto de la economía. Muchas son las cifras que podrían ilustrar esta última afirmación, como, por ejemplo, las siguientes: 563 millones de toneladas operadas por los puertos españoles en 2018, lo que representa el 75% de nuestras importaciones y el 61% de nuestras exportaciones; el valor económico de las mercancías movidas por las empresas estibadoras equivale al 30% de nuestro PIB.

Nuestro sistema portuario español se rige por el modelo denominado de «landlord». El sector público dota de suelo y grandes infraestructuras, siendo la iniciativa privada quién presta los servicios portuarios, bajo el régimen de licencia y, si requiere también la utilización privativa del dominio público mediante concesión administrativa demanial.

Entre los diferentes servicios portuarios y comerciales existentes, me centraré en la manipulación de mercancías, la conocida como estiba portuaria. Las empresas estibadoras, explotadores de las terminales portuarias, se encargan básicamente de atender a la carga, estibando-desestibando el buque, almacenando en sus instalaciones, y cargando-descargando camiones o ferrocarriles. En su organización interna destacan tres componentes principales:

1. La utilización de un suelo y/o lámina de agua, e incluso de unas instalaciones, por las que abonan unas tasas portuarias.
2. La necesidad de realizar grandes inversiones en equipos de manipulación de mercancías (p.ej.: grúas)
3. La gestión de los recursos humanos.

Este tercer punto, la organización del trabajo es peculiar en nuestro sector, en mi opinión, por tres características que tiene nuestra demanda de trabajadores en términos generales. En primer lugar, la necesidad de recursos humanos es intensiva cuando se requiere operar uno o varios buques simultáneamente (aunque la automatización de procesos genera una tendencia a la baja). En segundo lugar, la carga de trabajo que se requiere es irregular en el

tiempo, es decir, hay momentos con altas puntas y otros con pronunciados valles, según las operaciones que haya programadas cada día en el muelle. Y, por último, el trabajo en los puertos es continuo casi todos los días del año, sin interrupciones.

Estos rasgos han propiciado a lo largo de historia y en casi todos los países desarrollados, que se haya optado en muchos casos por gestionar la mano de obra a través de una bolsa de trabajadores compartidos por varias empresas, tratando de buscar una mayor eficiencia.

De este modo, resulta habitual en los puertos disponer de sociedades para la gestión de trabajadores estibadores, que atienden a las necesidades de las empresas prestadoras del servicio de manipulación de mercancías, siendo dichas empresas, por un lado, accionistas y, por otro, clientes de estas mercantiles dedicadas a proveer de recursos humanos por turnos de trabajo.

En diciembre de 2014, hubo un punto de inflexión importante en nuestro modelo, motivado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, que condenaba al reino de España por mantener una legislación contraria al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En cumplimiento, se modificó posteriormente el marco legal del sector de la estiba mediante la aprobación del RDL 8/2017 y del RDL 9/2019. Hoy en día, la participación en estas sociedades de gestión de estibadores (actualmente denominadas Centros Portuarios de Empleo) no es obligatoria para las empresas y tampoco existe obligación de contratar con carácter preferente a sus trabajadores. No obstante, es un modelo de organización que libremente pueden utilizar aquellas empresas que así lo decidan.

Una vez he presentado a grandes trazos nuestra actividad empresarial, me centraré en mi objetivo fundamental en esta mesa, que no es otro que plantear cinco reflexiones generales sobre la relación entre la negociación colectiva y el Derecho de la competencia, que son las siguientes:

1. La determinación de las materias propias de la negociación colectiva que están excluidas del ámbito de aplicación de la legislación, española y comunitaria, en materia de competencia no se muestra clara para los interlocutores sociales. Aunque la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con el conocido caso «Albany», pareciera teóricamente definida mediante el criterio de excluir aquellas «medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo», no es sencillo percibir dónde se muestra la frontera en cada aplicación práctica.
2. Consecuencia de lo anterior, se puede colegir que existe incertidumbre e inseguridad jurídica en los agentes que intervienen en negociación colectiva. Esto introduce nuevas dificultades y condicionantes en las mesas negociadoras de convenios colectivos, que ya de por sí, suelen tener una alta complejidad.

3. No es fácilmente entendible el fraccionamiento de hecho del Ordenamiento Jurídico que se puede producir. ¿Cuál es el control de legalidad que debe realizar la Autoridad Laboral antes de ordenar publicar y registrar acuerdos? ¿Cuál es el alcance de dicho control? ¿Qué materias pueden ser revisadas por la CNMC y cuáles no? No es infrecuente encontrar supuestos con diferencias interpretativas entre Administraciones Públicas.
4. La diversidad de jurisdicciones posibles para revisar la legalidad de un convenio colectivo puede generar colisiones en las conclusiones y propicia la litigiosidad en la sede más favorable para quien quiera desestabilizar las relaciones laborales.
5. El procedimiento de la simple autoevaluación del cumplimiento de la legislación existente en materia de defensa de la Competencia no es suficiente para entornos complejo. El control preventivo resulta más positivo que la utilización de las facultades sancionadores posteriores en un control correctivo. Por ello, sería conveniente la mayor utilización del mecanismo específico para Convenios Colectivos existente en la Ley española (el Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Trabajo y la actual CNMC, de 25 de enero de 2010), que permite a la Autoridad laboral verificar preventivamente con la Autoridad de competencia la plena legalidad antitrust de los futuros Convenios colectivos antes de su entrada en vigor, lo que evitaría investigaciones y expedientes posteriores y contribuiría así a la plena seguridad jurídica a los agentes sociales.

Estos son las cinco ideas que quería poner sobre la mesa para generar debate. Probablemente pueden que generen otras intervenciones más acertadas.

Permítanme, por último, una reflexión final: desde ambos mundos profesionales, todos tenemos mucho que aprender en estas materias.

EDUARDO COBAS URCELAY  
Secretario General de APROSER. CEOE.CEPYME

## INTRODUCCIÓN

Este estudio, enmarcado en la visión empresarial sobre la convivencia entre la negociación colectiva y el derecho de la competencia, persigue un doble objetivo.

- a) En primer lugar, tras enmarcar los principales rasgos del sector de la seguridad privada, que pueden ser fácilmente extrapolables al resto de sectores empresariales intensivos en mano de obra —que integran a más de un millón de trabajadores—, detallar y valorar los dos expedientes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de los que ha sido parte APROSER y que han versado sobre la compatibilidad entre el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad y la normativa de competencia<sup>1</sup>.
- b) En segundo lugar, compartir unas reflexiones, emanadas de la experiencia derivada de estos dos expedientes, de las que se intenta extraer algunas reflexiones y sugerencias de modificación parcial del marco normativo que puedan contribuir a una mejor convivencia entre una negociación colectiva eficaz y moderna y un estricto respeto del derecho de la competencia.

## SEGURIDAD PRIVADA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

La seguridad privada en España puede caracterizarse por los siguientes rasgos definidores:

- a) Se trata de un sector intensivo en mano de obra, muy en particular en los segmentos de vigilancia y, aunque en términos ligeramente infe-

---

<sup>1</sup> Expedientes S/0077/08y S/0197/09: Convenio Seguridad.

riores, en el del transporte de fondos y gestión del efectivo. Un sector que, globalmente, factura unos 4.000 millones de facturación, es decir, lo que representa un porcentaje superior al 0,35% del PIB de la economía española, y en el que cerca del 80% de los costes empresariales emanan, por ello, y de forma directa, del resultado de la negociación colectiva, cuya eficacia general viene determinada por el marco laboral establecido por el Estatuto de los Trabajadores.<sup>2</sup>

- b) Un sector integrado, en términos más amplios, en el concepto genérico de servicios empresariales. Con la salvedad de los servicios de alarmas domiciliaria que, con independencia de su mayor conocimiento por parte de la opinión pública, no representan una cuota especialmente significativa del mercado total de la seguridad privada, los clientes de los servicios de seguridad son empresas que prestan sus servicios en el conjunto de sectores de la economía. Una capilaridad que se refleja en los servicios llevados a cabo en infraestructuras de transporte, centros comerciales, industrias, hospitales o estadios de fútbol, por simplemente destacar algunos ejemplos.
- c) Es un actor de las políticas nacionales de seguridad de acuerdo con el marco normativo establecido por la Ley 5/2014, de 4 de abril, de seguridad privada. Un marco que, aunque ni condiciona ni debe condicionar la lógica preservación de la asunción de la competencia de seguridad por parte de los actores públicos, siendo este rasgo uno de los elementos de la definición de un Estado moderno, sí permite la participación en competencias reservadas a la seguridad pública, bajo la dirección y siguiendo las instrucciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad<sup>3</sup>. Una regulación que, en definitiva, pudiera llevar a definir las funciones de la seguridad privada como semipúblicas en algunos entornos.

En este contexto, al margen de un marco regulatorio estricto, por la necesaria garantía adicional cara a la ciudadanía derivada de un control adecuado sobre las actividades de seguridad privada, sujetas por ello a mecanismos estrictos de habilitación administrativa, la seguridad privada y, más en particular, APROSER, Asociación Profesional de Compañías Privadas de Servicios de Seguridad, que adquiere un nivel de representatividad superior al 80% en el banco empresarial, siempre ha entendido que contar con un marco laboral estable, derivado de un Convenio Colectivo sectorial de carácter estatal, con eficacia general, es un requisito fundamental para la construcción de un sector viable y fiable. Unas reglas de juego administrativas y laborales únicas que permitan una adecuada competencia leal, sobre la base de los ele-

---

<sup>2</sup> <https://www.aproser.es/sector/cifras-y-datos-del-sector/>

<sup>3</sup> Vid. en particular, artículo 41.3 d) de la Ley 5/2014, de Seguridad Privada (BOE núm. 83, de 05/04/2014) que faculta a la seguridad privada “*la participación en la prestación de servicios encomendados a la seguridad pública, complementando la acción policial*”.

mentos diferenciales de los diversos actores, debiendo primar la calidad como elemento definidor de un servicio complementario a la seguridad pública.

Y es precisamente por ello por lo que ante la disyuntiva de una opción por una carrera hacia el abismo<sup>4</sup>, que el juez federal estadounidense Louis Brandeis definió en 1933, cuando apeló a que las normativas de algunos Estados de Norteamérica adoptadas con el objetivo de favorecer la incorporación de empresas en sus respectivos territorios no constituía realmente un proceso fundamentado sobre la diligencia sino sobre la laxitud<sup>5</sup>, el sector de la seguridad privada española ha entendido desde su consolidación, recién nacido el actual régimen constitucional, que la negociación colectiva es un elemento que favorece una competencia leal, de la que se deriva un círculo virtuoso que conduce a una mayor paz social, una mayor seguridad jurídica y una mejora, en último término, de los niveles de inversión extranjera y la consiguiente mejora de los niveles de productividad sectorial.

Un círculo virtuoso caracterizado por una provisión de servicios fundamentados en unos mayores niveles de calidad, que garantizan una mayor fiabilidad de los servicios de seguridad privada, una mayor legitimidad de un actor privado complementario de la esfera pública y, con ello, un derivado acceso indirecto a nuevos espacios de actividad para las empresas de seguridad privada.

En este contexto, la bien conocida jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, plasmada en el Caso Albany<sup>6</sup>, no aporta la necesaria seguridad jurídica, previamente mencionada como un elemento clave de la adecuada conformación de un sector empresarial. Es cierto que a partir de esta resolución judicial europea se reconoce la inherencia de determinados efectos restrictivos a la competencia de los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores, al margen de que esta cuestión ya se hubiese planteado y resuelto por la doctrina norteamericana desde inicios del Siglo XX, y se admite que los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado, en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo.

Pero la claridad con la que el derecho antitrust estadounidense ha definido la inherencia de la restricción es de mayor precisión jurídica que la que surge del denominado Test Albany en el marco europeo, por cuanto, en última instancia, en nuestro entorno acabamos derivando la valoración de la adecuación con el marco normativo en una necesaria interpretación sobre qué

---

<sup>4</sup> *Race to the bottom* en terminología anglosajona.

<sup>5</sup> *Louis K. Liggett Co. v. Lee*, 288 U.S. 517 (1933).

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de septiembre de 1999. Asunto C-67/96,

constituye y qué aspectos no pueden integrarse en las condiciones de empleo y de trabajo. Dificultad interpretativa que se incrementa en el contexto de una negociación colectiva moderna que exige una anticipación al cambio y que exige, más que nunca, una estricta seguridad jurídica, en una economía global.

En este entorno, el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad ha visto confrontada su compatibilidad con el derecho de la competencia, en dos expedientes iniciados hace más de una década, de los que, al margen de su análisis jurídico, cabe extraer conclusiones muy relevantes.

- a) El expediente S/0077/08, que valoraba la compatibilidad con el derecho de la competencia de una cláusula del Convenio, por la que se hacía constar expresamente en el mismo que las condiciones económicas pactadas tendrían una repercusión en los precios y que se consideraba competencia desleal las ofertas comerciales realizadas por las empresas inferiores a los costes del Convenio. Una redacción mejorable, al margen del probablemente loable interés perseguido, que no era otro que el de ayudar a las administraciones públicas a conformar adecuadamente los presupuestos de licitación pero que, al margen de la imposibilidad de aseguramiento de su obligatorio cumplimiento por los firmantes, conducía a interpretar que existía una extralimitación en las funciones atribuibles a los negociadores del Convenio. Un expediente, en todo caso, conducido de forma razonable por la autoridad de competencia, que acabó concluyendo en un acuerdo convencional plasmado en un compromiso de inaplicación del Convenio durante su duración y en la no reproducción de cláusulas análogas en procesos posteriores de negociación colectiva.
- b) El expediente S/0197/09, en el que se cuestionó el régimen de subrogación de la actividad de transporte de fondos y gestión del efectivo, que es un ejemplo revelador de la insuficiente seguridad jurídica que caracteriza la confrontación entre negociación colectiva y competencia, a la que se ha hecho previa alusión, y que tuvo una directa incidencia en las condiciones laborales de los cerca de 100.000 profesionales de la seguridad privada. Un expediente, cuya apertura se produjo a partir del análisis de un Convenio Colectivo cuya vigencia inicial expiraba en diciembre de 2008 pero que se encontraba en ultraactividad, que incidió significativamente en el proceso de negociación colectiva que, con las extremas dificultades derivadas de la crisis financiera de dicho período se intentaba abordar en el período 2009-2012, y que concluyó cuando un nuevo convenio colectivo estaba en vigor en el período 2012-2014, sin que pudiera regularse el régimen de subrogación para el colectivo de transporte de fondos en ese período, cuando tales disposiciones convencionales no suponían sino una garantía en la estabilidad en el empleo. Un expediente en el que la decisión inicial de la Dirección de Investigación de entender que la

cláusula controvertida no tenía incidencia en la normativa de competencia fue revocada por el Consejo mediante una resolución sancionadora. Una decisión que fue finalmente anulada por una Sentencia de la Audiencia Nacional<sup>7</sup>. Y, aunque los mecanismos del Estado de derecho hayan funcionado, el tortuoso procedimiento descrito, es difícilmente compatible con los elementos de estabilidad que precisan las decisiones empresariales.

## REFLEXIONES AL HILO DE LAS EXPERIENCIAS SECTORIALES

De la experiencia sectorial adquirida cabe extraer las siguientes conclusiones y reflexiones, de aplicación general:

- a) Es difícil poner en cuestión la transparencia de las cláusulas que han sido objeto del cuestionamiento por parte de la autoridad de competencia, cuando las mismas figuraban en Convenios Colectivos cuya eficacia general se derivaba de su publicación en el Boletín Oficial del Estado y su incardinación en el sistema de fuentes normativas. Más aún cuando habían superado favorablemente muy diversos controles de legalidad. Por ello, parece cuanto menos discutible el importante daño reputacional a las empresas de seguridad derivado del inicio de los expedientes y plasmado en las diversas informaciones publicadas por los medios de comunicación social tras dicha apertura, con la concreta expresión de la hipotética sujeción a una sanción equivalente al 10% de la facturación de las empresas. Nada que objetar al cuestionamiento de una cláusula adoptada desde la mejor voluntad por los negociadores, con mayor o menor acierto, pero es evidente que un enfoque preventivo hubiera tenido más lógica, en estos supuestos, que la mera vía de un expediente sancionador.
- b) No existe un equilibrio razonable entre las acciones llevadas a cabo en otros órdenes jurídicos en los que la firmeza judicial de las decisiones adoptadas por los órganos inspectores permite que se perpetúen en el tiempo comportamientos insuficientemente respetuosos con el necesario cumplimiento de las obligaciones con los órganos de la Administración Tributaria o de la Seguridad Social, con la constatación de que una mera decisión administrativa, más allá de su plena legitimidad en su ámbito competencial, con un criterio más o menos ajustado, pueda haber conducido a la necesaria introducción de más de cinco redacciones consecutivas en un precepto del Convenio Colectivo en un ámbito que, finalmente, los órganos jurisdiccionales han entendido como ajeno al ámbito del derecho de la competencia. Es, cuanto menos, una más que probable excesiva incidencia en la voluntad de los negociadores de un Convenio.

---

<sup>7</sup> SAN 5139/2013 de la Sala de lo Contencioso.

- c) La pervivencia de las organizaciones empresariales, integradas por empresas que voluntariamente asumen un coste derivado de su pertenencia, desde la percepción de la necesidad de contribuir a un objetivo sectorial, está muy directamente afectada por la incertidumbre derivada de la compatibilidad entre los principios de la negociación colectiva y el derecho de la competencia. No solo por los costes jurídicos de necesaria asunción para la adecuada defensa de sus intereses que, obviamente, no son ni muy parcialmente cubiertos por una eventual declaración de condena en costas, sino tanto por un daño reputacional innecesario, que pudiera verse minorado si la información contenida en la página web de un organismo público no solo hiciese referencia a la resolución administrativa sancionadora, sino a la resolución judicial que la anula con posterioridad, como, por último, por la inseguridad jurídica derivada del retraso en la publicación del Convenio Colectivo. En este sentido, no es de desdeñar la eventual opción de una empresa por abandonar su pertenencia a una organización empresarial, cuando de no afectarse al mínimo de representatividad exigible, el Convenio Colectivo seguiría siendo de eficacia general, y el riesgo reputacional y económico que cada compañía debiera asumir desaparecería. Más grave es, en todo caso, que la minoración de la representatividad empresarial acabase incluso conduciendo a la pérdida de la eficacia general del acuerdo derivado de la negociación colectiva. Un escenario no descartable.
- d) Tal y como se ha señalado previamente, el test Albany, del que puede deducirse la clara incompatibilidad con el derecho de la competencia de cuestiones como la fijación de precios y la aceptación como una limitación inherente de las condiciones de empleo y trabajo, en sentido estricto, sitúa otros ámbitos en un estadio intermedio, como se ha puesto de reflejo en la valoración de las cláusulas de subrogación convencionales. Indefinición de especial relevancia en el contexto de una negociación colectiva moderna, que debe necesariamente incorporar nuevos ámbitos de actuación en la transformación del mundo laboral que estamos atravesando. Una indefinición que tiene implicaciones en el atractivo de la inversión extranjera en un país, porque es de difícil explicación la necesaria asunción de un muy relevante coste laboral no estimado en la estructura de costes que condiciona los presupuestos de las empresas, derivado de un Convenio Colectivo firmado, validado y publicado, cuyo contenido se pone en cuestión varios años después de dicha firma y publicación. No debe desdeñarse, en este sentido, el análisis de referencias normativas próximas como la portuguesa, que probablemente, avanza en una mayor clarificación de lo que está y no está permitido a los negociadores de un Convenio Colectivo.

- e) No parecen equilibrados los medios con que cuentan las autoridades públicas para el combate contra las prácticas contrarias al derecho de la competencia, caracterizadas por un elevado impulso administrativo y unos criterios interpretativos amplios, con las actuaciones contra la competencia desleal, definidas por la primacía de la vía judicial bajo criterios de interpretación estrictos. Si, como parece desprenderse de los avances en el proceso de codificación mercantil, se cercena la capacidad de actuación de la Comisión Nacional de la Competencia en cuestiones relacionadas con la competencia desleal, a pesar de que los supuestos en los que haya intervenido en este ámbito, sean, por desgracia, muy reducidos, este desequilibrio de medios se incrementará de forma adicional.
- f) Es preciso analizar la actuación del legislador en otros ámbitos normativos en relación con aspectos en los que la activa intervención de la negociación colectiva había sido considerada como incompatible con la normativa de competencia. Ello puede apreciarse, en particular, en el ámbito de la contratación pública. Basta comparar el texto de la cláusula inaplicada del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, que aludía a que los costes tienen repercusión en los precios y que era competencia desleal cualquier oferta inferior a los costes del convenio, con el actual texto de la Ley de Contratos del Sector Público, según la cual los presupuestos deben basarse en los costes de los convenios colectivos sectoriales y que considera como oferta económicamente insuficiente aquella que es inferior a los costes salariales<sup>8</sup>. Cabe preguntarse en qué posición se encuentran unos poderes adjudicadores que deben aplicar necesariamente un convenio colectivo pero que tienen muy difícil acceso a la estructura de costes derivados de dicho convenio, como consecuencia de las restricciones de acceso a una información que, en su momento, figuraba en los Convenios Colectivos y que, con ello, facilitaba su labor. Es un ámbito adicional que complica, si cabe, adicionalmente, la ya difícil coexistencia entre negociación colectiva y derecho a la competencia.
- g) El Convenio de colaboración entre las autoridades de competencia y la autoridad laboral<sup>9</sup>, en vigor desde hace varios años, debe valorarse positivamente. Sin embargo, aunque incrementa parcialmente la garantía de seguridad jurídica, al producirse la consulta previamente al registro y publicación del Convenio, no otorga una garantía suficiente, porque la mera publicación no vincula posteriormente a las autoridades responsables de la interpretación del derecho de la competencia

---

<sup>8</sup> *Vid.* artículos 100, 101, 102, 122 y, en particular, artículo 149.4 de la Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público.

<sup>9</sup> Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comisión Nacional de la Competencia. BOE núm. 50, de 26 de febrero de 2010.

que pueden iniciar, por ello, acciones en fecha muy posterior a la de la publicación. Desde la perspectiva empresarial, es fundamental que sea cual sea el mecanismo que se arbitre, se identifique una única entidad competente para solucionar los conflictos, que sea cual sea el mecanismo conduzca a una resolución en el menor tiempo posible y que, en todo caso, no exista la percepción de que aparentemente se parte del principio de presunción de la culpa. Y, en este sentido, una vinculación de las acciones al procedimiento de impugnación de los convenios, pudiera ser una vía a explorar.

- h) Finalmente, en unos términos más amplios, es preciso hacer una referencia a la necesidad de mejora de la técnica normativa, proceso de reflexión en el que el Reino de España debería adoptar una posición más proactiva que permita avanzar, en los términos que los Estados miembros consideren precisos, en la consolidación de un auténtico derecho laboral europeo. Porque, en una esfera europea, eso se ha visto reflejado por el cuestionamiento de la Sentencias Laval<sup>10</sup> o Viking<sup>11</sup> sobre la base del derecho de establecimiento, cuando el test de conformidad de la Sentencia Albany había sido superado. Proceso con similitudes al que ha afectado a los sectores intensivos en mano de obra con el asunto Somoza<sup>12</sup> en el ámbito europeo, del que se ha derivado la imposibilidad de participación de muy diversos contratos públicos por los proveedores de servicios. Todo ello debido a una indefinición de los preceptos europeos que trae como consecuencia la posibilidad de muy diversas interpretaciones por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de incidencia final en el equilibrio alcanzado por la negociación colectiva, tal y como había ocurrido igualmente con el Caso Lock<sup>13</sup>. En definitiva, se impone una necesaria mejora de la técnica legislativa de la normativa europea.

---

<sup>10</sup> Sentencia del TJUE, de 18 de diciembre de 2007. Asunto C-341/05.

<sup>11</sup> Sentencia del TJUE, de 11 de diciembre de 2007. Asunto C-438/05.

<sup>12</sup> Sentencia del TJUE, de 11 de julio de 2018. Asunto C-60/17.

<sup>13</sup> Sentencia del TJUE, de 22 de mayo de 2014. Asunto C-539/12.

RAÚL OLMOS MATA  
Secretario de Acción Sindical  
de la Federación de Servicios a la Ciudadanía. CCOO

Para explicar la visión que desde Comisiones Obreras se tiene de la relación —tormentosa en los últimos años en España— entre negociación colectiva y derecho de la competencia, vamos a tratar de aproximarnos desde nuestra experiencia con relación a las intervenciones que la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC) ha realizado ante diversos aspectos relacionados con la negociación colectiva, y muy especialmente con los que, en los últimos años, ha dirigido en diferentes ámbitos de las actividades portuarias.

Para ello partiré de la base de señalar en primer lugar la protección legal que el derecho a la negociación colectiva, como derecho fundamental, tiene en nuestro marco jurídico y el papel que dicho derecho juega, como muchos otros, como modulador y limitador de la «libre» competencia. A partir de ahí, trataré de fijar los elementos esenciales que fijan las normas y jurisprudencia comunitaria y nacional, sin extenderme mucho en ese apartado pues otras ponencias de estas mismas Jornadas lo van a hacer con más criterio y conocimiento. A continuación, y tras un breve repaso de algunos precedentes significativos de intervención de la CNMC (o de la Comisión Nacional de la Competencia CNC, su antecesora en esta materia), centraré la exposición en las más recientes intervenciones de la CNMC en la negociación colectiva del sector portuario, con ciertas limitaciones en dicho análisis derivada de un principio de prudencia, pues son asuntos aún abiertos en vía administrativa y/o judicial sobre los que, adicionalmente, recae deber de confidencialidad en alguno de sus contenidos.

A partir de ello, trataré de explicar cuál es la visión que desde CCOO tenemos sobre la actuación de la CNMC en estos ámbitos, una visión dura pero que nace de la defensa a ultranza que, como sindicato, debemos hacer del derecho a la negociación colectiva, vehículo principal para la defensa de los derechos y condiciones de vida de las personas trabajadoras, nuestra

razón de ser como organización. Y finalizaré con algunas reflexiones desde el sindicato sobre cómo establecer un «diálogo» entre el derecho laboral y el derecho de competencia, como se invitaba desde la presentación de las Jornadas por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

## 1. EL MARCO JURÍDICO DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El derecho a la negociación colectiva tiene un reconocimiento directo en el artículo 37 de nuestra Carta Magna<sup>1</sup>. Y aunque el citado artículo no se ubique en la sección correspondiente a los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ya desde sus primeros pronunciamientos lo ha considerado de manera sistemática como parte integrante del derecho — ese si fundamental— a la libertad sindical, como parte de la vertiente funcional del mismo y, por tanto, indisociable de dicho derecho fundamental. El ejercicio del derecho a la negociación colectiva parte del reconocimiento pleno de la autonomía de las partes, conectando con ello también con el derecho a la libertad de empresa, reconocido en la constitución también, aunque a diferencia del derecho a la libertad sindical no dotado de ese carácter de derecho fundamental.

El resultado principal, que no único, de la negociación colectiva es el convenio colectivo que goza, por mandato directo de la Constitución, de fuerza vinculante. Esta configuración de la negociación colectiva como parte del cuerpo de derechos fundamentales no solo se recoge en la más alta norma legal nacional: el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea también lo considera así<sup>2</sup>.

Por otro lado, la protección del ejercicio del derecho a la negociación colectiva también podemos encontrarlo en varios Convenios de la OIT, especialmente el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949 y en el Convenio 154 sobre la negociación colectiva, de 1981.

¿Estamos por tanto ante el ejercicio de un derecho fundamental que limita o modula la libre competencia? Si, como todos los derechos. Porque la libre competencia debe darse en el marco de un conjunto de derechos de los que nos hemos dotado. El libre mercado no está por encima del ejercicio del conjunto de derechos de las personas. También los derechos a la igualdad, a

---

<sup>1</sup> Artículo 37.1. La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.

<sup>2</sup> Artículo 28. Derecho de negociación y de acción colectiva

Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga.

la seguridad, a la libertad, etc. restringen la «libre» competencia. Y, mas que a alguno le pese, la libertad sindical —y la huelga— son de esos derechos fundamentales.

Conviene recordar en este punto dos aspectos esenciales, aunque sea anticipar alguna de las conclusiones: es necesario que los organismos que tienen como misión la defensa de la libre competencia cambien de manera radical la visión que tienen de la negociación colectiva como una «traba» al dogma neoliberal de la libre competencia contra todo y contra todos, y pasen a verla como uno de los elementos esenciales, en especial en el caso de la negociación colectiva sectorial, para desde una regulación común de las condiciones laborales y de empleo, producir una competencia más sana (o, dicho con otras palabras, con menos trampas) y, desde luego, mucho más eficiente. Y, en segundo lugar, conviene recordar que la Unión Europea no es, o no debería ser, solo un mercado único: también es —o debiera ser— un modelo social y un marco común de derechos y libertades.

### **1.1. Criterios de la jurisprudencia europea sobre relaciones entre la negociación colectiva y la libre competencia: la Sentencia del caso Albany**

Para abordar el análisis de las actuaciones en España de la CNMC hay que partir de conocer los elementos esenciales de la jurisprudencia comunitaria en esta materia. Otras ponencias van a tratar en profundidad esta materia en las presentes jornadas, por lo que aquí se resumirán solo algunos aspectos esenciales que sirven para explicar la postura de CCOO ante dichas actuaciones.

Tradicionalmente se sitúa en la sentencia del TJUE del caso Albany<sup>3</sup> la síntesis de la jurisprudencia comunitaria en esta materia. En síntesis, la citada sentencia fija los siguientes criterios a la hora de valorar las posibles colisiones entre el derecho a la negociación colectiva y la libre competencia:

- a) La negociación colectiva afecta a la libre competencia, pero lo hace en defensa de un bien superior propio de los objetivos de la Unión Europea<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1999. Albany International BV contra Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie. Petición de decisión prejudicial: Kantongerecht Arnhem — Países Bajos. Afiliación obligatoria a un fondo sectorial de pensiones — Compatibilidad con las normas de la competencia — calificación de un fondo sectorial de pensiones como empresa. Asunto C-67/96. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61996CJ0067>

<sup>4</sup> Así, la Sentencia del caso Albany dice «59 Bien es verdad que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores. No obstante, los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo»

- b) En el caso de que se trate de un acuerdo de negociación colectiva que cumpla determinadas características, lo que el TJUE establece no es que deba buscarse el equilibrio entre negociación colectiva y libre competencia: establece que, en esos casos, está excluido del análisis desde el punto de vista de la libre competencia<sup>5</sup>.
- c) El TJUE precisa las características que debe cumplir el acuerdo de negociación colectiva para tener esa especial protección, que en síntesis son dos:
  - a. Debe ser un convenio colectivo suscrito por las organizaciones legitimadas para ello.
  - b. Debe regular condiciones de trabajo (en un sentido amplio, como viene considerando la jurisprudencia comunitaria el término condiciones de empleo o laborales).

Los criterios que fijaba como doctrina la sentencia del TJUE en el caso Albany se vieron claramente reforzados con posterioridad con la «elevación» a derecho fundamental del derecho a la negociación colectiva tras la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea antes citada.

## 1.2. Algunas características del derecho a la negociación colectiva en el marco normativo español

A los efectos que nos ocupan en este artículo, conviene recordar cuatro aspectos que caracterizan la regulación normativa de dicha materia en España:

- a) Se reconoce la plena autonomía de las partes para fijar sus contenidos, más allá de los contenidos mínimos que la Ley fija. No existe en la norma española un listado «cerrado» de materias, ni una concepción limitativa de lo que se consideran materias regulables a través de la negociación colectiva: al contrario, el artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores establece como criterio básico que *«Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales...»*.

---

<sup>5</sup> Así, dice «60 De una interpretación útil y coherente de las disposiciones del Tratado, en su conjunto, se desprende que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado.»

- b) En el caso de los convenios colectivos, dada su eficacia general y que constitucionalmente tienen fuerza de ley, están sujetos al control de legalidad previo a su inscripción en el correspondiente registro y a su publicación (que son los hitos finales que configuran su plena eficacia). Dicho control de legalidad lo realiza la autoridad laboral competente (del Estado o de las Comunidades Autónomas, dependiendo del ámbito del correspondiente convenio), la cual no solo debe analizar el cumplimiento de la legislación laboral sino también el cumplimiento de otras normas legales, así como las relativas a la libre competencia.
- c) Prueba de lo anterior es el aún vigente Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comisión Nacional de la Competencia firmado el 25 de enero de 2010. En dicho Convenio se establece que, si dentro del control de legalidad, la Dirección General de Trabajo (autoridad laboral para los convenios colectivos de ámbito superior al de una Comunidad Autónoma) entendiera que alguna de sus cláusulas pudiera contravenir la Ley de Defensa de la Competencia, recabará informe y colaboración de la CNC (actualmente CNMC).
- d) Por último, solo apuntar (pues se desarrolla de manera más amplia en otras ponencias de estas mismas jornadas) que la ley establece la competencia exclusiva de la jurisdicción social de todo lo relacionado con la negociación colectiva<sup>6</sup>, incluido el conocimiento de la posible nulidad o lesividad de algún convenio colectivo. Y a la hora de analizar si se dan o no dichas causas de lesividad o nulidad, el órgano correspondiente de la jurisdicción social debe analizar todo el marco legal (incluidas las normas en materia de competencia y las normas comunitarias), no solo las normas laborales nacionales.

## 2. ANTECEDENTES DE INTERVENCIÓN DE LOS ORGANISMOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Siendo el objeto central de este artículo las intervenciones recientes de la CNMC en ámbitos de la negociación colectiva del sector portuario, conviene señalar algunos antecedentes de intervención en ámbitos de la negociación colectiva porque sirven, a nuestro juicio, para enmarcar mejor la valoración que hacemos de las actuales.

---

<sup>6</sup> Artículo 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS): «Los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: (...) h) Sobre impugnación de convenios colectivos y acuerdos, cualquiera que sea su eficacia (...)»

## 2.1. Casos en los que se regulan materias que no forman parte de las condiciones laborales. Fijación de precios de productos o servicios

Expediente 607/06 Ayuda a Domicilio del Tribunal de Defensa de la Competencia<sup>7</sup>, en el que se considera contrario a las normas de libre competencia la fijación, por el convenio colectivo, de un precio mínimo y obligatorio al que las empresas del sector deben ofertar sus servicios.<sup>8</sup> En la misma dirección hay también antecedentes con relación a los convenios colectivos de Contact Center<sup>9</sup> y de empresas de seguridad<sup>10</sup>.

Por el contrario, archivó las actuaciones de un caso similar con relación a las empresas reponedoras de productos en grandes superficies<sup>11</sup>. En ese caso, quedó acreditado que las empresas se limitaron a repercutir en los precios el importante incremento salarial (alrededor del 10%) producido como consecuencia de la firma de un convenio colectivo (en una actividad intensiva de mano de obra), pero ni lo hicieron de manera concertada, ni en igual porcentaje.

## 2.2. Expediente de la CNC 2805/07 empresas estibadoras

Por afectar al mismo sector que los asuntos que son objeto central de este artículo, conviene detenerse en el presente expediente. Además, se cita de manera reiterada como antecedente en los procedimientos abiertos en la actualidad por la CNMC, por lo que se precisa dar algunos detalles de este que nos permitan situar las diferencias con los posteriores casos.

<sup>7</sup> Resolución del TDC de 29 de enero de 2007 [https://www.cnmc.es/sites/default/files/39546\\_7.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/39546_7.pdf)

<sup>8</sup> Siendo cierto que no es materia propia del convenio colectivo la fijación del precio de los productos o servicios, tampoco es menos cierto que la absoluta dejación de las administraciones a la hora de vigilar que, en el ámbito de la contratación pública, las ofertas económicas cumplan al menos con los costes laborales mínimos de los convenios colectivos, especialmente en la prestación de servicios intensivos en mano de obra, así como la concepción de la contratación pública como una mera subasta con el precio como único criterio, ha hecho que la negociación colectiva busque mecanismos para tratar de evitar que el empleo, los salarios y las condiciones laborales fueran los paganos de los ahorros en las administraciones en materia de contratación pública, como por desgracia ha sucedido durante la anterior crisis y, por desgracia, aun sucede pese a las importantes modificaciones en esa materia introducidas en la nueva Ley de Contratos del sector Público. Pero esta materia excede el objeto de este artículo.

<sup>9</sup> Resolución de la CNC de 16 de marzo de 2009 en el Expediente Sancionador S/0076/08 Convenio Contact Center [https://www.cnmc.es/sites/default/files/36887\\_7.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/36887_7.pdf)

<sup>10</sup> Resolución de la CNC de 17 de marzo de 2009 en el Expediente Sancionador S/0077/08 Convenio Seguridad [https://www.cnmc.es/sites/default/files/36885\\_7.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/36885_7.pdf)

<sup>11</sup> Resolución de la CNC de 23 de abril de 2010 en el Expediente. S/0161/09 Empresas Reponedoras de Productos en Grandes Superficies [https://www.cnmc.es/sites/default/files/34872\\_7.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/34872_7.pdf)

## a) Antecedentes

- En Julio de 2007 la patronal de empresas estibadoras y los sindicatos CETM, CIG y LAB firman el IV Acuerdo Marco de la Estiba, con rango de convenio colectivo. El mismo no es firmado por los sindicatos CCOO, UGT y ELA.
- En el ámbito personal y funcional del citado IV Acuerdo se incluyen no solo las actividades de estiba y desestiba reguladas en la legislación vigente entonces<sup>12</sup> sino también aquellas actividades complementarias plenamente liberalizadas (los denominados «servicios comerciales»), entre las que destaca especialmente la carga y descarga de vehículos a motor.
- Tanto CCOO como UGT y otros actores instan a la autoridad laboral a que remita el citado Acuerdo a la jurisdicción social por falta de legitimación de los firmantes, tanto del banco patronal como social, para extender el acuerdo más allá de las labores reguladas en exclusiva para la estiba.
- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional<sup>13</sup> declara la pérdida de eficacia general del citado acuerdo (su declaración como pacto colectivo extraestatutario) por falta de legitimación de los firmantes en las actividades no exclusivas de la estiba relacionadas en su ámbito funcional (las actividades complementarias), y la anulación de otros preceptos del convenio. Nótese que el análisis sobre la validez del convenio colectivo lo realiza la jurisdicción social, única competente para ello.

## b) El expediente de la CNC

- El 24 de septiembre de 2009 se acuerda Resolución del Consejo de la CNC en el Expediente 2805/07<sup>14</sup> empresas estibadoras, por la que declara *«que ha resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 16 /1989 de 17 de julio de Defensa de la competencia y del artículo 81 del Tratado CE, llevada a cabo por ANESCO, CETM, CIG y LAB, mediante la firma y puesta en funcionamiento del IV Acuerdo para la regulación de las Relaciones Laborales del Sector de la Estiba Portuaria» que contiene disposiciones por las cuales extiende su aplicación a empresas terceras, impidiéndoles o dificultándoles el acceso al mercado de los servicios complementarios en los puertos.»*

---

<sup>12</sup> Reguladas en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general.

<sup>13</sup> Sentencia nº 50/2009, de 1 de junio, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, procedimientos nº 177/2008, 233/2008 y 1/2009 acumulados, AS 2009/1873. Ratificada por la Sala de lo Social del TS en Sentencia de 11 de noviembre de 2010, recurso 153/2009.

<sup>14</sup> Se pueden ver la resolución íntegra de la CNC y las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo que la ratifican en <https://www.cnmc.es/expedientes/280507>.

- La resolución de la CNC analiza la aplicación de la doctrina fijada en la sentencia Albany del TJUE, y resuelve que el IV Acuerdo Marco si puede ser analizado a la luz de la normativa sobre competencia por no tratarse de un convenio colectivo negociado por los sujetos legitimados (al haber sido anulado dicho carácter por la sentencia de la sala de lo social de la Audiencia Nacional antes citada precisamente por falta de legitimación de los firmantes) y desbordar su ámbito las condiciones laborales del sector de estiba por afectar a otros sectores (las actividades complementarias). Conviene destacar, por lo que luego se verá cuando desarrollemos los expedientes actuales en curso, que en la Resolución de la CNC se explica parcialmente la doctrina de la sentencia Albany no con el texto de la sentencia, sino con las conclusiones del Abogado General previas a la misma. Y resulta significativo porque precisamente en los temas en los que se utilizan las conclusiones del Abogado General, la sentencia no las recoge o lo hace con importantes matizaciones.
- Hay que destacar por último que la citada resolución de la CNC concluye con una sanción de 901.518,16€ a la patronal, 168.000€ a CETM (representaba el 73,13% del banco social), 3.900€ a CIG (representa el 1,76% del banco social) y 3.000€ a LAB (representa el 1,32% del banco social). Obviamente, no sanciona ni a CCOO (7,05% del banco social), UGT (16,30%) ni a ELA (0,44%) ya que no fueron firmantes del Convenio Colectivo.

#### c) Las sentencias posteriores sobre la resolución

Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo, en jurisdicción contencioso-administrativa, ratifica la citada resolución de la CNC. Destacar que dichas sentencias, a la hora de aplicar los criterios de la doctrina marcada por la sentencia Albany, utilizan obviamente el contenido de dicha sentencia, no las conclusiones previas del Abogado General

### 2.3. Expediente de la CNC S/0197/09 convenio de seguridad

También vamos a detenernos un poco en este expediente por afectar a una materia, como es la subrogación convencional, que también se trata en alguno de los procedimientos actuales.

#### a) Antecedentes

- Con fecha 15 de marzo de 2005 fue suscrito el Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008 de una parte, por las asociaciones empresariales APROSER, FES, AMPES y ACAES, en representación de la patronal, y de otra, por las centrales sindicales UGT (7 representantes en el banco social) y USO (2 representantes), por la representación social. El mismo no es firmado por CCOO (5 representantes) ni por ELA (1 representante).

— En dicho convenio se establece en el artículo 14 la subrogación parcial de trabajadores adscritos a los servicios de transporte de fondos cuando haya cambio en la empresa que lleva el servicio. Dicha subrogación parcial se basa, en resumen, en unos cálculos de lo que conlleva el cambio de empresario en términos de volumen de empleo y de coste conforme al histórico inmediatamente anterior de dicho servicio.

b) El expediente de la CNC

— El 27 de marzo de 2012 se acuerda Resolución del Consejo de la CNC en el Expediente S/0197/09<sup>15</sup> convenio de seguridad, por la que declara *«que el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008, en lo que se refiere al transporte y manipulado de fondos, suscrito por las asociaciones empresariales APROSER, FES, AMPES y ACAES, en representación de las empresas del sector; y de otra, por las centrales sindicales UGT y USO constituye una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia de la que son responsables todas las partes que lo han suscrito.»*

— La CNC no hace análisis de la aplicación en este caso de la doctrina sentada con la sentencia Albany (tan solo la cita) y basa su decisión, en síntesis, en entender que la cláusula en cuestión no sirve para el objetivo de estabilidad en el empleo y limita la entrada de posibles competidores al encarecer potencialmente sus costes.

— Cabe señalar dos aspectos relevantes de la citada resolución: la misma se produce tras la recalificación del asunto por el pleno del Consejo de la CNC, pese a que la propuesta de la Dirección de Investigación, instructora del expediente, proponía su archivo a la luz de la doctrina de la sentencia Albany. Y se acuerda no sancionar económicamente a las organizaciones sindicales firmantes, pese a considerarlas responsables de la conducta objeto de reproche.

c) La sentencia posterior sobre la resolución.

La sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional, en sentencia de 29 de noviembre de 2013<sup>16</sup> anula la resolución de la CNC. La sentencia hace un análisis desde el punto de vista de la doctrina emanada de la

---

<sup>15</sup> Se puede ver la resolución íntegra de la CNC en <https://www.cnmc.es/expedientes/s019709>. Resulta curioso que, así como en el caso anterior de estiba, la CNMC informa en la web, en la misma página, tanto de la resolución del Consejo como de las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo favorables a la CNC, en este caso la web de la CNMC solo informa de la resolución del consejo, sin indicación alguna a que resultó anulada por los tribunales y sin enlace a la sentencia de la Audiencia Nacional que la anula.

<sup>16</sup> Sentencia de la Sección 6ª de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2013, recurso 240/2012,

sentencia Albany (y otras del TJUE) y concluye que se trata de un acuerdo de convenio colectivo, suscrito por los sujetos legitimados para ello y que trata de dotar de estabilidad en el empleo, lo que es un objetivo legítimo propio de la negociación colectiva («no puede negarse que una cláusula sobre estabilidad en el empleo de trabajadores por cuenta ajena, versa directamente sobre condiciones laborales»). Y concluye que «el Acuerdo que nos ocupa es un Convenio Colectivo que tiene naturaleza de tal y se ha celebrado en el seno de una negociación colectiva entre empresas y trabajadores, y la cláusula 14 tiene por objeto condiciones laborales, concretamente la subrogación de trabajadores, lo que promueve la estabilidad en el empleo; por ello no son de aplicación las normas sobre libre competencia, por quedar el Acuerdo excluido de su ámbito material». La citada sentencia es firme.

### 3. LA ACTUAL OFENSIVA DE LA CNMC EN EL SECTOR PORTUARIO

Desde verano de 2016 la CNMC ha iniciado tres expedientes frente a acuerdos celebrados en el marco de la negociación colectiva del sector portuario español. En este apartado se tratará de sintetizar los mismos, su análisis a la luz de la norma nacional y comunitaria, informar de su estado en el momento actual y de la opinión de CCOO (que forma parte de los tres como supuesta responsable de las conductas contrarias a la libre competencia, aunque en alguno de ellos no formara parte de los acuerdos que los origina) con relación a los mismos. Vamos a tratar de dar la información más significativa de los mismos que permita sustentar las opiniones que, a modo de valoración de CCOO, se expondrán posteriormente, siendo conscientes que no podemos dar toda la información por estar sujetos los expedientes aun vivos a un deber genérico de confidencialidad.

Con carácter previo conviene dar alguna explicación sobre el mercado de la marina mercante en el mundo. El transporte de mercancías por mar ha sido el verdadero «laboratorio» de la globalización. Fue el primer mercado mundialmente liberalizado, sin apenas reglas, y podemos afirmar que sigue siendo en la actualidad el más liberalizado del mundo. Me ahorro en la exposición las bondades, en términos de precios, transparencia de mercado, eficiencia, etc. que se nos vendían cuando se produjo su liberalización absoluta. Pues bien, pasados ya muchos años de dicha liberalización, veamos algunas de sus consecuencias:

- a) En el año 2017 (últimos datos disponibles), de unas 145 empresas o grupos existentes en el sector, diez de ellas tienen más del 87% de cuota de mercado. Las cinco primeras suman más del 61% del mercado, las tres primeras superan el 45% del mercado. Estamos pues no ante el «paraíso» de la libertad de mercado, sino ante la constitución de un fuerte oligopolio que, obviamente, impone precios, condiciones e incluso nor-

mativas y regulación. Y dichas cuotas de mercado de los grandes grupos no han dejado de crecer desde que se produjo la plena liberalización.

- b) Además, la mayoría de los buques están establecidos en determinados países (las llamadas «banderas de conveniencia») caracterizados por su baja o nula fiscalidad y por su bajo (o inexistente) estándar en cuanto a garantías y condiciones laborales y de respeto a la negociación colectiva. Dentro de las UE, se han establecido sus propias «banderas de conveniencia» dentro del mercado único, usando para ello el registro de los buques en Malta o Chipre. En el caso de España, incluso se ha creado un marco «especial» para tratar de evitar las banderas de conveniencia, con el registro especial canario (que goza de especiales exenciones fiscales y de seguridad social) que no ha evitado que, mayoritariamente, los buques sean de banderas de conveniencia de países que operan en este sector como verdaderos paraísos fiscales, sean de dentro o fuera de la UE.
- c) Frente a eso, las condiciones laborales de las personas trabajadoras rozan a menudo la esclavitud, siendo costoso incluso hacer cumplir los mínimos estándares de derechos laborales (e incluso de derechos humanos) establecidos por los diferentes convenios de la OIT. Qué decir de estándares más exigentes como el europeo: ni está ni se le espera en la marina mercante. Y en España poco que decir: apenas quedan buques que operen bajo bandera española (salvo algunos que dependen de concesiones administrativas de transporte regular, y no todos ni la mayoría), apenas hay tampoco tripulaciones nacionales salvo en los casos anteriores y la negociación colectiva brilla por su ausencia salvo en alguna gran empresa que depende de concesiones administrativas del Estado español.

Solo el sector portuario, al no resultar posible deslocalizar la infraestructura física, mantiene ciertos estándares y regulación que permiten aplicar una fiscalidad siquiera mínima y unas condiciones laborales conforme a los estándares nacionales y europeos. Y, al parecer, eso es lo que se trata de atacar.

### **3.1. Expediente S/DC/0596/16 estibadores Vigo**

#### **a) Antecedentes**

— En el año 1996 se firma un acuerdo entre el comité de empresa (que no los sindicatos) y la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba (SEED) del Puerto de Vigo que regula el conjunto de condiciones laborales a desarrollar en dicha empresa. Algunos elementos destacados de dicho acuerdo son:

- Nunca tuvo la consideración de convenio colectivo, pues no superó los requisitos que para ello se establecían (que incluía la aproba-

ción por parte de la comisión paritaria del Acuerdo Marco estatal, aprobación que nunca se produjo) ni se publicó en el correspondiente boletín oficial.

- La vigencia inicial pactada se extendía hasta diciembre de 1998, prorrogándose si no mediaba denuncia por alguna de las partes. Nunca se denunció hasta octubre de 2016 (cuando se produjo la denuncia por la empresa). Tampoco se prorrogó de manera expresa, entendiéndose prorrogado tácitamente por establecerlo así el Estatuto de los Trabajadores.<sup>17</sup>
- En el mismo se establecían los trabajos de carga y descarga de vehículos, así como otras actividades complementarias como parte de las actividades exclusivas de la estiba, porque así se regulaba en la ley vigente en ese momento.
- Tras la aprobación de la Ley 33/2010 tanto la carga y descarga de vehículos como determinadas actividades complementarias dejan de estar comprendidas en las actividades exclusivas de la estiba, sin que dicha ley prohíba no obstante el desarrollo de dichas actividades a las empresas estibadoras.
- Poco antes de la aprobación de la citada ley, se produce un nuevo acuerdo entre el comité de empresa, la SEED de Vigo y las empresas estibadoras (que forman parte de la SEED de Vigo) por el que las empresas estibadoras se comprometen a seguir contratando al personal de la SEED para las actividades liberalizadas (recordemos que, al liberalizarse, otras empresas —a las que en ningún caso afectaba el Acuerdo— podrían operar también en dicho mercado). En dicho acuerdo se señala que su aplicación se supedita a que exista informa favorable al mismo por la abogacía del estado de la Autoridad Portuaria de Vigo. Dicho informe —contrario— se emite en febrero de 2016 (seis años después) en el marco de la preparación, por la Autoridad Portuaria de Vigo, de la denuncia ante la CNMC que da origen a este expediente.
- En junio de 2013 se produce un nuevo acuerdo entre el comité de empresa y la SAGEP (entidad que había sucedido a la SEED) y las empresas estibadoras que formaban parte de la misma en el que se concretan los compromisos en cuanto al llamamiento de trabajadores del acuerdo de 2010.

---

<sup>17</sup> Resulta más que discutible que operara la prórroga automática regulada en el Estatuto de los Trabajadores dado que, al no haber adquirido la condición de convenio colectivo y tratarse, por tanto, de un pacto extraestatutario. Pero este elemento no afecta a lo que aquí tratamos de explicar.

— En el año 2016 la más importante empresa naviera saca a subasta un importante contrato para descarga de contenedores en la zona del Puerto de Vigo. Dicho concurso lo gana el Puerto de Marín, perdiéndolo el Puerto de Vigo. La Autoridad Portuaria de Vigo denuncia, ante Puertos del Estado, que la ventaja competitiva de Marín que le ha hecho ganar el concurso obedece a determinadas irregularidades urbanísticas de dicha Autoridad Portuaria. Ante el rechazo a dichos argumentos por Puertos del Estado, pasa a culpar de haber perdido el concurso a los altos costes laborales de la estiba en Vigo (en comparación a Marín) y, ante la negativa del comité de empresa de la SAGEP de Vigo a reducir los salarios, denuncia en 2016 el Acuerdo de 1996 y los posteriores ante la CNMC.<sup>18</sup>

b) El expediente de la CNMC

— El 26 de julio de 2018 la Sala de Competencia de la CNMC aprueba resolución en el expediente S/DC/0596/16 estibadores Vigo<sup>19</sup>. En la citada resolución declara *«acreditada una infracción muy grave de los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del TFUE, consistente en la adopción de acuerdos con el fin de armonizar las condiciones de contratación de las empresas estibadoras con el fin de reservar en exclusiva o limitar de manera injustificada en favor del personal de la SAGEP de Vigo la prestación de los servicios de (i) embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular y, (ii) de recepción y entrega de mercancías, desde la entrada en vigor de la Ley 33/2010 hasta 2016.»* Declara como responsables de dicha infracción a todas las empresas estibadoras que forman parte de la SAGEP, a la SAGEP misma y a las secciones sindicales de CCOO, UGT, CIG, CGT, CETM de la SAGEP de Vigo. También considera responsable a la propia Autoridad Portuaria de Vigo.

— El núcleo de la resolución se sustenta en haber mantenido en vigor un acuerdo laboral de 1996 que regulaba ámbitos de actuación que, desde 2010 y hasta 2016 no se encuadraban dentro de la actividad exclusiva de la estiba. Precisa que no cuestiona el acuerdo en sí, sino su aplicación y vigencia tras la aprobación en 2010 de la Ley 33/2010 que liberalizaba la carga y descarga de vehículos y la recepción y entrega de mercancías. Y entiende que ha perjudicado la libre competencia al renunciar —la SAGEP y las empresas que participan en su accionariado—a contratar trabajadores fuera de la plantilla de las SAGEP que pudieran resultar más baratos.

---

<sup>18</sup> Este hecho es absolutamente ajeno a las causas y los elementos que se analizan después en el expediente de la CNMC, pero ayuda a entender las motivaciones reales de la denuncia que inicia el expediente. Conviene señalar que la carga y descarga de contenedores (que es el contrato que pierde la AP de Vigo en favor de la de Marín) si está en los trabajos exclusivos de la estiba.

<sup>19</sup> Se puede consultar la resolución en <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc059616>.

- El instructor del expediente propuso el archivo del mismo, esencialmente por las siguientes causas:
  - El acuerdo de 1996 y posteriores no son acuerdos «inter-empresas» sino «intra-empresa»: es de la SAGEP (y sus accionistas) con su comité de empresa.
  - No se puede sancionar al comité de empresa, que es firmante de los acuerdos y el único que ha intervenido por la representación social en los mismos, al carecer de personalidad jurídica propia. Y no se ha acreditado en el expediente la participación de los sindicatos en las decisiones adoptadas por el comité de empresa.
  - Tampoco se puede sancionar, en opinión del instructor, a las empresas y a la SAGEP pues, en su caso, habrían resultado perjudicadas y no beneficiadas por el acuerdo.
- Pese a la opinión del instructor del expediente, la CNMC acordó la Resolución antes citada. Contra la misma se ha presentado impugnación ante la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional, pendiente de sentencia en el momento de redactar este artículo.
- La resolución contempla unas sanciones totales de 3.011.688€ a las empresas. En cuanto a los sindicatos, las sanciones totales ascienden a 431.000€. Los criterios para dichas sanciones obedecen, según explica la resolución (aunque no dice cómo se calculan) a los ingresos correspondientes de cada sindicato y al número de representantes elegidos en sus candidaturas para el comité de empresa. Pues bien, tanto CCOO como UGT resultan sancionados con 170.000€ cada uno habiendo tenido entre 3 y 4 representantes en el comité de empresa elegidos en sus candidaturas. La CETM resulta sancionada con 1.000€ habiendo tenido 3 personas elegidas en sus listas. CIG con 70.000€ habiendo tenido 1 representante y CGT con 20.000€ habiendo tenido entre 1 y 2 representantes.
- Dicha graduación se explica por el volumen de ingresos declarado. Pero para ello, a diferencia de los ingresos de las empresas para cuantificar las sanciones a las mismas, en donde solo se considera los ingresos procedentes de la actividad objeto de la sanción, no de todas las actividades de la empresa, en el caso de los sindicatos se consideran todos los ingresos (incluidos los procedentes de cuotas de las personas afiliadas, subvenciones finalistas con prohibición legal de darles otro destino, etc.) y de todo el sindicato correspondiente (pese a que el sancionado, supuestamente, es la sección sindical de la SAGEP de Vigo). Obviamente, eso perjudica a las organizaciones sindicales que operan en muchos sectores y de ámbito estatal. Por ilustrar lo anterior, a lo que volveremos en las conclusiones, en lo que toca a CCOO, el

conjunto de la actividad de estiba en todo el estado no alcanza el 0,1% de los ingresos totales de FSC CCOO (y los específicos de la sección sindical de la SAGEP de Vigo apenas alcanzan los 500€, todos ellos procedentes de las cuotas de afiliación).

- c) Algunos elementos destacables, a juicio de CCOO, sobre la resolución de la CNMC en este expediente.
- Los acuerdos, tanto el de 1996 como los complementarios de 2010 y 2013, los firma por la parte social el comité de empresa. No figuran en las actas ni en documento alguno la participación de los sindicatos ni de representante alguno (delegado sindical, asesor, etc.) de ninguno de los sindicatos. De hecho, no aparece ni siquiera la candidatura sindical de cada miembro del comité de empresa en ninguna de las actas<sup>20</sup>.
  - Argumenta la CNMC la participación de los sindicatos en los acuerdos en diversas cartas del presidente del Comité de Empresa solicitando que antes de adoptar diversas medidas se produzca un diálogo entre «Autoridad Portuaria, empresas, sindicatos y comité de empresa» y que, en una de ellas, cite los posibles incumplimientos al acuerdo de 2010 suscrito, según figura en la carta del citado presidente, por «sindicatos, comité de empresa, empresas estibadoras y navieras». Esta es la afirmación que lleva a la CNMC a considerar «responsables» a los sindicatos (curiosamente, no amplía el expediente a las navieras, pese a estar citadas al igual que los sindicatos como supuestos firmantes del acuerdo). Reitero que en ningún acta, ni reunión, ni acuerdo, aparece participación alguna de ninguno de los sindicatos ni directa ni indirecta. Y que el presidente del Comité de Empresa ni ostentaba entonces ni ahora cargo alguno ni en la sección sindical de su sindicato en la SAGEP de Vigo ni en ninguna otra estructura del sindicato por el que se presentó al comité de empresa, ni ostenta ni ha ostentado nunca poder, autorización ni nada para actuar en nombre del sindicato.
  - El núcleo de la actuación contraria a la competencia, según la resolución de la CNMC, afecta a la carga y descarga de vehículos a motor sin matricular. Conviene precisar que esta actividad, hasta la Ley 33/2010, estaba incluida en el servicio público de estiba. Entre ese año y el 2017 ha estado liberalizada, pasando nuevamente en ese año a estar en el ámbito del servicio público de la estiba tras la aprobación del Real Decreto Ley 8/2017.
  - La práctica «anticompetitiva» de aplicar a esta actividad el acuerdo de 1996 y siguientes se supone que ha encarecido el coste de la mano de

---

<sup>20</sup> En la documental del expediente aparece el acta mecanografiado de una de los acuerdos con indicación manuscrita de la candidatura por la que se presentaron a las elecciones sindicales al lado del nombre de cada integrante del comité de empresa. Consta también en el expediente completo la misma acta, pero ese sin manipular y sin indicación alguna de dichas candidaturas.

obra a las empresas que realizan el servicio y que se veían obligadas, en opinión de la CNMC, a contratar al personal de la SAGEP para dichas actividades. Pues bien, consta en el expediente administrativo que la CNMC, en la fase de instrucción, se dirigió a todas las empresas que realizaban tanto esa actividad como la otra liberalizada (recepción y entrega de mercancías) y consta la respuesta de todas ellas (las supuestas perjudicadas por la «obligatoriedad» de contratar la actividad con el personal de la SAGEP):

- En unos casos la respuesta es que no realizan dicha actividad.
  - En otras, que la realizan, pero con personal propio y no acuden a contratar el personal de la SAGEP.
  - En aquellas que total o parcialmente las realizan contratando con personal de la SAGEP indican que lo hacen así por resultarles más eficiente y económico<sup>21</sup>.
  - Ni una sola de las empresas «perjudicadas» dice haber tenido perjuicio alguno por la existencia y vigencia de los citados acuerdos.
- Como decíamos antes, en opinión de la CNMC la responsabilidad de los sindicatos está en no haber renovado o denunciado el acuerdo de 1996 cuando, a raíz, de las modificaciones operadas por la Ley 33/2007, parte de su contenido era contrario a la ley. Conviene reiterar, primero, que difícilmente los sindicatos pueden «renovar» o «denunciar» un acuerdo que no han firmado y del que no son parte. Y segundo, que nada en la norma laboral obliga a los firmantes a negociar un nuevo acuerdo, o a denunciar uno vigente, ante modificaciones de la ley que haga contrarios a la misma alguno de sus contenidos. En esas circunstancias lo que ocurre es, simplemente, que dicho acuerdo deviene en nulo e inaplicable en aquellos aspectos contrarios a la ley. Y prueba de ello es que, como se indicaba en el punto anterior, muchas de las empresas no lo aplicaban y, las que contrataban con personal de la SAGEP, lo hacían por considerarlo más eficiente y económico.
- La Resolución de la CNMC desliza algunas afirmaciones que, en nuestra opinión, son profundamente antisindicales y ponen en cuestión el ejercicio del derecho de huelga. Así afirma que *«las pruebas obrantes en el expediente muestran cómo el recurso a la huelga y a acciones per-*

---

<sup>21</sup> Para entender esto hay que tener en cuenta que la actividad liberalizada es solo el embarque o desembarque del vehículo y su traslado a la campa del puerto. Para poder hacer dicha actuación se precisa que se realice el trincaje o destrincaje del vehículo en el barco, tarea que necesariamente debe realizar un estibador. Además, en el caso de que participe personal de dos empresas —la que trinca o destrinca y la que va a mover el vehículo— es necesario la presencia de un recurso preventivo en aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales. Por último, el personal estibador conoce perfectamente las instalaciones portuarias y tarda menos, en opinión de las empresas que realizan dicha actividad, en llevar del barco a la campa o viceversa el vehículo. Todas estas razones explican que resulte más eficiente (y económico) hacerlo con el personal estibador.

*turbadoras del normal desarrollo de la actividad portuaria ha sido una constante por parte de los trabajadores de la SAGEP del Puerto de Vigo, con el fin de mantener unas prácticas contrarias a la normativa vigente y favorables a sus intereses» para a continuación afirmar que «Ello acredita la responsabilidad de los sindicatos por la presión ejercida en relación con la conducta imputada, forzando la adopción de acuerdos ilegales»<sup>22</sup>. Pues bien, en todo el expediente administrativo no aparece ni una sola huelga o perturbación ni convocada ni realizada, ni con ese objetivo ni con otros. La única referencia que aparece en el expediente es un escrito de la Autoridad Portuaria de Vigo donde dice que una de las empresas estibadoras le ha dicho que contrata el personal de la SAGEP en actividades liberalizadas por «(...) las presiones y exigencias que este colectivo ha venido ejerciendo, las cuales resultan por otra parte sobradamente conocidas». Por cierto, la empresa en cuestión ni alude ni hace referencia a dichas presiones en sus diversos escritos, y no aparece ni una sola referencia o prueba más en todo el expediente administrativo. Vamos, que la afirmación de un tercero que no ratifica el aludido basta para dar por acreditado el abuso del ejercicio del derecho de huelga por los sindicatos.*

### 3.2. Expediente S/DC/0619/17<sup>23</sup> Acuerdo Marco de la estiba

#### a) Antecedentes

- El 11 de diciembre de 2014 el TJUE dicta sentencia en el asunto C-576/13<sup>24</sup> por la que declara «...que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TFUE, al imponer a las empresas de otros Estados miembros que deseen desarrollar la actividad de manipulación de mercancías

<sup>22</sup> Ambas citas, de la página 55 de la resolución de la CNMC.

<sup>23</sup> Al no estar el asunto concluido, no son públicos ni el Pliego de Concreción de Hechos (Pliego de Cargos) ni la propuesta de Resolución, documentos que además están sujetos, total o parcialmente, al deber de confidencialidad previsto en el artículo 43 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Obviamente CCOO, y quien suscribe este artículo, si los conoce en virtud de ser parte del procedimiento. Lo único público en la web de la CNMC es la Cuestión Prejudicial que la CNMC ha dirigido al TJUE, que contiene una síntesis parcial de dichos documentos (puede consultarse en [https://www.cnmc.es/sites/default/files/2541615\\_59.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/2541615_59.pdf)). No obstante, diferentes medios de comunicación han publicado datos esenciales del procedimiento, como el Acuerdo de Incoación (puede consultarse íntegro en <https://www.elestrechodigital.com/2017/11/05/la-negociacion-la-estiba-grave-peligro/>). Igualmente los medios de comunicación se han hecho eco de importantes aspectos de la propuesta de Resolución, como las multas establecidas (<https://www.europapress.es/economia/noticia-estiba-afrenta-multa-millones-cnmc-acuerdo-reforma-gobierno-20181211183622.html#:~:text=La%20patronal%20y%20los%20sindicatos,para%20adecuarlo%20a%20las%20normas>). Para la redacción de este artículo resulta imposible sustraerse al conocimiento completo que su autor tiene del expediente, pero se tratará de obviar algunos de los detalles para no contravenir lo dispuesto en la norma de aplicación.

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de diciembre de 2014 — Comisión Europea/Reino de España (Asunto C-576/13). <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160562&doclang=ES>.

*en los puertos españoles de interés general tanto la obligación de inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios y, en su caso, de participar en el capital de ésta, por un lado, como la obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha Sociedad Anónima, y a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente, por otro lado.» Cabe destacar, por lo que luego veremos, que la condena al Reino de España se produce por vulnerar el principio de libertad de establecimiento, no otro (veremos que luego se usa la citada sentencia).*

- En España la adaptación de la legislación a dicha sentencia no se produce hasta la aprobación del *Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052)*.<sup>25</sup>
- El citado Real Decreto Ley establece la nueva regulación de la estiba, en la que desaparece la obligación de que las empresas estibadoras tomen participaciones accionariales en la SAGEP (que es lo único que reprochaba al régimen español la sentencia del TJUE). En esa nueva regulación remite a la negociación colectiva el establecimiento de los mecanismos que garanticen el empleo y la ocupación efectiva (mediante la peculiar técnica legislativa de incorporar como Anexo al RDL la propuesta del mediador, como punto de partida para la negociación colectiva y para el desarrollo reglamentario de la Ley). Incluye también la posibilidad de que, en el período transitorio, alguna de las empresas decida separarse del accionariado de la SAGEP.
- El 6 de julio de 2017, la patronal y los sindicatos alcanzan un acuerdo en el seno de la Comisión Negociadora del IV Acuerdo Marco de la estiba (vigente desde 2013) por el que se modifica el Acuerdo Marco para regular la subrogación parcial del personal adscrito a la SAGEP en aquellos caos en los que alguna empresa decida separarse de su accionariado. Dicho acuerdo es remitido a la autoridad laboral que, previo control de su legalidad, procede a su publicación en el BOE como parte del contenido del Acuerdo Marco<sup>26</sup>. En diciembre de 2017 se modifica puntualmente dicho acuerdo para concretar el papel de la Comisión Paritaria en los procedimientos de subrogación<sup>27</sup>, y en enero de 2018 se modifica nuevamente dicho acuerdo para clarificar el siste-

<sup>25</sup> [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-5270](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-5270).

<sup>26</sup> <https://www.boe.es/boe/dias/2017/07/18/pdfs/BOE-A-2017-8414.pdf>.

<sup>27</sup> <https://www.boe.es/boe/dias/2018/03/13/pdfs/BOE-A-2018-3505.pdf>.

ma de asignación de trabajadores afectados en los casos de aplicación de la subrogación parcial<sup>28</sup>. Ambos acuerdos son publicados en el BOE tras superar el correspondiente control de legalidad ejercido por la Dirección General de Empleo.

- El 13 de julio de 2017, tras la firma del primero de los acuerdos, la CNMC se dirige a la Dirección General de Empleo denunciando el acuerdo de la Comisión Negociadora e instando a su impugnación ante la jurisdicción social. La respuesta de la Dirección General de Empleo de 28 de julio es contundente:

*«Como saben, corresponde a esta Dirección General efectuar el preceptivo control previo de legalidad de todos los convenios y acuerdos colectivos de trabajo y sus modificaciones. En el presente caso, no hemos observado que la nueva disposición adicional introducida en el reiterado IV ASE<sup>29</sup> conculque la legalidad vigente ni lesione gravemente el interés de terceros.*

*El texto de la citada disposición adicional 7ª se corresponde con la regulación de un mecanismo de subrogación convencional, orientado al mantenimiento del empleo del personal de la estiba portuaria, en línea con el contenido de la Propuesta de mediación formulada en su día por el mediador designado por el gobierno y que éste asumió en su integridad desde el primer momento.*

*Es cierto que en este caso el mecanismo de subrogación convencional se aparta de lo que suele ser habitual en la regulación convencional sectorial, en la medida en que se afirma que «...se regirá, por analogía, por lo previsto en el artículo 44 del estatuto de los trabajadores para la sucesión de empresas»(sic), pero ni eso lo convierte, en sí mismo, en un supuesto legal de sucesión de empresas, definido en dicho precepto del estatuto de los trabajadores, ni encontramos en ello motivo suficiente para proceder a su impugnación de oficio ante la jurisdicción del orden social.*

*Desde el punto de vista de la vulneración de la competencia, debemos tener presente que este acuerdo de modificación se enmarca en la negociación de un convenio colectivo y que lo que persigue, mediante la subrogación, es regular un mecanismo de mantenimiento del empleo del personal de la estiba, que solo afecta a las empresas partícipes en la SAGEP y por tanto ya existentes en el mercado a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2017,*

---

<sup>28</sup> <https://www.boe.es/boe/dias/2018/03/13/pdfs/BOE-A-2018-3504.pdf>.

<sup>29</sup> Acuerdo Sectorial Estatal para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba, denominación oficial del Acuerdo Marco.

*de manera que difícilmente puede entenderse que sea restrictivo de la competencia o del libre establecimiento de terceras empresas, que era lo que fundamentalmente se protegía en la sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-576/13).*

*Tampoco podemos desconocer el criterio fijado, en un caso muy similar, por la Audiencia Nacional y contenido en la sentencia de 29.11.13 (Cont-Adm), que considera excluido del ámbito material de defensa de la competencia un Acuerdo sobre subrogación convencional suscrito en el seno de un proceso de negociación colectiva sectorial. En aquel caso se trataba del régimen de subrogación del personal perteneciente a empresas de seguridad privada.*

*Por lo demás, el preceptivo control de legalidad de los convenios colectivos de trabajo (al igual que el de sus modificaciones) solo puede efectuarse sobre los textos que originalmente forman parte del convenio o que se incorporen al mismo (como es el caso), sin que la autoridad laboral pueda extenderlo a otros extremos, como son los compromisos de las partes para abordar en una futura negociación otros aspectos....»*

- El 21 de julio de 2017 se comunica por la CNMC a las organizaciones que forman parte de la Comisión Negociadora del IV Acuerdo Marco la apertura de una información reservada al haber tenido conocimiento por la prensa de las negociaciones en curso<sup>30</sup>. En dicha comunicación, además de requerir la documentación oficial (actas y acuerdos adoptados) de dicha negociación, se requiere a que se aporten las propuestas debatidas así como el detalle de las propuestas que cada organización vaya a hacer en las futuras negociaciones sobre diversas materias relacionadas con la subrogación, la selección de personal estibador, la regulación para el personal no estibador, etc.
- El 3 de noviembre de 2017 la CNMC acuerda incoar expediente sancionador contra todas las organizaciones participantes en la Comisión Negociadora del IV Acuerdo Marco (firman o no firman el acuerdo de modificación de julio de 2017).
- El 13 de noviembre de 2018 se comunica por la CNMC propuesta de resolución sancionadora, propuesta que es elevada al Consejo de la CNMC el 5 de diciembre de 2018.
- El 29 de marzo de 2019 se aprueba el *Real Decreto-ley 9/2019, de 29 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*

---

<sup>30</sup> Al menos de la modificación parcial del IV Acuerdo Marco para regular la subrogación parcial, en lugar de acudir a la prensa bastaba con que hubieran leído el BOE de tres días antes, que publicaba los acuerdos.

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<sup>31</sup>. En dicha norma se adapta la ley de ETT a determinadas peculiaridades de los Centros Portuarios de Empleo (ETT especializadas creadas al amparo de la Ley 8/2017 que fija las nuevas condiciones de contratación de trabajadores en la estiba) y establece en su artículo 4 la capacidad específica de la negociación colectiva para poder establecer la subrogación en los casos de salida de alguna empresa o empresas de la SAGEP o disolución de la misma<sup>32</sup>:

*«Artículo 4. Estabilidad y calidad en el empleo.*

*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 prestándolo a la entrada en vigor del presente, en los supuestos previstos en los siguientes apartados.*

*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.*

*No obstante lo previsto en los apartados anteriores, en los casos en que conforme a la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, las SAGEP opten por transformarse en centros portuarios de empleo, el nuevo centro portuario se subrogará en la posición de empleador de los trabajadores de las SAGEP una vez consumada la sucesión de la*

---

<sup>31</sup> [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-4668](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-4668).

<sup>32</sup> En opinión de CCOO, dicha habilitación legal «ad hoc» es absolutamente innecesaria, pues la negociación colectiva tiene plena capacidad para pactar, por los sujetos legitimados para ello, dichos aspectos en el seno de los convenios colectivos.

*actividad relativa al empleo de trabajadores de la estiba portuaria para su puesta a disposición, de forma temporal, entre empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.»*

- El 12 de junio de 2019 el Consejo de la CNMC acuerda elevar diversas cuestiones prejudiciales al TJUE al entender que los acuerdos alcanzados en el seno de la comisión negociadora del IV Acuerdo Marco son contrarios a la libre competencia, y tener que aplicar una norma legal nacional (el RDL 9/2019) que los avala.<sup>33</sup> El contenido de las preguntas que la CNMC dirige al TJUE es el siguiente:

*¿Debe el artículo 101 del TFUE interpretarse de forma que se consideren prohibidos los acuerdos entre operadores y representantes de los trabajadores, incluso bajo la denominación de convenios colectivos, cuando determinan la subrogación de los trabajadores vinculados con la SAGEP por parte de las empresas que se separan de ella y el modo en que la citada subrogación se realiza?*

*En caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea positiva, ¿debe interpretarse el artículo 101 del TFUE en el sentido de que se opone a disposiciones del Derecho interno como las contenidas en el Real Decreto-ley 9/2019 en la medida en que ampara los convenios colectivos que imponen una determinada forma de subrogación de trabajadores que desborda las cuestiones laborales y genera una armonización de condiciones comerciales?*

*En caso de considerar que las citadas disposiciones legales resultan contrarias al Derecho de la Unión, ¿debe interpretarse la jurisprudencia de ese Tribunal sobre la primacía del Derecho de la UE y sus consecuencias, contenidas entre otras en las sentencias Simmenthal y Fratelli Costanzo, en el sentido de obligar a un organismo de Derecho Público como la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a dejar inaplicadas las disposiciones del derecho interno contrarias al artículo 101 del TFUE?*

*En el caso de que la respuesta a la primera pregunta sea afirmativa, ¿deben interpretarse el art. 101 TFUE y el Reglamento*

---

<sup>33</sup> Puede leerse íntegra la cuestión prejudicial en [https://www.cnmc.es/sites/default/files/2541615\\_59.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/2541615_59.pdf).

*(CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y la obligación de asegurar la efectividad de las normas de la UE, en el sentido de requerir de una autoridad administrativa como la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia la imposición de multas sancionadoras y multas coercitivas a las entidades que llevan a cabo comportamientos como los descritos?*

- Como se puede ver por el tenor de las cuestiones prejudiciales planteadas, la CNMC considera contraria a la libre competencia la subrogación parcial derivada de los acuerdos de modificación parcial del IV Acuerdo Marco, que impone a la empresa que decida abandonar el accionariado de la SAGEP la subrogación parcial de la media de trabajadores que viniera usando. Como se puede observar, un caso muy parecido al que ya analizamos anteriormente en el expediente S/0197/09 convenio de seguridad, cuya Resolución fue anulada por la sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional en aplicación de la doctrina derivada de la sentencia Albany. La CNMC olvida, en el planteamiento de la cuestión prejudicial —y en el resto del expediente—, citar dicho antecedente pese a su similitud.
- b) Algunos elementos destacables, a juicio de CCOO, sobre la posición de la CNMC en este expediente:
  - La CNMC inicia, esta vez sí, el procedimiento legal de impugnación de los acuerdos de modificación del IV Acuerdo Marco instando a la autoridad laboral a su impugnación ante la jurisdicción social. Tras la negativa, inicia una especie de investigación «prospectiva» donde solicita, no solo los acuerdos alcanzados, sino incluso las propuestas que, a futuro, vayan a hacer las partes en la mesa de negociación, hecho absolutamente inaudito.
  - El Real Decreto-ley 8/2017 establece, dentro del período transitorio, la posibilidad de que cualquier empresa con licencia para estiba se retire del accionariado de la SAGEP correspondiente (accionariado al que, en el régimen anterior, estaba obligada a pertenecer, causa esta de la sentencia del TJUE sancionando al Reino de España que obliga a modificar el régimen de trabajo en la estiba). En esos casos deberá subrogarse en el mismo porcentaje de trabajadores que tuviera en el accionariado<sup>34</sup>Solo una empresa en una de las SAGEP así lo ha solicitado y, por tanto, solo una empresa ha activado la aplicación de esa parte del IV Acuerdo Marco. El proceso de subrogación (número de

---

<sup>34</sup> A su vez, el porcentaje que debe tener en el accionariado, conforme al régimen anterior de la estiba, se corresponde con el porcentaje de cuota de mercado que tiene en el ámbito de actuación de la SAGEP que corresponda.

trabajadores, categorías, etc.) fue acordado con la empresa, que nunca impugnó los acuerdos al respecto de la Comisión Paritaria.

- La CNMC achaca a los acuerdos de subrogación en el caso de abandono del accionariado de la SAGEP el escaso «éxito» que ha tenido esa posibilidad que brindaba el RDL 8/2017. Y hace esa afirmación sin que conste en el expediente que haya consultado, no ya a todas las empresas que participan en la SAGEP, sino a ni una sola de ellas.
- La CNMC también limita las posibilidades de pactar la subrogación a los casos de subrogación legal o al supuesto de sucesión de plantillas en actividades desmaterializadas (que no deja de ser un caso peculiar de la subrogación legal). Y esta limitación le lleva a afirmar que dado que en el caso que nos ocupa no es ninguna de las dos cosas, el acuerdo excede el contenido y objeto propio de un convenio colectivo, por lo que es susceptible de infringir la libre competencia. Ignora completamente los supuestos de subrogación convencional, con amplísima tradición en la negociación colectiva española y aval expreso de la jurisprudencia nacional y europea (que, en los últimos tiempos, ha reforzado equiparándola prácticamente en derechos y obligaciones a la subrogación legal).
- Llega incluso a afirmar que el TJUE, en la sentencia de 11 de diciembre de 2014 que da origen al cambio en el modelo de gestión de la estiba en España, considera (así, en modo indicativo) que la cláusula de subrogación acordada mediante negociación colectiva (no se acuerda hasta casi tres años después) constituye una medida desproporcionada para el objetivo de garantía del empleo que pretende perseguir. Y llega a afirmar que el objetivo de la subrogación no es garantizar el empleo, sino mantener el status quo del personal estibador (sobran comentarios). Nuevamente ignora absolutamente su propio precedente de 2013 en el caso del convenio de seguridad privada.
- Los acuerdos de modificación parcial del IV Acuerdo Marco fueron suscritos por la patronal y por las representaciones en la comisión negociadora de los sindicatos CETM, UGT, CCOO y CIG. ELA y LAB, miembros también de la comisión negociadora, no suscribieron los citados acuerdos. Pues bien, en la propuesta de resolución también resultan responsables de la misma por haber asistido a parte de las reuniones de la comisión negociadora y, por tanto, ser concededores de la regulación que se pactaba, y no haberla denunciado ni haberse «distanziado públicamente» de la misma, alegando que no la habían suscrito por otras razones, no porque vulnerara la libre competencia. Toda una innovación en los principios del derecho sancionador.
- Algunas consideraciones merecen también las sanciones que contiene la propuesta de Resolución, que han sido ampliamente publicadas en

los medios de comunicación. Se establece una sanción de 6.190.000€, calculada en función de la facturación que suman las empresas asociadas a la misma. A la hora de calcular el importe de la sanción, explica que toma en consideración que si se aplicara el tipo sancionador al total de la facturación de empresas «multiproducto» podría resultar una sanción desproporcionada. Pues bien, igual consideración no merece el cálculo de la sanción de las organizaciones sindicales.

- En el caso de las organizaciones sindicales la sanción se establece en función del peso que tienen en la comisión negociadora (calculado por el número de miembros, no por lo que representan) y de sus ingresos. Aplica además a CETM, CCOO, UGT y CIG el agravante de reincidencia por el expediente de Vigo (que, recordemos, no es firme). Y sobre los ingresos de los sindicatos, calcula el conjunto de ingresos, no solo los «comerciales» (ingresos de asesorías jurídicas, etc.) sino también los que proceden de las cuotas de las personas afiliadas, las subvenciones finalistas, etc. Y, aunque todos ellos salvo CETM son «multiproducto», esto es, no son exclusivos de la estiba o de las actividades portuarias, no se aplica en su caso modulación alguna al hecho de que la estiba es solo una parte muy menor del conjunto de actividades de dichas organizaciones sindicales.
- La composición del banco social en la comisión negociadora es de 10 integrantes de CETM (el 77% del total) y 1 de CCOO, UGT, CIG, ELA y LAB (el 7,7% cada uno). Pues bien, las sanciones propuestas son de 4.000€ a CETM, 300.000€ a CCOO, 300.000€ a UGT, 200.000€ a CIG, 120.000€ a LAB, y 40.000€ a ELA.
- Para ver la proporción de dichas sanciones, baste algún dato en lo que hace referencia a CCOO:
  - La Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO engloba a las actividades de administraciones públicas (estatal, autonómica, local y justicia) los sectores del transporte por carretera y logística, aéreo y servicios turísticos, ferroviario y mar, el sector de telecomunicaciones, el sector postal, las empresas del ciclo integral del agua, los sectores de medios de comunicación, ocio, arte, cultura y deportes, el sector de acción e intervención social y la industria de las artes gráficas y el papel.
  - En el año 2017 (el que la CNMC considera para la sanción), el 89,1% de los ingresos de FSC CCOO proceden de las cuotas de las personas afiliadas y de los derechos sindicales. Un 8,8% de ingresos por prestación de servicios y un 2,1% son subvenciones finalistas (que no pueden destinarse a ningún otro fin). De todos esos ingresos, al sector del mar (que, además de la estiba engloba las autoridades portuarias, el resto de actividades portuarias, marina

mercante, pesca y acuicultura, etc.) supone el 2,6% de los ingresos del total de FSC CCOO. La estiba supone el 0,1% del total de ingresos de FSC CCOO.

- La sanción propuesta de 300.000 euros es casi cinco veces la que se plantea para la asociación patronal con relación al total de sus ingresos (Y FSC CCOO también es «multiproducto»). Supone el 22% del total de ingresos de FSC CCOO por prestación de servicios, casi el 75% del total de ingresos del sector del mar y el 2.635% de los ingresos totales de FSC CCOO provenientes del sector de la estiba.
- El 7,7% de la representación en la comisión negociadora conlleva algo más del 31% del total de las sanciones propuestas a las organizaciones sindicales. Para la CNMC, y en nuestra opinión muy probablemente ese sea el objetivo, sale rentable ser un sindicato gremial o corporativo.

### 3.3. Expediente S/DC/0605/17 Amarres Puerto de Algeciras

Dada la situación de este expediente, aun en tramitación y con solicitud de terminación convencional del mismo, solo vamos a dar algunas pinceladas sobre sus antecedentes y los elementos sujetos a valoración.

A finales de 2015 el Puerto de Algeciras acuerda sacar a licitación nuevas licencias para operar el servicio de amarre de buques de las instalaciones de dicha Autoridad Portuaria, servicio que hasta entonces venía operando una sola empresa, que aplica un convenio colectivo propio de la empresa. El sector del amarre tiene un convenio colectivo estatal (sustitución de la antigua ordenanza laboral) sin renovar desde 1996 (por falta de patronal legitimada para dicha negociación) y sin actualizar salarios desde esa fecha.

Ante dicha situación, se acuerda con la mediación del Servicio de Mediación de Andalucía (SERCLA) la constitución de una comisión negociadora con el objetivo de acordar medidas en pro del mantenimiento del empleo y fijar las condiciones laborales mínimas para el (nuevo) sector del amarre del Puerto de Algeciras. En dicha negociación participa, por la parte patronal, la Asociación de Empresas de Servicios de la Bahía de Algeciras (AESBA) y la Confederación de Empresarios de Cádiz (la CEOE provincial). Por la parte social participan CCOO, UGT y SAME, sindicatos con legitimación en el Puerto de Algeciras.

En junio de 2016 se alcanza un acuerdo en dicha negociación en el SERCLA, procediéndose a su registro y publicación por la autoridad laboral<sup>35</sup>. En

---

<sup>35</sup> [https://www.bopcadiz.es/export/sites/default/boletines\\_pdf/2016/08\\_agosto/BOP151\\_09-08-16.pdf#page=0](https://www.bopcadiz.es/export/sites/default/boletines_pdf/2016/08_agosto/BOP151_09-08-16.pdf#page=0).

dicho acuerdo, entre otros, se acuerdan los salarios mínimos y complementos para todo el sector y se establece un incentivo que solo será de aplicación cuando la empresa que deba abonarlo supere determinada cuota de mercado. Igualmente se crea una bolsa de empleo con los posibles excedentes que pudieran resultar por bajas no voluntarias en la única empresa que hasta entonces operaba, bolsa que tendrá preferencia en las nuevas contrataciones de las empresas que obtengan licencia para operar.

En la negociación participan directamente, como miembros de AESBA, tanto la empresa que hasta entonces tenía la única licencia como las empresa que habían optado a nuevas licencias (en la fecha de firma del acuerdo, el proceso de licitación estaba solo pendiente de adjudicación, pero con las peticiones de licencia ya realizadas).

En enero de 2017 Puertos del Estado procede a denunciar el acuerdo ante la CNMC que, en octubre de 2018 procede a incoar el correspondiente proceso sancionador.

La bolsa de trabajo nunca se llegó a activar porque, afortunadamente, no ha sido necesario. El acuerdo afectaba, en el momento de su firma, a un total de 58 trabajadores.

### **3.4. Valoración de CCOO sobre la actuación reciente de la CNMC en el ámbito del sector portuario**

En opinión de CCOO, estamos ante un ataque ordenado, sistemático y consciente de la CNMC a la libertad sindical (recordemos que la negociación colectiva forma parte de ella) y, además, ante un ataque deliberado al sindicalismo confederal y de clase para primar al sindicalismo corporativo. Como la afirmación es dura y, aunque ya se ha adelantado a lo largo del artículo en qué se fundamenta, voy a tratar de sistematizar las razones que nos llevan a hacer esa afirmación.

#### **a) Ataque a la libertad sindical**

Ya se ha señalado anteriormente que el derecho a la negociación colectiva forma parte del núcleo del derecho a la libertad sindical. Pues bien, se cuestiona la capacidad de la negociación colectiva para alcanzar acuerdos en materias tan básicas como la estabilidad en el empleo, la subrogación o la fijación de las condiciones salariales. Se llega a afirmar que acordar la subrogación por convenio colectivo en casos en los que no opera la subrogación legal (práctica que existe en cientos e convenios colectivos en España desde hace lustros) «desborda» lo que se puede pactar en un convenio colectivo.

Puede entenderse que es solo una diferencia de criterio, que ello no implica un ataque pues, al fin y al cabo, al final los órganos jurisdiccionales competentes decidirán sobre la materia, Pero nos olvidamos de que los pro-

cedimientos sancionadores de la CNMC son, al menos en el caso que nos ocupa, altamente disuasorios. Desde que se produjo la sanción por el caso de Vigo y se conoció la propuesta de resolución del caso del Acuerdo Marco de la estiba, la negociación colectiva en el sector portuario ha sufrido un parón casi absoluto. En las sanciones de la CNMC, primero se paga (o se avala) y luego se recurre. ¿Alguien piensa que es posible mantener la normalidad de la negociación colectiva cuando, por pactar materias tan básicas como la subrogación el importe de la multa puede colapsar las finanzas del sindicato? Y, en nuestra opinión, la ofensiva de la CNMC busca precisamente eso, «disuadir» a los interlocutores para tratar de sacar por esa vía lo que no pudieron sacar del poder legislativo hace años con la discusión del nuevo paquete liberalizador de las actividades portuarias (rechazado por el Parlamento Europeo tras una importante movilización sindical europea), ni en 2017 del legislativo español en la aplicación de la sentencia del TJUE (recordemos que el primer Real Decreto Ley de reforma de la estiba presentado en 2017 no fue convalidado por el congreso tras una importante movilización sindical).

Pero los expedientes incoados tienen otros ataques a la libertad sindical. Califica sistemáticamente de «coacciones» el ejercicio legítimo del derecho de huelga (al que acude para descalificar incluso cuando no se ha ejercido). Atribuye responsabilidades jurídicas a las organizaciones sindicales por actuaciones de los órganos unitarios de representación. Podríamos pensar que es simple ignorancia de la amplia y antigua jurisprudencia constitucional que los diferencia, pero tanta ignorancia, que llega al punto de sancionar a uno por los actos de otro, no cabe entenderla de un órgano tan importante como la CNMC si no hay alguna otra intención detrás.

Y esto se ve mucho más claro cuando se observa el sistema de cuantificación de las sanciones. En el caso de las empresas, y tiene una lógica aplastante, se acude a «separar» los ingresos del ámbito o actividad objeto de la conducta sancionada del resto de ingresos de la empresa. Y la sanción se calcula partiendo de aquella. En el caso de las organizaciones sindicales no:

- La sanción se establece sobre el total de ingresos aunque sea de otras actividades. Y además ignorando completamente que, en cuanto a estructura de ingresos, una organización sindical no es una empresa. Para la liquidación del Impuesto de Sociedades, obviamente las cuotas que pagan las personas afiliadas no tributan. Tampoco las subvenciones finalistas, que no pueden dedicarse ni en un céntimo a un fin distinto al fin para el que han sido concedidas. Ni los ingresos por derechos sindicales, que son los que se abonan en la empresa o administración para los gastos de la acción sindical en la misma empresa o administración. Solo los ingresos por prestación de servicios (asesorías jurídicas, venta de material, ediciones de publicaciones, cursos no financiados, etc.) tributan. Pues bien, para la CNMC todo eso computa.

- Además, se consideran el total de ingresos de todos los sectores, no solo del sector afectado. En el caso de CCOO, la negociación colectiva del sector de la estiba, sector que supone menos del 0,1% de nuestros ingresos, nos ha «costado» solo en multas depositadas o avaladas y en consignaciones presupuestarias cerca de 500.000 euros. Dinero que no podemos estar dedicando a la acción sindical en este y otros sectores. Y a un ritmo que, obviamente, no podemos financieramente resistir. Con los ingresos propios de la estiba tardaríamos algo más de 45 años en pagarlo, intereses aparte. Alguien puede pensar que lo que se pretende es coartar y limitar la acción reivindicativa en este sector, y aviso a navegantes para quien se atreva a hacer frente al liberalismo sin límites: nosotros lo pensamos.

Pero además este sistema pretende también atacar en lo concreto al sindicalismo confederal y de clase. Siendo, en nuestra opinión, absolutamente injustificadas la sanciones a todos los sindicatos, resulta curioso que a CETM, quien tiene en la estiba el 85,5% de representación (77% si se consideran por número de miembros en la mesa) tenga 75 veces menos sanción que CCOO, que representa el 4,5% de la estiba (el 7,7% si es por número de miembros). Y alcanza el surrealismo completo si observamos que se sanciona a sindicatos por acuerdos que no han firmado. Esto es así porque el sistema sancionador que aplica «beneficia» claramente al sindicalismo gremial y corporativo, que solo opera en un ámbito y que obviamente tiene su volumen de ingresos sujetos a dicho ámbito. Y tampoco desde CCOO creemos que estos sea casualidad: los defensores a ultranza del liberalismo contra todo y contra todos saben que, más allá de la fuerza que el sindicalismo corporativo tenga en un ámbito concreto, es el sindicalismo confederal de clase quien está haciendo de freno, quien logró, la década pasada, tumbar por ejemplo en Europa el nuevo paquete de liberalización de las actividades portuarias.

#### b) No todo vale para sancionar

En los procedimientos abiertos por la CNMC en el sector portuario, tenemos la sensación de que el fin último es sancionar (disuadir), y para ello valen todos los medios, incluidos los atajos que salven obstáculos incómodos aunque esos obstáculos sean parte de las normas y leyes de las que nos hemos dotado.

En unas ocasiones, se inicia con una investigación prospectiva (caso Acuerdo Marco estiba) que, cuando se cree encontrar el caso (separación de una empresa de la SAGEP) ya motiva la construcción de todo el expediente. En otras ocasiones se acude a los cauces establecidos en la norma vigente (por ejemplo, cuando se solicita de la autoridad laboral que lleve a la jurisdicción social la posible nulidad de un acuerdo) pero, cuando ese cauce no sire al fin buscado, se «obvia» la competencia exclusiva de la jurisdicción social, a la que se orilla. Por cierto, sobre esta cuestión puede darse una situación un

tanto surrealista: que la CNMC considere que un convenio colectivo vulnera la libre competencia, sancione por ello (y se siga sancionando por no cesar en el incumplimiento) y sin embargo el convenio colectivo siga estando en vigor y sea, por fuerza de la ley, de obligado cumplimiento. Como decía el cantor, *«me matan si no trabajo, y si trabajo me matan»*.

Hay muchas otras muestras, algunas más sibilinas, de esa búsqueda de atajos: por ejemplo, se explica sistemáticamente cómo el TJUE ya ha sentenciado que el sistema laboral de la estiba es contrario al derecho europeo por vulnerar la libre competencia cuando la sentencia del TJUE en la que cuestiona el marco que existía en España en el sector de la estiba lo que dice es que vulnera la libertad de establecimiento. Incluso llega más allá e imputa a la sentencia del TJUE de 2014 haber declarado contraria a la libre competencia la subrogación en el sector de la estiba en España, cuando ni existía subrogación hasta 2017 ni, obviamente, el TJUE hace de futurólogo. Igual ocurre con el uso sistemático de los presentes asuntos como continuidad del asunto sancionado por la extinta CNC en la estiba pese a las evidentes diferencias, en la forma de los acuerdos y en las materias tratadas, de los actuales casos con expediente incoado o resuelto.

Quizá el caso más claro, por sistemático, es cómo siempre que tiene que acudir a explicar la doctrina contenida en la Sentencia Albany acude no al texto de la sentencia sino al informe del Abogado General previo a que el TJUE dictara la sentencia: y en los párrafos a los que acude del informe del Abogado General no son casuales: son precisamente aquellos que presentan sutiles pero no menores matices (más limitativos de la negociación colectiva) que los que luego redacta y fija el tribunal en el texto de la sentencia. Y a estas alturas las casualidades no existen.

## 5. REFLEXIONES FINALES

Se nos invitaba en estas jornadas no solo a que contáramos nuestra experiencia y valoración sobre la relación entre la negociación colectiva y el derecho de competencia, sino a buscar además puntos de diálogo y encuentro entre dos «mundos» que chocan. Y CCOO comparte que sería necesario buscar esos puntos de diálogo. Por ello este artículo acaba con algunas reflexiones de cómo se puede aproximar ese diálogo.

El punto de partida no puede ser otro que el reconocimiento del derecho fundamental a la libertad sindical, y a la negociación colectiva como parte indisoluble del mismo. Un convenio colectivo no es un negocio entre particulares. El ejercicio de la autonomía de las partes para la fijación de las condiciones y las reglas en las que se desarrolla el trabajo no es un contrato más. Es uno de los ejes centrales de una democracia. Y el trabajo no es solo un gasto en la producción de bienes y servicios: son personas, es la sociedad. Sin trabajo con derechos, de calidad, no sé si hay economía, pero seguro que lo que no hay es sociedad digna.

La negociación colectiva además aporta eficiencia y cohesión que el libre mercado salvaje y sin reglas no puede aportar. Si tan preocupados están quienes velan por la ortodoxia sin trampas en la libre competencia, me atrevo a sugerirle algunos ámbitos de actuación, relacionados todos ellos con el mundo del trabajo y la negociación colectiva, donde actuar y donde nos van a tener de aliados:

- Atacando la prioridad aplicativa del conveio de empresa frente al sectorial, que sirve solo para que se busque el artificio en la negociación colectiva para competir a la baja y de manera desleal con las empresas que si cumplen con el marco sectorial que se ha acordado. Y que invita a que las estrategias empresariales no apuesten por la innovación o la eficiencia, sino por la mera especulación en el corto plazo.
- Persiguiendo que la contratación pública deje de ser un proceso de mera subasta en el precio aunque sea a costa de vulnerar por la vía de los hechos consumados los marcos comunes de los convenios colectivos.
- Haciendo frente a la elusión de responsabilidad empresarial que supone la llamada «economía de plataformas» y la utilización de falsos autónomos bajo el control, dirección y organización de la empresa dueña de la plataforma.
- La transferencia del riesgo empresarial al más débil (la contrata o subcontrata) que supone el uso y abuso de la actual regulación en materia de contrata y subcontratas.
- En definitiva, algún día los defensores de la libre competencia y del libre mercado podrían atacar la precarización en el empleo, en sus diferentes fórmulas, como una manera constante de hacer trampas en el mercado, como la fórmula que usan los incumplidores para hacer competencia desleal a quien cumple.

Y una reflexión final: la Unión Europea no es solo un mercado de bienes y servicios: también son derechos y libertades laborales y sociales. Y la CNMC a la hora de cumplir el papel que tiene encomendado no puede ignorar de manera sistemática el derecho del trabajo y el conjunto de derechos sociales. El modelo europeo es, y muchos defendemos que lo siga siendo, también un modelo social.



## 1. NORMATIVA DE APLICACIÓN

La política de la competencia constituye uno de los ejes organizadores de la Unión Europea y parte nuclear de su constitución económica. La creación de un mercado único europeo que funcione eficientemente como consecuencia de la preservación en el mismo de un nivel de competencia suficiente para asegurar la adecuada distribución de bienes y servicios y el desarrollo tecnológico en beneficio del consumidor europeo proporcionándole bienes y servicios en mejores condiciones y a precios más bajos, constituye una de las metas fundacionales de las distintas comunidades europeas que confluyeron en la actual Unión Europea. Reflejo de lo dicho es que los sucesivos tratados que han dado base legal a la Unión Europea han incluido entre sus disposiciones normas relativas a la competencia: en la actualidad los artículos 101 a 109 del Tratado sobre Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

A dichas disposiciones se une un conjunto de reglamentos de aplicación directa en materia de competencia, en particular en materia de concentraciones y ayudas públicas, entre ellos los reglamentos de exención por categorías, que constituye el derecho derivado de la competencia. Junto a ello, la Comisión publica Directrices a través de las correspondientes comunicaciones que reflejan su posición interpretativa respecto a los textos normativos comunitarios y su aplicación con carácter de *soft law*. La relevancia de estos textos es mucho mayor que la que les confiere su fuerza jurídica ya que, en muchas ocasiones, son utilizadas por las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales, así como por los propios operadores como guía de conducta.

En España, el derecho de la competencia se enmarca constitucionalmente en el artículo 38 de la Constitución Española (CE). Como indicó la STC 225/1993 de 8 julio, la libertad de empresa tiene una doble dimensión: junto a su dimensión subjetiva, libertad subjetiva del empresario de ejercer actividades económicas para el mercado en el marco del respeto al ordenamiento

jurídico, tiene otra objetiva e institucional: mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado en beneficio de los consumidores y de la economía en general. Es esta segunda faceta, la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) constituye el núcleo central de la normativa española en la materia, complementado por la normativa reglamentaria nacional y por las previsiones autonómicas respecto al ejercicio de las propias competencias.

## 2. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y ESPAÑOLA

En los conflictos que han surgido entre la negociación colectiva y el derecho de la competencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha inclinado por solucionar este tipo de fricciones a través de una fórmula en la que tanto el derecho de la competencia como la negociación colectiva se encuentran en igualdad de condiciones, sin que una prime respecto de la otra.

En este sentido, el TJUE considera, en esencia, que sólo aquellas disposiciones contenidas en los convenios colectivos y que tengan por finalidad regular y/o mejorar las condiciones de empleo y de trabajo están excluidos del ámbito de aplicación del artículo 101 del Tratado sobre Funcionamiento de la Unión Europea y, consecuentemente, gozarán de inmunidad frente a las disposiciones comunitarias que regulan la competencia, es decir, no le resultarán de aplicación las limitaciones impuestas por el derecho de la competencia (Doctrina Albany).

En resumen, para que la excepción a la aplicación de las normas de libre competencia pueda operar, es necesario que concurren dos requisitos en el acuerdo:

- a) su naturaleza, esto es, que ha de tener forma de convenio colectivo y haberse celebrado en el seno de una negociación entre empresarios y trabajadores,
- b) y el objeto, que debe versar sobre las condiciones de trabajo de los trabajadores.

Si bien el TJUE no explica lo que debe entenderse por «condiciones de empleo y trabajo», creemos conveniente efectuar una interpretación amplia y no restrictiva de ello, por cuanto el objetivo primordial de la negociación colectiva, instrumentalizada a través de los convenios colectivos, es fundamentalmente la regulación de las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores, mejorando de tal modo el marco legal aplicable. En todo caso, y siguiendo una interpretación amplia protectora del derecho del trabajo y específicamente, de los objetivos de política social que persiguen los convenios colectivos, consideramos que sólo deberían excluirse de la inmunidad citada

aquellas disposiciones convencionales que excedan, propiamente, del núcleo duro de la negociación colectiva.

En cuanto a nuestro país, de las experiencias que hemos tenido hasta ahora se pueden extraer dos principios que fijan los límites de la actuación sindical en relación a la normativa de defensa de la competencia:

1. Como regla general, las actividades sindicales quedan fuera del ámbito de la normativa de la competencia. En particular, son ajenas a la Ley de Defensa de la Competencia las relaciones entre una empresa y los sindicatos de trabajadores de dicha empresa, los acuerdos entre sindicatos y actuaciones derivadas de dichos acuerdos, así como los convenios colectivos entre empresas y sindicatos o representantes legales de los trabajadores que se limitan a regular condiciones laborales.

Así lo han ido refrendando diferentes sentencias en nuestros tribunales y lo han hecho en múltiples materias: subrogación convencional; horarios comerciales; restricciones de acceso al mercado; ámbito de aplicación del convenio colectivo y barreras de mercado, etc.

2. Sin embargo, cuando uno o más sindicatos participan en un acuerdo con una o varias empresas o asociaciones de empresas, para limitar la competencia en el mercado entre estas empresas o cuando los acuerdos firmados afectan a terceras empresas, los sindicatos actúan como operadores económicos sujetos a la normativa de defensa de la competencia de la misma forma que las empresas o asociaciones de empresas participantes en el acuerdo.

En estos casos, si se acredita que los convenios colectivos han lesionado la libre competencia, por incumplir la Ley de Defensa de la Competencia, se podría determinar la nulidad de los preceptos convencionales en el orden social.

### 3. NUESTRA EXPERIENCIA

Nos parece interesante citar algunas materias en las que han surgido conflictos y donde las sentencias han ido marcando el camino de lo que se consideran condiciones de empleo y trabajo y que quedan, por tanto, fuera del ámbito del derecho de la competencia.

#### a) Tratamiento de la subrogación convencional

Las cláusulas que obligan a la subrogación del personal que aparecen en determinados convenios colectivos tienen por objeto la preservación del empleo en los sectores concernidos y no contravienen el derecho de la competencia ya que están amparadas en la propia normativa laboral. Así, la Ley del Estatuto de los Trabajadores recoge esta figura de forma expresa en su artículo 44.

- En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2013 anuló la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de marzo de 2012 y que en su día declaró que el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008 infringía el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. El convenio establecía un mecanismo de «subrogación de servicios» que tenía por finalidad garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores de este sector.

Los razonamientos jurídicos más importantes de la Sentencia de la Audiencia Nacional, que se sustentan en la doctrina Albany, son los siguientes: una cláusula sobre estabilidad en el empleo de los trabajadores por cuenta ajena versa directamente sobre condiciones laborales, motivo por el cual no le resultan de aplicación las normas sobre libre competencia y, consecuentemente, se encuentra excluido del control de la Comisión Nacional de la Competencia.

- Más recientemente, la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 86/2019 de 1 de julio de 2019, resolvió un asunto sobre impugnación del Título IV del Acuerdo marco estatal sobre materias del transporte de viajeros por carretera, mediante vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas, incluido el conductor, dedicado a la sucesión convencional y subrogación, por vulneración, entre otros de la Ley de Defensa de la Competencia.

La asociación demandante, ASETRADIS, alegaba que dichos preceptos no tenían un efecto de mejorar las condiciones de empleo y de trabajo de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación sino que constituía una práctica concertada con un alcance colusorio de defensa de una posición de dominio del titular de la concesión de la gestión de un servicio público de transporte público regular y permanente de viajeros por carretera de uso general en los procedimientos de adjudicación de la titularidad de la concesión a la extinción de la que ostenta aquel.

No obstante, la Sentencia establece que de dichos preceptos no puede decirse que constituyen una actuación torticera o de mala fe, sino que responde a un propósito razonable, bastante habitual, en la regulación de los convenios colectivos de regular la situación de los contratos de trabajo de los empleados de empresas concesionarias/prestatarias salientes adscritos a este tipo de transporte de viajeros que finalicen por transcurso de su plazo de otorgamiento, o por cualquier otra causa, y sean objeto de un nuevo procedimiento de selección de un nuevo prestatario del servicio (empresa entrante), manteniendo las condiciones que regían anteriormente.

El Título IV se limita a regular, por tanto, en la negociación colectiva, aspectos puramente laborales en materia de efectos sobre los contratos

de trabajo, en los supuestos de sucesión convencional y subrogación empresarial en los supuestos de sucesión de empresas, en la prestación de servicios de transporte de viajeros regulares y permanentes, por finalización del plazo de otorgamiento o por cualquier otra causa y sean objeto de un nuevo procedimiento de selección de un nuevo prestatario del servicio sin que las previsiones de subrogación previstas en el convenio impugnado sean ilegales.

También es importante destacar que, tanto la jurisdicción social como la contenciosa administrativa se han puesto de acuerdo en esta materia.

Sin embargo, hemos asistido a la polémica con la cláusula de subrogación del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria.

Tras el RDL 8/2017<sup>1</sup> —así como el previo proceso de mediación impuesto por el Gobierno, cuya propuesta formaba parte del mismo y en el que se recogía como una de sus partes la adopción de medidas para la estabilidad y mantenimiento en el empleo— las partes acordaron una cláusula de subrogación para los casos de extinción de las sociedades anónimas de gestión de trabajadores portuarios (SAGEP) o separación de alguno de sus socios.

Pero la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia (CNMC) vino a cuestionar la legalidad, desde el punto de vista del derecho de la competencia, de dicha cláusula subrogatoria —en parte, por indicación de una serie de ex miembros de la patronal firmante de la misma (ANESCO)-.

Dicho organismo, en resumen, entiende que la cláusula en cuestión no tiene amparo legal ni en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, así como tampoco en la Directiva comunitaria, no siendo contenido propio de la negociación colectiva, sino que busca la restricción a la libre competencia.

El pasado 30 de marzo se publicó un nuevo RDL (RDL 9/2019)<sup>2</sup>, en el cual expresamente se habilita a que en el seno de la negociación colectiva y mientras dure el periodo transitorio de conversión<sup>3</sup> de las SAGEP a Centros Portuarios de Empleo (ETT especializadas) puedan establecerse cláusulas de subrogación (art. 4).

Por su parte, la CNMC planteó en junio una cuestión prejudicial al TJUE sobre el Acuerdo Marco de la Estiba.

---

<sup>1</sup> Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052) (BOE 13.05.2017).

<sup>2</sup> Real Decreto-ley 9/2019, de 29 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 (BOE 30.03.2019).

<sup>3</sup> Hasta el 14 de mayo de 2020.

## b) Horarios comerciales

Es indiscutible que la materia del tiempo de trabajo es propia de los convenios colectivos, dado que las estipulaciones cuentan con cobertura legal en los artículos 34 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores y que las dificultades que sus cláusulas supongan para la organización de la producción o de la oferta de servicios no pueden, como regla general, considerarse sujetas a la valoración de la Ley de Defensa de la Competencia.

La jurisprudencia comunitaria ha admitido que las restricciones a la libertad de apertura son conformes con las libertades económicas fundamentales.

Y se admite, por otro lado, que la legislación de horarios comerciales no tiene únicamente la finalidad de garantizar la libre decisión empresarial, sino que responde también a la necesidad de proteger los intereses de sectores más débiles (como las pequeñas y medianas empresas), sin que ello se considere contrario a nada.

### *Ejemplo:*

*La Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León,*

*Burgos, de fecha 3 de Noviembre de 2004, cuyo criterio ha sido aplicado por el mismo en sus Sentencias de 8 de Febrero de 2007 y 23 de Noviembre de 2007, analiza la licitud del artículo 14 del Convenio Colectivo de Trabajo para el Sector del Comercio del Mueble de la Provincia de Burgos para los años 2002 a 2005 que, de forma excepcional, prevé y regula la posibilidad de que por necesidades del mercado o empresariales las mercantiles del sector tuvieran que abrir los sábados por la tarde, incluida la regulación de una distribución del trabajo voluntario realizado los sábados por la tarde dentro de la jornada establecida en la empresa y de un complemento de sábados tarde, entre otros. A estos efectos, la Empresa Muebles Moral Cayuela, S.A. solicita se declare que el artículo 14 citado no es aplicable a sus centros de trabajo por constituir consciente o inconscientemente un pacto restrictivo de la libre competencia.*

*El Tribunal de Justicia de Castilla y León considera que el artículo 14 no vulnera las normas de la competencia, sobre la base de los siguientes fundamentos jurídicos:*

*El artículo 14 reconoce unos derechos a los trabajadores en relación a la jornada máxima legal, determinando el número de horas de trabajo efectivo para cada año previsto en el mismo, añadiéndose que se cerrará los sábados por la tarde y para los supuestos en que tuviera que abrirse los sábados por la tarde se fijan unos requisitos a contemplar.*

*El Tribunal considera que los derechos reconocidos en la disposición convencional citada deben ser respetados por el horario que libremente fije*

*el titular del establecimiento, pero siempre dentro de los límites legalmente establecidos y, dado que el Convenio Colectivo no sólo ostenta un valor normativo al haber quedado incluido en el sistema de fuentes del Derecho sino que además resulta obligatorio para todas las empresas cuyos centros de trabajo radiquen en Burgos capital, la empresa demandante queda obligada a lo establecido en el Convenio y debe respetar los derechos en él reconocidos a los trabajadores, lo que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 34 y 85 del Estatuto de los Trabajadores lleva a la conclusión de que la aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 del Convenio no produce vulneración alguna ni supone un pacto restrictivo de la libre competencia.*

*A estos efectos, resulta de interés citar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de Junio de 2003 que, en materia del régimen de horarios, establece que el artículo 38 de la Constitución Española no genera otra exigencia que la de que el mismo permita el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial, sin limitaciones irracionales, desproporcionadas o arbitrarias que puedan impedir o menoscabar gravemente el ejercicio de dicha actividad, siendo que «una vez respetada esta exigencia, corresponde al ámbito de la libre configuración legal el optar por un régimen limitativo de los horarios comerciales o, por el contrario, de libertad de horarios, pues dichos regímenes no forman parte del contenido de la libertad garantizada por el artículo 38 CE». La Sentencia del Tribunal Constitucional no reconoce dentro del alcance de la libertad de empresa -cuya dimensión incluye también la libre competencia- la regulación de los horarios comerciales, motivo por el cual el Tribunal Superior de Justicia considera que la regulación convencional de los horarios convencionales, mediante el artículo 14 del convenio colectivo en cuestión, no sólo no constituye pacto restrictivo de la libre competencia sino que es válido porque no se regula una materia excluida de la negociación colectiva.*

### c) Restricciones de acceso al mercado

En la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2013 se analiza la validez de una disposición convencional contenida en el V CC General del Sector de la Construcción que regula de una forma más restrictiva el acceso a la homologación facilitada por la Fundación Laboral de la Construcción. En este contexto, la Sala señala: *La doctrina Albany considera que lo establecido en un acuerdo o en convenio colectivo no lesiona la competencia, siempre que el objeto del pacto sea mejorar las condiciones de empleo y trabajo de los trabajadores. Aplicando dicha doctrina, la Audiencia Nacional considera que deben admitirse las restricciones del mercado que puedan derivarse de la negociación colectiva siempre que se encuentren ligadas a los intereses y finalidades esenciales de las representaciones sindicales —intimacy test—.*

Y, en este sentido, la Sala considera que la disposición convencional en cuestión se mueve dentro de la naturaleza y finalidad que le son pro-

pios —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 puede afirmar que se está ante una lesión de la competencia. Es decir, el pacto alcanzado se mueve dentro de los límites del test Albany, pues el acuerdo se alcanza dentro de los límites permitidos por ley y de acuerdo con su finalidad de defensa de los intereses de los trabajadores, estando consecuentemente los negociadores colectivos 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.

A mayor abundamiento, la Sentencia precisa que si bien la parte demandante considera que la disposición convencional impugnada tiene por finalidad real expulsar del mercado a determinadas empresas en favor de otras, lo que, se constituiría una conducta colusoria (*“acuerdo ... que tenga como objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional»*), no se ha acreditado en tales actuaciones que esa haya sido la intención real de los negociadores del convenio.

Consecuentemente, si bien se regula de forma más restrictiva el acceso a la homologación de la formación preventiva, no se está ante una lesión de la competencia porque el pacto se alcanza de acuerdo con la finalidad de mejora de las condiciones de seguridad en el trabajo y se mueve dentro de los límites del Test Albany, sin que exista a mayor abundamiento una conducta colusoria.

Por el contrario, también hemos tenido pronunciamientos que han considerado que determinadas cláusulas convencionales estaban vulnerando la libre competencia.

Tal es el caso de las cláusulas de repercusión en precios del coste del convenio. Nos estamos refiriendo a convenios colectivos que fijan los precios a los que las empresas pueden ofrecer sus servicios en el mercado, tratando de garantizar la igualdad entre los competidores ante la subida de costes derivados del convenio.

El extinto Tribunal de Defensa de la Competencia trató por primera vez, mediante Resolución de 29 de enero de 2007, el análisis sobre la validez de una disposición contenida en un convenio colectivo sectorial de ayuda a domicilio de Cantabria que, al fijar el precio mínimo y obligatorio al que las empresas del sector debían ofertar sus servicios, distaba mucho del núcleo duro de la negociación colectiva en cuanto a regulación de condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores, al tener como fin la regulación del beneficio empresarial y eliminar la competencia en precios en el mercado de ayuda a domicilio.

El criterio contenido en dicha Resolución, que consideraba tal disposición convencional como constitutiva de una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, fue aplicado también por la Comisión Nacional de la Competencia en su Resolución de 16 de marzo de 2007 sobre el convenio del sector de contact center, en su Resolución de 17 de marzo de 2007 sobre el convenio colectivo aplicable a empresas de seguridad y en su Resolución de 24 de septiembre de 2009 sobre el convenio de las empresas estibadoras.

Los fundamentos jurídicos contenidos en las resoluciones citadas se resumen de la siguiente forma:

Un convenio colectivo, entendido como un acuerdo entre empresas, no puede regular cualquier materia, ya que su ámbito se circunscribe a las condiciones de empleo y a las relaciones de los trabajadores con los empresarios.

Sin embargo, si un convenio colectivo se aparta de dicho núcleo central de la negociación colectiva (a modo de ejemplo, cuando una disposición convencional establece los precios de los servicios y ofertas comerciales que las empresas deben aplicar a sus clientes), las normas de la competencia le resultarán de aplicación.

Con estas resoluciones, la CNC ha efectuado una triple operación: en primer lugar, ha considerado a los sindicatos como agentes económicos dentro del ámbito subjetivo de aplicación del derecho de la competencia; en segundo lugar, la CNC ha considerado un convenio colectivo como un acuerdo entre empresas; y en tercer lugar, ha realizado un control de legalidad de los convenios cuestionados, control que estaba reservado al orden jurisdiccional social, mandando a las partes negociadoras a variar el contenido de los convenios. Además, no se ha considerado la posible aplicación de la doctrina Albany.

Por otra parte, cabe destacar la Resolución de 24 de septiembre de 2009 en la que la CNC sancionó a una organización empresarial (ANESCO) y a tres sindicatos (CETM, CIG y LAB) por firmar un convenio colectivo de ámbito nacional en el sector de la estiba portuaria, que excedía el marco de relación laboral de empresarios y trabajadores, afectando de forma directa a las relaciones de otros empresarios con sus trabajadores, a los competidores de las empresas de estiba en la realización de los denominados servicios complementarios y finalmente a otros clientes portuarios.

En particular, la CNC consideró acreditada «una infracción del artículo 1 de la LDC del artículo 81 del Tratado CE, llevada a cabo por ANESCO, CETM, CIG y LAB, mediante la firma y puesta en funcionamiento del IV Acuerdo para la regulación de las Relaciones Laborales del Sector de la Estiba Portuaria que contiene disposiciones por las cuales extiende su aplicación a empresas terceras, impidiéndoles o dificultándoles el acceso al mercado de los servicios complementarios en los puertos».

Si un acuerdo entre empresas restringe su comportamiento competitivo en el mercado y es contrario a la LDC, no deja de serlo porque uno o más sindicatos participen en él y adopte la forma de un convenio colectivo, ya que tanto las empresas como los sindicatos pueden ser sancionados por ello.

Más explícitamente, la Audiencia Nacional en su Sentencia de 4 de mayo de 2010 por la que confirma esta resolución de la CNC, en relación al papel que juega la autoridad de competencia expresa lo siguiente *«La CNC es competente para controlar la legalidad de acuerdos entre operadores económicos en el ámbito de las competencias atribuidas por la Ley 15/2007, y en este litigio no se está controlando la legalidad de un convenio colectivo, control que corresponde al ámbito jurisdiccional del orden social, sino las cláusulas de un Acuerdo que al menos en una serie de artículos no cumple los requisitos legales para ser jurídicamente considerado un convenio colectivo, y así lo ha declarado la jurisdicción competente»*.

#### 4. CONCLUSIONES

Tanto la doctrina comunitaria como los pronunciamientos de nuestros tribunales no dejan lugar a dudas: las cláusulas de los convenios colectivos que tengan por finalidad regular y/o mejorar las condiciones de empleo y trabajo de los trabajadores están excluidas del ámbito de aplicación del derecho de la competencia.

No obstante, en varias ocasiones, la Comisión Nacional de la Competencia ha conocido de posibles vulneraciones de la Ley de Defensa de la Competencia protagonizadas por convenios colectivos.

Y no deja de sorprendernos la admisión de la posibilidad de que los convenios colectivos puedan ser objeto de control administrativo por las autoridades de defensa de la competencia<sup>4</sup>.

De algún modo ello supone poner bajo el control de entes administrativos el ejercicio que las organizaciones empresariales y sindicales hacen de su libertad de acción amparada constitucionalmente, en contra de los principios que parecen desprenderse del Estatuto de los Trabajadores.

Se está generando, por tanto, una auténtica intromisión de la autoridad administrativa en la negociación colectiva, distorsionando y compeliendo los derechos constitucionales de los agentes sociales.

---

<sup>4</sup> El art.5. 4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia concede legitimación la Comisión para impugnar ante la «jurisdicción competente...las disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados».

El artículo 38 de la Constitución Española reconoce la libertad de empresa y la defensa de la libre competencia se convierte en objetivo imprescindible de la política económica en cuanto que sirve para optimizar los procesos productivos y se traduce en mejores opciones para los consumidores y en definitiva en un mayor bienestar para la sociedad.

Por su parte, la legislación laboral y el reconocimiento a la negociación colectiva permite la fijación de normas protectoras de los trabajadores, determinando límites a la libertad de contratación que no atentan contra el derecho a la libre competencia.

La legislación laboral y los convenios colectivos tienen su propio espacio de desenvolvimiento que resulta perfectamente compatible con el derecho de la competencia.

Ante este escenario dual, caben dos posibilidades:

- Promover una norma con rango legal que, de acuerdo con el artículo 4.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, excluya expresamente los convenios colectivos de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia.
- O buscar espacios comunes de convivencia entre el derecho del trabajo y el derecho de la competencia, estableciendo mecanismos de cooperación entre las autoridades administrativas y las laborales, que permitan alcanzar el deseable equilibrio en el ejercicio de ambas libertades reconocidas en la Constitución.

## Fuentes consultadas

- Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia. *Consejo Económico y Social de España.*
- Derecho de la competencia y negociación colectiva: análisis jurisprudencial comunitario y de los tribunales españoles. *Gisella Rocío Alvarado Caycho.*
- Negociación colectiva, derecho de la competencia y libertades de circulación en la Unión Europea. *Adoración Guamán Hernández.*
- Informe del Tribunal vasco de defensa de la competencia (TVDC). Compatibilidad con la ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, de determinadas estipulaciones contenidas en convenios colectivos sectoriales.



**Primera Ponencia**

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DERECHO  
DE LA COMPETENCIA: PERSPECTIVA EUROPEA

JAIME CABEZA PEREIRO  
Universidade de Vigo

## SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO
2. EL CONCEPTO DE EMPRESA Y EL TRABAJO AUTÓNOMO
3. LA EXENCIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: FUNDAMENTO Y ALCANCE
  - 3.1. Las conclusiones del Abogado General y su inspiración en el Derecho norteamericano
  - 3.2. La doctrina de la sentencia
  - 3.3. El mantenimiento de la misma doctrina en pronunciamientos posteriores  
Postura conclusiva
4. LOS AUTÓNOMOS Y LA POSIBILIDAD DE ACORDAR COLECTIVAMENTE LAS CONDICIONES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS
  - 4.1. Los autónomos suelen ser empresas, pero pueden no serlo
  - 4.2. Aunque los autónomos sean empresas, pueden concluir acuerdos que no tengan importantes efectos restrictivos de la competencia
  - 4.3. Pero los trabajadores autónomos que fijan su posición en el mercado son empresas
  - 4.4. Si bien los prestadores de servicios pueden ser falsos autónomos
  - 4.5. Sin embargo, la fijación de honorarios de autónomos puede ser necesaria para evitar el dumping social y mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores
  - 4.6. No hay una conclusión clara
5. UNA DOCTRINA JUDICIAL SUFICIENTEMENTE CLARA COMO PARA CONCLUIR QUE LA CLÁUSULA SUBROGATORIA DEL ACUERDO MARCO DE LA ESTIBA NO VULNERA EL ART. 101 TFUE

## 1. PLANTEAMIENTO

La incidencia del Derecho de la Competencia en la negociación colectiva evoca los tiempos pasados de represión de las organizaciones sindicales. Por hablar solo de lo más simbólico, la Ley *Le Chapelier*<sup>1</sup>, en su muy conocido art. 4, declaraba inconstitucionales las deliberaciones o convenios entre ciudadanos que tendieran a rehusar concertadamente o a no acordar, si no era a un precio determinado, la prestación de su industria o de su trabajo. En realidad, en este precepto, más que el ardor revolucionario de 1789, parecía pesar la idea tradicional de orden público<sup>2</sup>. O, si se prefiere, la de predominio del liberalismo sobre el organicismo obrero<sup>3</sup>. La misma que dominaba la legislación británica represora de las «combinaciones» (*combinations*) de trabajadores, trasunto además de los criterios jurídicos tradicionales<sup>4</sup>. Y, en realidad, idéntico impulso que el que, décadas más tarde, inspiró la legislación penal española, cuyo Código de 1848, dentro del capítulo destinado a las maquinaciones para alterar el precio de las cosas<sup>5</sup>, incorporó un elaborado art. 450 dedicado a tipificar las coligaciones de obreros<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Decreto de 17 junio 1791 relativo a las asambleas de obreros y artesanos del mismo estado y profesión.

<sup>2</sup> En este sentido, DIÉGUEZ, G., *Notas sobre la evolución del Derecho de Coaliciones*, Revista de Política Social, nº 77, 1968, pp. 98-9.

<sup>3</sup> En realidad, el fruto más genuino de las ideas revolucionarias fue la Ley D'Allarde, de marzo 1791, que suprimió la organización corporativa de oficios y estableció la libertad de acceso frente a los privilegios anteriores. Esto es, el individualismo sustituyó el corporativismo anterior. En nombre de la libertad, los obreros comenzaron a constituir sindicatos para lograr mejoras salariales. Y a esta libertad se enfrentó la Ley *Le Chapelier*, so pretexto de suprimir las corporaciones. Véase al respecto, con mayor profusión de datos y más amplios argumentos, SALLERON, L., *Economía y colaboración*, Revista de Política Social, nº 24, 1954, pp. 9 ss.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Capítulo V, arts. 449 a 452.

<sup>6</sup> Art. 450: «*los que se coligaren con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo, o regular sus condiciones, serán castigados, siempre que la coligación hubiere comenzado a ejecutarse, con las penas de arresto mayor y multa de 20 a 100 duros. Si la coligación se formare en una población menor de 10.000 almas, las penas serán de arresto menor y multa de 15 a 50 duros. Las penas se impondrán en ambos casos en su grado máximo a los jefes y promovedores de la coligación, y a los que para asegurar su éxito emplearen violencias o amenazas, a no ser que por ellas mereciesen mayor pena*». Un interesante comentario a este precepto en CUERDO MIR, M. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, D.M., *Tradiciones penales en la maquinación*

La idea es la misma: la puesta en entredicho de la negociación colectiva en contraposición, en este caso, con un sistema jurídico adaptativo, incisivo, casuístico y con un importante grado de penetración en instituciones jurídicas como es el de la competencia. Un sistema basado, en particular, en una doctrina judicial intensa, pero también en un análisis preponderantemente económico del Derecho. En este sentido, puede decirse que ha prevalecido una inclinación anglosajona hacia dicho análisis, que se centra en los efectos económicos de las actividades profesionales y empresariales y en una búsqueda de mercados más libres<sup>7</sup>. En estos sistemas, las normas y políticas de la competencia se consideran la Constitución económica del sistema jurídico<sup>8</sup>.

No por casualidad, el Derecho de la competencia se ha gestado con gran profusión en los países más sensibles a los dogmas clásicos del liberalismo, en particular los EEUU. Por supuesto, los sistemas europeos lo han desarrollado también, pero desde planteamientos algo más ordo-liberales. A partir de lo cual, se yuxtapone a las libertades comunitarias, en la generación de espacios de mercado común y se erige en una clave de bóveda del Derecho de la Unión Europea. Sin duda, el Derecho de la Competencia ha formado parte del núcleo duro del proceso de integración europea. Su toma en consideración en el Tratado de Roma se produce a solicitud de USA y con la adhesión incondicional de académicos y funcionarios alemanes<sup>9</sup>, por más que enseguida la UE se independiza de los postulados básicos norteamericanos, ya desde que en el Reglamento 17/62, de 6 febrero, se le confieren competencias ejecutivas a la Comisión Europea. Pero, como se ha insinuado, el influjo británico ha puesto de nuevo más en comunión de objetivos los sistemas de ambas orillas del Atlántico Norte.

A partir de estas coordenadas, no es fácil presumir que un Derecho de la Competencia con estas orientaciones economicistas vaya a considerar la protección de la democracia o de los derechos fundamentales como pilares importantes sobre los que sustentarse<sup>10</sup>.

Expresado lo cual, el TFUE propicia un choque de trenes del Derecho de la Competencia con la política social de la Unión Europea. Los arts. 101 y siguientes del TFUE, así como su sincrético Protocolo 27 sobre mercado interior y competencia, y con base en la habitación exclusiva del art. 3.1

---

*para alterar el precio de las cosas del Código Penal de 1848*, Anuario de Historia del Derecho español, nº 84, 2014, pp. 301 ss., especialmente en pp. 319 ss.

<sup>7</sup> MONTI, G., *The United Kingdom's contribution to European Union Competition Law*, Fordham International Law Journal, vol. 40, nº 5, 2017, pp. 1472.

<sup>8</sup> RAHIM, M.M. y BRADY, I., *The collective bargaining authorization provision for SMEs in the Australian Competition Law*, Competition and Regulation in Network Industries, vol. 16, 2015, p. 289.

<sup>9</sup> MONTI, G., *The United Kingdom's contribution...*, pp. 1445.

<sup>10</sup> GERBRANDY, A., *Rethinking Competition Law within the European Economic Constitution*, Journal of Common Market Studies, 2019 p. 134.

sobre el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior, entran en relación dialéctica con la habilitación compartida del art. 4 a la política social, en los aspectos definidos por el propio TFUE, conjugado con el art. 9 y con los arts. 153 ss. Y, sobre todo, se plantea un problema básico de equilibrios de conformidad con los propósitos y finalidades a que hace referencia el art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea<sup>11</sup>.

Es lícito preguntarse, a partir de estas coordenadas, si debe esperarse un cierto tránsito, o al menos una mayor sensibilidad del marco jurídico de la competencia, caracterizado por una impronta economicista en los términos descritos, hacia un modo algo más social que absorba con mayor equilibrio los valores que sustenta el referido art. 3.3 del TUE. Ciertamente, la Comisión Europea ha propugnado que el objetivo de economía social de mercado precisa un equilibrio a partir de dos pilares: la efectividad de la normativa de la competencia y unas medidas sociales que protejan unas condiciones de ciudadanía adecuadas.

Es indudable que la negociación colectiva lleva implícito cierto sesgo de cartel salarial, como evoca claramente la expresión *tarifvertrag*. Pero de cartel enteramente legítimo. Como se ha expresado reiteradamente, las relaciones laborales constituyen un asunto interno de la empresa, no sujeto al Derecho de la Competencia. Esta es la hipótesis —que no petición de principio— de la que se parte en las páginas que siguen y que será objeto de desarrollo<sup>12</sup>. Hipótesis que, además, puede sustentarse en el propio art. 101(3) del TFUE, que excluye los acuerdos de empresas o las decisiones de asociaciones de empresas, o las prácticas concertadas «*que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante...*» Así pues, el fondo del problema reside en discernir hasta qué punto pueden los actores sociales apelar a los derechos sociales y laborales como argumento para oponerse a la hipotética acusación de que constituyen un cártel contrario a las reglas del Derecho de la Competencia<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> 3. «*La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico. La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros. La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo.*»

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>13</sup> *EU Social and Labour Rights and EU Internal Market Law*, Directorate General for Internal Policies, European Parliament (Bruselas, 2015) p. 24.

No debe olvidarse, por otra parte, la dimensión de la negociación colectiva como un derecho. Por lo que respecta a la UE, su expresa consideración en el art. 28 CDFUE confirma un dato importante a efectos interpretativos. Bien es cierto que las competencias comunitarias en materia de negociación colectiva tienen grandes limitaciones, pero sin duda la interpretación de las reglas de la competencia se somete a un especial test de justificación, necesidad y proporcionalidad desde esta perspectiva. Habrá de volverse a ello un poco más tarde. Por ahora, hay que añadir que, como reconocen los textos de OCDE, los convenios colectivos evitan complejos conflictos laborales, reducen costes de transacción, en particular en el caso de las pequeñas y medianas empresas, aumentan la predictibilidad y la transparencia en las condiciones de trabajo y aseguran a las empresas unas reglas de juego comunes. A lo cual, añade OCDE su valor como instrumento de lucha contra la precariedad y la desigualdad entre los trabajadores<sup>14</sup>.

## 2. EL CONCEPTO DE EMPRESA Y EL TRABAJO AUTÓNOMO

Ha sido suficientemente destacada la inexistencia de un concepto legal de empresa en los Tratados de la Unión Europea. Su significado se ha configurado de forma progresiva y casuística a través de la jurisprudencia del TJUE. Ésta ha optado por una aproximación funcional, que incluye a toda persona —física o jurídica- o entidad, ya sea privada o pública, que desarrolle una actividad económica, con plena abstracción de su personalidad legal, estatus o fuentes de financiación<sup>15</sup>.

*A priori*, este debate quedaría fuera de las relaciones entre convenio colectivo y Derecho de la competencia. Las entidades que negocian colectivamente con un banco social difícilmente pueden escapar a la condición de operadores independientes en el mercado y, en consecuencia, a someterse a dicho sistema jurídico. Por su parte, y por supuesto, los trabajadores no son empresas, como tuvo oportunidad de expresar con claridad el TJUE<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Sobre todos estos temas, véase el muy importante documento *Negotiating Our Way Up. Collective Bargaining in a changing world of work*, OCDE (París, 2019), especialmente pp. 229 ss.

<sup>15</sup> Sobre el concepto de empresa, vg., JONES, A., *The boundaries of an undertaking in EU Competition Law*, European Competition Journal, vol. 8, nº 2, 2012, pp. 301 ss.

<sup>16</sup> Asunto C-22/98, *Becu*, sentencia de 16 septiembre 1999, sobre los estibadores portuarios reconocidos de la zona portuaria de Gante. Como quiera que prestaban servicios portuarios para empresas en las que se integraban y con las que conformaban una unidad económica, no podían ellos mismos calificarse de empresas ni estar sometidos a la normativa de la competencia. Ni siquiera de forma colectiva les cabría esa calificación, si conformaran una organización de trabajadores, circunstancia que, por lo demás, no se daba en el supuesto fáctico planteado. Ahora bien, añade la sentencia que, desde la perspectiva de la libre prestación de servicios, podría ser incompatible con ella una normativa nacional que, por obligar a las partes a adoptar la forma jurídica de contrato de trabajo, impidiese que los operadores económicos ejerciesen sus actividades de forma independiente. Sin perjuicio de lo cual, parece deducirse de esta sentencia que la actividad sindical de defensa de los derechos de un colectivo de trabajadores no está en sí misma sometida al Derecho de la Competencia.

Sin embargo, y como va a verse, el problema se reconduce al ámbito de los trabajadores autónomos y de las microempresas. Si unos y otras se someten y hasta qué punto al art. 101 del TFUE y a toda la normativa derivada del mismo es una cuestión que puede ponerse en entredicho. En particular, es crucial plantear la hipótesis de que puedan negociar colectivamente sus condiciones de prestación de servicios o concertarse con el fin de obtener ciertos estándares o umbrales de negocio en el desarrollo de su actividad. O, por decirlo en términos más concretos, decidir si se debe permitírseles que acuerden entre ellos tarifas mínimas<sup>17</sup>.

El concepto de trabajador autónomo es muy transversal e incluye a personas y realidades muy diversas en términos de capacidad económica y profesional. Pero hay un segmento de personas que trabajan por cuenta propia cuya seguridad e independencia en el mercado resultan altamente cuestionables. Se trata de un segmento, además, de tendencia creciente en la realidad productiva actual. Sin que ahora haya que recrearse en esta idea<sup>18</sup>, debe reconocerse que, en principio, no escapan del concepto de empresa a la vista de la doctrina del Tribunal de Justicia. Podría plantearse la conveniencia de una delimitación más exigente, que hiciera hincapié en un determinado volumen de negocio o al menos en la previsibilidad de un crecimiento en el corto o medio plazo<sup>19</sup>. Ahora bien, como se expresará más adelante, existe algún resquicio en la jurisprudencia del TJUE para poder situar a las personas autónomas más precarias al abrigo del Derecho de la Competencia, por lo menos hasta cierto punto.

Ciertamente, existen desequilibrios de poder muy evidentes cuando estos colectivos tienen que competir en el mercado. Una pregunta axiológica consiste en plantearse si el Derecho de la Competencia debería proveer de, o al menos tolerar, unas técnicas de re-equilibrio en el marco de estas relaciones desigualitarias. O incluso, desde una perspectiva más amplia, si debería atender a valores en principio exógenos a él, pero consustanciales a una economía social de mercado. Como puede ser, en este caso, el respeto a los principios esenciales a partir de los cuales se construye el concepto de trabajo decente.

Por lo que respecta al interés de este estudio, la cuestión que debe resolverse consiste en discernir si el reconocimiento a las personas autónomas y micro-empendedoras de herramientas colectivas análogas a los convenios puede ser compatible, y hasta qué punto, con las reglas de la competencia. El incremento del trabajo autónomo, o por lo menos el que se ubica en las zonas grises entre este y el trabajo subordinado, en particular

---

<sup>17</sup> GERBRANDY, A., *Rethinking Competition Law...*, cit., p. 133.

<sup>18</sup> Me remito a CABEZA PEREIRO, J., *Los derechos del trabajador autónomo ante la nueva economía*, Revista de Derecho Social, n° 86, 2019, pp. 63 ss.

<sup>19</sup> Destacando que esto no es así, DASKALOVA, V., *Regulating the new self-employed in the Uber economy. What role for EU competition law?*, German Law Review, vol. 19, n° 3, 2018, pp. 461 ss.

en el ámbito de la economía de plataforma, realza la importancia de adentrarse en esta materia<sup>20</sup>. Por otra parte, no puede negarse la realidad, bastante extendida en los países desarrollados, de organizaciones sindicalizadas o no que procuran mediante acciones concertadas la mejora de las condiciones de prestación de servicios de los trabajadores de la *gig economy*, sin que previamente se haya clarificado la vinculación existente entre ellos y las empresas clientes<sup>21</sup>.

Se trata, así pues, de una pregunta complementaria, pero con matices distintos, a la de la relación de la propia negociación colectiva laboral con dichas reglas. La perspectiva de este estudio se centra, en concreto, en la jurisprudencia y, por extensión, en el marco jurídico de la UE<sup>22</sup>.

No obstante, y como elemento de Derecho comparado, es muy útil recordar que algún sistema propio del *common law* ha reconocido expresamente el derecho de las pequeñas y medianas empresas a concluir acuerdos colectivos entre ellas. O, por decirlo con más precisión, encomienda a la entidad reguladora de la competencia que autorice dichos acuerdos de fijación de precios de adquisición o venta de bienes o servicios<sup>23</sup>. La autorización procederá cuando la referida entidad considere que los beneficios de esos acuerdos justifiquen la afectación a la competencia. En estos casos, la negociación para alcanzarlos constituirá una herramienta muy valiosa que les permite a las pequeñas y medianas empresas la posibilidad de contrarrestar el poder de las grandes corporaciones empresariales. De modo que, a la postre, lejos de falsear la competencia, la refuerzan a través de unas reglas de juego más equitativas<sup>24</sup>.

En el seno de la UE, en Irlanda, la *Competition (Amendment) Act* de 2017 reconoció el derecho de negociación colectiva a ciertos trabajadores autónomos, tales como actores de doblaje, periodistas, así como, en general, a todos los trabajadores autónomos «enteramente dependientes». Sin duda, esta y otras reglas pueden producir que los consumidores y usuarios sufran ciertas desventajas. En consecuencia, parece razonable pensar que las reglas de excepción del derecho de la competencia tengan en cuenta a todos los grupos potencialmente afectados. Lo cual no quiere decir que no pueda haber ningún sacrificio, por pequeño que sea, en alguno de ellos.

---

<sup>20</sup> *Negotiating Our Way Up...*, cit., p. 235.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 239.

<sup>22</sup> Sobre el ámbito interno, GOERLICH PESET, J.M., «Negociación colectiva y derecho de la competencia: un complejo panorama», en VV.AA. (dirs. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.) *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Lex Nova (Madrid, 2015), pp. 115 ss.

<sup>23</sup> Se trata de una ley australiana, la *Competition and Consumer Act* de 2010. Sobre esta ley, RAHIM, M.M. y BRADY, I., *The collective bargaining authorization...*, cit, pp. 288 ss. La entidad reguladora es la *Australian Competition and Consumer Commission*.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 293.

### 3. LA EXENCIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: FUNDAMENTO Y ALCANCE

La sentencia *Albany* constituye, veinte años después, la fuente fundamental en cuanto a las relaciones entre el Derecho de la competencia y la negociación colectiva. Conviene, con todo, revisar tanto las conclusiones del Abogado General, de 28 enero 1999, como la propia sentencia, de 21 septiembre. El análisis de unas y otra pone de relieve interesantes aspectos relativos a la interpretación histórica de esta última, a su posicionamiento en el marco del Derecho Comparado y a las relaciones dialécticas entre ellas.

No sin antes recordar que el asunto, planteado por un órgano judicial holandés, se refería a un fondo de pensiones cuya afiliación fue declarada obligatoria por Decreto ministerial. La empresa afectada, del sector textil, estaba afiliada al fondo hacía años, pero, como quiera que la pensión que éste garantizaba era de una cantidad fija, contrató para sus trabajadores unas pensiones complementarias a través de una compañía de seguros. Con carácter sobrevenido, el fondo modificó su régimen de pensiones y garantizó a todos los trabajadores una cuantía proporcional al último salario. Ante este cambio, la empresa solicitó la exención de la afiliación obligatoria, pero el fondo la desestimó, desestimación que originó el litigio, al margen de unas vicisitudes posteriores sin importancia a los efectos que aquí importan. Sí que es clave añadir que la obligatoriedad en la afiliación había sido decidida por la autoridad pública a petición de las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores del sector en concreto.

#### 3.1. Las conclusiones del Abogado General y su inspiración en el Derecho norteamericano

Ciertamente, el Abogado General realiza un amplio recorrido por varios sistemas europeos y por las relaciones que en ellos se establecen entre los convenios colectivos y las normas *antitrust*. Pero, muy en particular, se centra en el sistema jurídico de USA, cuya Ley Sherman de 1890 permitía una «exención legal» frente a las normas protectoras de la competencia, incorporada en la Ley Clayton de 1914, que afectaba a las acciones unilaterales de las organizaciones sindicales desarrolladas en el contexto de conflictos colectivos<sup>25</sup>. Esta exención no alcanzaba directamente los convenios colectivos,

---

<sup>25</sup> De conformidad con la sección 6 de la *Clayton Act*, «...*Nothing contained in the antitrust laws shall be construed to forbid the existence and operation of labor...organization, instituted for purposes of mutual help... or to forbid or restrain individual members of such organizations from law fully carrying out the legitimate objects thereof, nor shall such organizations, or the members thereof, be held or construed to be illegal combinations or conspiracies in restraint of trade, under the antitrust laws*». De acuerdo con las sec. 101 y ss. de la *Ley Sherman*, «*No court of the United States, as defined in this chapter, shall have jurisdiction to issue any restraining order or temporary or permanent injunction in a case involving or growing out of a labor dis-*

pero el TS reconoció la incidencia del *duty to bargain in good faith* del art. 8.1.5 de la Ley Wagner (1935) en la normativa *antitrust*. El voto particular del asunto *Albany* fija su atención en el asunto *Connell Constr. Co., Inc. v. Plumbers & Steamfitters*<sup>26</sup>.

El tema tenía mucho interés, porque se refería a un acuerdo por el cual la empresa principal se comprometía con el sindicato de fontaneros y calefactores a no contratar con ninguna entidad subcontratista que no estuviese vinculada por el convenio colectivo multiempresas firmado por el sindicato. La entidad demandante demandó porque consideraba que el acuerdo era una restricción ilegal al comercio de conformidad con la legislación federal y estatal. Por su parte, la organización sindical demandada alegó que dicho acuerdo era inmune a la legislación *antitrust*. En el trasfondo, el asunto se planteó porque la empresa se había negado a adherirse al convenio colectivo, lo cual provocó un piquete que paralizó la actividad una vez que los trabajadores cesaron en la prestación de sus servicios. Finalmente, la empresa cedió, pero a continuación judicializó la controversia. En este escenario, el Tribunal expresa que no es sencilla la coordinación entre la legislación federal laboral y la normativa de defensa de la competencia. El Congreso y el propio Tribunal Supremo han diseñado el sistema *antitrust* para evitar conflictos con la política laboral favoreciendo la organización de los trabajadores por la doble vía de diseñar excepciones a la aplicación de aquella normativa y de modular las sanciones por infracción del Derecho de la competencia.

Así se ha desarrollado una exención no legal, consecuente con una orientación que favorece la organización de los trabajadores dirigida a eliminar la competencia en cuanto al establecimiento de salarios y de otras condiciones de trabajo. Por supuesto que eso afecta a la competencia entre empresarios, pero los objetivos de la legislación federal laboral no podrían lograrse si tal afectación se considerase contraria a la normativa *antitrust*.

Con todo, en cuanto al asunto concreto planteado, el Tribunal consideró que el efecto del acuerdo entre la empresa y el sindicato excluía a muchas empresas subcontratistas del mercado, aunque compitieran eficazmente no en términos de salarios y otras condiciones de trabajo, sino a través de medidas cualitativamente distintas. Así pues, se eliminaba la competencia también en asuntos no relativos a unos y otras. Por consiguiente, la medida adoptada por el sindicato no era inmune al derecho de la competencia.

Realmente, no es este el *leading case*. Treinta años antes el TS Federal había dictado sentencia en el asunto *Allen Bradley Co. et al v. Local Union*

---

pute». Evidentemente, estas normas respondieron a una tendencia a utilizar la legislación *antitrust* frente a la organización y acción colectiva por parte de los trabajadores. Véase, al respecto COSTELLO, M.M., *Antitrust Exemption in Collective Bargaining*, *The Journal of Global Business Management*, vol. 14, n° 2, 2018, pp. 34 ss.

<sup>26</sup> 421 US 616 (1975).

No. 3 *International Brotherhood of Electrical Workers et al*<sup>27</sup>. Se refería a un poderoso sindicato que había concluido un extenso acuerdo de *closed shop* con las entidades subcontratistas del sector eléctrico que las obligaba a contratar tan solo con los proveedores locales que estuviesen vinculados por acuerdos de *closed-shop*. Como parece evidente, estos pactos fueron declarados contrarios a la *Sherman Act*, pues, aunque con ellos persiguiese mejoras salariales y de otras condiciones de empleo, el sindicato estaba colaborando con empresas en actividades que la ley considera prohibidas, como la creación de monopolios y el control del mercado de bienes y servicios.

Incluso tiene más importancia el asunto *United Mine Workers v. Pennington*<sup>28</sup> —este también citado por el abogado general en sus conclusiones del asunto *Albany*—, relativo a las negociaciones entre grandes empresas del sector minero y el sindicato UMW, a través de las cuales se querían imponer salarios mínimos en todo el sector, que afectasen también a las pequeñas empresas. También en este caso el Tribunal Supremo falló a favor de éstas con base en la Ley *Sherman*. Entendió que no podía considerarse que se produjese una exención automática de la normativa *antitrust* por la sola circunstancia de que las negociaciones entre empresas y sindicatos se refiriesen a una materia de negociación obligatoria. Porque, so pretexto de negociar retribuciones, se pueden cometer actuaciones ilegales contrarias a dicha normativa.

Así planteada la jurisprudencia, los límites entre qué puede hacer y qué no puede hacer la negociación colectiva son difusos y no han sido precisados a través de ulteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo Federal. Con todo, pueden extraerse de la doctrina de los Tribunales de Circuito tres requisitos fundamentales para que pueda aplicarse la inmunidad no legal: 1) que la restricción afecte en exclusiva a las partes que firman el convenio; 2) que éste se refiera a materias de obligatoria negociación (*mandatory bargaining topics*)<sup>29</sup>; y 3) que se haya producido una negociación de buena fe<sup>30</sup>. Expresadas estas ideas desde una perspectiva más de límites, pueden proponerse, de acuerdo con algún autor<sup>31</sup>, tres reglas claras para evitar comportamientos anticompetitivos en el sistema de USA: 1) que la negociación colectiva se limite a materias de negociación obligatoria o de negociación permisible. 2) las cláusulas acordadas deben evitar referirse al producto o al resultado de la actividad empresarial, pues una potencial restricción de la competencia es siempre una preocupación del Derecho de la competencia. 3) Los contenidos del convenio deben restringirse a las partes que lo negocian, es decir, deben aplicarse solo a la unidad de negociación afectada y no a terceros.

---

<sup>27</sup> 325 US 797 (1945).

<sup>28</sup> 381 US 657 (1965).

<sup>29</sup> Sobre la diferencia entre *mandatory* y *non mandatory bargaining topics*, CABEZA PEREIRO, J., *La buena fe en la negociación colectiva*, EGAP (Santiago, 1995) pp. 184 ss.

<sup>30</sup> *Phoenix Electric. Co. v. National Electric Contractors Association*, 81 F.3d 858, 861 (9th Cir.1996).

<sup>31</sup> COSTELLO, M.M., *op. cit.*, p. 37.

\*\*\*

Este repaso esquemático permite volver de nuevo los ojos al voto particular del asunto *Albany*. Contrapone la interdicción de las prácticas lesivas de la competencia con el desarrollo de una política social, una y otro contenidos en el por aquel entonces Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas. Sin embargo, no considera que el ámbito social esté totalmente exceptuado de las normas sobre competencia, pues el Tratado no contiene una exclusión expresa, como debiera haberla incluido si tal fuera la intención del Derecho originario. Por lo demás, el Tribunal de Justicia ya había aceptado que ciertas políticas sociales están sujetas al Derecho de la Competencia, como sucede claramente en todo lo relativo a las agencias de colocación y los servicios públicos de empleo, como se expresó, vg., en las conocidas sentencias de los asuntos *Hofner y Elser*<sup>32</sup> y *Job Centre*<sup>33</sup>. En consecuencia, difícilmente se puede hablar de una excepción generalizada.

Hasta aquí, resulta difícil de rebatir el razonamiento del abogado general. A continuación, se pregunta si existe una excepción en favor de los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores. Los argumentos que utiliza el abogado general son, hasta cierto punto, razonables en el contexto histórico en el que se formulan. Expresa, primeramente, que en el Tratado CE no se reconoce ni el derecho de sindicación, ni el de acción colectiva ni el de negociación colectiva, sin perjuicio de que se incluyan en la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 y por más que el Tribunal se inspire en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tampoco había incluido por aquel entonces la negociación colectiva en el contenido necesario del art. 11 del Convenio de Roma de 1950. Todo lo cual le lleva a la conclusión de que no existe un grado de convergencia suficiente entre los ordenamientos jurídicos nacionales y los instrumentos internacionales sobre el reconocimiento de un derecho de negociación colectiva.

Evidentemente, tales argumentos justificarían en la actualidad una más sólida exclusión de los convenios colectivos de la normativa de defensa de la competencia, a la vista del art. 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de su carácter vinculante, aunque sea en los estrictos términos de su art. 51. Por su parte, ahora muy claramente el TEDH acoge la negociación colectiva en el núcleo duro del derecho de asociación, en particular desde el asunto *Demir y Baykara*<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Asunto C-41/90, sentencia de 23 abril 1991.

<sup>33</sup> Asunto C-55/96, sentencia de 11 diciembre 1997.

<sup>34</sup> Sentencia de 12 noviembre 2008, reclamación nº 34503/97. Sobre ella, EWING, K., y HENDY, J., *The Dramatic Implications of Demir and Baykara*, *Industrial Law Journal*, vol. 39, nº 1, 2010, pp. 2 ss.

Seguidamente, las conclusiones conceden que un objetivo fundamental de la CE ha sido el fomento del diálogo social y que el Acuerdo de Política Social prevé el establecimiento de relaciones convencionales. De modo que existe una tensión potencial en cualquier ordenamiento jurídico entre la normativa de la competencia y la de negociación colectiva. Ciertamente, el principal objetivo de la negociación colectiva consiste en evitar que las empresas se lancen a una carrera a la baja en salarios y condiciones de trabajo. De modo que hubiera sido necesario que se solicitase a la Comisión una declaración negativa o de exención de aplicabilidad del por aquel entonces art. 85 del Tratado Constitutivo. Sin embargo, ya que las normas del Tratado fomentan inequívocamente la negociación colectiva, debe presuponerse que los convenios colectivos son legales, y, consecuentemente, que no es posible pretender que el referido art. 85 se aplique a «*cuestiones centrales de la negociación colectiva como los salarios y otras condiciones de trabajo*». Sobre éstas, los convenios deben disfrutar de una inmunidad automática respecto del examen con arreglo a las normas de la competencia.

En resumen, el abogado general opta por una inmunidad limitada, no por una excepción del ámbito social en general. Propugna «*una excepción basada no solo en el contenido del convenio, sino principalmente en el marco en el que se celebra*». Por lo tanto, la inmunidad «*no debe estar exenta de limitaciones*». Pues «*puede haber casos en los que la negociación colectiva se utilice como marco para celebrar acuerdos entre los empresarios con efectos gravemente contrarios a la competencia para terceros o para otros mercados*». De modo que propone tres requisitos para que pueda aplicarse la inmunidad automática: 1) que el convenio se haya celebrado dentro del marco formal de la negociación colectiva entre las dos partes sociales; 2) que se haya negociado de buena fe, desde el punto de vista de que no encubra una grave restricción de la competencia entre empresarios en sus mercados y productos; 3) que trate de cuestiones centrales de la negociación colectiva —salarios y condiciones de trabajo—, sin afectar a terceros o a otros mercados.

\*\*\*

El repaso de la doctrina de USA y de la opinión del abogado general pone de manifiesto una absoluta asunción por parte de éste de los postulados de aquélla, que conoce y cita con amplitud. Incluso la terminología que utiliza «*salarios y las condiciones de trabajo*» es sustancialmente similar a la que expresa el art. 8(d) de la Ley *Wagner* para centrar el objeto del *duty to bargain in good faith*<sup>35</sup>. Pero no puede olvidarse que la concepción de la nego-

---

<sup>35</sup> «*For the purposes of this section, to bargain collectively is the performance of the mutual obligation of the employer and the representative of the employees to meet at reasonable times and confer in good faith with respect to wages, hours, and other terms and conditions of employment, or the negotiation of an agreement or any question arising thereunder, and the execution of a written contract incorporating any agreement reached if requested by either party, but such obligation does not compel either party to agree to a proposal or require the making of a concession*».

ciación colectiva en el sistema de EEUU no es idéntica a la de los Estados miembros de la UE. Que exista un núcleo central de la negociación colectiva exento del derecho a la negociación colectiva y que éste alcance algo más que los salarios y el tiempo de trabajo se deduce claramente de esas conclusiones, siempre que no se afecte a terceros o a otros mercados y que no se produzca una grave restricción de la competencia.

Dicho paralelismo debe resaltarse por tres motivos. El primero y fundamental, porque, como va a verse inmediatamente, las conclusiones del abogado general y la sentencia generan cierto diálogo dialéctico. Es decir, la sentencia no sigue a pies juntillas aquéllas, sino que expresa una discrepancia, cuando menos parcial. Sin embargo, no pocas veces se han utilizado posteriormente las conclusiones como paradigma interpretativo, lo cual a mi juicio constituye un grave error. El segundo, hay que recordar que la sentencia se produce en un momento histórico en el que, al menos en el ámbito regional europeo —no así en las Constituciones— todavía no se había acogido la negociación colectiva como un derecho fundamental. La posición que ocupa ahora es, así pues, más robusta y menos sensible a ser afectada por las normas de la competencia. El tercero, porque la trasposición de la doctrina judicial de una realidad a otra no puede hacerse incondicionalmente, sino que ha de acompañarse de los matices necesarios, que en este campo, como va a verse, son muchos. En particular, debe recordarse que la negociación colectiva en el sistema de USA es esencialmente de empresa, por más que existan ámbitos *multiemployer*. De este modo, difícilmente es posible extrapolar, sino con muchas matizaciones, la doctrina del asunto *United Mine Workers v. Pennington* a realidades en las que prevalezca o al menos tenga una amplia incidencia la negociación colectiva de sector.

### 3.2. La doctrina de la sentencia

Puesta en comparación con las conclusiones del abogado general, la sentencia es breve en su fundamentación jurídica, pero bastante contundente en cuanto a la doctrina que establece. Parte de algunas premisas adelantadas por aquél: en particular de la referencia a una política en el ámbito social del art. 3 del Tratado Constitutivo, que también apela a la promoción de un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas y a un alto nivel de empleo y protección social. Añade, además, una referencia al art. 118 B, que encomienda a la Comisión procurar el desarrollo del diálogo entre las partes sociales a nivel europeo, que podrá dar lugar, si estas lo consideran deseable, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre ellas.

Expresa, también en paralelo al abogado general, que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empresarios. Pues los objetivos de política social *«quedarían gravemente*

*comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo».*

A partir de esta premisa, incluye una afirmación que ya separa nítidamente la sentencia de las conclusiones: *«de una interpretación útil y coherente de las disposiciones del Tratado, en su conjunto, se desprende que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos [de política social] no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado».* Sin duda, se trata de una exclusión más amplia y con menos reservas que la propuesta por el abogado general. A lo sumo, cabe decir que los acuerdos producto de la negociación colectiva solo están sometidos a la normativa europea de la competencia cuando no se dirijan al logro de los objetivos de política social de los Tratados.

Basta, así pues, comprobar la naturaleza y el objeto del acuerdo. Había sido celebrado con la forma de convenio colectivo y era el resultado de una negociación colectiva entre organizaciones representativas de empresarios y de trabajadores. En cuanto a su objeto, instauraba en un sector concreto un régimen de pensiones complementarias gestionado por un fondo de pensiones susceptible de ser declarado de afiliación obligatoria. Se destinaba, por consiguiente, a garantizar un determinado nivel de pensiones a todos los trabajadores del sector, de modo que contribuía directamente a la mejora de uno de los elementos constitutivos de las condiciones laborales de los trabajadores, como es su remuneración.

Con esta breve argumentación, el Tribunal concluye que la decisión de la autoridad pública controvertida, sustentada en un convenio colectivo, no era contraria al art. 85 del Tratado Constitutivo. Cabe destacar de ella el elemento finalístico, que se iba a reproducir en pronunciamientos posteriores: como quiera que el acuerdo contribuye directamente a la mejora de las condiciones de trabajo, está exento de la normativa de defensa de la competencia. Dicho de forma resumida: si los convenios colectivos celebrados como tales persiguen, como finalidad de política social, una mejora directa de las condiciones laborales, son inmunes al actualmente vigente art. 101 TFUE.

### **3.3. El mantenimiento de la misma doctrina en pronunciamientos posteriores. Postura conclusiva**

La doctrina del TJUE posterior al asunto *Albany* ha seguido con bastante fidelidad los criterios fijados por esta<sup>36</sup>, de modo que puede considerarse

---

<sup>36</sup> Un repaso por esta doctrina, en CABEZA PEREIRO, J., *Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo*, Trabajo y Derecho, n° 3, 2015.

totalmente vigente. Con todo, conviene detenerse someramente en el asunto *Woude*, referido a un seguro de enfermedad de una estructura paralela al de pensiones del asunto *Albany*, y referido a una persona cubierta por el convenio colectivo de aplicación que deseaba que se la protegiera con otra entidad que le ofrecía condiciones más favorables.

El señor Van der Woude alegaba que, a diferencia del caso suscitado en la sentencia *Albany* y en otras subsiguientes, se trataba de un seguro de asistencia sanitaria y no de un régimen complementario de pensiones. Pese a lo cual, el Tribunal sigue la misma pauta interpretativa: el seguro contribuye a mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores no sólo garantizándoles los medios necesarios para hacer frente a los gastos de enfermedad, sino también reduciendo los costes que, a falta de un convenio colectivo, habrían tenido que soportar. Y desestima que la situación en la que queda la entidad designada en el acuerdo colectivo como la encargada de la gestión del seguro —o, *rectius*, la entidad con la que subcontractaba la anterior— constituyese un abuso de posición dominante en el mercado.

También merece destacarse, porque enfatiza con vigor los criterios de aquél, el asunto *AG2R Prévoyance*<sup>37</sup>, planteado por un órgano judicial francés y referido a un seguro complementario de asistencia sanitaria gestionado por una entidad de afiliación obligatoria. La obligatoriedad había sido decidida por los poderes públicos a petición de las partes sociales del sector, en este caso de la panadería artesanal francesa, sin que cupiese ningún tipo de excepciones. La empresa demandada se había negado a afiliarse y por tal motivo aquella entidad emprendió acciones legales contra ella. Como puede apreciarse, se trata de un caso muy parecido al que dio lugar a la sentencia *Albany*, aunque con el matiz de que en ésta cabía algún tipo de excepción a la obligatoriedad, posibilidad que quedaba totalmente cegada en el asunto *Prévoyance*.

Obviamente, el TJUE recuerda la doctrina de *Albany*, reproducida en sentencias posteriores, de conformidad con la cual los acuerdos celebrados entre las partes sociales en el marco de negociaciones colectivas que estén destinados a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo no deben considerarse comprendidos en el art. 101 del TFUE. El Tribunal constató que un régimen de reembolso complementario de gastos de asistencia sanitaria contribuía a mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores, sin que a ello obstara que la afiliación fuese absolutamente obligatoria para todas las empresas del sector, sin excepciones posibles.

En este caso, las conclusiones del abogado general se pronunciaban en idéntico sentido, de modo que la sentencia reproduce párrafos de aquéllas. Es importante destacar de las mismas que se reconoce el hiato entre las conclusiones del abogado general en los asuntos *Albany* y *Woude*, en

---

<sup>37</sup> Asunto C-437/09, sentencia de 3 marzo 2011.

el sentido de que en ambos este optaba por una exclusión mucho más limitada que solo se aplicaba a las materias centrales de la negociación colectiva y en la única medida en la que no quedaran afectados intereses de terceros<sup>38</sup>.

Cabe concluir, así pues, que esta es la posición vigente y la doctrina consolidada del TJUE en torno a la concurrencia entre el derecho a la negociación colectiva y el Derecho de la competencia en referencia a los contenidos de los convenios: cuando las cláusulas se hayan acordado en el contexto de unas negociaciones entre representantes de los trabajadores y de los empresarios y contribuyan directamente a la mejora de las condiciones de trabajo, están exentas de la aplicación del art. 101 TJUE.

Es decir, el TJUE no considera —al menos expresamente— como requisitos de exclusión que el convenio no encubra una grave restricción de la competencia entre empresarios en sus mercados y productos ni que afecte a terceros o a otros mercados. Tampoco restringe su ámbito a las condiciones centrales de la negociación colectiva —salario y otras condiciones de trabajo— o, cuando menos, interpreta en términos amplios y flexibles estas últimas. El test fundamental, debe insistirse, es de carácter finalista: la mejora directa de las condiciones de trabajo.

Por consiguiente, desde la perspectiva del Derecho de la UE, puede hablarse de cierta primacía objetiva del derecho de negociación colectiva sobre el derecho de la competencia, limitada a unos concretos instrumentos —los productos de la negociación colectiva— y a un determinado objeto —la reiterada mejora de las condiciones de trabajo—. Lo cual constituye un espacio vedado al juego de la normativa de defensa de la competencia.

Sin duda, el reforzamiento del rango jerárquico de la negociación colectiva, expresado por el carácter vinculante de la CDFUE y el contenido de su art. 28, con el refuerzo que supone la promoción de las relaciones convencionales entre las partes sociales de acuerdo con las competencias de política social contenidas en los arts. 153 ss. del TFUE, sustentan esta conclusión. Máxime si se tiene en cuenta la jurisprudencia del TEDH, de la cual debe beber el propio TJUE, acerca de la inclusión de la negociación colectiva en el contenido esencial del derecho de asociación del art. 11 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.

---

<sup>38</sup> «Por consiguiente, al situarse únicamente en el terreno del examen de la naturaleza y del objeto de los acuerdos controvertidos, el Tribunal de Justicia se apartó claramente a este respecto de las conclusiones del Abogado General Jacobs en los asuntos que dieron lugar a las sentencias antes citadas, Albany, Brentjens' y Drijvende Bokken, que había considerado, no sin algunas reservas, que sólo los convenios colectivos que trataran sobre cuestiones centrales de la negociación colectiva, como los salarios y las condiciones de trabajo, y que no afectaran (directamente) a terceros o a otros mercados, podían no estar comprendidos en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1».

#### 4. LOS AUTÓNOMOS Y LA POSIBILIDAD DE ACORDAR COLECTIVAMENTE LAS CONDICIONES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

##### 4.1. Los autónomos suelen ser empresas, pero pueden no serlo

Ya se ha expresado que el concepto de trabajador autónomo abarca situaciones muy heterogéneas. El foco de atención va a situarse ahora en las personas con condiciones más precarias e inestables en términos de mercado y de capacidad económica. La descripción sigue siendo lo suficientemente difusa como para poder alcanzar conclusiones generales, pero lo bastante aproximativa como para que sea factible acotar mínimamente los límites para que puedan considerarse empresas a los efectos de su sometimiento al art. 101 del TFUE y para, por lo tanto, plantearse hasta qué punto, los acuerdos entre ellas pueden violar dicho precepto.

Primeramente, se hace necesario expresar que no siempre se les aplica el art. 101 TFUE a las personas que ostentan la condición de autónomas. Para poner de relieve esta idea, hay que atender a dos flancos. Primeramente, hay que deslindar cuándo, aun siendo genuinamente autónomas, no son destinatarias de las normas reguladoras de la competencia. En segundo lugar, hay que tener en cuenta todo el vasto ámbito de las relaciones formalizadas fraudulentamente como por cuenta propia, pero que encubren auténticos vínculos de subordinación a los que debe aplicárseles el Derecho del Trabajo.

Es decir, las destinatarias de las reglas de protección de la competencia son las empresas, no los trabajadores. Pero no todas las personas excluidas del ámbito aplicativo del art. 101 son trabajadoras, sino que es posible identificar relaciones genuinamente autónomas y no por ello concernidas por las normas de Derecho de la competencia. Porque no hay una relación simétricamente perfecta entre trabajador y empresa y entre los conceptos de uno y otra en la jurisprudencia de la UE. O, por expresar la misma idea en otros términos, no todos los autónomos son empresas, por mucho que no puedan calificarse como trabajadores subordinados.

Hay una sentencia muy ilustrativa para poner de relieve los límites del concepto de empresa, el asunto *Volkswagen AG*<sup>39</sup>. Se refería a una entidad de *leasing* de automóviles, que actuaba a través de unos distribuidores con los que concertaba contratos de agencia en exclusiva. Precisamente, el conflicto se refirió a que el Tribunal alemán de defensa de la competencia puso en tela de juicio esa exclusividad, porque obstaculizaba de manera injusta la actividad de los distribuidores. La alegación de la entidad empresarial radicaba en que, como intermediarios suyos, los distribuidores formaban con ella una unidad económica, de modo que, a falta de una pluralidad de empresas, los

---

<sup>39</sup> Asunto C-266/93, sentencia de 24 octubre 1995.

contratos de agencia no estaban comprendidos dentro del ámbito de aplicación de las normas de la competencia.

El Tribunal desestimó la posición de la empresa y confirmó la violación del art. 85 del Tratado Constitutivo, pues los distribuidores asumían riesgos financieros derivados de sus actividades con la empresa y, además, desempeñaban por cuenta propia y con notable autonomía una actividad de venta y servicio de posventa en su propio nombre. Pues *«los representantes sólo pueden perder su condición de operadores económicos independientes cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados por el comitente y operan como auxiliares integrados en la empresa del comitente»*.

Realmente, esta doctrina no es del todo conclusiva para determinar si hay un espacio de trabajo autónomo no susceptible de considerarse empresa y al margen de las normas de la competencia. La referencia a operar como auxiliares integrados en la empresa del comitente suena bastante próxima a la idea de subordinación que maneja el propio Tribunal. Con todo, la premisa mayor en este caso alude al hecho de no asumir riesgos resultantes de los contratos en los que intermedian. Baste decir por ahora que esa circunstancia, en el Derecho interno español, no es relevante a los efectos de distinguir entre el agente mercantil y el representante de comercio, a la vista de la Ley 12/1992, de 27 mayo, sobre contrato de agencia.

Esta misma doctrina ha ido consolidándose en el caso de acuerdos verticales entre empresas situadas en distintas fases del proceso productivo: solo cuando puede considerarse empresas a todas ellas, es aplicable el art. 101. Pero eso solo sucede cuando *«el titular es un operador económico independiente y existe, en consecuencia, un acuerdo entre dos empresas»*, pues *«en determinadas circunstancias, las relaciones entre un comitente y su intermediario pueden caracterizarse por tal unidad económica»*<sup>40</sup>. Pero, para que eso sea así, dicho intermediario no debe asumir riesgos en el mercado<sup>41</sup>.

También se reitera la misma doctrina, y ya con mayor proximidad al asunto de la negociación colectiva, en el caso de acuerdos horizontales, esto es, entre autónomos situados en el mismo nivel productivo. Un asunto muy relevante es el *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*<sup>42</sup>, referido a un

---

<sup>40</sup> Asunto C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, sentencia de 14 diciembre 2006.

<sup>41</sup> Como expresa la sentencia, *«cuando los contratos celebrados entre el comitente y sus intermediarios atribuyen o dejan a éstos funciones que económicamente se asemejan a las de un operador económico independiente, por contemplar la asunción, por estos intermediarios, de los riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta o a la ejecución de los contratos celebrados con terceros, dichos intermediarios no pueden considerarse órganos auxiliares integrados en la empresa del comitente, de manera que una cláusula restrictiva de la competencia convenida entre estas partes puede constituir un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 85 del Tratado»*.

<sup>42</sup> C-1/12, sentencia de febrero 2013.

Reglamento de formación obligatoria que debían seguir todos los expertos contables en entidades formativas inscritas en la OTOC y que fue considerado contrario al art. 101 por la autoridad portuguesa de la competencia. El TJUE interpreta que los expertos contables son empresas, de nuevo porque asumen los riesgos del negocio<sup>43</sup> y que, por consiguiente, el Reglamento es un acuerdo entre empresas sometido a la normativa de la competencia. A tal fin, el Tribunal tuvo que discernir que la OTOC era una asociación de empresas y no una autoridad pública.

La conclusión resulta muy interesante y fácil de enunciar. Desde la perspectiva del TJUE, la asunción de riesgos constituye un criterio fundamental para que un operador económico pueda considerarse como empresa. Por lo tanto, quienes no los asuman no están sometidos al art. 101 y, en consecuencia lógica, los acuerdos entre ellos tampoco. No porque exista una exención legal o jurisprudencial, como sucede con la negociación colectiva, sino porque falta el requisito subjetivo que identifica a determinadas personas o entidades como núcleos de imputación de la normativa de la competencia.

Siendo ello así, resulta fácil de predecir que ciertos acuerdos colectivos concluidos por profesionales que no asumen riesgos deberán ser inmunes a las normas de competencia y así lo deberían declarar los órganos judiciales internos si se acepta, como debe aceptarse, que el concepto «empresa» es propio y autónomo del Derecho de la UE, y debe ser aceptado por los Estados Miembros cuanto apliquen el art. 101 TJUE.

#### **4.2. Aunque los autónomos sean empresas, pueden concluir acuerdos que no tengan importantes efectos restrictivos de la competencia**

Aunque sea volviendo hacia atrás en el tiempo, corresponde ahora hacer referencia a los asuntos *Pavlov y otros*<sup>44</sup>, que vienen a ser la traslación a autónomos del asunto *Albany*. Se refería a la afiliación obligatoria a un fondo profesional de pensiones previsto para médicos especialistas. La obligatoriedad había sido declarada por la autoridad pública a petición de una organización representativa de los miembros de una profesión liberal. El Tribunal comienza descartando la posibilidad de utilizar la excepción de *Albany* a un «acuerdo como el controvertido en los asuntos principales, que pretende efectivamente garantizar un cierto nivel de pensiones a todos los miembros de una profesión y, por tanto, mejorar una de las condiciones de trabajo de los mismos, a saber su remuneración, pero que no se ha celebrado en el

---

<sup>43</sup> «...Consta que los expertos contables asumen, como profesionales liberales, los riesgos financieros inherentes al ejercicio de tales actividades, dado que, en caso de desequilibrio entre ingresos y gastos, han de hacerse cargo personalmente del déficit constatado...sin que esta conclusión quede desvirtuada por la complejidad y el carácter técnico de los servicios que prestan ni por el hecho de que el ejercicio de su profesión esté regulado».

<sup>44</sup> C-180/98 a C-184/98, sentencia de 12 septiembre 2000.

*marco de unas negociaciones colectivas entre interlocutores sociales*», pues no había nada en el Tratado Constitutivo similar a los acuerdos colectivos de trabajadores.

En consecuencia, los acuerdos entre los médicos especialistas, en cuanto que profesionales liberales, sí que se someten al actual art. 101 TFUE, en el bien entendido de que son empresas, en cuanto que agentes económicos independientes que asumen los riesgos financieros inherentes a su actividad. Por consiguiente, su organización representativa debería considerarse una asociación de empresarios. De modo que la decisión de solicitar la obligatoriedad del fondo de pensiones a la autoridad pública restringe la competencia, pues los médicos especialistas no buscarán en el mercado una oferta más económica y, en consecuencia, repercutirán en la misma medida esa parte del coste de sus servicios.

Sin embargo, y este es el *quid* de la cuestión, la afectación a la competencia de tal decisión resulta muy limitada. El régimen de pensiones de los médicos especialistas constituye solo un elemento marginal e indirecto en relación con el coste final de los servicios ofrecidos por los médicos especialistas independientes. Además, con la afiliación obligatoria se obtienen economías de escala que, a la postre, hacen que el precio que hayan de pagar los profesionales afectados sea competitivo en términos de mercado. Todo lo cual produce la conclusión de que no se vulnera con este sistema el entonces art. 85 del Tratado Constitutivo.

Sin duda alguna, este asunto pone de relieve el sometimiento de los acuerdos horizontales entre profesionales autónomos al derecho de la competencia. Los efectos limitados de falseamiento de la competencia a los que apela el Tribunal de Justicia pueden ser un buen argumento en muchas ocasiones para superar el test de adecuación al art. 101 TFUE, pero sin dejar de recordar que la fijación directa o indirecta de los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción constituyen la primera y más perseguida práctica concertada de conformidad con dicho precepto<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Esta idea se expresa con mucha claridad en las conclusiones del asunto *FNV Kiinsten Informatie en Media*, al que inmediatamente se va a hacer referencia. La conducta más típica de los acuerdos entre autónomos, la fijación de precios u honorarios entre autónomos, tiene una incidencia más directa en la competencia que el establecimiento de los salarios de los trabajadores. En concreto así se expresan los párrafos 35 y 36 de dichas conclusiones: «*aunque una restricción de la competencia que tenga su origen en convenios colectivos que regulen las condiciones laborales de los trabajadores suele ser incidental o tener un efecto limitado, dicha máxima no es necesariamente válida cuando se trata de convenios que regulan las condiciones de empleo de los trabajadores autónomos. Ello es así en especial en lo que respecta a los acuerdos que regulan la competencia en el precio entre autónomos. A menudo el precio es uno de los aspectos más importantes, o incluso el único importante, en el que las empresas compiten entre sí. Por eso, la letra a) de la «lista negra» recogida en el artículo 101 TFUE, apartado 1, se refiere a los acuerdos que «[fijan] directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción». Pues bien, se ha considerado sistemáticamente que los acuerdos por los que se fijan precios mínimos para bienes o servicios constituyen una restricción significativa de la competencia».*

Con todo, está por ver qué posibilidades de aplicación puede dar de sí esta excepción de los efectos limitados de los acuerdos entre profesionales autónomos que fijen independientemente su posición en el mercado. Sin duda, es un camino que debe explorarse en el futuro, sobre todo en el caso de acuerdos puntuales que solo se refieran a aspectos particulares con afectación indirecta en la fijación del precio final de los servicios.

### **4.3. Pero los trabajadores autónomos que fijan su posición en el mercado son empresas**

Las reflexiones hasta aquí formuladas conducen directamente al muy importante asunto *FNV Kunsten Informatie en Media*<sup>46</sup>. En él, se plantea de forma muy directa la esencia de la relación de servicios entre unos profesionales autónomos y, como corolario de la misma, la posibilidad de que pudiesen fijarse colectivamente sus honorarios, ya a través de convenios colectivos negociados por sindicatos que representen también a dichos profesionales, ya a través de instrumentos específicamente negociados para ellos, quienquiera que sea el órgano representativo.

Más en general, el asunto se refiere a la defensa de los derechos de estas personas cuyos vínculos profesionales se asemejan mucho a las relaciones laborales, a causa de una dependencia económica de uno o más clientes que se sitúan en una posición de poder frente a ellos y que, a la postre, genera una nueva forma de subordinación<sup>47</sup>. Precisamente ese era el objetivo de las organizaciones sindicales holandesas cuando optaron por postular la inclusión de ciertos contenidos referidos a los trabajadores autónomos en los convenios colectivos tradicionalmente dedicados a los trabajadores subordinados. Pues ha de tenerse en cuenta que el sistema de los Países Bajos reconoce el derecho de sindicación de los trabajadores autónomos, en el sentido de que les asiste el derecho de afiliarse a cualquier organización sindical o profesional de defensa de sus intereses. Su objetivo era doble: de una parte, al mejorar las condiciones de aquéllos, se reducían los incentivos para que las empresas optasen por sustituir trabajo por cuenta ajena por trabajo por cuenta propia. De otra, evitar el efecto de dumping social que se produciría en ambos colectivos a través de las carreras a la baja en la fijación de los precios de la prestación de servicios por parte de los autónomos<sup>48</sup>. A lo cual habría que añadir, desde la perspectiva de otras entidades interesadas, que el hecho de que se fijen dichos honorarios a

---

<sup>46</sup> Asunto C-413/13.

<sup>47</sup> Estos problemas, en relación con el asunto de estudio, en GROSHEIDE, E. y ter HAAR, B., «Employee-like worker: Competitive entrepreneur or submissive employee? Reflections on ECJ, C-413/13, FNV Kunsten Informatie», en VV.AA. (ed. LAGA, M., BELLOMO, S., GUNDT, N. y MIRANDA BOTO, J.M.) *Labour Law and Social Rights in Europe. The Jurisprudence of International Courts. Selected Judgments*, Gdansk University Press (Gdansk, 2017) pp. 21 ss.

<sup>48</sup> *Ibid.*, pp. 24 ss.

través de los convenios colectivos incrementa la transparencia y la certidumbre sobre los mismos. Por todos estos motivos, la legislación holandesa de convenios colectivos contemplaba la posibilidad de que las organizaciones patronales y las de trabajadores celebrasen convenios colectivos en nombre y por cuenta no sólo de trabajadores sino también de prestadores autónomos de servicios que fuesen miembros de dichos colectivos.

El asunto se refería al convenio colectivo de los músicos de orquestas sustitutos, uno de cuyos anexos regulaba los honorarios mínimos de los músicos que ostentaban la condición de trabajadores autónomos. En concreto, debían percibir al menos los honorarios de ensayo y concierto negociados para los sustitutos por cuenta ajena, más un incremento del 16 %. Pero el organismo holandés de defensa de la competencia publicó un documento conforme al cual dicha fijación de honorarios mínimos no gozaba de la inmunidad establecida en la doctrina del TJUE a partir del asunto *Albany*. Lo cual produjo que las organizaciones empresariales se negasen a renovar dicho anexo. De todo ello se desencadenó el litigio que, previos los trámites correspondientes, dio lugar a la cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial holandés.

El TJUE parte de la doctrina forjada en el asunto *Albany* y subsiguientes, pero recuerda que las organizaciones de trabajadores eran de composición mixta, pues albergaban también a autónomos. En estas condiciones, y si bien el acuerdo fue negociado formalmente como un convenio colectivo, y aunque los músicos sustitutos por cuenta propia prestaban materialmente los mismos servicios que los vinculados por relación laboral, en cuanto afectaba a personas que no eran trabajadores subordinados, no cabe sino concluir que se trataba de un acuerdo entre empresas. En efecto, los trabajadores autónomos ejercen su actividad como operadores económicos independientes, de modo que el sindicato negociador está actuando en favor de ellos como una asociación de empresas. Pues debe recordarse —a este respecto el Tribunal cita el asunto *Pavlov*— que no hay en cuanto a los trabajadores autónomos nada paralelo en el TJUE al fomento del diálogo social y a los acuerdos sociales para trabajadores por cuenta ajena.

Ahora bien, la conclusión sería distinta si las personas afectadas fuesen en realidad falsos autónomos, es decir, personas que se encontraran en situación comparable a los trabajadores. A este respecto, la secuencia lógica de la sentencia se oscurece pues, antes de referirse más en concreto a este tópico, reconoce que no siempre es fácil determinar si determinados prestadores autónomos, como el caso de los sustitutos del asunto principal, son o no empresas y evoca su doctrina de que no lo son si no asumen riesgos financieros y comerciales y, en consecuencia, no determinan de forma autónoma su comportamiento en el mercado<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Conviene aquí reproducir literalmente el siguiente pasaje: «por lo que se refiere al asunto principal, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, por una parte, un prestador

Conviene hacer aquí un hiato y partir en dos la fundamentación jurídica de la sentencia. Es decir, solo los autónomos que se comportan como empresas están sometidos al art. 101 TFUE en referencia a los acuerdos suscritos en su nombre que fijan los honorarios en la prestación de sus servicios. Además, debe remacharse que no parecen absolutamente colindantes los conceptos de empresa y trabajador que maneja la jurisprudencia del TJUE. Es decir, esos autónomos que no determinan de forma independiente su comportamiento en el mercado, porque no asumen riesgos comerciales y financieros y operan como auxiliares integrados de una empresa, no necesariamente encajan en el concepto europeo de trabajador al que ahora se pasa a hacer referencia, pues pueden no estar subordinados.

#### 4.4. Si bien los prestadores de servicios pueden ser falsos autónomos

La sentencia *FNK Künsten Informatie en Media*, aunque no sea excesivamente larga, dedica a este asunto bastante atención. Después de la referencia a que los prestadores de servicio pueden no asumir riesgos comerciales y financieros, expresa «*por otra parte*» —poniendo de relieve, así pues, que cambia de plano argumentativo— que el Derecho de la Unión Europea define al trabajador a través de parámetros objetivos, a la vista de los derechos y deberes de las partes afectadas. Se incluye en esta definición a toda persona que realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales cobra una retribución. A tal efecto, cita doctrina del TJUE dictada en particular en torno al tópico de la libre circulación de trabajadores, pero también de no discriminación por razón de sexo, cuando añade que «*la calificación de prestador autónomo con arreglo al Derecho nacional no excluye que la misma persona deba ser calificada de trabajador a efectos del Derecho de la Unión si su independencia sólo es ficticia y disimula lo que a todos los efectos es una relación laboral*». De modo que, aunque se formalice una relación de autónomo por motivos tributarios, administrativos o burocráticos, si la persona que presta servicios permanece bajo el poder de dirección del empresario, sobre todo en cuanto a su horario, al lugar de trabajo y al contenido de la prestación, debe ser considerada como trabajadora.

Como puede apreciarse, hasta ahora el Tribunal delimita el concepto de trabajador en torno a la subordinación, como si hubiera una especie de desencaje absoluto: el de empresas se configura en torno a la asunción de riesgos, en tanto que el de trabajador alrededor de la dependencia. Sin embargo, en este punto realiza un pequeño giro argumentativo e incorpora el elemento

---

*de servicios puede perder su condición de operador económico independiente, y por tanto de empresa, cuando no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado sino que depende completamente de su comitente por el hecho de que no soporta ninguno de los riesgos financieros y comerciales resultantes de la actividad de éste y opera como auxiliar integrado en la empresa del mismo».*

de la asunción de riesgos comerciales y la integración en la empresa —conformación de una unidad económica— durante el período de la relación contractual, a cuyo fin cita sentencias dictadas en cuanto a la normativa de la competencia. Bien es cierto que este último criterio —existencia de una unidad económica— tiene un sesgo ambivalente, pues puede aludir tanto a ajenidad como a subordinación, pero claramente la sentencia introduce aquí elementos extraños a su doctrina general sobre el concepto de trabajador.

Sin duda, este concepto está en construcción en el sistema jurídico de la UE, pues se ha conformado a través de una doctrina judicial evolutiva, pero con cierto grado de incoherencia<sup>50</sup>, y ha cristalizado en su reconocimiento normativo<sup>51</sup>, pero en unos términos que, necesariamente, deberán seguir siendo desarrollados por el Tribunal. Desde luego, los intersticios entre «empresa» y «trabajador», como conceptos autónomos de Derecho de la UE son un espacio de necesaria clarificación.

Volviendo al argumento de la sentencia, y ya en alusión al caso concreto, expresa el Tribunal que los médicos sustitutos, para ser genuinamente autónomos, han de disponer de más autonomía y flexibilidad que los trabajadores que ejerzan la misma actividad en lo que se refiere a la determinación del horario, el lugar y las modalidades de realización de los encargos que reciben, esto es, de los ensayos y conciertos. Ahora bien, y en consecuencia, si fueran falsos autónomos, el régimen de honorarios mínimos establecido en la disposición del anexo 5 del convenio colectivo contribuiría directamente a la mejora de las condiciones de empleo y trabajo de ese grupo de sustitutos y, por consiguiente, estaría al margen del campo de aplicación del art. 101 TJUE. En efecto, así se aseguran una retribución más alta y les sería posible contribuir en mayor medida a un seguro de pensiones de jubilación.

#### **4.5. Sin embargo, la fijación de honorarios de autónomos puede ser necesaria para evitar el *dumping social* y mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores**

Hasta aquí alcanzó la argumentación de la sentencia. Es interesante destacar que las conclusiones del abogado general iban por otros derroteros, tal

---

<sup>50</sup> Sobre este tema, CABEZA PEREIRO, J., *El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Documentación Laboral, nº 113, 2018, pp. 45 ss. También, RISAK, M. y DULLINGER T., *The concept of 'worker' in EU Law*, report 140, ETUI (Bruselas, 2018).

<sup>51</sup> Me refiero al art. 1.2 de la Directiva (UE) 2019/1152, del Parlamento y del Consejo, de 20 junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea: «la presente Directiva establece los derechos mínimos aplicables a todos los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada Estado miembro, tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia».

vez más protectores de los trabajadores autónomos. En efecto, expresa que los riesgos económicos que soportan a menudo los sitúan en relaciones de trabajo inestables e inseguras. Añade que las relaciones de servicio a veces se sitúan en un lugar borroso entre autonomía y subordinación con rasgos de una y otra. Los autónomos frecuentemente tienen muy poco poder de negociación, en particular cuando dependen económicamente de un cliente único o principal.

Ahora bien, reconoce que los autónomos son un grupo muy heterogéneo que incluye realidades divergentes. Algunas personas han decidido libremente trabajar por cuenta propia y otras han sido obligadas a ello. Por otra parte, «*dependiendo de sus aptitudes, conocimientos, experiencia y reputación, por un lado, y de las circunstancias particulares de cada caso (como el tamaño y poder económico del cliente, la urgencia y/o complejidad del servicio que se va a prestar, el número de otros profesionales disponibles)*, por otro, su poder de negociación puede ser mayor o menor que el de sus clientes». Además, la postura de cada uno en relación con la fijación de honorarios puede divergir. Acaso una mayoría pueda estar conforme, pero algunos, quizá para abrirse mercado, prefieran optar por establecer precios más reducidos. Porque, sin la posibilidad de competir ofreciendo precios más bajos, pueden quedar totalmente excluidos del mercado de trabajo. Es decir, no puede tomarse una parte por el todo. Que algunos autónomos quieran fijar precios por acuerdos, ello no significa que todos quieran hacerlo. En este punto, el abogado general expresa que las partes en conflicto no discuten que los músicos sustitutos afectados por el anexo del convenio son auténticos trabajadores autónomos, no falsos autónomos. Por consiguiente, no cabe excluirlos de las normas de protección de la competencia.

Sin embargo, existe otra perspectiva, destacada por el sindicato demandante: la fijación de honorarios de los autónomos afecta las condiciones de trabajo de los trabajadores asalariados, pues evita el *dumping social*, al disminuir los incentivos que tiene un empresario para establecer relaciones con autónomos en detrimento de la contratación de trabajadores subordinados. Claro que, puntualiza el abogado general, esa afectación es indirecta y, como tal, no protegida por la doctrina *Albany*. Las partes del convenio colectivo pueden incluir cláusulas que, por afectar de forma indirecta a sus condiciones de trabajo, estén sometidas a supervisión por los órganos de la competencia.

Con todo, el abogado general reconoce el riesgo de *dumping social* por dos motivos: el primero, por el peligro cierto de que los trabajadores vean en peligro sus empleos si el trabajo autónomo es de más reducido coste. Si el objeto de la negociación colectiva ha sido impedir que se contratase a trabajadores por debajo de las condiciones previstas en los convenios, no hay mucha diferencia en sortear ese impedimento mediante autoempleo. El otro motivo consiste en la evidente pérdida de poder negociador por la parte social si es imposible el establecimiento de honorarios mínimos para los autónomos. Por lo tanto, postula el abogado general, dicho establecimiento

puede considerarse una exigencia indeclinable para negociar colectivamente las condiciones de los trabajadores subordinados. La consecuencia a la que llega es importante: *«debe considerarse que las disposiciones destinadas a evitar el dumping social incluidas en un convenio colectivo que hayan sido negociadas en representación y en beneficio de los trabajadores asalariados mejoran directamente sus condiciones de empleo y de trabajo en el sentido de la jurisprudencia Albany»*.

Todo ello no obstante, el abogado general postula una aproximación casuística a situaciones como la planteada, en la que el cumplimiento de los requisitos para aplicar la excepción *Albany* no es inequívoco. La clave debe estar en el sentido del anexo: si se ha introducido para mejorar las condiciones de trabajo de los músicos o para limitar la competencia. Para ello, habrá que indagar si existe un riesgo cierto de *dumping* social y si la medida de establecer honorarios de autónomos es necesaria para combatirlo. Pero, sobre todo, si es además proporcionada, o, dicho en otras palabras, si no va más allá de lo necesario para combatir aquél. Sería desproporcionada, por ejemplo, una cláusula que estableciera honorarios netamente superiores a los salarios de los trabajadores. Pero no, en apariencia, en el asunto sometido a la consideración del TJUE. A tal fin, el abogado general expresa un argumento de gran interés: *«el concepto de mejora directa de las condiciones de empleo y de trabajo de los trabajadores asalariados no debe interpretarse de forma excesivamente estricta. La circunstancia de que una disposición de un convenio colectivo establezca honorarios mínimos para los autónomos que compiten con trabajadores por cuenta ajena por el mismo trabajo no basta, por sí misma, para que tales normas queden sujetas a la normativa sobre competencia»*.

#### **4.6. No hay una conclusión clara**

Así expuesta la doctrina del TJUE, no creo que puedan alcanzarse conclusiones definitivas. La aproximación del Tribunal parece dejar un resquicio entre el concepto de trabajador y el de empresa, en el que cabrían pactos de genuinos autónomos excluidos del derecho de la competencia. Se trataría de un colectivo definido en términos de que carece de subordinación, pero no fija su posición en el mercado y no asume riesgos comerciales y financieros. Pero ni siquiera ese espacio se puede delimitar con claridad, porque los conceptos propios del Derecho de la Unión Europea no son fijos y están en constante evolución. En particular, el encaje más preciso entre qué es una empresa y qué es un trabajador y la admisibilidad de zonas grises ocupadas por un *tertium genus* constituyen tareas pendientes para el intérprete del Derecho de la UE.

Puede concluirse que la asunción de riesgos se expresa como elemento esencial para que un trabajador autónomo merezca la consideración de

empresa y se someta, en consecuencia, a las normas de defensa de la competencia. Ahora bien, se plantea la duda lícita de si es posible una cuantificación de la misma. Es decir, cabe cuestionar que una modesta asunción de riesgos, sometida a unos límites muy reducidos, produce necesariamente la consecuencia de encajar al prestador de servicios independiente en este concepto que se desarrolla paulatinamente a golpe de pronunciamientos del Tribunal de Justicia.

Además, la definición del falso autónomo plantea sus dificultades. Sin duda, debe desarrollarse a partir del concepto autónomo de trabajador que va poco a poco perfilándose en la jurisprudencia del TJUE<sup>52</sup>. Por desgracia, ésta avanza muchas veces con pasos adelante y pasos atrás, pues no son infrecuentes los pronunciamientos que apelan al concepto propio de cada Estado Miembro, en particular cuando interpretan normas de la UE que remiten a los sistemas jurídicos de éstos a tales efectos<sup>53</sup>. Con todo, las situaciones de los trabajadores autónomos cuyas relaciones se asemejan mucho, en términos de poder y de subordinación fáctica, a las de los trabajadores dependientes, encuentran por esta vía un flanco de posible protección.

Desde otro punto de vista, la aproximación funcional que persiguen las conclusiones del abogado general del asunto *FNV Kunsten Informatie en Media*, aunque no haya sido la seguida por la sentencia, aporta otros flancos de interés indudables. Se plantea, en esencia, la posibilidad de que la negociación colectiva de trabajadores sometidos a la normativa laboral pueda regular, hasta cierto punto, los derechos profesionales de los autónomos con el propósito de la mejora de las condiciones de trabajo de aquéllos, no de éstos. Desde luego, las dificultades, acertadamente expresadas en dichas conclusiones, estriban, por una parte, en el adverbio «*directamente*» que ha adornado la doctrina *Albany*, que pone graves reparos a tal regulación salvo que los derechos de los trabajadores subordinados se encuentren amenazados de forma intensa a causa de las condiciones especialmente desventajosas en las que los autónomos pueden ofrecer sus servicios. Por otra, por la aplicación de los criterios de intervención necesaria, mínima y proporcionada que deberían regir la incursión de la negociación colectiva tradicional en los derechos de los trabajadores por cuenta propia. A todo lo cual habría que añadir la exigencia

---

<sup>52</sup> Conviene poner de manifiesto que esta fue la conclusión a la que llegó el órgano judicial que planteó la cuestión prejudicial del asunto *FNV Kunsten*: los músicos substitutos autónomos prestaban servicios en condiciones iguales que los músicos que tenían la condición de trabajadores y se sometían a las mismas instrucciones de la orquesta. En consecuencia, eran falsos autónomos y el convenio colectivo no infringía, en ese caso concreto, las reglas de la competencia. Sobre esta resolución final, con algo más de detalle, GROSHEIDE, E. y ter HAAR, B., «Employee-like worker...», cit., pp. 21 ss.

<sup>53</sup> Vg., entre los más recientes, asunto C-317/18, *Correia Moreira*, sentencia de 13 junio 2019: «...si bien la Directiva 2001/23 tiene por objeto proteger a los trabajadores, corresponde a los Estados miembros definir al trabajador; así como su contrato o relación laboral, en sus respectivas legislaciones». Aunque habría que añadir que, en este caso, al Tribunal se le acomoda bien el concepto del Derecho portugués a los efectos argumentativos que desarrolla.

bilidad de que éstos se encontrasen adecuadamente representados en la mesa de negociación por unas organizaciones representativas de sus intereses, con casi total seguridad sindicatos.

##### 5. UNA DOCTRINA JUDICIAL SUFICIENTEMENTE CLARA COMO PARA CONCLUIR QUE LA CLÁUSULA SURBOGATORIA DEL ACUERDO MARCO DE LA ESTIBA NO VULNERA EL ART. 101 DEL TFUE

Volviendo al trabajo indudablemente dependiente, está *sub iudice* una cuestión prejudicial planteada por la Sala de la Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>54</sup>. No procede ahora una reflexión desde la perspectiva del Derecho interno ni mucho menos desde un punto de vista procedimental, sino solo un comentario de fondo acerca de la compatibilidad de la norma convencional con el art. 101 TFUE, a la vista de la jurisprudencia que se ha descrito y analizado en las páginas anteriores.

Se hace elipsis aquí de la evolución normativa del régimen legal de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, en particular a partir de la sentencia TJUE de 11 diciembre, asunto *Comisión c Reino de España*<sup>55</sup>, y sobre todo a través del RD-ley 8/2017, de 12 mayo. Muy en particular, se omite toda referencia a las reglas sobre extinción de los contratos y el pago de la indemnización por parte de las autoridades portuarias, reglas introducidas al objeto de igualar la situación competitiva entre las anteriores sociedades de gestión de estibadores portuarios y las nuevas entidades empleadoras del personal de dicho servicio público. Se omite porque es algo así como una coartada que ensombrece la visión clara del asunto principal planteado.

La cláusula sometida a consideración del TJUE era la disposición adicional séptima del IV Acuerdo estatal para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria. Tal disposición se acordó el 6 julio 2007, a la vista del RD-ley 8/2017, con el objetivo de establecer la subrogación, obligatoria para las empresas y voluntaria para los trabajadores, desde las sociedades anónimas a las empresas estibadoras que se separaran de su respectiva sociedad anónima, en proporción de su participación accionarial en ésta<sup>56</sup>. Además, y con posterioridad a que se introdujese esta cláusula conven-

---

<sup>54</sup> Asunto C-462/19, planteada por Acuerdo de 12 junio 2019, en el expediente S/DC/0619/17.

<sup>55</sup> Asunto C-576/13.

<sup>56</sup> «Aquellas empresas que opten por decidir su separación de la SAGEP en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017, se subrogarán el personal de la estiba portuaria, que a fecha de la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley integraba la plantilla de la SAGEP, en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad. En consecuencia, el citado personal, tendrá derecho a su incorporación voluntaria en dichas

cional, el RD-ley 9/2019, de 29 marzo, a través de su art. 4, incluyó la posibilidad de que la negociación colectiva estableciese la subrogación obligatoria del personal de estiba que pertenecía a las sociedades anónimas de gestión de estibadores portuarios por parte de las empresas estibadoras titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías cuando éstas abandonasen aquéllas de conformidad con el RD-ley 8/2017. En realidad, y claramente, la norma era una especie de legitimación *a posteriori* de lo que las partes del IV Acuerdo estatal habían negociado veinte meses antes.

El acuerdo, desde el punto de vista de la Dirección de la Competencia, es contrario al art. 101 TFUE, porque supone «una imposición de condiciones comerciales entre operadores que, al ir más allá del ámbito propio de la negociación colectiva, constituirían una restricción al ejercicio del derecho de separación y por lo tanto a las condiciones de libre competencia que se pretendían garantizar con el cambio normativo acaecido tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». No se entiende del todo su argumento, que más bien parece una petición de principio, cuando expresa que la cláusula de subrogación incluida en la disposición adicional séptima es contraria al RD-ley 8/2017<sup>57</sup>.

La referencia de sentencias que contiene el Acuerdo de la Sala de la Competencia por la que se plantea la cuestión prejudicial produce escepticismo. A veces, incluso hay una confusión de planos, diríase que deliberada, entre libertad de establecimiento y normativa de defensa de la competencia.

---

*empresas estibadora en las mismas condiciones laborales individuales y colectivas que posee actualmente. Este supuesto se regirá, por analogía, por lo previsto en el artículo 44 del estatuto de los trabajadores para la sucesión de empresas y seguirán rigiéndose por el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (BOE número 26, de 30 de enero de 2014), incluida la presente modificación y otras que se acuerden, y por los convenios colectivos sectoriales del puerto en vigor a la fecha de la firma de esta disposición adicional o sus modificaciones posteriores, hasta su sustitución por el V Acuerdo o por los nuevos convenios colectivos sectoriales y de pluralidad de empresas u otros que resulten aplicables. En el caso de que todas las empresas decidan la separación de la SAGEP y, por tanto, se proceda a su liquidación, igualmente, los trabajadores tendrán derecho a la subrogación en las empresas estibadoras según su porcentaje de participación en el capital de la SAGEP. Antes de que se ejecute por las empresas las decisiones de separación de la SAGEP, deberán informar a la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, que incorpora a sus competencias la emisión de informe preceptivo sobre sus efectos y sobre el sistema de asignación de trabajadores a cada empresa que se pactará en el ámbito estatal. Asimismo, la Comisión Paritaria Sectorial Estatal asume la competencia de interpretación y resolución de conflictos de la presente disposición adicional. La presente Disposición adicional tendrá eficacia desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2017». Posteriormente se acordó una reforma de esta disposición adicional, con una evidente mejora de su rigor técnico, que aparece reproducida en el propio Acuerdo de planteamiento de la cuestión prejudicial. Se omite aquí el texto porque nada cambia en lo sustancial en relación con el fondo del asunto.*

<sup>57</sup> En concreto, a su disposición de que «las normas convencionales vigentes deberán adaptarse a este nuevo régimen en el plazo de un año, siendo nulas de pleno derecho las disposiciones de los convenios colectivos que incumplan dicha obligación, restrinjan la libertad de contratación en el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías o de los servicios comerciales o limiten la competencia».

Así se observa en la utilización que se hace en ciertos pasajes del RD-ley 8/2017, aprobado a la vista del asunto *Comisión c Reino de España* y también en la cita del asunto *Viking Line*<sup>58</sup>, uno y otro centrados en aquella libertad. Pero llama todavía más la atención la glosa que hace de la doctrina de *Albany*, glosa que, en términos muy amables no cabe sino calificar de parcial. En efecto, se limita la Sala a afirmar que la sentencia «niega la exclusión *per se* de los convenios colectivos de la aplicación de las normas de competencia, imponiendo a las autoridades de competencia un examen previo de la naturaleza y objeto del acuerdo antes de concluir si es o no de aplicación el artículo 101.1 del TFUE». No es que sea totalmente falsa esta afirmación, pero al menos debe añadirse que solo es una media verdad, como se ha argumentado sobradamente en páginas anteriores.

Por lo que respecta a las demás sentencias que cita la Sala de la Competencia para sustentar sus dudas y el planteamiento de la cuestión prejudicial, en realidad alguna de ellas apenas guarda una remota relación con la normativa convencional que se cuestiona<sup>59</sup>. Mucho más interés tiene la sentencia del Tribunal la Asociación Europea de Libre Comercio de 19 abril 2016<sup>60</sup> que pone en entredicho algunos aspectos del sistema noruego de relaciones laborales en la estiba y desestiba de buques<sup>61</sup>. Un sistema que, dicho sea de paso, muestra unos parecidos claros con el español previo a la reforma de 2017 y que el TJUE declaró contrario al derecho de libre establecimiento. Contradicción que, dicho de paso, el Tribunal de la EFTA también imputa a ese sistema en el propio asunto *Holship*.

Antes de comentar la fundamentación jurídica de esta sentencia, no está de más hacer hincapié en una obviedad: el Tribunal de la EFTA no está preocupado por la política social, como sí lo está el TJUE. Es decir, no ha

---

<sup>58</sup> C-438/05, sentencia de 11 diciembre 2007.

<sup>59</sup> Por ejemplo, el asunto 185/14, *EasyPay AD*, sentencia de 22 octubre 2015.

<sup>60</sup> Asunto E-14/15, *Holship Norge AS*.

<sup>61</sup> Sucintamente descrito, en el asunto, planteado por el Tribunal Supremo noruego al Tribunal de la EFTA, se planteaba la licitud de un acto de boicot promovido por el sindicato noruego de transportes, integrado en la Confederación Sindical Noruega, con el objetivo de que la empresa *Norship* aceptara y acatará un acuerdo marco que otorgaba prioridad de contratación en el trabajo de estiba y desestiba a los estibadores registrados en la AO, una persona jurídica sin ánimo de lucro creada para gestionar dicho acuerdo marco y dirigida por un órgano de gobierno conformado por las partes del mismo. *Holship* era una agencia consignataria de buques establecida en el puerto de Drammen cuya actividad principal consistía en la limpieza de contenedores de fruta, pero que accesoriamente cargaba y descargaba mercancías transportadas en buques. *Holship* no era parte del Acuerdo Marco ni estaba asociada a la Asociación Empresarial Noruega de Logística y Mercancías, confederada a la Confederación Noruega de Empresas, que era la entidad firmante del acuerdo marco, aunque había firmado un convenio colectivo con un sindicato integrado en la Confederación Sindical Noruega. En el puerto de Drammen la AO empleaba con carácter permanente a ocho trabajadores y eventualmente, cuando era necesario, a algunos más. *Holship* aplicaba su propio convenio colectivo también en el caso de que se tratase de su trabajo accesorio de carga y descarga de buques y había utilizado previamente los servicios de AO, pero dejó de hacerlo cuando entabló relaciones comerciales con un nuevo cliente y multiplicó exponencialmente su actividad de carga y descarga. En este escenario, el sindicato noruego de transportes requirió por escrito a *Holship* para que respetara el acuerdo marco, sin obtener respuesta. La convocatoria de boicot se acompañó de una demanda judicial que declarase la legalidad del mismo.

de preguntarse por la concurrencia de políticas de signo diverso que en ocasiones entran en conflicto y cuyas limitaciones recíprocas deben apreciarse aplicando los principios clásicos de justificación, necesidad y proporcionalidad. Del Tribunal de la EFTA sí que puede afirmarse de forma absolutamente decidida que es un órgano que aplica la *lex mercatoria* con abstracción de su incidencia en los derechos sociales que pueden quedar afectados. Aunque también sería inveraz negar la influencia que en él ejercen, por una parte, el propio TJUE y el TEDH y, por otra, las tradiciones constitucionales de los países que integran la Asociación Europea de Libre Comercio<sup>62</sup>.

La sentencia se refiere a la compatibilidad del acuerdo marco noruego de estiba y desestiba con el Derecho de la competencia y con la libertad de establecimiento. Prescindiendo aquí del análisis de esta última, por lo que se refiere al art. 53 del Acuerdo del Espacio Económico Europeo —trasunto del art. 101 del TFUE—, la sentencia concluye que la excepción de los convenios colectivos del ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia no alcanza a un acuerdo que otorga prioridad de ocupación a los trabajadores registrados en una entidad que gestiona dicho acuerdo y que les impone a las empresas portuarias la utilización de los mismos en lugar de recurrir a sus propios empleados. Y que, por lo tanto, tampoco cubre una acción colectiva como un boicot para lograr su cumplimiento.

Para llegar a tal conclusión, parte de la doctrina *Albany*, pero considera que excluir todos los convenios colectivos del derecho de la competencia es ir demasiado lejos, pues no habría ningún control judicial sobre las restricciones a la competencia producidas a través de estos instrumentos convencionales. El Tribunal reconoce que la expresión de la sentencia *Albany* «*condiciones de trabajo y empleo*» debe interpretarse con amplitud. Pero añade —y esto es «cosecha propia» en relación con la jurisprudencia del TJUE— que dicha expresión se refiere a los elementos nucleares del convenio colectivo, como salarios, jornada y otras condiciones de trabajo. Otros contenidos deben incluir seguridad y salud en el trabajo, ambiente de trabajo, vacaciones, formación profesional y consulta y co-determinación entre los trabajadores y la empresa. Además, al valorar los contenidos del convenio, debe tenerse en cuenta el valor agregado de las cláusulas interpretadas conjuntamente.

En el caso concreto, la prioridad de ocupación de los estibadores registrados se instrumentaba a través de una entidad sin ánimo de lucro gestionada por las propias partes del acuerdo marco. Por lo tanto, se privilegiaba a los trabajadores contratados por dicha entidad. En tales condiciones, claramente dichas partes sociales tenían el interés de preservar la posición competitiva en el mercado de aquella. Por consiguiente, el sindicato convocante del boicot actuaba en favor de la misma, auténtica beneficiaria de la acción colectiva. En consecuencia, el acuerdo trascendía del contenido esencial de la negociación

---

<sup>62</sup> Sobre este tema, y de gran interés, SPANO, R., *The EFTA Court and fundamental rights*, *European Constitutional Law Review*, vol. 13, nº 3, 2017, pp. 475 ss.

colectiva y de sus efectos inherentes en la competencia. A mayor abundamiento, se protegía tan solo a un grupo limitado de trabajadores en detrimento de otros. Todo lo cual separaba el asunto planteado y lo diferenciaba hasta el punto de no ser aplicable la doctrina *Albany*.

La sentencia *Holship* resulta, sin duda, criticable, por una corrección «a la baja» de la del TJUE. Aunque concede que la excepción al art. 101 TJUE debe interpretarse con amplitud, añade que solo atañe a los elementos nucleares —«*core elements*»— de los convenios colectivos. El desinterés de la EFTA por la política social justifica esta postura que, sin duda alguna, emparenta la doctrina de su Tribunal con la jurisprudencia de USA. Plantea muy amplios problemas interpretativos de futuro que deben resolverse teniendo en cuenta el contrapeso entre unos objetivos y otros de la UE. Indudablemente, cuando las cláusulas de los convenios colectivos afectan a terceros —el ámbito de las entidades paritarias de gestión de contrataciones generadas por cláusulas convencionales es un ejemplo gráfico, ampliando el alcance del problema planteado en el asunto *Holship*— se plantea una controversia compleja. Como puede suscitarse cuando se limita la actividad de terceros en la unidad de negociación, por ejemplo, de empresas de trabajo temporal o de empresas contratistas o subcontratistas<sup>63</sup>. Pero cuando eso no es así, porque las entidades afectadas por cláusulas como la subrogatoria están adecuadamente representadas en la mesa de negociación —como en el asunto por el cual la Sala de la Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha planteado la cuestión prejudicial—, resulta hartos sesgado y desproporcionado afirmar que el convenio no mejora las condiciones de trabajo en un sentido como el expresado por la sentencia *Albany*.

Con esto no quiere afirmarse la más mínima adhesión a la sentencia del asunto *Holship*. Una cosa es que se pueda infringir el derecho de establecimiento, conclusión que hay que arrostrar desde la sentencia de 2014 del asunto *Comisión c Reino de España* —por cierto a causa de la indolente y banal defensa que hizo del ordenamiento español a la sazón vigente la Abogacía del Estado<sup>64</sup>- y otra muy distinta que favorecer la profesionalidad del personal de manipulación de mercancías no sea un objetivo legítimo y que la prioridad de ocupación pueda ser, con ciertas condiciones, necesario y proporcionado<sup>65</sup>. En estas hipótesis, la cláusula que mejore las condiciones de trabajo, a menos que no supere el test de necesidad y de proporcionalidad, se amparará en la excepción a la aplicación del art. 101 TFUE.

Con todo, y aun desde la raquítica interpretación del ámbito de la excepción *Albany* en el asunto *Holship*, es innegable que la cláusula subrogatoria

---

<sup>63</sup> Estos y otros problemas, con amplia descripción, en CRUZ VILLALÓN, J., *El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva*, Temas Laborales, nº 147, pp. 25 ss.

<sup>64</sup> A su pobreza argumentativa me referí en CABAZA PEREIRO, J., *Derecho de la competencia, libertad de establecimiento...*, cit.

<sup>65</sup> A este respecto, aunque no son casos iguales, habría que confrontar la doctrina del asunto *Holship* con la del asunto *Becu*, antes mencionado.

forma parte de los elementos nucleares de la negociación colectiva. Pretender justificar el sometimiento al art. 101 TFUE de la cláusula controvertida del IV Acuerdo estatal para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria introducida en julio de 2017 es una auténtica desmesura. En realidad, la cita que se hace de dicho asunto en el planteamiento de la cuestión prejudicial está totalmente descontextualizada.

Por lo demás, no es necesario formular mayores comentarios sobre la posible inaplicación del art. 4 del RD-ley 9/2019, a pesar de lo dispuesto en el art. 4 de la Ley 15/2007, de 3 julio, de Defensa de la Competencia<sup>66</sup>. Si esto fuera posible, este art. 4 quedaría vacío de contenido. Incluso cabría plantearse la posibilidad de que el voraz apetito de los órganos de defensa de la competencia cuestionara la aplicabilidad del art. 13 del Estatuto del Trabajador Autónomo y la compatibilidad de los acuerdos de interés profesional con el art. 101 del TFUE<sup>67</sup>.

Y, para finalizar con la crítica al planteamiento de la cuestión prejudicial, hay que desmentir otro argumento de la Sala de la Competencia, relativo a que las organizaciones sindicales ostentan la condición de empresas a los efectos de la aplicación del art. 101 TFUE, a cuyo fin cita un asunto que nada tiene que ver con organizaciones sindicales, el *EasyPay AD*<sup>68</sup>. Nuevamente hay que citar el asunto *Becu* para expresar que, cuando actúan en defensa de los derechos de los trabajadores, los sindicatos no son empresas a tales efectos: «*incluso considerados de forma colectiva, no se puede considerar que los trabajadores portuarios reconocidos de una zona portuaria puedan constituir una empresa*». O, expresada la idea *a contrario sensu* en el asunto *FNK Künsten Infomatie en Media*, cuando actúan en representación de autónomos —no de trabajadores—, los sindicatos son asociaciones de empresas: «*en la medida en que una organización que representa a trabajadores entre en negociaciones en nombre y por cuenta de los prestadores autónomos de servicios que son miembros de esa organización, ésta no estará actuando en condición de sindicato y, por tanto, de interlocutor social, sino que lo hará, en realidad, como asociación de empresas*».

En resumen, la cuestión prejudicial, en sus aspectos sustantivos, no debería producir una respuesta de sometimiento de la cláusula subrogatoria controvertida al art. 101 TFUE, a menos que se produjese un auténtico «volantazo» en la jurisprudencia del TJUE, que le cegara totalmente la contemplación de la vertiente social de la UE. Da la impresión de que el órgano que plantea la cuestión prejudicial pretende sobreponer el derecho de la competencia al de libre establecimiento para obtener una liberalización mucho mayor del sector de la estiba y la desestiba de la que se deriva de la sentencia de 11 diciembre 2014, al resolver el asunto *Comisión c Reino de España*.

---

<sup>66</sup> «*Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley*».

<sup>67</sup> Defendiendo esta compatibilidad con argumentos consistentes, CRUZ VILLALÓN, J., *op. cit.*, p. 42.

<sup>68</sup> Cit.

**Segunda Ponencia**

**NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DERECHO  
DE LA COMPETENCIA: PERSPECTIVA ESPAÑOLA**

**JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET**  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universitat de València (Estudi General)

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN
2. MERCADO DE TRABAJO Y MERCADO DE BIENES Y SERVICIOS:  
LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA
3. AUTONOMÍA COLECTIVA Y TRABAJADORES AUTÓNOMOS
4. LA REGULACIÓN POR EL CONVENIO DE LA ACTUACIÓN  
EMPRESARIAL EN EL MERCADO
  - 4.1. Determinación de los horarios comerciales
  - 4.2. Fijación de precios de bienes y servicio
5. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y BARRERAS DE ACCESO AL MERCADO
  - 5.1. Reglas sobre la provisión de servicios a empresas o trabajadores afectados  
por el convenio colectivo
  - 5.2. Excesos en la delimitación del ámbito del convenio
  - 5.3. El problema de la subrogación convencional
  - 5.4. Las restricciones a la descentralización productiva
  - 5.5. Desigualdades entre empresas
6. UN BREVE APUNTE DE CONJUNTO
7. UNA ÚLTIMA CUESTIÓN ABIERTA:  
CONTROL ADMINISTRATIVO Y CONTROL JURISDICCIONAL

## Resumen

Aun cuando hasta la fecha han sido limitadas las interferencias entre negociación colectiva y derecho de la competencia en la experiencia española, la nueva regulación de las relaciones laborales en el ámbito de la estiba portuaria ha dado lugar a vistosos episodios. Con independencia de ellos, hemos visto como en las dos últimas décadas la autoridad nacional de la competencia y los tribunales laborales no han caminado de la mano, en gran medida porque el criterio que permite deslindar la inmunidad relativa de los convenios, la llamada doctrina Albany, no es tan claro como sería necesario.

En este contexto, el trabajo que sigue describe los principales episodios de interferencia detectados en nuestra experiencia. Tras examinarlos, indica las razones que se encuentran en su base y advierte los riesgos que, de consolidarse, podrían amenazar el modelo de negociación existente en España en las cuatro últimas décadas. Apunta igualmente una posible solución, relacionada con la exclusividad de las competencias del orden jurisdiccional social en el control de legalidad de los convenios.

## 1. INTRODUCCIÓN

Como se afirma en las sentencias Albany<sup>1</sup>, «determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores». Es más, en atención a su estructura natural, podrían caer de lleno en el ámbito de las conductas colusorias que el Derecho de la competencia intenta prevenir. Es así, en efecto, como resultado de la combinación de la definición de tales conductas y la específica noción de empresario que se maneja en este sector del ordenamiento.

La primera implica la de «todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la compe-

---

<sup>1</sup> STJCE de 21 de septiembre de 1999 (asuntos *Albany*, *Brentjen's*, *Drijvende Bokken*, C-67/96, C-115/97 a C-117/97, C-219/97). Las citas corresponden a la primera

tencia en todo o parte del mercado nacional» (art. 1.1 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia —en adelante, LDC—; véase, también, art. 101 TFUE, en relación con el mercado interior europeo). En cuanto a la segunda, la evolución del ordenamiento de la competencia ha conducido a la cristalización de un concepto material de empresario que incluye a «cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación»<sup>2</sup>. Puestas en conexión, el convenio colectivo aparece como posible objeto de sospecha desde la perspectiva antitrust. Después de todo, no es sino un acuerdo en el que participan una pluralidad de empresarios y que, en función de su fuerza vinculante, produce distorsiones en las facultades de actuación de aquellos en el mercado. Ni siquiera se libra enteramente de sospecha la negociación en el ámbito empresarial en la medida en que las organizaciones representativas de los trabajadores pueden ser equiparadas a empresarios a la vista de la amplia definición que se da de los mismos.

La interferencia entre autonomía colectiva y funcionamiento libre del mercado ha sido advertida, desde luego, en los primeros tiempos de la Edad Contemporánea, cuando el Derecho del Trabajo era solo un sueño. Y el conflicto se ha saldado claramente en favor del mercado: el correcto funcionamiento y la libre actuación en él de las empresas se ha garantizado en efecto mediante la proscripción de las incipientes organizaciones obreras. En España, aunque no hayan existido normas tan claras como la ley *Le Chapelier* (1791) o las *Combination Acts* (1799/1800), el juego de las disposiciones que abolieron los gremios y el Código Penal producían un efecto similar. Recuérdese, en este sentido, que en el de 1848 se incluía entre las «maquinaciones para alterar el precio de las cosas» (art. 543) la conducta consistente en coligarse «con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo o regular sus condiciones»<sup>3</sup>.

Con posterioridad, a medida que el sueño ha ido haciéndose realidad, la situación ha ido cambiando. Una vez se ha aceptado como principio fundamental del orden internacional en materia laboral que «el trabajo no es una mercancía» (Declaración de Filadelfia, 1944), cabe alcanzar la conclusión de 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»<sup>4</sup>.

En este sentido, la normalización de la intervención normativa del Estado así como de la acción sindical ha cambiado la óptica a través de la que se

---

<sup>2</sup> Disp. adic. 4ª.1 LDC, que recoge consolidada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por todas, STJCE de 10 de enero de 2006, C-222/04).

<sup>3</sup> Más detalles en GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., *Derecho del trabajo y legislación de defensa de la competencia*, Pamplona (Aranzadi), 2008, pp. 36 ss.

<sup>4</sup> CRUZ VILLALÓN, J., «El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva», *Temas laborales* 147/2019, p. 15.

contemplaban las relaciones entre mercado y normas laborales. De un lado, si bien es cierto que ha implicado la extensión de trabas y vínculos de las empresas para acceder al mercado, moverse en él o abandonarlo, ha tendido a hacerlo de forma general: los estándares protectores uniformes se han constituido así en nueva salvaguarda de la igualdad en el mercado. De otro, el desarrollo del constitucionalismo social propio del siglo XX ha posibilitado la coexistencia pacífica del ordenamiento laboral y el derecho de la competencia: las eventuales limitaciones al libre acceso y libre funcionamiento de las empresas en el mercado derivadas de las normas laborales y de la negociación colectiva encontraban el mismo fundamento constitucional que la libertad de empresa. A la postre, pues, contratación colectiva y legislación antitrust han ido desarrollándose en paralelo, sin que durante largo tiempo se hayan detectado conflictos interpretativos entre los requerimientos de una y otra, con la salvedad de los sistemas jurídicos como el norteamericano que se han mantenido fieles a los principios del liberalismo económico en mucha mayor medida, y durante mucho más tiempo<sup>5</sup>.

Sin embargo, como se ha señalado con más detalle en otro lugar<sup>6</sup>, estamos asistiendo recientemente a la demostración de que el conflicto no estaba cerrado; se mantenía en estado latente. Aparte de que el propio legislador ha vuelto su atención a la cuestión como demuestra el art. 13 del Estatuto del Trabajo Autónomo de 2007, los repertorios jurisprudenciales muestran la aparición de una interacción de nuevo cuño entre negociación colectiva y competencia. Al igual que en otros países comunitarios, se detectan fenómenos de valoración de los convenios colectivos por las autoridades administrativas de la competencia; y, en la misma línea, asistimos a una creciente utilización de la normativa antitrust ante los tribunales del orden social. En los últimos años, la apertura de un proceso de liberalización de la prestación de servicios portuarios a raíz de la STJUE de 11 de diciembre de 2014, C-576/13, ha incrementado exponencialmente el fenómeno pues la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia —en adelante, CNMC— ha abierto tres expedientes en relación con convenios y acuerdos colectivos vigentes en el sector, uno de los cuales, que afecta nada menos que a la cláusula subrogatoria incluida en el verano de 2017 en el IV Acuerdo estatal para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, ha dado lugar a vistosos episodios normativos y judiciales aún abiertos<sup>7</sup>. Por supuesto, como lógica consecuencia de todo ello, se ha producido un sustan-

---

<sup>5</sup> GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «La interacción entre el derecho de trabajo y la defensa de la competencia: apuntes sobre la cuestión», *Relaciones laborales*, 2006-II, pp. 373 ss.

<sup>6</sup> GOERLICH PESET, J. M. (dir.) *et al.*, *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho a la competencia*, Madrid (CES), 2011, pp. 15 ss.

<sup>7</sup> Se trata de los procedimientos S/DC/0596/16, S/DC/0605/17 y S/DC/0619/17. El primero, abierto en el ámbito del Puerto de Vigo, ha concluido ya con Resolución sancionadora de 26 de julio de 2018. El segundo se refiere al «Acuerdo de Estabilidad en el empleo para la actividad del amarre y desamarre de buques en el Puerto Bahía de Algeciras». El último es el aludido en el texto.

cial incremento de la atención doctrinal hacia el tema. Es buen ejemplo la circunstancia de que esta XXXII Jornada de estudio sobre negociación colectiva de la CCNCC se haya dedicado precisamente a esta cuestión.

Es verdad que no hay que sobrevalorar el fenómeno. Aunque los nuevos perfiles de la interacción entre negociación colectiva y normas antitrust han dado lugar a episodios de elevado interés teórico, e incluso mediático, lo cierto es que el alcance real de estos es muy limitado. No es posible afirmar que las normas de defensa de la competencia estén poniendo en riesgo el conjunto del sistema de la autonomía colectiva. Sin embargo, hay que ser consciente de que los puntos de interacción afectan, por razón de la materia, a instituciones de indudable trascendencia en la ordenación de las relaciones de trabajo o que parecen estar llamadas a adquirirla en el futuro y, desde la perspectiva estructural, parecen poner en cuestión elementos esenciales del sistema de negociación colectiva. De este modo, aunque desde una perspectiva «cuantitativa» el interés del tema sea limitado, no conviene perderlo de vista desde una «cualitativa». La reflexión sobre los límites de la proyección de la legislación antitrust sobre los convenios colectivos resulta necesaria para el futuro de la negociación colectiva.

## 2. MERCADO DE TRABAJO Y MERCADO DE BIENES Y SERVICIOS: LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

La clave que habría de posibilitar los conflictos entre negociación colectiva y normas antitrust es la ya aludida doctrina Albany, que ha sido utilizada con posterioridad por el TJUE para resolverlos. No entraré en ella con detalle pues se ha ocupado de ella, de forma exhaustiva, la otra ponencia<sup>8</sup>. Para seguir el análisis, es necesario, sin embargo, hacer dos breves consideraciones. La primera hace referencia a la consagración en ella de una inmunidad limitada de los convenios colectivos frente a la normativa antitrust; la segunda, a las dificultades para trazar con seguridad los límites de la misma.

En el primer sentido, aunque se reconoce en ella que «determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores», en atención a la legítima finalidad que persiguen y que encuentra amparo en el propio Ordenamiento europeo, no pueden quedar sujetos a la legislación antitrust puesto que «los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado (*actual art. 101.1 TFUE*) en la búsqueda común de medidas desti-

---

<sup>8</sup> CABEZA PEREIRO, J., «Negociación colectiva y derecho de la competencia: perspectiva europea», en este mismo volumen (original mecanografiado, pp. 6 ss.).

nadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo». Por ello, la conclusión que se alcanza es la de que «los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado (actual art. 101.1 TFUE)».

Pero la inmunidad frente a las normas de defensa de la competencia no es absoluta. Solo surge cuando el convenio se mueve hacia la «búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo»: es cuando actúan «para el logro de dichos objetivos» cuando los convenios colectivos «no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto» en el ámbito de aplicación de las normas de defensa de la competencia. En un sencillo ejercicio interpretativo, cabe alcanzar la conclusión de que, en el hipotético caso de que una estipulación convencional no se moviera en esa línea, la misma podría ser enjuiciada desde la perspectiva de la defensa de la competencia.

En una aportación reciente, Jesús Cruz ha intentado delimitar el alcance de la inmunidad de la negociación colectiva mediante la diferenciación del mercado de trabajo y el mercado de bienes y servicios. Desde esta interesante perspectiva, la negociación colectiva podría «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». De este modo, cuando se negocia «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». Por el contrario, si el convenio aborda «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» no quedaría amparado por la inmunidad y resultaría de aplicación las normas antitrust<sup>9</sup>.

Ahora bien, y esta es la segunda consideración que quería hacer en esta sede preliminar, la verdadera dificultad no se encuentra en aceptar la existencia de una inmunidad relativa de los convenios. Lo problemático es delimitar sus confines, puesto que los conceptos jurídicos que utiliza Albany son elevadamente indeterminados y la determinación de su alcance queda condicionado por la visión global que el operador jurídico tenga de la negociación colectiva. Por eso, la respuesta a los conflictos que se vienen suscitando depende en gran medida de la óptica en que se sitúe el operador llamado a actuar sobre ellos. Como se ha señalado en otro lugar<sup>10</sup>, aparece así una

<sup>9</sup> CRUZ, «El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva» cit., pp. 20 ss.

<sup>10</sup> GOERLICH PESET, J.M. y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «Ordenamiento laboral y disciplina del mercado», *Teoría y derecho* 5(2009), p. 134.

importante dosis de relativismo en la forma en que se vienen solucionando los conflictos: comoquiera que el intérprete espectador puede mirarlo desde perspectivas diferentes, la del mercado o la específica del ordenamiento laboral, se genera un elevado porcentaje de desacuerdo en su solución.

A la postre, el mercado de trabajo y el de bienes y servicios «no son mundos separados, no son espacios estancos»<sup>11</sup>. De hecho, en estas últimas dos décadas se detectan en nuestra experiencia una serie de puntos de contacto que han dado lugar a conflictos interpretativos de cierto interés. Las consideraciones que siguen describen los diferentes aspectos en los que se han desarrollado.

### 3. AUTONOMÍA COLECTIVA Y TRABAJADORES AUTÓNOMOS

En este análisis de las fronteras entre el mercado de trabajo y el mercado de bienes y servicios, la primera cuestión a considerar es la del posible ejercicio de la autonomía colectiva por los trabajadores por cuenta propia o en favor de ellos. En la reconstrucción tradicional, estos ofrecen directamente al mercado el fruto de su actividad. Al no estar subordinados a un empresario laboral, como ocurre con los trabajadores asalariados, operan directamente en el mercado de bienes o servicios. De hecho, en la tabla de derechos que les reconoce el Estatuto del Trabajo Autónomo, aprobado por la Ley 20/2007 (en adelante, LETA) se incluye expresamente la «libertad de iniciativa económica y (el) derecho a la libre competencia» (art. 4.2.b)]. Desde esta perspectiva, cabría pensar que la organización de trabajadores autónomos para negociar condiciones comunes respecto de la contraprestación de sus servicios o del modo de desarrollarlos cae en el ámbito de las conductas colusorias prohibidas por la ordenación del mercado. De hecho, en esta línea se ha pronunciado tradicionalmente el Tribunal de Justicia europeo, así como la autoridad española de la competencia.

Por lo que se refiere al primero, aunque existe algún otro precedente<sup>12</sup>, hay que traer a colación la STJUE de 4 de diciembre de 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media*, que abordó la cuestión de si un convenio colectivo, además de los salarios de los trabajadores subordinados, podía fijar las retribuciones correspondientes a trabajadores autónomos que, en ciertas condiciones, realizan prestaciones similares a las de aquellos. El Tribunal europeo entendió que, aun realizando la misma actividad que los trabajadores dependientes, los prestadores autónomos son empresas a efectos de la aplicación de las normas antitrust. Por ello, cuando una organización que representa a trabajadores subordinados y autónomos negocia a favor de ambas categorías, «no estará actuando en condición de sindicato..., sino que

<sup>11</sup> CRUZ, «El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva» cit., p. 23.

<sup>12</sup> Por ejemplo, STJCE de 13 de diciembre de 2006, T-217/03 y T-245/03.

lo hará, en realidad, como asociación de empresas». Ello impide la aplicación de la doctrina Albany pues, al no ser los acuerdos alcanzados «resultado de una negociación colectiva que tenga lugar entre interlocutores sociales y, en razón de su naturaleza, no pueden quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1». En cuanto a la experiencia española, existe una serie de pronunciamientos de la desaparecida Comisión Nacional de Competencia (por ejemplo, resolución de 14 de diciembre de 2012, Unión de correctores, S/0352/11, con cita de otras anteriores similares para otros sectores) que consideran contrarios a la competencia acuerdos de fijación colectiva de los precios de los servicios. Y ello tanto si se desarrolla por las organizaciones que agrupan a los trabajadores autónomos como en los casos en los que estas interactúan con los clientes y/o con las organizaciones que los agrupan. Estos pronunciamientos han venido siendo confirmados por los tribunales del orden contencioso-administrativo<sup>13</sup>.

Las dificultades para admitir desde la perspectiva de la defensa de la competencia la actuación colectiva de los trabajadores por cuenta propia se advierten además en el propio Estatuto de Trabajo Autónomo. Como es sabido, este la reconoce de modo explícito para un concreto tipo de trabajadores autónomos, los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE) cuyas organizaciones representativas pueden firmar con las empresas clientes los llamados acuerdos de interés profesional (AIP). Estos AIP tienen por finalidad la de determinar «las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de dicha actividad, así como otras condiciones generales de contratación» (art. 13.1 LETA). Se establece asimismo que los AIP tienen la condición de «fuente del régimen profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes», posibilitándose, dentro de ciertas condiciones, la aplicación automática de sus previsiones a las relaciones individuales entre cliente y TRADE (art. 3.2 LETA).

El reconocimiento legal de la fijación colectiva de condiciones de trabajo por parte de los TRADE abre un claro conflicto con la normativa antitrust. De hecho, el propio legislador de 2007 es consciente de ello. A diferencia del silencio que guarda al respecto la legislación laboral cuando regula la negociación colectiva, aquél hace referencia en dos ocasiones diferentes a este bloque normativo. De un lado, el art. 13.1 Ley 20/2007, tras conceptuar y hacer referencia al posible contenido de los AIP, añade que «en todo caso, los acuerdos de interés profesional observarán los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia». De otro, su art. 17.2 vuelve a referirse a ésta, aunque ahora desde una perspectiva procesal: la competencia que se asigna a los órganos del orden jurisdiccional social «para

---

<sup>13</sup> Por ejemplo, STS cont. 19 marzo 2008, rec. 3063/2005, y 16 febrero 2015, recs. 940/2012 y 4182/2012 (transportistas autónomos), SSAN cont. de 6 mayo 2013, rec. 455/2012 (productores agrarios), rec. 356/2012, o 25 abril 2014, rec. 356/2012 (informadores gráficos) o STSJ Cataluña cont. de 2 mayo 2014, rec. 141/2012.

conocer de todas las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los acuerdos de interés profesional» debe entenderse, según el precepto, «sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de defensa de la competencia».

No es fácil, sin embargo, encontrar un punto de equilibrio entre el reconocimiento de los AIP y sus límites desde la perspectiva de la competencia. Si se aplican sin matices las normas antitrust, estos acuerdos quedan privados de toda virtualidad. En ningún caso podrían referirse al precio de los servicios, al que significativamente no se refiere el art. 13 LETA, puesto que ello entraría de lleno en conflicto con el art. 1.1.a) LDC. Pero, probablemente quedarían afectadas otras muchas condiciones pues su fijación a nivel colectivo implicaría la aparición de límites a la producción en el sentido del art. 1.1.b) LDC. Por otro lado, los diferentes argumentos utilizados para evitar este problema no resultan concluyentes ni definitivos<sup>14</sup>.

A pesar de que los repertorios de jurisprudencia laboral dan cuenta del funcionamiento normal de este tipo de acuerdos colectivos, no me consta que las autoridades de defensa de la competencia se hayan interesado por ellos. Muy probablemente ello se relaciona con la escasa penetración de la figura del TRADE, que permite pensar en que el espacio que ocupan los AIP es completamente marginal. Sin embargo, ello no hace perder interés al tema. Con independencia del éxito de la regulación del Estatuto del Trabajo Autónomo, no es posible descartar que los supuestos de fijación colectiva de condiciones de trabajo por organizaciones de autónomos puedan producirse espontáneamente. Y, sobre todo, es con toda probabilidad una cuestión llamada a adquirir importancia creciente en el futuro: forzosamente la autonomía colectiva habrá de dar cobertura también a los trabajadores por cuenta propia —al menos, a ciertos grupos— si se pretende avanzar en la senda del trabajo decente<sup>15</sup>.

En este nuevo contexto, parece necesario replantearse la cuestión haciendo un esfuerzo interpretativo que permita dar cobertura a los AIP y, más en general, a la fijación colectiva de condiciones de trabajo para ciertos tipos de trabajadores autónomos. La citada sentencia del TJUE *FNV Kunsten Informatie en Media* permite avanzar en esta línea. No me refiero ahora a la afirmación que hace respecto a que «la calificación de ‘prestador autónomo’ con arreglo al Derecho nacional no excluye que la misma persona deba ser calificada de ‘trabajador’ a efectos del Derecho de la Unión si su independencia sólo es ficticia». Con ser importante, nos sitúa en el terreno de realidad/falsedad de la condición de autónomo y no permite resolver el problema del fondo: si no existe independencia, existe subordinación, estamos ante un «falso autónomo» que en realidad es un trabajador y, por tanto, directamente en el ámbito de aplicación

---

<sup>14</sup> Véase, para un desarrollo de esta cuestión, GOERLICH *et al.*, *Libertades económicas, mercado de trabajo* cit., pp. 377 ss.

<sup>15</sup> ILO/OECD, *Building Trust in a Changing World of Work. The Global Deal for Decent Work and Inclusive Growth Flagship Report 2018*, p. 48 ([https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_629764.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_629764.pdf)).

estricta de la doctrina Albany. Pero el problema que nos ocupa es más amplio, puesto que incluye verdaderos autónomos, que presentan una situación de debilidad económica frente a sus clientes y que aspiran a recuperar la igualdad en sus relaciones con ellos a través de la acción colectiva.

La parte que ha de ser destacada de la sentencia, a mi juicio, es la que excluye la existencia de una equiparación automática entre trabajador autónomo y empresa a efectos del derecho de la competencia. Recuperando planteamientos anteriores de la jurisprudencia comunitaria, afirma en este terreno que «un prestador de servicios puede perder su condición de operador económico independiente, y por tanto de empresa, cuando no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado sino que depende completamente de su comitente». Como Jaime Cabeza expone con más detalle en su ponencia, la posibilidad de que no exista una equiparación automática y absoluta entre las categorías trabajador autónomo y empresa/empresario permite abrir una vía de solución al problema desde el propio Derecho de la competencia<sup>16</sup>. Sin embargo, la lectura de la STJUE *FNV Kunsten Informatie en Media* no es lo suficientemente clara. No se acaba de ver clara la relación entre la falta de independencia a la que cabe de aludir y las nociones de «falso autónomo» y trabajador a efectos del Derecho de la Unión. Convendría, por ello, seguir reflexionando sobre esta cuestión, acaso relacionando la dependencia de los autónomos que excluye la aplicación de las normas antitrust a sus actuaciones concertadas con la posición de dominio ocupada por la empresa cliente. En este sentido, contamos con algún precedente de la autoridad española de defensa de la competencia que las ha admitido, con base precisamente en esta figura<sup>17</sup>.

#### 4. LA REGULACIÓN POR EL CONVENIO DE LA ACTUACIÓN EMPRESARIAL EN EL MERCADO

Viniendo ya a la negociación colectiva más tradicional, la que pone en relación a las organizaciones representativas de los trabajadores con los

<sup>16</sup> CABEZA, «Negociación colectiva y derecho de la competencia» cit., pp. 13 ss.

<sup>17</sup> En la RTDC de 18 de febrero de 1999, Expte. 434/98, *Prensa Segovia*, se afronta una movilización colectiva de los titulares de kioscos de prensa para mejorar sus condiciones frente a una empresa distribuidora de prensa. El TDC, aun partiendo de que «formalmente son empresarios», destacó que en su «mayoría son trabajadores autónomos, categoría administrativo-fiscal en la que participan trabajadores sin jefe, profesionales y pequeños empresarios». Pero sobre todo destacó que «en la provincia de Segovia hay más de un centenar de ellos frente a un único distribuidor (la Distribuidora) que, abuse (como dice la asociación de vendedores o no abuse de ello, ostenta una posición de dominio en el mercado de distribución de prensa simplemente porque no hay otros». En este contexto interpretativo, «en el mercado afectado, que es el de distribución de prensa de la provincia de Segovia, es asimétrica y muy desequilibrada la relación existente entre el único oferente que hay (la Distribuidora) y los numerosos pequeños vendedores que operan en él». De este modo, «es lógico, y no es contrario a la competencia, que esos pequeños vendedores se asocien para poder negociar unas condiciones de la distribución que individualmente les son impuestas, lo que produce los naturales roces en una actividad en la que la implicación personal es muy fuerte, como ocurre en la de venta de prensa al detall en Segovia».

empresarios y/o sus asociaciones, los problemas relacionados con su extralimitación desde la perspectiva del Derecho de la competencia se han venido planteando en nuestro país desde dos perspectivas diferentes. En la primera, se han considerado cláusulas convencionales que condicionan a la actuación de la empresa en el mercado, sea por la afectación de los precios de bienes o servicios (art. 1.1.a] LDC), sea por el condicionamiento de la oferta de estos últimos (art. 1.1.b] LDC). Obviamente, cualquier medida contenida en un convenio tiene efectos indirectos en estos terrenos: las cláusulas sobre retribución condicionan el precio final de los productos o servicios; las relacionadas con el tiempo de trabajo determinan la producción. Sin embargo, es claro que este tipo de efectos viene suficientemente justificado en la doctrina Albany. Por ello, las cuestiones que se han planteado desde esta primera perspectiva se refieren a casos en los que el convenio no solo regula condiciones de trabajo afectantes a trabajadores y empresarios, sino que parece aspirar a interferir en las relaciones entre estos últimos y sus clientes. Otra cosa es que esta diferenciación sea fácil de apreciar en la práctica.

#### 4.1. Determinación de los horarios comerciales

Ello se advierte con claridad en el primer terreno en el que se han planteado problemas, el de la determinación de la oferta de las empresas al mercado. En este sentido, el caso más importante —que además es el primero que atrajo la atención de la autoridad de la competencia, entonces todavía el Tribunal de Defensa de la Competencia— es el asunto *Pan de Barcelona*<sup>18</sup>. En este caso se analizó un acuerdo firmado por los gremios de pasteleros y panaderos de Barcelona y las correspondientes federaciones de UGT y CCOO. En él, que no tenía la naturaleza de convenio colectivo, se acordó que las pastelerías artesanas con fabricación propia solo podrían comercializar los domingos y festivos, excepto aquellos que coincidieran en sábado y/o lunes, junto con los artículos que les eran propios, un único módulo de pan especial enriquecido, de cualquier forma y volumen, con un peso máximo de hasta 100 gramos. La resolución consideró que el acuerdo infringía el art. 1.1 b) LDC.

*Pan de Barcelona* suele presentarse como ejemplo de que la actuación convencional sobre horarios comerciales es discutible desde la perspectiva del Derecho de la competencia<sup>19</sup>. Sin embargo, la cuestión del trabajo en festivos ocupa en ella un lugar muy secundario. En realidad, en aquel momento, las normas administrativas vigentes preveían la prohibición de apertura de las panaderías mientras que la permitían a las pastelerías. Es precisamente este diferente tratamiento, desaparecido poco después, lo que motivaba el

---

<sup>18</sup> RTDC 16 de diciembre de 1996 (exp. 377/96).

<sup>19</sup> Por ejemplo, CRUZ, «El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva» cit., pp. 31 ss.

problema que intentaba resolver el acuerdo que se consideró colusorio. Lo que se discutía no era, pues, el trabajo en festivos de las pastelerías, que el mismo no ponía en cuestión, sino solo la restricción de la producción que se pretendía imponerles.

Desde la otra perspectiva, la conclusión tendría que haber sido diferente. Es claro, en efecto, que cualquier cláusula en materia de tiempo de trabajo —la disciplina de los turnos de trabajo, los límites al trabajo nocturno o, sobre todo, los criterios de distribución de la jornada diaria o semanal— condicionará las posibilidades empresariales de comercializar los productos o servicios objeto de su actividad. Pero lo es igualmente que no puede discutirse que forma parte de las «condiciones de empleo y de trabajo» a las que se refiere la doctrina Albany. De hecho, alguna incursión de una autoridad autonómica de la competencia en el estricto terreno de los horarios comerciales ha sido rechazada por los tribunales del orden contencioso<sup>20</sup>. Y, por supuesto, las cuestiones que sobre el tema se han planteado en materia laboral han sido igualmente desestimadas. Podrían traerse a colación otros precedentes<sup>21</sup>, aunque los más claros son los

---

<sup>20</sup> El Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia abordó la cuestión de forma incidental en su resolución de 24 de noviembre de 2009, *Horarios comerciales* (expte. 11/2009). En ella se enjuiciaba un acuerdo interempresarial que limitaba la apertura en festivos y que se justificaba en la presión ejercida por las fuerzas sindicales para evitar que los grandes establecimientos comerciales abrieran en festivo. El TVDC admite que dichas alegaciones no pueden, por sí mismas, justificar la existencia de un pacto anticompetitivo en el mercado, pero deberán ser tomadas en consideración en el análisis de los compromisos que las partes proponen para resolver los problemas detectados en el ámbito de la competencia de cara a la terminación convencional. De esta manera, la resolución parece apuntar a la prevalencia de la libertad de horarios comerciales —dentro de las limitaciones establecidas en la normativa administrativa— sobre las eventuales restricciones que deriven de acción sindical y autonomía colectiva. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que la resolución terminó siendo dejada sin efecto por STSJ País Vasco cont. de 19 de abril de 2012, rec. 92/2010.

<sup>21</sup> De entrada, durante la década de los noventa, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS confirmó la procedencia de sanciones administrativas a panaderías que, contra lo dispuesto en el convenio provincial que les era de aplicación, procedían a la venta de pan en domingo (cfr. STS de 28 noviembre 1997, rec. 4888/1991, con cita de otros muchos precedentes). El TS estimó que la restricción del trabajo en domingo encontraba apoyo no sólo en el reconocimiento general del art. 37.1 CE respecto de la negociación colectiva, sino en la particular habilitación ex art. 37.1 ET para concretar el descanso semanal en domingo.

Más recientemente, cabría traer a colación los pronunciamientos que resuelven sobre la legitimidad de las decisiones empresariales en materia de modificación de los horarios laborales, cuando se introducen de forma sobrevenida variaciones en la normativa sobre horarios comerciales. En estos casos, los tribunales sociales han rechazado las actuaciones unilaterales de las empresas para adaptar horarios de trabajo a la nueva situación de los horarios comerciales. No se niega que ésta pueda producirse; pero habrá de canalizarse a través del art. 41 ET o del art. 82.3 ET. Valen, como ejemplo, las SSTS de 5 de noviembre de 2013, rec. 66/2013, y de 13 de marzo de 2014, rec. 80/2013. Pronunciamientos como éstos excluyen la existencia de jerarquía entre los intereses protegidos por la legislación sobre horarios comerciales y los tutelados por las normas laborales, puesto que, si ésta existiera, sería admisible que se proyectaran directamente en el contrato por acción de la propia variación normativa del horario comercial.

En todo caso, ninguno de estos grupos de pronunciamientos se han planteado la legalidad de la cláusula en cuestión desde la perspectiva de la legislación antitrust.

relacionados con el cuestionamiento empresarial del precepto del Convenio Colectivo del sector de Comercio del Mueble de la Provincia de Burgos para los años 2002 a 2005, que restringía las posibilidades de apertura durante los sábados por la tarde sobre la base de que era un acuerdo contrario a la competencia que limitaba la libertad de empresa de la demandante<sup>22</sup>.

#### 4.2. Fijación de precios de bienes y servicios

La extralimitación de los confines del mercado de trabajo por parte del convenio sí se advierte en el segundo supuesto: su interferencia con la política de precios desarrolladas por las empresas. Históricamente, no ha sido infrecuente que las empresas afectadas por el convenio colectivo hayan quedado obligadas por este a realizar una determinada política de precios. Ello se ha producido a través de diferentes mecanismos que se han estudiado en otro lugar<sup>23</sup>.

La admisibilidad de este tipo de cláusulas ha atraído varias veces la atención de las autoridades administrativas encargadas de la defensa de la competencia. En el primero de los casos, *Ayuda a Domicilio*<sup>24</sup>, se valoró el art. 51 del Convenio Colectivo de Ayuda a Domicilio de Cantabria para los años 2004 y 2005 que preveía una cláusula general de repercusión en precios de los costes del convenio, fijando a tal efecto un valor mínimo repercutible —o «precio de referencia»— para la hora, diurna o nocturna, de los trabajadores con la categoría de auxiliar de ayuda a domicilio. El Tribunal consideró que esta cláusula no se movía en el terreno de «las condiciones de empleo y a las relaciones de los trabajadores con los empresarios» —al no referirse a «los salarios que las empresas de ayuda a domicilio deben abonar a sus trabajadores»—, sino que establece algo ajeno a las mismas —«los precios mínimos por hora trabajada para la categoría de auxiliares de ayuda a domicilio que las citadas empresas deben aplicar a sus clientes»—. De esta manera, «queda fuera del ámbito de la negociación colectiva» pues su finalidad no es la propia de esta sino que mira a «regular el beneficio y eliminar la competencia en precios en el mercado de la prestación de servicios de ayuda a domicilio». Esta interpretación ha sido reiterada en otras resoluciones de las autoridades de la competencia, tanto estatal como autonómicas<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> STSJ Castilla-León (Burgos) de 3 de noviembre de 2004, rec. 436/2004, desestimó la demanda de impugnación del convenio. Las posteriores SSTSJ Castilla-León (Burgos) de 23 de noviembre de 2006, rec. 912/2006, y de 8 de febrero de 2007, rec. 1140/2006, dictadas en relación con las reclamaciones de cantidad formuladas por los trabajadores en este mismo caso, llegaron al mismo resultado.

<sup>23</sup> GOERLICH *et al.*, *Libertades económicas, mercado de trabajo* cit., pp. 294 ss.

<sup>24</sup> RTDC de 29 de enero de 2007, exp. 607/06, *Ayuda a domicilio*.

<sup>25</sup> Con posterioridad la CNC dictó otras dos resoluciones, de 16 y 17 de marzo de 2009, en los asuntos referidos a los convenios Contact Center y Empresas de Seguridad respectivamente. En esta misma línea se han pronunciado también las autoridades autonómicas de defensa de la competencia (TDC Aragón 3 de octubre de 2014, expediente 5/2011; TDC Madrid de 26 de febrero de 2010, exp. MAD/08/08).

Ello no quiere decir, por supuesto, que la aprobación del convenio o la revisión de sus tablas salariales no pueda tener relevancia sobre los precios de servicios o productos. Es posible incluso que la misma se produzca en un breve espacio de tiempo, por razones obvias. Pero este es un efecto indirecto de la determinación de las condiciones de trabajo que no puede ponerse en cuestión con base en las normas antitrust, ni siquiera en caso en que el mismo afecte de forma generalizada a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio. De hecho, en esta línea se ha movido la autoridad nacional de la competencia en el asunto *Empresas reponedoras*<sup>26</sup>.

## 5. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y BARRERAS DE ACCESO AL MERCADO

La segunda, más inquietante por los efectos que podría llegar a producir sobre el sistema de negociación, se relaciona con las conductas colusorias descritas en los apartados b), c) y d) del art. 1.1 LDC. En las cuestiones de este segundo tipo se imputaría al convenio el establecimiento de una barrera de acceso a un determinado mercado de bienes o servicios para las empresas que quieren acceder a él. Como consecuencia de una cierta estipulación convencional, se impedirían las posibilidades de las empresas de desarrollar su actividad en el mercado de bienes o servicios o se harían más gravosas. Como ocurre con las que se acaban de analizar, tampoco viene siendo fácil deslindar cuándo nos encontramos ante efectos indirectos del convenio colectivo sobre los empresarios y cuándo ante el establecimiento de una injustificada barrera de acceso al mercado. Da la impresión, sin embargo, de que en algunos de los asuntos que se han suscitado aparecen mayores márgenes de incertidumbre; y, sobre todo, de que la utilización de esta noción para calificar los efectos derivados del convenio colectivo produce efectos más inquietantes sobre el sistema de la negociación colectiva.

### 5.1. Reglas sobre la provisión de servicios a empresas o trabajadores afectados por el convenio colectivo

*Farmacias militares*<sup>27</sup> es probablemente el primer asunto planteado en el terreno de las relaciones entre negociación colectiva y Derecho de la

---

<sup>26</sup> Es significativa la RCNC de 23 de abril de 2010, *Empresas reponedoras*. La existencia de una actuación conjunta de las empresas obligadas por el convenio no implica vulneración de la normativa antitrust, ni siquiera si existió una circular de la organización empresarial que había negociado el convenio en la que se daba cuenta de su firma y del porcentaje de subida salarial que se comportaba. Aunque «las similitudes en el comportamiento de las empresas pueden parecer llamativas», existe una explicación diferente al acuerdo colusorio como es «la existencia de un hecho nuevo, la firma de un convenio colectivo con incrementos salariales... en un servicio cuyos costes, según consta en el expediente, son fundamentalmente costes salariales y de seguridad social».

<sup>27</sup> STS social de 15 de marzo de 1993, rec. 1730/1991.

competencia; y, desde luego, es la primera ocasión, y hasta la fecha la única, en que la sala de lo social del Tribunal Supremo ha abordado una eventual colisión entre ambos. Se cuestionaba una cláusula del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ministerio de Defensa que permitía a los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación la utilización de talonarios de farmacias militares para obtener medicamentos a más bajo precio que en las farmacias civiles. La estipulación fue impugnada por la representación corporativa de estas, aduciendo su lesividad por resultar gravemente perjudicadas por la cláusula convencional.

Por supuesto, la regla del convenio implicaba privar a las farmacias civiles de una parte del mercado —puesto que el personal laboral de Defensa habría de preferir las militares por su menor costo—. Sin embargo, el TS no entró en esta cuestión. De hecho, las cuestiones relacionadas con la defensa de la competencia únicamente se abordaron desde la perspectiva procesal —puesto que la abogacía del estado pretendía que el TS declarara la incompetencia de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto al entonces existente Tribunal de Defensa de la Competencia—. Descartada esta alegación, el pronunciamiento se atuvo a un enjuiciamiento estricto de la legalidad de la cláusula cuestionada. En este terreno, la sentencia tuvo un voto particular en el que se aceptaba la legalidad de la cláusula convencional por mirar a la mejora de las condiciones de trabajo de los empleados. Sin embargo, la mayoría del TS estimó la impugnación del convenio y anuló la cláusula convencional de referencia por «*lesionar gravemente los intereses de terceros*», esto es, de las farmacias civiles, puesto que, de acuerdo con el marco regulador de la dispensación de medicamentos, delimitador del ámbito de actuación de las oficinas de farmacia y del que es propio de las farmacias militares, estas últimas tienen limitada su actuación al personal de esta naturaleza.

Veinte años después, y de nuevo ante el orden social, ha vuelto a plantearse un problema similar en relación con los requisitos establecidos en el convenio general de la construcción, a partir de 2013, para poder dispensar formación en materia de prevención de riesgos laborales. No basta, desde entonces, que las entidades que quieran hacerlo cuenten con la acreditación u homologación administrativa necesaria para ello. Es preciso, además, que se encuentren constituidas como servicios de prevención. La SAN 174/2013, de 30 de septiembre, ha resuelto la impugnación contra esta cláusula interpuesta por terceras empresas, las prestadoras del servicio de formación que no cumplen este segundo requisito, y basada precisamente en su exclusión del mercado de este servicio como consecuencia de su establecimiento. Y la ha desestimado situándose en la línea de pensamiento que se sostuvo en su momento en el voto particular a la STS recaída en el caso de las *Farmacias militares*: la AN, aparte de destacar que la legislación aplicable llama a la negociación colectiva en este terreno (cfr. art. 10.3 Ley 32/2006) entiende «que el convenio colectivo se ha movido dentro de la naturaleza y finalidad que le son propios, en nuestro caso, 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 podemos afirmar que estamos ante una lesión de la competencia».

No parece existir, en fin, una postura diferente por parte de las autoridades administrativas de defensa de la competencia. La autoridad vasca, en efecto, lo ha abordado en un par de ocasiones; y en ambas ha llegado a la conclusión de que no se oponen a la normativa antitrust las cláusulas convencionales cuestionadas, referidas a la sujeción de la elección de Mutua al acuerdo con los representantes de los trabajadores<sup>28</sup> y a la determinación de las empresas exentas de abono de un plus salarial por su participación en actividades formativas<sup>29</sup>.

## 5.2. Excesos en la delimitación del ámbito del convenio

Un supuesto que se ha resuelto en sentido contrario es el de la indebida extensión de las obligaciones derivadas del convenio más allá de su ámbito natural de aplicación, con afectación a empresas terceras. En los casos en los que se actúa de este modo, las organizaciones negociadoras dificultan la actuación de estas en el mercado al sujetarlas a obligaciones que, en principio, no les serían exigibles. De acuerdo con la autoridad de la competencia, en estos casos aparece una conducta colusoria prohibida con base en el art. 1 LDC.

La resolución de referencia en este sentido es la dictada por la entonces denominada Comisión Nacional de Competencia el 24 de septiembre de 2009 [exp. 2805/07, *Empresas Estibadoras*]. Se cuestionaba en este procedimiento el original IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, suscrito el 26 de julio de 2007. Las organizaciones empresariales y sindicales firmantes, representativas, aunque limitadamente, en el sector de la estiba portuaria, pretendían que las disposiciones del acuerdo

---

<sup>28</sup> Por lo que se refiere a este tipo de cláusulas, la autoridad vasca ha excluido, con carácter general, que las mismas lesionen las normas sobre competencia. La vulneración sólo podría admitirse en el caso de que el convenio excluyera a algunas de ellas de la propia posibilidad de ser seleccionada (Informe TDC Vasco de 31 de enero de 2011, exp. I-01/2010).

<sup>29</sup> La resolución del Consejo Vasco de la Competencia de 26 de junio de 2018 (exp. 246-SAN-2017, *Plus formativo convenio de hostelería de Bizkaia*) se ocupa de una cláusula convencional que establece un plus mensual de formación a favor de los trabajadores, que no es preciso abonar en caso de que la empresa forme parte de una organización empresarial representativa que colabore activamente en el desarrollo formativo del sector o desarrolle planes de formación continua, bien individualmente bien mediante su participación «en planes agrupados... desarrollados por los sindicatos más representativos del sector». La resolución acuerda no incoar el procedimiento sancionador, haciendo hincapié la naturaleza salarial del plus y en la finalidad perseguida con su conformación («garantizar el desarrollo de una formación de calidad en el sector y la consecución de un empleo estable y de calidad en el mismo»), circunstancias ambas que le hacen caer en el terreno de Albany.

pactado se proyectaran también sobre empresas no estibadoras sino dedicadas a la prestación de los servicios complementarios, sin tener en consideración que éstas últimas no habían sido parte de la negociación, ni habían tenido oportunidad de participar en la misma. La Comisión consideró que la extensión del ámbito del convenio más allá de lo razonable, con imposición a empresas ajenas al mismo de límites para el desenvolvimiento de su actividad económica, implicaba un ilícito competencial. Como consecuencia, impuso sanciones a las organizaciones firmantes, tanto empresariales como sindicales. La resolución fue, por lo demás, confirmada en vía contencioso-administrativa<sup>30</sup>. Aparentemente, se sitúa en esta misma línea la más reciente resolución de la CNMC de 26 de julio de 2018 (S/DC/0596/16), *Estibadores Vigo*, en relación con varios acuerdos suscritos en el puerto de Vigo que sujetaban la prestación por empresas estibadoras de servicios complementarios al régimen convencional establecido para la estiba. De hecho, la resolución de 2009 y sus secuelas judiciales se utilizan en su fundamentación. Sin embargo, a pesar de la taxativa afirmación de la autoridad de competencia sobre la identidad de los supuestos<sup>31</sup>, la situación de hecho es bien diferente de modo que la autoridad de la competencia protagoniza a mi juicio un salto interpretativo de primera magnitud que sitúa al convenio sectorial de eficacia *erga omnes* en el punto de mira de la actuación antitrust. Después desarrollaré algo más esta idea.

Volviendo ahora a la doctrina sentada en *Empresas estibadoras*, en relación con la extralimitación del ámbito funcional del convenio, cabe destacar que puede alcanzarse el mismo resultado por una vía diferente. De hecho, este es el planteamiento de los tribunales del orden social que, en supuestos similares al resuelto en aquella resolución, llegan a soluciones similares si bien por medio de un razonamiento diferente basado en las reglas sobre legitimación negocial. La doctrina general en este terreno es que «la libertad que tienen las partes negociadoras de fijar el ámbito de aplicación del convenio colectivo..., no puede ser entendida en términos absolutos, sino con relación a la unidad negocial de que se trate y a la representatividad que ostentaren las partes intervinientes en la negociación (de modo que) el convenio colectivo ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación»<sup>32</sup>. Sobre la base de esta doctrina, la jurisdicción social resolvió la impugnación formulada por la autoridad laboral contra el convenio de empre-

<sup>30</sup> SSAN cont. de 4 de mayo de 2010, rec. 5/2009, 30 de septiembre de 2010, rec. 816/2009, 19 de octubre de 2011, rec. 703/2009, 5 de julio de 2012, rec. 800/2009, y 13 de noviembre de 2012, rec. 806/2009, desestimaron los recursos interpuestos por diferentes entidades sancionadas como consecuencia de la firma del convenio. Las SSTs cont. de 19 de julio de 2012, rec. 4234/2010, y de 18 de marzo de 2016, rec. 1666/2013, han confirmado algunas de las citadas sentencias.

<sup>31</sup> En la misma línea, CRUZ, «El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva» cit., p. 32.

<sup>32</sup> STS social de 28 de octubre de 1996, rec. 566/1996, con cita de otras anteriores.

sas estibadoras en línea con lo que se ha visto, declarándolo de eficacia limitada por los defectos de representatividad y anulando, por lo que aquí interesa, aquellas partes en las que se pretendían imponer obligaciones a terceras empresas<sup>33</sup>.

Aunque se trata de cuestión que parece estar cerrada por la confluencia de las soluciones de la autoridad de competencia y de los tribunales laborales, conviene hacer dos precisiones adicionales. La primera se refiere a la existencia de alguna deriva en la doctrina de los tribunales sociales en relación con la extensión del convenio más allá del ámbito de la representatividad ostentada. Sin embargo, es más aparente que real: por más que se exterioriza un desencuentro los planteamientos de las autoridades de competencia, se explica exclusivamente por razones procesales<sup>34</sup>. En cuanto a la segunda, más importante, se relaciona con la posibilidad de que la cuestión se replantee en el futuro inmediato, como consecuencia de la evolución que está experimentando la negociación colectiva en algún sector de suma trascendencia. En el ámbito de hostelería, en efecto, se detectan cláusulas que imponen la aplicación del convenio a las empresas subcontratistas, a pesar de que parecen incluidas, por su actividad principal, en otras unidades de negociación<sup>35</sup>.

### 5.3. El problema de la subrogación convencional

También se ha visto como una posible barrera de mercado, en tercer lugar, la imposición de la subrogación convencional en los contratos de

---

<sup>33</sup> SAN social de 1 de junio de 2009, proc. 1/2009, confirmada por STS social de 11 de noviembre de 2010, rec. 153/2009.

<sup>34</sup> Me refiero al fallido intento por parte de una aerolínea de evitar, a pesar de los precedentes (cfr. 5 de marzo de 2008, rec. 23/2007), la aplicación del convenio colectivo sectorial de la actividad de *handling*. Aunque el caso guarda relación con el asunto *Empresas Estibadoras*, la AN en su sentencia 86/2012, de 13 de julio, rechazó la demanda de la compañía aérea por carecer de legitimación para impugnar el convenio. La AN aprovechó, sin embargo, la ocasión para excluir toda relevancia a las decisiones de la CNC «no constituyen jurisprudencia ni doctrina judicial aplicable por los Tribunales de Justicia». Con posterioridad, el Tribunal Supremo (sentencia de 4 de junio de 2014, rec. 147/2013) confirmó la sentencia, en gran medida por la defectuosa formulación de los motivos por la empresa recurrente.

<sup>35</sup> En 2019 se ha publicado (BOE de 29 de marzo) modificación del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería que incluye la ampliación de su ámbito funcional (art. 4) incorporando «el servicio de reparto de comidas elaboradas o preparadas y bebidas, a pie o en cualquier tipo de vehículo que no precise autorización administrativa establecida por la normativa de transporte, como prestación de servicio propio del establecimiento o por encargo de otra empresa, incluidas las plataformas digitales o a través de las mismas».

En la negociación territorial inferior, C.Col. Hostelería Las Palmas 2016/2019 (BOP de 17 de marzo de 2017) incluye en su ámbito funcional (art. 1) las empresas contratistas de servicios («todas aquellas empresas que en virtud de cualquier tipo de contrato, siempre que sea con aportación de personal, realicen uno o varios servicios, actividades o tareas de los prestados en cualquier establecimiento sujeto al ámbito funcional de este Convenio Colectivo»). Los tribunales del orden social, aunque sin hacer reflexión alguna en cuanto a los temas que aquí interesan, vienen aplicándolas con normalidad (por ejemplo, STSJ Canarias [Las Palmas] 207/2019, de 26 de febrero).

trabajo preexistentes en los casos en los que no resulta de aplicación directa la normativa sobre transmisión de empresa. De acuerdo con ésta, la garantía de continuidad de los contratos opera cuando se produce el traspaso de «una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria» (art. 1.1.b] Directiva 2001/23/CE; véase también art. 44.2 ET). Ello implica que, como regla general, no existe obligación de subrogarse en los contratos en caso de que lo único que se produzca es el cambio de la empresa que venía prestando una determinada actividad por otra diferente. Comoquiera que ello supondría una elevada inestabilidad en aquellos sectores en los que las empresas prestadoras de servicios por cuenta de otras se basan fundamentalmente en el factor trabajo, existe una larga tradición en virtud de la cual propios convenios colectivos asumen el papel de proteger a los trabajadores de las empresas contratistas, imponiendo la subrogación contractual en los casos en los que salga una empresa y entre otra.

Por supuesto, desde la perspectiva de la empresa entrante, este tipo de cláusulas convencionales implican la aparición de un coste de acceso al mercado. Cabe entonces preguntarse si estamos o no en presencia de una barrera de mercado. Para los tribunales del orden social, la respuesta es, desde luego, negativa. Y no solo porque las vienen aplicando con normalidad desde tiempo inveterado sino también porque, cuando han sido combatidas con base en la normativa de defensa de la competencia, han rechazado que exista conflicto entre aquellas y esta<sup>36</sup>. Ello no obstante, la aproximación de la autoridad de la competencia ha sido diferente. En el inicio de esta década, en efecto, hemos asistido al cuestionamiento de este tipo de cláusulas ante estos organismos; y si bien en algún caso, el mismo ha sido rechazado<sup>37</sup>, la Comisión Nacional de Competencia lo ha aceptado, siquiera limitadamente, en relación con la establecida en un importante convenio sectorial: el de empresas de seguridad.

En su resolución de 27 de marzo de 2012 (expediente S/0197/09, *Convenio de seguridad*) se enfrentó a la previsión del art. 14 del indicado convenio

---

<sup>36</sup> Una antigua sentencia del TCT (9 de diciembre de 1987, RTCT 27569) se enfrentó ya a un caso en que la empresa intentaba obtener la inaplicación del convenio colectivo que imponía la subrogación sobre la base del art. 85 del Tratado CEE (actualmente art. 101 TFUE). Tal pretensión fue rechazada argumentando sustancialmente sobre la fuerza vinculante de los convenios, la naturaleza laboral de las cuestiones debatidas y, en fin, su relación con la estabilidad en el empleo. En esta misma línea, existen pronunciamientos más recientes. Algunos de ellos no valoran expresamente la dimensión interpretativa que aquí nos ocupa —puesto que la argumentación de la empresa no se focalizó en la normativa antitrust sino en la más genérica libertad de empresa— (SSTSJ Asturias de 6 de febrero de 2009, rec. 2431, 2432 y 2433/2008, y 27 de febrero de 2009, rec. 2436/2008). En otros, sin embargo, el problema sí que está presente en el debate, rechazándose que las consecuencias derivadas de la imposición de la subrogación convencional constituyan una práctica restrictiva de la competencia (SSTSJ Andalucía [Granada] de 24 de noviembre de 2010 y 16 de febrero de 2011, recs. 2269/2010 y 2821/2010).

<sup>37</sup> Cfr. informe del TDC Vasco de 31 de enero de 2011, exp. I-01/2010.

para los años 2005/2008 (BOE de 30 de julio de 2007) —que, en lo sustancial, continua vigente en el actual convenio 2017/2020, arts. 14 ss. (BOE de 1 de febrero de 2018)—. En el procedimiento no se ponía en cuestión globalmente la institución de la subrogación convencional sino solo el régimen aplicable en uno de los casos de sucesión de contratistas, los relacionados con los «Servicios de Transportes de Fondos» (art. 14.B)]. Dado que este tipo de servicios se presta normalmente de forma simultánea para varias empresas, cuando una de estas los contrata con otra empresa de seguridad no es posible determinar de forma inmediata número ni identidad de los trabajadores afectados por la subrogación. A efectos de solucionar este problema, el convenio establecía un sistema aproximativo, basado en una serie de cálculos aritméticos en relación con los servicios prestados a la empresa saliente, variables en función de la población.

Pues bien, la CNC consideró, en la citada resolución, que el art. 14.B) del Convenio constituye una conducta colusoria a los efectos del art. 1 LDC. Aunque reconoce que, «con carácter general, los acuerdos de subrogación de trabajadores celebrados convencionalmente entre empresas en el marco de la negociación colectiva no tienen en principio una naturaleza restrictiva de la competencia y, consecuentemente, no les resultará de aplicación el artículo 1 de la LDC», ello no impide «que si en un determinado Convenio Colectivo se incluyen cláusulas relacionadas con la subrogación de trabajadores que tengan el objeto o puedan tener el efecto de distorsionar la competencia en algún mercado de bienes o servicios relacionado, las mismas no deban ser consideradas en su caso contrarias al artículo 1 de la Ley 15/2007». Tras desarrollar un análisis de la concreta cláusula sometida a su consideración, la Comisión concluyó que sus peculiaridades «le otorgan aptitud para distorsionar la competencia» pues varias de las reglas que contiene «implícitamente sobredimensionan» la cifra de trabajadores que deben ser asumidas por la contratista entrante, los criterios para la determinación de la identidad de los trabajadores posibilitan el desplazamiento hacia ella de los trabajadores con mayores costes laborales y, en fin, el funcionamiento del mecanismo subrogatorio dificulta la realización de ofertas por las empresas competidoras que no pueden saber, en el momento de formular sus ofertas, el coste real que tendrá que soportar en función de la subrogación.

La consideración de que, en ciertas condiciones, una cláusula convencional de subrogación podría ser contraria a las normas sobre competencia resulta ciertamente anómala. Aunque no pueda negarse que este tipo de pactos impone obligaciones al empresario que se hace cargo de la contrata, todavía menos puede negarse que las mismas se relacionan de forma directa con la garantía de la estabilidad en el empleo de los trabajadores adscritos al desarrollo de la contrata. Difícilmente, pues, puede dudarse que las mismas se sitúen en la óptica de la «búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo» ni, por tanto, que queden amparadas por la doctrina Albany. De hecho, la resolución de la CNC en relación con el

*Convenio de seguridad* acabó siendo anulada por la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>38</sup>, precisamente por aplicación de aquella.

Con todo, la cuestión no ha quedado definitivamente cerrada. Aparte de que no existió unanimidad en la sentencia de la AN que resolvió el recurso contra la resolución que estamos comentando, ha vuelto a abrirse en relación con la interferencia de la negociación colectiva en el proceso de liberalización de las actividades portuarias. En efecto, la CNMC ha iniciado un nuevo expediente sancionador (S/DC/0619/17, *Acuerdo Marco de la Estiba*) en relación con la inclusión de una cláusula subrogatoria en el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria. Existen asimismo razones para pensar que otro procedimiento (S/DC/0605/17, *Amarres Puerto de Algeciras*) se relaciona también con esta materia<sup>39</sup>. El secreto en el que se desarrollan las actuaciones de la autoridad de la competencia (cfr. art. 43 LDC) no permite entrar en detalles sobre el segundo procedimiento sobre el que solo contamos con la nota de prensa hecha pública por la CNMC.

En cuanto al primero, la cláusula subrogatoria cuestionada se enmarca en un complejo contexto normativo. Como es sabido, la STJUE de 11 de diciembre de 2014 (C-576/13) obligó a la revisión del modelo de prestación del servicio de estiba portuario. El RDL 8/2017, de 12 de mayo, asumió esta función. El nuevo modelo, basado en la libertad de contratación laboral, planteaba el problema de la estabilidad en el empleo de los trabajadores de las (llamadas a desaparecer) SAGEP. De hecho, no haber considerado este problema provocó que existiera un primer intento fallido por falta de convalidación parlamentaria del anterior RDL 4/2017, de 24 de febrero; por eso, aun compartiendo una parte de las soluciones, una de las diferencias sustanciales entre ambas normas fue la incorporación como Anexo de la propuesta de mediación sobre efectos laborales de la nueva ordenación laboral del servicio portuario de manipulación de mercancías (disp. final 3ª.2 RDL 8/2017). En línea con las afirmaciones de este anexo en relación con la estabilidad en el empleo, se alcanzó acuerdo entre las organizaciones representativas en el ámbito de la estiba que, entre otras previsiones, incluyó una modificación parcial del IV Acuerdo. En concreto, se

---

<sup>38</sup> SAN cont. de 29 de noviembre de 2013 (rec. 240/2012), que no fue recurrida (cfr. RCNMC de 20 de enero de 2014, que declara su firmeza).

<sup>39</sup> Este procedimiento se relaciona con el Acuerdo de Estabilidad en el empleo para la actividad del amarre y desamarre de buques en el Puerto Bahía de Algeciras (BOP Cádiz de 9 de agosto de 2016). Solo sabemos, a través de la nota de prensa publicada por la propia CNMC que «algunas de las cláusulas del acuerdo afectarían a la libertad y al coste de contratación de los nuevos operadores, limitando el acceso a la actividad de amarre y desamarre e impidiendo la plena aplicación del régimen de libre competencia en la prestación de este servicio en el Puerto de Algeciras». La lectura del convenio cuestionado permite asociar esta idea, entre otros aspectos, con la bolsa de trabajo prevenida en sus arts. 4 ss. Los trabajadores incluidos en la misma «tendrán preferencia absoluta para ser contratados» por las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio (art. 7.1). La bolsa de trabajo garantiza así una tutela similar a la que posibilita el mecanismo subrogatorio.

le añadió una disposición adicional 7ª, cuya finalidad es establecer una cláusula de subrogación convencional aplicable a las «empresas que opten por decidir su separación de la SAGEP en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017» (BOE de 18 de julio de 2017). Esta cláusula subrogatoria fue considerada contraria a las normas sobre competencia por la CNMC que abrió el correspondiente procedimiento sancionador. De forma sobrevenida, cuando este ya estaba en marcha, los interlocutores sociales introdujeron una extensa modificación en la disposición (BOE de 13 marzo de 2018). Finalmente, cuando ya se había emitido propuesta de resolución sancionadora por vulneración de la normativa antitrust, se aprobó el RDL 9/2019, de 29 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.

En rigor, la aprobación de este RDL debería haber acabado el problema. Su art. 4 permite, en efecto, 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 prestándolo a la entrada en vigor del presente», dentro de los límites previstos en el precepto. Ello supone que la disp. adic. 7ª IV Acuerdo habría de pasar a considerarse una «conducta exenta por ley», que no queda sujeta a la normativa de defensa de la competencia (art. 4.1 LDC). Sin embargo, el problema no ha quedado zanjado dado que la CNMC ha decidido plantear una cuestión prejudicial, en el ámbito del procedimiento sancionador en curso, para verificar la adecuación de esta conclusión a las exigencias comunitarias.

Como era previsible, la STJUE de 16 de septiembre de 2020, C-462/19, ha rechazado la cuestión por falta de legitimación<sup>40</sup>. Por lo que se refiere al

---

<sup>40</sup> Como se pronosticó en la intervención oral, a pesar de la generosa interpretación de la legitimación del TJUE, no es posible aceptar que un ente como la CNMC la ostente. Es verdad que, como regla general, la doctrina del TJ ha hecho una interpretación bastante amplia del concepto de «órgano jurisdiccional» del art. 267 TFUE, mueve en la línea con lo indicado por la CNMV, en el apartado I del escrito que plantea la cuestión prejudicial. Vale como ejemplo de ello la sentencia de 16 de febrero de 2017, C-503/15, *Margarit Panicello*, con cita de otras anteriores. Creo, sin embargo, que la CNMV hace una lectura sesgada del requisito de la independencia, olvidando la forma en que ha sido valorada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Esta no solo implica la existencia de garantías en relación con los miembros sino también la posición que ocupa el órgano proponente en relación con el asunto resuelto. Suele valorarse, en este sentido, el hecho de que, si su decisión es objeto de recurso ulterior, el órgano sea parte o no en el proceso de recurso. Si se da lo primero se excluye la existencia de órgano jurisdiccional por falta de independencia respecto al objeto del litigio (por ejemplo, STJUE de 17 de julio de 2014, C-58/13 y C-59/13, *Torresi*). Es sumamente interesante en esta línea, la STJUE 31 enero 2013, C-394/11, que rechaza el carácter de órgano jurisdiccional de una comisión búlgara de vigilancia contra la discriminación. Se destaca en atención a la posible actuación de oficio, a la capacidad de traer al proceso a otros sujetos y sobre todo su carácter de demandado en ulteriores recursos que no ejerce funciones administrativas. En este mismo sentido Auto 14 noviembre 2013, C-49/13.

fondo, a mi juicio hubiera sido igualmente desestimado: aun cuando existan algunos pronunciamientos del TJUE que han considerado contrario a las libertades económicas fundamentales la imposición de obligaciones subrogatorias más allá de las derivadas de la Directiva de transmisión de empresa, hay que tener en cuenta que el TJUE ha considerado que el convenio colectivo es fuente adecuada para imponer obligaciones subrogatorias que, a la postre, implican la aplicación de la Directiva como consecuencia de la llamada sucesión de plantilla<sup>41</sup>. En todo caso, la desestimación de la cuestión debería haber conducido al cierre del procedimiento, sin imponer sanciones a los firmantes. Una vez eliminadas las sospechas sobre el RDL 9/2019, cabía prever la aplicación del art. 4 LDC. Sorprendentemente, la Res. CNMC de 18 de septiembre de 2020 ha procedido a sancionar la conducta, bien que en cuantía muy inferior a la propuesta por el órgano instructor. El asunto no ha terminado aquí pues es previsible que esta resolución sea objeto de recurso contencioso-administrativo. Eso sí, a la espera de la definitiva clarificación del tema, conviene dejar sentado que, al igual que se ha apuntado en relación con el asunto *Estibadores Vigo*, la postura de la CNMC en relación con la cláusula subrogatoria del IV Acuerdo parece tener una trascendencia mayor al concreto asunto resuelto, al poner en cuestión los efectos propios del convenio de eficacia general de carácter territorial. Volveré sobre el tema más adelante.

#### 5.4. Las restricciones a la descentralización productiva

Tampoco es una cuestión definitivamente zanjada la de las posibles cláusulas convencionales que restringen el recurso por las empresas afectadas por

---

Hay que tener en cuenta, por otro lado, la nítida ubicación de la autoridad española de la competencia en el campo administrativo, en contraposición a la jurisdiccional. Es interesante la lectura de las dos comunicaciones de la comisión en materia de cooperación de autoridades administrativas y jurisdiccionales en relación con la competencia (2004/C 101/03 y 2004/C 101/04, publicadas en el DOUE de 27 de abril). Los órganos jurisdiccionales a los que se refiere la segunda comunicación se contraponen a las autoridades de la competencia, cuya colaboración se regula en la primera. Y uno de los rasgos que define aquellos es que pueden plantear cuestiones prejudiciales, de donde se sigue con facilidad que las autoridades no pueden hacerlo. El hecho, en fin, de que las autoridades se inserten en una red de competencia nos permite dudar que sean independientes en el sentido que lo es un órgano judicial.

<sup>41</sup> En las sentencias de 9 de diciembre de 2004, C-460/2002 y 14 de julio de 2005, C-386/03, en las que se valoraban las normas internas que habían puesto en marcha el proceso de liberalización del sector del *handling* aeroportuario impulsado desde la UE, el TJUE mostró reticencias a que las normas sobre transmisión de empresa puedan extenderse más allá del ámbito para el que están previstas. Sin embargo, ordinariamente, el Tribunal no ha visto problema en incluir dentro del ámbito de la Directiva 2001/23/CE las obligaciones subrogatorias derivadas de los convenios colectivos. El caso de referencia tradicional es la STJCE de 24 de enero de 2002, C-51/00, *Temco Herma*. Cabe pues entender que no existe irregularidad alguna en la previsión de la disp. adic. 7ª IV Acuerdo (más extensamente, CRUZ, «El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva» cit., pp. 34 ss. y CABEZA, «Negociación colectiva y derecho de la competencia» cit., apartado V, pp. 21 ss.).

el convenio a la descentralización productiva. Tales restricciones consisten, a veces, en la prohibición del recurso a terceras empresas para desarrollar determinadas facetas del proceso productivo, y, en otras ocasiones, en la sujeción de la descentralización a requisitos o garantías especiales, diferentes a las legalmente establecidas. En cualquiera de ambos casos, las empresas cuya actividad en el mercado es precisamente la cobertura de estas necesidades descentralizadas (contratistas y empresas de trabajo temporal, fundamentalmente) se encuentran con dificultades legales para acceder a aquella parte del mercado constituida por las empresas afectadas por el convenio colectivo.

Desde la perspectiva de la defensa de la competencia, estas restricciones pueden verse como barreras de acceso al mercado. Sin embargo, puede considerarse también que persiguen legítimos objetivos de carácter social, relacionados con la calidad del empleo, lo que permitiría sustentarlas en la doctrina Albany. Ambas aproximaciones se han utilizado en relación con este problema, aunque con una singularidad: no existe solo una diferente valoración entre la autoridad administrativa de la competencia y los tribunales del orden social; también estos últimos se encuentran divididos respecto de los criterios a utilizar al respecto.

En efecto, comenzando por la subcontratación de obras o servicios, la doctrina judicial viene admitiendo las restricciones establecidas por la negociación colectiva. Así, por ejemplo, pueden encontrarse pronunciamientos dictados en suplicación que permiten mejorar el cuadro de garantías establecido en el art. 42 ET<sup>42</sup>. Y también la propia prohibición de recurrir a la subcontratación. En este último terreno, la SAN social 95/2001, de 7 de noviembre, admitió la legalidad de una cláusula de este último tipo, incluso frente a la alegación de la existencia de una práctica restrictiva de la competencia. Para alcanzar esta conclusión, la AN entendió que el precepto convencional cuestionado tenía una finalidad legítima —favorecer la contratación directa frente a la externalización de los servicios de las empresas afectadas por el convenio—.

Sin embargo, los tribunales del orden social se han pronunciado en sentido diferente, aunque no siempre, en relación con las cláusulas prohibitivas o restrictivas del recurso a empresas de trabajo temporal, tema que se ha suscitado reiteradamente a primeros de la década de los 90<sup>43</sup>. Es verdad que existe

---

<sup>42</sup> En esta línea, se ha admitido la extensión de la responsabilidad solidaria a materias no claramente contempladas en el precepto (cfr. SSTSJ Andalucía [Sevilla] de 29 de abril de 2010, rec. 1425/2009, Aragón de 25 de mayo de 2005, rec. 233/2005, Extremadura de 19 de noviembre de 2009, rec. 3852009, o Madrid de 29 de diciembre de 2006, rec. 3674/2007).

<sup>43</sup> En concreto, antes de la reforma de la LETT, se ha discutido la validez de las cláusulas que obligaban a las empresas usuarias a tratar a los trabajadores puestos a disposición conforme a los criterios del convenio aplicable en ellas. La doctrina de suplicación, partiendo de ya comentada jurisprudencia del TS que predica la imposibilidad de que un convenio colectivo obligue a empresas no incluidas en su ámbito de aplicación, consideró que este tipo de cláusulas eran lesivas para estas empresas de trabajo temporal y contravenían las reglas

algún pronunciamiento del TJUE que parece admitir la posibilidad de que los convenios incidan en los límites del recurso a ETTs<sup>44</sup>. Sin embargo, este planteamiento dependería del modo en que los Estados miembros han incorporado los criterios de la Directiva 2008/14/CE, y en concreto de la forma en que hayan habilitado a la negociación colectiva para su concreción. Sobre esta base, y dado que en España ha sido asumida esta función íntegramente por el legislador, no existirían razones para revisar la doctrina consolidada a finales del siglo pasado<sup>45</sup>.

Por su parte, aunque no existen específicas actuaciones sancionadoras sobre el particular, las autoridades de la competencia se han movido en esta última línea: han considerado contrarias a la normativa antitrust las restricciones del posible recurso por las empresas afectadas por el convenio tanto a la subcontratación de obras o servicios como a las empresas de trabajo temporal<sup>46</sup>. De esta manera, cabe concluir que se trata de un tema que queda abierto, máxime si tenemos en cuenta que es posible que las cláusulas que condicionan la subcontratación comiencen a difundirse, como estamos viendo en hostelería<sup>47</sup>. Cabe prever, en definitiva, que, en relación con esta cuestión, el debate se reavive en el futuro próximo.

---

legales que regulan su actividad. Si las empresas usuarias afectadas por el Convenio habían de cumplirlas «es evidente que se tomaría en un encarecimiento de costes del contrato de puesta a disposición que afectará a la competitividad de las ETT en el sector de actividad al que se refiere el convenio», lo que implicaría una «ausencia de estímulo de las usuarias para acudir a este sistema de contratación regulado por ley en determinados casos, y en definitiva, reducción del volumen de sus transacciones» (STSJ Com. Valenciana de 31 de octubre de 2000, rec. 2769/2000; véanse además SSTSJ Andalucía [Granada] de 10 de junio de 1999, rec. 1450/1999, Castilla-León [Burgos] de 23 de febrero de 1999, rec. 55/1999, Comunidad Valenciana de 19 de enero de 1999, rec. 3908/1998, y 9 de febrero de 1999, rec. 4337/1998, y Murcia de 28 de julio de 1999, proc. 5/1999, 5 de junio de 2000, proc. 10/1998, ó 30 de abril de 2002, rec. 138/2002).

Esta unanimidad en materia retributiva —que, a estas alturas, carece de todo interés en razón de las modificaciones legales introducidas en la LETT— contrasta, en fin, con algún pronunciamiento que se alinea en un sentido distinto. Me refiero a la STSJ Andalucía [Granada] de 10 de julio de 2001, rec. 1573/2001, en relación con una cláusula convencional que limitaba el recurso a ETT para las tareas de temporada, excepto en la primera. El pronunciamiento considera perfectamente admisible esta clara limitación al funcionamiento de las ETT, si bien es cierto que no se plantea directamente la cuestión de la eventual existencia de una práctica restrictiva de la competencia; sí valora, por el contrario, la libertad de empresa, aunque considera prevalente la negociación colectiva.

<sup>44</sup> STJUE de 17 de marzo de 2015, C-533/13, *Auto-ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry*.

<sup>45</sup> CRUZ, «El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva» cit., pp. 40 ss.

<sup>46</sup> Cfr. Informe TDC Vasco de 31 de enero de 2011, exp. I-01/2010.

<sup>47</sup> Ya hemos visto más arriba como el convenio provincial de Las Palmas extiende las retribuciones pactadas a los trabajadores de las empresas contratistas, lo que implica una clara restricción al recurso a la subcontratación (*supra*, 2.3.B]; en nota). Todavía más clara es la contenida en el art. 18 C.Col. Santa Cruz de Tenerife 2015/2019 (BOP de 28 de octubre de 2015) que prohíbe directamente la subcontratación de ciertas actividades —las directamente relacionadas con la actividad de las empresas del sector—. Según el precepto, en efecto, «las empresas incluidas en el presente convenio no contratarán o subcontratarán con otras empresas personal para los

## 5.5. Desigualdades entre empresas

Una última cuestión que se ha incorporado al debate se relaciona con las posibles diferencias de tratamiento entre las empresas derivadas del convenio colectivo. Se ha señalado, al respecto, 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». Sin embargo, ello no implica que quepa «establecer condiciones de funcionamiento perjudiciales para unas empresas respecto de otras dentro del mercado de productos o servicios sobre el que actúan»<sup>48</sup>.

La aproximación teórica resulta clara. En la aplicación práctica, sin embargo, podemos encontrar claroscuros. La jurisdicción social, por ejemplo, ha excluido la ilegalidad del establecimiento de un «plus de actividad industrial en las empresas que tienen un volumen superior de trabajo y negocio dentro de la mayoría de empresas de este sector» al no tratarse de una desigualdad injustificada. El pronunciamiento encuentra su justificación en la dimensión de la empresa y también en «la singular carga para el trabajador que trabaja en condiciones ambientales distintas, propias de un proceso industrial mecanizado»<sup>49</sup>. Pero no estoy nada seguro que esta aproximación sea compartida por las autoridades de la competencia: aunque apenas sabemos nada de las cuestiones que se plantean en el expediente *Amarres Puerto de Algeciras (S/DC/0605/17)*, del contenido del convenio que constituye su objeto, podemos intuir que uno de los puntos de conflicto es precisamente una diferencia salarial relacionada con la posición empresarial en el mercado<sup>50</sup>.

---

servicios de restaurantes, bares, cocinas, recepción y pisos. Por el contrario, podrán ser objeto de contratación o subcontratación actividades profesionales, de carácter accesorio en el sector, tales como seguridad, jardinería, animación, tareas específicas de mantenimiento técnico, servicios de socorrismo y especializadas de limpieza. Igualmente podrán serlo aquellos servicios especiales tales como bodas, conmemoraciones, banquetes o atenciones a congresos y reuniones». La prohibición viene siendo aplicada por los tribunales del orden social (por ejemplo, SSTSJ Canarias [Santa Cruz] 552/2019, de 27 de mayo, y 771/2019, de 12 de julio), si bien se mueven en el terreno de la existencia de cesión ilegal de trabajadores, sin plantearse cuestiones en relación con las libertades económicas de las empresas subcontratistas afectadas.

<sup>48</sup> CRUZ, «El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva» cit., pp. 23 y 24.

<sup>49</sup> STS social de 20 de febrero de 2012, rec. 189/2011.

<sup>50</sup> La nota de prensa hecha pública por la CNMC el 18 de octubre de 2018 alude como razones para iniciar el expediente sobre el Acuerdo de Estabilidad en el empleo para la actividad del amarre y desamarre de buques en el Puerto Bahía de Algeciras (BOP Cádiz 9 de agosto de 2016) su afectación a la «libertad y al coste de contratación de los nuevos operadores». Lo primero se relaciona, probablemente, al régimen de la bolsa de trabajo (arts. 4 ss.). En cuanto a lo segundo, seguramente apunta al incentivo por objetivos (art. 14) que devengan los trabajadores «cuando la empresa alcance una cuota de mercado del 30%». De hecho, en la tramitación de la terminación convencional del expediente, la eliminación de este complemento es uno de las ofertas hechas por las partes negociadoras (información al respecto en Informe I-CNMC/01/2019 del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía [<http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/Informe-I-CNMC-01-2019.pdf>]).

Del mismo modo, resulta poco clara la admisión en la doctrina de suplicación de la cláusula contenida en un convenio provincial estableciendo una jornada diferente, en atención a que la empresa disponga o no de convenio de empresa<sup>51</sup>. Asimismo, se ha aceptado por el TS una cláusula que excluía la proyección a las empresas con convenio propio de un determinado contenido<sup>52</sup>. Este tipo de cláusulas implica admitir una diferencia de trato que sitúa en peor condición a ciertas empresas en atención al ejercicio de un derecho reconocido por el ordenamiento, por lo que tal actuación ha sido considerada fraudulenta, al menos en el primero de los casos<sup>53</sup>.

## 6. UN BREVE APUNTE DE CONJUNTO

En una rápida recapitulación, el análisis panorámico que se ha desarrollado en los aspectos anteriores muestra ciertos puntos de fricción entre el desarrollo de la negociación colectiva y las exigencias de la normativa anti-trust. Estos puntos de fricción son afrontados, en ocasiones, por los tribunales del orden social y, en otros casos, por las autoridades de la competencia; y, si bien existen supuestos en los que unos y otras alcanzan soluciones similares, no dejan de detectarse puntos en los que no existe tal coincidencia.

No es de extrañar. Como anticipé, la doctrina Albany es lo suficientemente difusa como para permitir acercarse a estos puntos de fricción de forma diferente. Desde la óptica jurídico-laboral, tendemos a hacer una lectura expansiva de la inmunidad relativa de los convenios. En nuestra percepción, la estructura genética de la negociación colectiva, y, más en general, del conjunto del Derecho del Trabajo, incluye un impulso vital transformador de las relaciones laborales que hace que su capacidad normativa no pueda agotarse en la regulación del intercambio contractual básico. Por supuesto, esta queda comprendida en el ámbito de la inmunidad. Pero, con toda probabilidad, esta se extiende al conjunto de los contenidos legalmente establecidos en el ordenamiento laboral y de la seguridad social. Es difícilmente admisible que un convenio colectivo que se ocupe de materias que estén reguladas en normas legales de carácter social esté extralimitando sus funciones. Desde esta perspectiva, no es fácil aceptar que puedan ponerse en cuestión, como se ha intentado, las cláusulas convencionales sobre tiempo de trabajo ni la aversión frente a algunas cláusulas (restricciones o prohibiciones de la descentralización, subrogación convencional) que conectan fácilmente con principios sólidamente anclados en el ordenamiento laboral (por ejemplo, la estabilidad en el empleo cuyo fundamento último resultar ser el art. 35.1 CE).

<sup>51</sup> STSJ Navarra 220/2014, de 30 julio.

<sup>52</sup> STS social 253/2018, de 7 marzo.

<sup>53</sup> CRUZ, «El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva» cit., p. 32. Quizá por ello, la doctrina posterior de la propia Sala de Navarra ha restringido la aplicación literal del precepto (sentencia 283/2016, de 27 mayo).

Por otro lado, no hay que olvidar la posibilidad de crecimiento «horizontal» del ordenamiento laboral. Como ha señalado la doctrina, no resulta posible reducir el ámbito natural de los convenios colectivos a las «condiciones de trabajo tradicionales» —que son las que, sin duda, están incluidas en las dos primeras ideas—. Buscando alcanzar los objetivos fundacionales del ordenamiento laboral, la negociación colectiva ha desbordado los temas tradicionales vinculados al coste del trabajo e intenta extenderse a formas indirectas de tutela de los intereses individuales incluyendo, por supuesto, el control de las facultades empresariales<sup>54</sup>.

Por el contrario, la aproximación de las autoridades de la competencia es mucho más restrictiva. En este sentido, en la resolución del asunto *Empresas Estibadoras*, cuya doctrina fue reiterada por la más reciente dictada en el caso *Convenio de Seguridad*, se indica que la exención del control antitrust se extiende solo a aquella parte del convenio que aborda «cuestiones normales propias de la negociación colectiva». Y esta normalidad se fija de una forma muy estática pues las indicadas resoluciones las concretan en «los salarios o determinadas condiciones de trabajo». Y por su parte, la anterior resolución dictada en el asunto *Ayuda a domicilio*, se refirió a las «condiciones de empleo y a las relaciones de los trabajadores con los empresarios». La visión del papel de la negociación es así bien diferente puesto que se centra en el intercambio básico de trabajo por retribución en el ámbito de la empresa. La cuestión prejudicial planteada por la CNMC es muy ilustrativa de esta idea. Reiterando afirmaciones contenidas en las resoluciones *Empresas Estibadoras* y *Convenio de Seguridad*, se afirma que, «cuando el acuerdo o convenio va más allá de esos ámbitos (tales como las cuestiones relacionadas con los salarios, las vacaciones, la jornada laboral, la organización del trabajo), las autoridades de competencia, de acuerdo con la doctrina de la sentencia Albany, deberán analizar la naturaleza y objeto del mismo antes de decidir si cae bajo las normas de competencia o está excluido de las mismas. En ese análisis habrán de prestar especial atención no sólo a las materias que trate el convenio, sino también, a si establece obligaciones a terceros o afecta a otros mercados de una forma no justificada por el objetivo de la negociación colectiva» (apartado IV, § 23).

Esta estrecha visión, que ha conducido a la drástica afirmación en la resolución *Estibadores Vigo* de que «nada en el contenido de los preceptos analizados en este expediente regula condiciones laborales de los trabajadores», es un trasunto prácticamente literal del criterio expresado por el Abogado General en el asunto *Albany*. En sus conclusiones (§ 193), Jacobs había propuesto como posible criterio de deslinde de la inmunidad relativa «que el convenio colectivo debe tratar sobre cuestiones centrales de la negociación colectiva, como los salarios y las condiciones de trabajo, y no

---

<sup>54</sup> MARTÍNEZ FONS, D., *Libre competencia y derecho del trabajo. Efectos del derecho económico comunitario en las relaciones laborales*, Madrid (La Ley), 2006, p. 235.

afectar a terceros o a otros mercados». El criterio determinante sería así «si el convenio se limita a modificar o establecer derechos y obligaciones en el marco de la relación laboral entre empresarios y trabajadores o si va más allá y afecta directamente a las relaciones entre los empresarios y terceros, como los clientes, los proveedores, los empresarios competidores o los consumidores».

Se ha señalado que apoyarse en las conclusiones del Abogado General más que en la propia sentencia Albany constituye un «grave error», pues esta «no sigue a pies juntillas aquéllas, sino que expresa una discrepancia, cuando menos parcial»<sup>55</sup>. La lectura de las dos interpretaciones es muy ilustrativa, sin que sea necesario extenderse al respecto. Lo que sí conviene resaltar es que la utilización de los criterios del Abogado General en lugar de los que se desprenden de la literalidad de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia puede desplegar efectos más allá de los concretos casos sometidos al conocimiento de la autoridad de la competencia. En efecto, dado que el convenio se extralimitaría cuando «afecta directamente a las relaciones entre los empresarios y terceros» y que entre estos últimos se incluyen los «empresarios competidores», la proyección de las reglas antitrust apuntaría directamente contra los convenios colectivos territoriales de eficacia general.

Los efectos anticompetitivos sancionados en la resolución de la CNMC de 26 de julio de 2018 (S/DC/0596/16), *Estibadores Vigo*, son una buena prueba de esta idea. Recuérdese que, en el supuesto resuelto, y a diferencia de lo que ocurría en el asunto *Empresas estibadoras* de 2009, no se trataba de extender las reglas sobre estiba a empresas no estibadoras sino que lo único que hacían los acuerdos objetados era sujetar la prestación de servicios complementarios por empresas estibadoras al régimen convencional establecido para la estiba. Con independencia de que esta solución sea o no correcta —cuestión a la que me he referido más arriba—, lo que es seguro es que la existencia de un acuerdo colusorio no se construye ya sobre el establecimiento de una barrera para posibles competidores en la prestación de estos servicios complementarios sino sobre la homogeneización de condiciones de trabajo derivadas de los acuerdos colectivos. Estos garantizarían, afirma la resolución, «una uniformidad del modo de prestación del servicio sin que exista riesgo de que ninguna de las empresas competidoras recurra, en aplicación de la normativa vigente, a la contratación de efectivos en condiciones más favorables; es decir, el acuerdo garantiza la armonización en la forma de prestación de los servicios y hace desaparecer el riesgo de competencia entre las empresas (al menos en la parte basada en este relevante criterio) en un marco en el que conocen de antemano la política de contratación laboral y el coste de la mano de obra de sus competidoras». De este modo, impiden que las empresas determinen «el modo en que llevan a cabo su operativa de forma individual, sometidas a la incertidumbre inherente a un régimen de

---

<sup>55</sup> CABEZA, «Negociación colectiva y derecho de la competencia» cit., pp. 9 ss.

competencia». «Además», se afirma para concluir, «la aplicación del acuerdo proporciona a las empresas la necesaria paz social».

No hace falta ser un lince para darse cuenta de una cosa: estas consideraciones —que con toda probabilidad se hallan también detrás del expediente en relación con el *Acuerdo Marco de la Estiba*<sup>56</sup>— son muy llamativas: describen, ni más ni menos, los efectos típicos de nuestros convenios supraempresariales, conforme a las reglas del art. 82 ET. Cabe apuntar como conclusión, creo, que la necesidad de reconsiderar las relaciones entre derecho de la competencia y negociación colectiva no se relaciona tanto con la dimensión temática del conflicto, todavía muy limitada, como con su potencialidad corrosiva del modelo de negociación colectiva establecido en el Estatuto de los Trabajadores.

## 7. UNA ÚLTIMA CUESTIÓN ABIERTA: CONTROL ADMINISTRATIVO Y CONTROL JURISDICCIONAL

En otro orden de consideraciones, y para cerrar el análisis, la interferencia entre negociación colectiva y normativa antitrust ha de ser analizada también desde una perspectiva de carácter procedimental. Se trata de determinar, en este plano de reflexión, si los mecanismos generales de defensa de la competencia resultan aplicables, sin matices, cuando es un convenio colectivo quien protagoniza la conducta que se reputa colusoria. Y es que, con toda probabilidad, una solución satisfactoria de las cuestiones que se plantean en este terreno podría conjurar buena parte de los riesgos que se han examinado en el apartado anterior.

En nuestra tradición —como en la de otros países de nuestro entorno—, el sistema de aplicación de la normativa antitrust descansa en dos pilares distintos, el administrativo y el jurisdiccional, entre los que resulta preponderante el primero. En línea con las normas europeas, la normativa española de defensa de la competencia abre dos posibles espacios aplicativos: el ocupado por la CNMC y, en su caso, las autoridades autonómicas y el que corresponde a los órganos judiciales. Los respectivos campos de actuación resultan complementarios. La LDC encomienda a las autoridades administrativas, aparte otras que ahora no interesan, la función de vigilancia de posibles conductas contrarias a la competencia (arts. 1 y 2 LDC) y, una vez detectadas, le atribuye facultades para su investigación y represión, mediante la imposición de sanciones administrativas (arts. 49 ss.). Por su parte, las competencias jurisdiccionales, incluyen, de un lado, las autorizadoras o revisoras de los actos administrativos que resultan de todo lo anterior; y de otro, las relacionadas con los efectos sobre los particulares de las conductas contrarias a la compe-

---

<sup>56</sup> Recuérdese la relevancia que tiene en la cuestión prejudicial la afectación de intereses de terceros, categoría que comprende también a los empresarios incluidos en el ámbito del convenio (cfr. § 23).

tencia: declaración de su nulidad y eventual exigencia de reparación de los daños que hayan producido (art. 72.1 LDC). Las primeras corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 48 LDC), las segundas al orden civil a través de los especializados Juzgados de lo Mercantil (cfr. art. 86ter.2 f] LOPJ).

Por supuesto, las actuaciones desarrolladas por las autoridades de la competencia quedan sujetas a control judicial, a través del correspondiente recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, las relaciones entre aquellas y las eventuales acciones emprendidas por los particulares sobre las mismas conductas se saldan a favor de las primeras. Es verdad que no existe una consagración expresa de ello. Se parte más bien de la independencia de unas y otras, sin perjuicio de la existencia de determinadas «pasarelas» procedimentales, esto es, de un conjunto de reglas que posibilitan la coordinación entre las actuaciones desarrolladas en sede administrativa y judicial<sup>57</sup>. Con todo, existen datos que permiten pensar que, en realidad, el instrumento principal de aplicación de las normas de defensa de la competencia es el administrativo. Por un lado, merece la pena señalar el carácter unidireccional que presentan las citadas «pasarelas», que permite alcanzar la conclusión de que las mismas miran fundamentalmente a salvaguardar las competencias de las autoridades administrativas. Así, el flujo de información sobre los procedimientos se mueve desde la jurisdicción hacia la administración. Se busca con ello posibilitar que la autoridad administrativa centralice toda la información existente en relación con las posibles conductas contrarias a la competencia. Asimismo, y en contra de lo que sería previsible habida cuenta el diferente papel que ocupan en el entramado del Estado de Derecho, el efecto suspensivo derivado de la concurrencia de diferentes procedimientos sobre los mismos hechos, aunque sea estrictamente potestativo y quede, por tanto, a discreción del órgano judicial, se postula de las actuaciones judiciales y no de las administrativas. Por último, y sobre todo, la interpretación jurisprudencial y la propia normativa han ido evolucionando hacia la vinculación de los órganos de la jurisdicción civil a los criterios establecidos en vía administrativa<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Estas reglas obligan, de entrada, a la notificación por los órganos jurisdiccionales a los de carácter administrativo de los procedimientos que se sigan ante ellos en materia de defensa de la competencia así como la de las sentencias eventualmente recaídas (art. 16.3 LDC; arts. 212.3, 404.3 y 461.5 LEC). Reconocen, por otro lado, la posibilidad de que las autoridades administrativas competentes comparezcan en tales procedimientos para «aportar información o presentar observaciones a los órganos jurisdiccionales» en relación con la aplicación de las normas antitrust (art. 16.1 y 2 LDC; art. 15bis LEC). Finalmente, prevén la facultad de los órganos jurisdiccionales de suspender los procedimientos en tanto se sustancian ante las autoridades de defensa de la competencia los expedientes que versen sobre los mismos hechos (arts. 434.3 y 465.6 LEC).

<sup>58</sup> En la versión original de la LDC no se afirmaba el carácter vinculante para los tribunales civiles de las resoluciones de las autoridades de la competencia. Ello no obstante, desde el primer momento, fueran consideradas elementos «de gran valor» en la aplicación por aquellos de las normas antitrust (por ejemplo, SJM Barcelona-2 20 enero 2011, proc. 45/2010) Es más, la evolución interpretativa posterior ha conducido a la jurisprudencia civil a reconocer que

Se parte, pues, de la primacía de la aplicación de las normas antitrust por las autoridades administrativas de la competencia y del carácter complementario de las actuaciones judiciales. El Reglamento 1/2003 es bien claro a este respecto: aunque «los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan un cometido esencial en la aplicación de las normas comunitarias», su función «es, a este respecto, complementaria de la de las autoridades de la competencia» (Exposición de Motivos, § 7).

La proyección de este sistema de garantías sobre los convenios colectivos abre diferentes problemas en relación con la articulación de las competencias de las autoridades administrativas de la competencia y las del orden jurisdiccional social. Por supuesto, no resulta posible dudar que a este le corresponde el conocimiento de las cuestiones litigiosas relacionadas con la legalidad de los convenios colectivos, incluso cuando su antijuridicidad se base en la vulneración de la normativa antitrust. La competencia de los Juzgados de lo Mercantil en relación con las normas europeas y españolas en materia de defensa de la competencia se limita, *ex art.* 86ter.2 f) LOPJ, a «cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil»; y la relacionada con la impugnación de los convenios colectivos no entra en ellas sino que pertenece de lleno a la de la jurisdicción social (arts. 9.5 LOPJ y 2.h) LRJS).

La cuestión es más bien cómo se relacionan competencias administrativas y jurisdiccionales cuando convergen sobre la negociación colectiva. A falta de una regulación especial, es posible entender que el sistema de garantías de la normativa antitrust se proyecta sobre los convenios colectivos, con la única salvedad de que las funciones judiciales en relación con los efectos entre particulares son asumidas por los órganos judiciales del orden social. De esta manera, el control de cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia se desarrollaría de forma paralela en sede administrativa y en vía jurisdiccional. Esta es la postura que tradicionalmente ha sostenido la autoridad de la competencia y la que se deduce de los primeros pronunciamientos del orden social que se han ocupado del tema. Por lo que se refiere a la primera, ha entendido en una de sus últimas resoluciones sobre la cuestión<sup>59</sup>, y sobre la base de la doctrina Albany, que, si existe extralimitación del convenio por desbordar la materia laboral, queda sujeto a las normas antitrust y, en consecuencia, no puede aducirse «la falta de competencia de la CNMC para enjuiciar las conductas analizadas»; en cuanto a los segundos, ya la STS de 15 marzo 1993 (rec. 1730/1991) afirmó la competencia del orden social

---

los litigios privados quedan condicionados por la solución del previo proceso administrativo, cuando ésta viene confirmada por la jurisdicción contencioso-administrativa (cfr. STS civil 7 de noviembre de 2013, rec. 2472/2011, o 3 noviembre 2017, rec. 2670/2014). Esta evolución ha sido finalmente sancionada en vía normativa, al menos por lo que se refiere a las reclamaciones de resarcimiento de daños derivados de conductas contrarias a la competencia, como consecuencia de la incorporación a nuestro Derecho de las prescripciones de la Directiva 2014/104/CE (cfr. arts. 75 y 76 LDC).

<sup>59</sup> Res. CNMC 26 julio 2018, S/DC/0596/16 *Estibadores Vigo*.

para conocer de la impugnación de los convenios colectivos con base en la lesividad, sin que la misma pudiera ser puesta en cuestión por la atribuida a la autoridad de la competencia<sup>60</sup>.

Esta situación no está exenta de problemas. El hecho, en primer lugar, de que, a diferencia de lo que ocurre en la LEC, la legislación procesal laboral no prevea expresamente mecanismos de coordinación hace que ambos garantes de la legalidad de los convenios colectivos funcionen de manera independiente. La autoridad de la competencia, acostumbrada a ostentar la primacía, ha despreciado las aproximaciones que a los temas controvertidos puedan hacer los tribunales del orden social<sup>61</sup>. Por su parte, los órganos de la jurisdicción social se han desentendido de las aportaciones que puedan hacer las autoridades administrativas de la competencia<sup>62</sup>. En este contexto de mutuo desconocimiento, es clara, en segundo lugar, la posibilidad de que aparezcan soluciones discrepantes en la valoración de una misma norma convencional. Es cierto que esta posibilidad no ha llegado a verificarse todavía, al menos de manera frontal. Pero, aparte de que no puede descartarse que ello ocurra en el futuro, lo cierto es que cabe apuntar ya la existencia de algunas situaciones paradójicas, en relación con cláusulas convencionales que son pacíficamente aplicadas en el orden social y quedan bajo sospecha —o son directamente consideradas ilegales— en el ámbito de actuación de la autoridad de competencia<sup>63</sup>.

Es verdad, en tercer lugar, que, en alguna ocasión, autoridad de la competencia y tribunales del orden social han podido funcionar en paralelo a través de la impugnación de oficio por la administración laboral del convenio colectivo. En este contexto, cabría pensar que la solución a posibles conflictos podría pasar por la colaboración interadministrativa. En esta línea se mueve el

---

<sup>60</sup> En la línea de reconocer la competencia del orden social para aplicar la normativa de la LDC cuando el convenio es impugnado por lesividad, SSAN 95/2001, de 7 noviembre, u 86/2012, de 13 julio.

<sup>61</sup> En esta línea, la RCNC de 27 de marzo de 2012, *Convenio de seguridad*, contiene la drástica afirmación de que, al igual que «la CNC no es competente para aplicar derecho laboral, tampoco la Jurisdicción Social puede efectuar un análisis del convenio desde la perspectiva del Derecho de la Competencia».

<sup>62</sup> Por ejemplo, la SAN 86/2012, de 13 julio: aunque la empresa que impugnaba el convenio de *handling* había dedicado una «extensa parte de la demanda» a exponer la doctrina de la Comisión Nacional de Competencia sobre el particular y solicitaba asimismo que compareciese al procedimiento, la sala sentenciadora fue insensible a tales argumentaciones. Antes bien, se mostró contraria de forma extremadamente contundente, afirmando que su «intervención en estos procesos no está prevista, y (sus) decisiones no constituyen jurisprudencia ni doctrina judicial aplicable por los Tribunales de Justicia».

<sup>63</sup> Sobre el riesgo de contradicción, véase, por ejemplo, CRUZ, «El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva» cit., pp. 44. ss. Con anterioridad, y con algún ejemplo concreto, GOERLICH PESET, J.M., «Dos nuevos conflictos entre negociación colectiva y derecho de la competencia: resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de marzo de 2012 y sentencia de la Audiencia Nacional (social) de 13 de julio de 2012», *Aranzadi doctrinal*, 1/2013, § 4.

Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comisión Nacional de la Competencia suscrito el 25 de enero de 2010 (BOE de 26 febrero) que pretende precisamente «instrumentar una colaboración adecuada entre la DGT y la CNC que permita a ambas cumplir con las funciones que la legislación les encomienda». Sin embargo, este Convenio no garantiza una respuesta adecuada al problema que nos ocupa: aparte los límites de las previsiones informativas que se establecen —circunscritas al ámbito estatal de competencias en materia laboral—, no supone alteración de las facultades de cada una de las dos autoridades. Si la autoridad de la competencia entiende que existe alguna cláusula que vulnera la competencia, se da a las partes la oportunidad a las partes de subsanar la anomalía detectada. Pero si optar por mantener la cláusula cuestionada, cada una de las autoridades actúa según su criterio: «la DGT y la CNC realizarán, en el ámbito de sus competencias, las actuaciones que procedieren, informándose mutuamente, de forma que se cumpla el procedimiento de depósito, registro y publicación de los convenios colectivos de trabajo y las normas en materia de defensa de la competencia».

Por último, aunque no por ello menos importante, la «exportación» al ámbito de la negociación colectiva del sistema de garantías de la normativa de defensa de la competencia implica la aparición de un control administrativo directo sobre los convenios colectivos. Y ello parece poco adecuado atendiendo a su naturaleza y protección constitucional. En nuestro sistema jurídico, los convenios colectivos no son únicamente un acuerdo de voluntades entre privados al que puedan aplicarse sin más todas las reglas establecidas para luchar contra las prácticas restrictivas de la competencia. Como consecuencia de su fundamento constitucional (art. 37.1 CE), la regulación legal de los convenios colectivos presenta importantes singularidades, una de las cuales es la exclusión de la intervención administrativa en relación con sus contenidos: si bien se prevé que la autoridad laboral ejerza determinadas funciones en la tramitación de los convenios, éstas no incluyen su posible modificación, sin perjuicio de que, en caso de advertirse ilegalidad o lesividad, pueda ponerse en marcha la impugnación ante la jurisdicción social (art. 90 ET). La reiteradamente citada STS social de 15 marzo 1993 (rec. 1730/1991), al rechazar la alegada incompetencia por corresponder a la autoridad de competencia, ha basado su razonamiento en la existencia de un «principio limitativo del intervencionismo administrativo en la esfera de la negociación colectiva..., con fundamento en el art. 37.1 de la Constitución».

En otro lugar<sup>64</sup>, me he ocupado de reconstruir con detalle el fundamento de este principio que, a mi juicio, no es el resultado de una decisión legislativa contingente que se haya adoptado en un momento dado, sino que viene impuesta por el propio reconocimiento de la libertad sindical cuyo contenido esencial incluye, como es sabido, el derecho a la negociación colectiva. En este contexto, tanto la doctrina elaborada por las instancias internacionales

---

<sup>64</sup> GOERLICH PESET, J.M., «El control del convenio colectivo por las autoridades administrativas de defensa de la competencia», *Temas laborales* 147(2019), pp. 47 ss., en especial, pp. 60 ss.

competentes en materia de libertad sindical como la de nuestra propia jurisprudencia constitucional se han manifestado contrarias a la posibilidad de que la Administración interfiera en el libre desarrollo de la negociación colectiva o actúe sobre sus resultados. Además, y sobre todo, tal y como está configurada la intervención de la autoridad de la competencia desborda los mínimos criterios de razonabilidad y proporcionalidad que deben presidir las restricciones de los derechos fundamentales. Al basarse en una actuación sancionadora tiene un efecto disuasorio del ejercicio de los derechos que se extiende más allá del concreto problema que se plantea; y, con ello, implica lesión del derecho fundamental en juego, en este caso la libertad sindical, incluso aunque estuviera acreditado que la conducta queda objetivamente fuera de su ámbito. Y es que, como hemos visto, en la reciente RCNMC de 26 de julio de 2018 (exp. S/DC/0296/16, *Estibadores Vigo*), al proyectar sin más los criterios de imputación y determinación de la responsabilidad establecidos en la normativa antitrust se entra en conflicto con aspectos sólidamente enraizados en el contenido de la libertad sindical. Aunque quizá sea peor, desde la perspectiva de la integridad del derecho, lo ocurrido en la más reciente RCNMC de 18 de septiembre de 2020 (S/DC/0619/17, *Acuerdo Marco de la Estiba*) que ha dulcificado extraordinariamente las sanciones inicialmente propuestas, hasta convertirlas en «simbólicas»; pero ello se asocia al sometimiento de las partes del convenio, a las que se presenta, tras los tres años de tramitación, como proclives a alcanzar un acuerdo respetuoso con «las exigencias normativas de liberalización del sector y mantenimiento de una competencia efectiva» bajo la tutela de la propia autoridad de la competencia, dispuesta a «seguir verificando no solo el proceso de redacción sino de ejecución del acuerdo que finalmente se alcance».

Por lo demás, estas anomalías se producen en un contexto en el que la intervención sancionadora es de todo punto innecesaria por cuanto que, a diferencia de lo que probablemente ocurre en el mundo de los acuerdos colusorios, la negociación colectiva se mueve en un marco de transparencia que permite a cualquier interesado la valoración directa e inmediata de eventuales cláusulas anticompetitivas. Ello hace que no sea en modo alguno necesario un método tan cruento de garantía de la normativa antitrust.

Ante este problema, se ha formulado alguna solución de la que hay que dar cuenta en este trabajo panorámico. De entrada, aceptando como inevitable la coexistencia de las competencias administrativas derivadas de la normativa antitrust y las propias de la jurisdicción social, Jesús Cruz ha propuesto *de lege ferenda* incrementar la coordinación entre sus titulares. A estos efectos, son dos las modificaciones que cabría introducir. La primera se dirigiría a impedir «el solapamiento temporal de actuaciones, de modo que con ello, en cada ámbito se conozca el criterio del otro, antes de manifestarse». Aunque admitiría una formulación neutral, basada en el criterio *prior tempore*, lo normal sería a su juicio conceder una prioridad a las actuaciones judiciales. En cuanto a la segunda, al objeto de eliminar la posibilidad de contradicción entre órdenes jurisdiccionales, se habría de seguir el modelo instaurado en la Ley concursal, atribu-

yendo al orden social la revisión de las resoluciones administrativas de control de los convenios a la luz de la normativa de defensa de la competencia<sup>65</sup>.

Por mi parte, he sostenido que, tras la entrada en vigor de la Ley 36/2011, de 11 octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, el sistema de control de los convenios colectivos se ha decantado con claridad a favor de la existencia de un monopolio judicial del orden social<sup>66</sup>. Como consecuencia de ello el modelo general de garantía de la normativa antitrust que ha sido descrito más arriba no resulta admisible en el ámbito de la negociación colectiva, en la medida en que pone en riesgo la exclusividad y preferencia de jueces y tribunales de este orden jurisdiccional. No se trata sólo de que las cuestiones relacionadas con la negociación colectiva sean competencia de los tribunales del orden social (art. 2.h] LRJS) sino, sobre todo, de que los pronunciamientos del orden social emitidos al respecto tienen una eficacia privilegiada. En efecto, según el último inciso del art. 166.2 LRJS, la sentencia que se dicte en la modalidad procesal de impugnación de convenios, «una vez firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse en todos los ámbitos de la jurisdicción sobre los preceptos convalidados, anulados o interpretados objeto del proceso». De este modo, después de la LRJS, las competencias de la CNMC respecto de los convenios colectivos se limitarían a la posibilidad de instar su impugnación en los términos del art. 5.4 Ley 3/2013, como ya ha indicado algún pronunciamiento del orden social<sup>67</sup>.

Ambas propuestas tropiezan con un problema: la existencia de precisas indicaciones en la normativa europea sobre el funcionamiento del sistema de defensa de la competencia. A mi juicio, al haberse diseñado el sistema para una realidad diferente a la negociación colectiva, sería posible aceptarlas<sup>68</sup>, sobre todo si tenemos en cuenta que aquella tiene también relevancia constitucional en el ámbito europeo (cfr. art. 28 CDFUE). Por ahora, sin embargo, no lo sabremos con certeza pues la cuestión prejudicial formulada por la CNMC no ha llegado a ser admitida. Si lo hubiera sido, el TJUE se hubiera tenido que enfrentar, en la última de las preguntas a determinar si las normas europeas requieren «de una autoridad administrativa como la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia la imposición de multas sancionadoras y multas coercitivas a las entidades que llevan a cabo comportamientos como los descritos» —esto es, a quienes negocian un convenio colectivo—. El tema, pues, sigue abierto.

---

<sup>65</sup> CRUZ, «El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva» cit., pp. 45 ss.

<sup>66</sup> GOERLICH, «El control del convenio colectivo» cit., pp. 67 ss.

<sup>67</sup> Cfr. SAN 174/2013, de 30 septiembre, que afirma que «la actual Comisión Nacional de la Competencia es administración y no puede anular normas de un Convenio Colectivo, existiendo al efecto una reserva de jurisdicción a favor del orden social -art 90.5 ET y 163 y ss. LRJS-. Quizás por ello el art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia concede legitimación la Comisión para impugnar ante la «jurisdicción competente... las disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados».

<sup>68</sup> GOERLICH, «El control del convenio colectivo» cit., pp. 72 ss.

Esta obra recoge las ponencias e intervenciones de la XXXII Jornada anual de estudio de la negociación colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC), celebrada en el hoy Ministerio de Trabajo y Economía Social, el 21 de noviembre de 2019.

En esta ya tradicional cita anual de reflexión sobre el mercado laboral, la CCNCC acordó dedicar la XXXII Jornada al tema *"Negociación colectiva y derecho de la competencia"*, una materia en la que existen actuaciones de instituciones jurídicas diversas y actores que se desenvuelven conforme a lógicas e intereses incluso divergentes.

Tras la exposición de la visión que sobre la materia tiene la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, los interlocutores sociales expusieron su visión, apoyada en su experiencia acumulada de los últimos años que, en algunos casos, procede de la gestión de las relaciones laborales de importantes sectores productivos en los que se han producido colisiones concretas entre el derecho a la negociación colectiva y la libre competencia. La Jornada se completó con la visión académica, tanto desde la perspectiva de la normativa supranacional, como desde el punto de vista del Derecho interno.

ISBN: 978-84-8417-575-9



9 788484 175759