

Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia

Un estudio de las relaciones
entre el ordenamiento laboral
y la disciplina del mercado

Resumen ejecutivo

Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia

Director: José María Goerlich

Coordinadora: Adoración Guamán

Autores: José M^a Baño León, Catherine Barnard, Vania Brino, Fernando Fita Ortega, José María Goerlich Peset, Adoración Guamán Hernández, Antoine Lyon-Caen, Adalberto Perulli, Juan Manuel Ramírez Martínez, Andrea Ritschel, Juan Ignacio Ruiz Peris, Tomás Sala Franco, Juan Antonio Ureña Salcedo, Javier Viciano Pastor, Cyril Wolmark

00—Presentación (pág. 05)

01—Libertades económicas en el mercado común y normas laborales (pág. 08)

(pág. 09)

1. Aspectos generales

1.1. Las libertades económicas en el mercado común

1.2. El contenido de las libertades: la prohibición de las restricciones a las libertades de circulación, alcance y excepciones

1.3. Libertades de circulación y ejercicio de los derechos fundamentales

(pág. 16)

2. Libertades de circulación y derecho del trabajo

2.1. Libre circulación de mercancías y normas laborales

2.2. Libertad de establecimiento *versus* acción sindical: el caso Viking Line

2.3. Los efectos de la libre circulación de servicios sobre las normas sociales estatales

2.4. El desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios

(pág. 31)

3. Libertades económicas y contratación pública

3.1. Negociación colectiva y contratación pública

3.2. La utilización de la contratación pública para la satisfacción de fines sociales

(pág. 36)

4. Valoración de la evolución jurisprudencial en el ámbito comunitario

4.1. Libertades económicas y derechos sindicales en el ámbito internacional

4.2. La crítica de la jurisprudencia del TJCE en el ámbito comunitario

4.3. Posibles alternativas

02—Normas laborales y defensa de la competencia (pág. 42)

(pág. 43)

1. Aspectos generales

1.1. La normativa sobre defensa de la competencia

1.2. Algunas nociones relevantes

1.3. Convenios colectivos y derecho de la competencia: primera aproximación

(pág. 47)

2. Convenios colectivos y derecho comunitario de la competencia

(pág. 49)

3. Una aproximación comparada

(pág. 50)

4. Negociación colectiva y defensa de la competencia en España

4.1. La aplicación de la Ley de Defensa de la competencia a los convenios colectivos

4.2. Los escenarios del conflicto

4.3. Garantías formales de la libre competencia: competencias administrativas y jurisdiccionales

03—Disciplina del mercado e igualdad empresarial (pág. 65)

(pág. 66)

1. La disciplina comunitaria de las ayudas de Estado y el ordenamiento laboral

1.1. Las ayudas de Estado en la política de empleo de la Unión Europea

(pág. 70)

2. Competencia desleal y normas laborales

2.1. Diferenciaciones normativas y competencia

2.2. Incumplimiento de normas laborales y competencia desleal

04—Conclusiones (pág. 74)

00-

Presentación

**Libertades económicas, mercado de trabajo
y derecho de la competencia**

Objeto y sistemática de la exposición

Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia

El nacimiento y primer desarrollo de lo que hoy llamamos Derecho del Trabajo se ha producido en claro conflicto con las normas que venían regulando el mercado de bienes y servicios. Sobre la realidad derivada del triunfo de la revolución liberal, el libre mercado, la aparición del movimiento obrero aparece como un cuerpo extraño, que debía ser extirpado. En Europa, el correcto funcionamiento del mercado y la libre actuación en él de las empresas se ha garantizado mediante el intento de anular el funcionamiento de las incipientes organizaciones obreras a través de la criminalización directa de la acción sindical. En otros sistemas jurídicos, como el norteamericano, se han utilizado además con esta finalidad la legislación antitrust de finales del XIX (Sherman Act de 1890).

Con posterioridad, este conflicto ha quedado superado. La normalización de la intervención normativa del Estado así como de la acción sindical ha cambiado la óptica a través de la que se contemplaban las relaciones entre mercado y normas laborales. En este proceso se han extendido las trabas y vínculos que experimentan las empresas para acceder al mercado, para moverse en él y, en su caso, para abandonarlo; a cambio, el Ordenamiento laboral ha actuado sobre otra faceta de la disciplina del mercado: la igualdad.

Esta evolución ha sido causa y, a la vez, ha encontrado fundamento en el constitucionalismo social propio del siglo XX. Éste, al incluir junto a los derechos característicos del primer liberalismo los derechos sociales de nuevo cuño, ha puesto las bases para una coexistencia pacífica del ordenamiento laboral y el derecho de la competencia porque las limitaciones al libre acceso y libre funcionamiento de las empresas en el mercado derivadas de las normas laborales encontraban el mismo fundamento constitucional que la libertad de empresa. Ello explica que durante mucho tiempo no se hayan planteado conflictos entre normas laborales y normas del mercado —o sólo se hayan planteado de forma muy limitada.

En la experiencia reciente el conflicto se ha reabierto. Hemos asistido al rechazo de normas laborales por ser consideradas contrarias a las libertades económicas de las empresas, a la

aceptación por algunos tribunales de que la acción sindical debe quedar sujeta a la lógica que éstas imponen o a la imposición de sanciones administrativas a las organizaciones sindicales por haber participado en la negociación de convenios colectivos. Ello puede deberse a dos razones diferentes: o bien el derecho del trabajo se ha salido en los últimos tiempos de sus cauces naturales o bien ha sido la disciplina del mercado la que los ha desbordado. No parece que haya sucedido lo primero, puesto que la expansión del ordenamiento laboral que ha caracterizado su época “clásica” se ha detenido desde hace algún tiempo. Así pues, cabe aventurar más bien que es la disciplina del mercado la que se ha salido de sus cauces previos.

No es de extrañar. El mercado o, mejor en plural, los mercados han adquirido últimamente una importancia impensable hace veinte años o incluso menos. Tienen una presencia constante en los medios de comunicación y aparecen cada día más como motivación de las mismas decisiones políticas. No es por ello irrazonable pensar que este fenómeno tenga también una dimensión jurídico-interpretativa. Y ésta ha buscado un ámbito de desarrollo específico: el ordenamiento comunitario. Tampoco es de extrañar: el largo proceso de construcción europeo tiene, como es sabido, raíces fundamentalmente económicas, vinculadas a la creación de un “mercado común”. Y, aun siendo cierto que desde el principio ha tenido también objetivos sociales y que paulatinamente se han ido incrementando, también lo es que los mismos han venido a aparecer como secundarios y a ser alcanzados de manera “refleja”: es el progreso económico en el mercado el que conduce a su consecución.

Objeto y sistemática de la exposición

A continuación se intenta identificar las relaciones y puntos de conflicto existentes entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado, con especial atención a los que aparecen en el terreno de la acción sindical y de la negociación colectiva. A estos efectos, en el informe se abordan tres bloques temáticos:

- En el primero se incluyen las cuestiones relacionadas con el conflicto entre las libertades económicas fundamentales del ordenamiento comunitario y las normas y principios laborales, tanto de carácter estatal como relacionados con acción sindical y negociación colectiva.
- El segundo se enfrenta a la articulación de las relaciones entre ordenamiento laboral y legislación de defensa de la competencia.
- Finalmente, el último bloque se centra en aquellos lugares en los que ordenamiento laboral y disciplina del mercado podrían tener finalidades comunes para ver cómo incluso en estos espacios —ayudas de estado, tratamiento de la competencia desleal— existen conflictos o, en todo caso, no se aprovechan las sinergias que podrían generarse.

Libertades económicas en el mercado común y normas laborales

Aspectos generales

Libertades de circulación
y derecho del trabajo

Libertades económicas
y contratación pública

Valoración de la evolución jurisprudencial
en el ámbito comunitario

01—1.

Aspectos generales

El Tratado CEE de 1957 (en adelante TCEE), para alcanzar los fines en él previstos (desarrollo armonioso de las actividades económicas, expansión continua y equilibrada, estabilidad creciente, elevación acelerada del nivel de vida...) tenía por objetivo finalista la creación, entre otros objetivos, de un mercado común (artículo 2 del TCEE). Para ello, como establecía el artículo 3, letra c) del TCEE, era necesaria la supresión entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales, eliminación de obstáculos que implicaba el reconocimiento de la libertades de circulación de personas y capitales que, junto a la libre circulación de mercancías, implicaba la libre circulación de los factores de producción.

01—1.1.

Las libertades económicas en el mercado común

El actual artículo 26. 2 del TFUE afirma que el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del propio Tratado. De entre estas libertades únicamente la de trabajadores tiene como objetivo directo las relaciones de trabajo asalariado. Aun así, la puesta en práctica del conjunto de las mismas, especialmente las de mercancías y establecimiento y sobre todo la de servicios, ha incidido en las normas laborales de los Estados miembros.

a—La regulación de la libertad de circulación de mercancías reposa sobre dos bases: por un lado y en primer lugar la supresión de los derechos de aduana y de las exacciones de efecto equivalente (art. 30 TFUE). A continuación, el artículo 34 del TFUE establece la prohibición de las medidas nacionales de cualquier tipo que sean susceptibles de obstaculizar la información, ya sean restricciones cuantitativas o medidas de efecto equivalente, el artículo 35 establece una prohibición similar para las restricciones a la exportación. Como complemento a estas prohibiciones el artículo 36 TFUE permite que los Estados miembros adopten medidas prohibidas en los artículos anteriores siempre

que las mismas estén justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial.

- b**—La libertad de establecimiento, regulada en los artículos 49-55 del TFUE, implica “la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen, y de que se beneficie de ello, favoreciendo así la interpenetración económica y social en el interior de la Comunidad en el ámbito de las actividades por cuenta propia” (STJCE de 21 de junio de 1974, *Reyners*, C- 2/74, apartado 21). Por añadidura, la libertad de establecimiento se opone asimismo a que el Estado miembro de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro, pues los derechos garantizados por los artículos 49-55 TFUE quedarían vacíos de contenido si el Estado de origen pudiera prohibir que las empresas dejen el país para establecerse en otro Estado miembro.
- c**— Junto con la libre circulación de mercancías, la libertad comunitaria que más ha interactuado con el derecho laboral estatal ha sido la libre prestación de servicios. Los artículos 56-62 del Tratado reconocen el derecho de ofrecer los servicios, a partir de un establecimiento, sea éste principal o secundario, implantado en la Comunidad, en el territorio de otro Estado miembro. Del artículo 57 TFUE, se deduce que la libre prestación de servicios tiene carácter residual respecto de las otras libertades reguladas en el Tratado. De hecho, le son de aplicación, *ex artículo 62 del TFUE*, los artículos 49 a 55, relativos a la libertad de establecimiento y el TJCE ha reiterado que la libre provisión de servicios se encuentra subordinada a las otras libertades económicas. Sin embargo, la realidad actual demuestra una especial promoción de la misma por parte de las autoridades europeas, así como un crecimiento exponencial del número de casos que, amparándose en esta libertad llegan ante el TJCE, muchos de los cuales tienen como origen un conflicto de carácter laboral. En efecto, dado que la principal diferencia con la libertad de establecimiento es el carácter temporal de las prestaciones de servicios, que no implican ni requieren la integración del prestador en la vida económica del Estado de acogida, al prestador de servicios no le serán de aplicación todas las normas del Estado receptor. Por ello, esta libertad ha sido considerada como “la más libre de todo el mercado interior” (*Lyon-Caen*): la libre circulación de servicios escapa en gran medida, de las reglas locales aplicables en el país donde se presta el servicio. Es éste el precio que deben pagar los Estados miembros para el desarrollo de esta libertad, concebida como una de las piedras angulares del mercado interior.

El contenido de las libertades: la prohibición de las restricciones a las libertades de circulación, alcance y excepciones

Para la implementación de estas libertades de circulación, el TCEE fundamentalmente imponía a los Estados que se adherían obligaciones de hacer —a través de la adopción de directivas, normas de derecho derivado— y de no hacer (cláusulas *standstill*). Estas obligaciones de no hacer fundamentalmente implican la obligación de eliminar o de no adoptar disposiciones que restrinjan o limiten las mencionadas libertades, como concreción del deber de fidelidad o cooperación leal contenido originariamente en el artículo 5 del TCEE (10 del TCE, 4.3 del TFUE). Tanto en lo relativo a la libre circulación de mercancías como a la de servicios, la jurisprudencia del TJCE ha configurado el concepto de restricción de manera amplia, más allá de las disposiciones del TFUE que aludían a la discriminación. De esta manera, es restrictiva de las libertades de circulación toda medida que prohíba, obstaculice o haga menos atractivo su ejercicio, incluyendo las disposiciones indistintamente aplicables, entre las cuales se ha englobado a las normas laborales.

A) La libre circulación de mercancías

En el ámbito de la libre circulación de mercancías, la noción de *restricción* ha sido desarrollada en relación con el concepto *medida de efecto equivalente a restricción cuantitativa*. De acuerdo con la Directiva 70/50/CEE de la Comisión, de 22 de diciembre de 1969, ésta viene constituida por:

todas las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, así como las prácticas administrativas, y todos los actos que emanan de una Autoridad pública, comprendiendo las incitaciones o estímulos, que obstaculizan las importaciones que, de otro modo, podrían realizarse, incluyendo las medidas que hacen la importación más difícil u onerosa que la comercialización de los productos nacionales.

De este modo, es medida de efecto equivalente “toda reglamentación comercial de los Estados miembros susceptible de obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario” (STJCE de 11 de julio de 1974, Dassoneville, C-8/74). En consecuencia, pueden ser consideradas como tales las medidas nacionales discriminatorias como las no discriminatorias si reúnen dos características: ser imputables a un poder público y afectar al comercio intracomunitario. Es indiferente, por otro lado, que la norma estatal resulte indistintamente aplicable a las empresas nacionales y a las de otros estados miembros (Sentencia de 20 de febrero de 1979, Cassis de Dijon, C-120/78). Se ha llegado a afirmar, incluso, que es indiferente el origen laboral o mercantil de la norma valorada: con la sentencia Cinéthèque de 11 de julio de 1985, el TJCE amplió la consideración de medidas de efecto equivalente a las normas que establecen las modalidades de venta de las mercancías, abriendo la puerta a la calificación como tales de normas labora-

¹¹ Libertades económicas en el mercado común y normas laborales

les, como son las relacionadas con la ordenación del tiempo de trabajo. No obstante, el elevado número de críticas que suscitó este último desarrollo hizo que el Tribunal abandonara de manera explícita esta interpretación (STJCE de 24 de noviembre de 1993, Keck, C-267/91 y C-268/91, apartado 14).

A la vista de esta evolución, cabe sistematizar el enjuiciamiento de las medidas estatales a la luz de la libre circulación de mercancías, distinguiendo tres grupos:

- Las medidas distintamente aplicables a los productos nacionales y a las mercancías importadas de otros Estados miembros son consideradas por el TJCE como medidas de efecto equivalente, debido a su carácter discriminatorio, cabiendo la posible justificación de las mismas por las excepciones expresas en el artículo 36 TFUE.
- Las medidas indistintamente aplicables a las mercancías nacionales y a las importadas, referentes a las características de los productos, son igualmente MEE, pero pueden ser justificadas por la vía del artículo 36 TFUE o de la *rule of reason* desarrollada en Cassis (la doctrina de las razones imperiosas de interés general).
- Por último las medidas indistintamente aplicables a las modalidades de venta de las mercancías, que incluyen las cuestiones que nos ocupan, son excluidas del campo de aplicación del artículo 34, siempre que no tengan efectos proteccionistas, es decir, que se apliquen sin distinción de nacionalidad y que esta aplicación no produzca una diferenciación de hecho o de Derecho entre los productos nacionales y los no nacionales.

B) Las restricciones a la libre prestación de servicios

Esta noción de restricción en materia de libre circulación de mercancías ha sido extendida al resto de las libertades. Por lo que se refiere a la libre prestación de servicios, los tratados parecen limitar las restricciones prohibidas a las de carácter discriminatorio. De acuerdo con el párrafo tercero del artículo 57 TFUE, “sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado miembro donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales”. Sin embargo, las consideraciones del TJCE apuntan a un concepto más amplio de restricción puesto que el ordenamiento comunitario “no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio de quien presta servicios por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando puede prohibir u obstaculizar de otro modo las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos” (STJCE de 25 de julio de 1991, Säger/Dennemeyer, C-70/90, apartado 12). La exigencia indistinta podría perjudicar la libre circulación de los servicios puesto que muchas veces las normas estatales contemplan una actividad permanente de las empresas establecidas en el

Estado, sin que por ello puedan aplicarse íntegramente y de la misma manera a actividades de carácter temporal (STJCE de 17 de diciembre de 1981, Webb, apartado 16).

Se establecía así una de las especialidades de la libre circulación de servicios que deviene fundamental para la cuestión que nos ocupa, el llamado “principio del país de origen” o “cláusula del mercado interior”: la naturaleza transfronteriza de la libre prestación de servicios implica, en términos generales, la prevalencia del derecho del país de origen. Los límites a la aplicación de este principio se encuentran en las normas del país de recepción del servicio que protejan un interés general, reconocido como tal por el derecho comunitario y no protegido de antemano por las normas del país de origen. Ello requiere, evidentemente, la realización de una comparación entre las dos legislaciones nacionales confrontadas, a efectos de delimitar si el interés se encuentra o no protegido y si esta protección alcanza un nivel similar. Es en esta operación donde radica uno de los nudos gordianos de la aplicación de la libre circulación de servicios y que afecta muy especialmente a las normas laborales de los Estados miembros.

C) La justificación de las restricciones a las libertades de circulación de mercancías y servicios

De esta manera, tanto la libre circulación de mercancías como la libre circulación de servicios pueden ser restringidas de manera justificada, si tal restricción se fundamenta en un imperativo legítimo en sentido de Derecho comunitario. A estos efectos debe tenerse en cuenta lo siguiente:

a—Las consideraciones de interés general que permiten estimar los obstáculos a las libertades de circulación compatibles con el mercado común, se encuentran, en relación con las dos libertades comentadas, recogidas de manera explícita y con sentido limitativo en los artículos 36, en relación con las mercancías, y 52, respecto de los servicios TFUE. Este último precepto se refiere a excepciones fundamentadas en las razones de orden público, seguridad y salud pública, conceptos que requirieron un desarrollo en el derecho derivado (Directiva 2004/38/CE; sobre todo, art. 27): como límite general a las medidas de orden público se impone el requisito de la proporcionalidad.

Es de resaltar que la protección del orden social o de los derechos ligados al fenómeno del trabajo no se mencionan expresamente en las disposiciones señaladas. Sin embargo, las cuestiones sociales han sido utilizadas en ocasiones como límites a la aplicación de las libertades de circulación, gracias a la construcción pretoriana de la doctrina de las razones imperativas de interés general.

b—Las libertades de circulación, llevadas a su extremo, y como obligación de no hacer impuesta a los Estados miembros, pueden implicar la reducción drástica de las competencias de los Estados miembros. Por esto, y como complemento a las anteriores justificaciones, la jurisprudencia del TJCE, al enjuiciar medidas estatales limitativas de la li-

bre circulación ha tenido que ampliar las razones que justifican la restricción a la libre circulación, admitiendo otras exigencias imperativas: las razones imperiosas de interés general. De hecho, la justificación de determinadas restricciones por considerarlas razones imperiosas de interés general ha sido la vía para conciliar los valores económicos con los no económicos, fundamentalmente los sociales.

El listado de razones que justifican las restricciones es muy exiguo en los tratados. Por ello, a falta de norma comunitaria que armonice en todo el territorio comunitario los otros intereses sociales jurídicamente protegibles que se confrontan a la libre circulación, los Estados miembros pueden adoptar normas limitativas de la libre circulación siempre y cuando se amparen en una de las razones de interés general o exigencias imperativas que se contienen bien en el artículo 30 del TCE, bien en la jurisprudencia del TJCE. Este esquema jurídico, inicialmente pensado para la libertad de circulación de mercancías, ha sido también utilizado en relación con las de establecimiento y de libre prestación de servicios. De hecho, aunque debatido por la doctrina, se ha señalado que el TJCE dirige su jurisprudencia hacia el reconocimiento de un único principio que justifique las restricciones al ejercicio de las cuatro libertades comunitarias. Algunas de esas razones de interés general han sido especificadas en el considerando 40 de la Directiva 2006/123, relativa a los servicios en el mercado interior, aunque el listado es ejemplificativo y no limitativo; expresamente se dice:

En todo caso, la jurisprudencia ha establecido una serie de requisitos para la admisión de estas restricciones:

- En primer lugar, la medida debe ser adoptada en ausencia de normativa comunitaria de armonización.
- En segundo lugar, como ya hemos dicho, la medida no ha de ser discriminatoria.
- En tercer lugar, la medida ha de ser objetivamente necesaria, es decir, ha de estar justificada por una exigencia imperiosa de interés general.
- En cuarto lugar, la medida ha de ser proporcionada a la razón imperiosa de interés general que la justifica.
- En fin, en relación sólo con la libertad de establecimiento y como consecuencia del principio de reconocimiento mutuo, la medida limitativa de la libertad no debe suponer un doble control, es decir, el Estado al adoptar la medida debe haber comprobado que el interés protegido no esté ya asegurado por normas del Estado donde el prestador del servicio está establecido.

01—1.3.

Libertades de circulación y ejercicio de los derechos fundamentales

Una cuestión que se ha suscitado a propósito del alcance de las libertades comunitarias y que tiene directa repercusión en el tema que nos ocupa es la que las relaciona con el ejercicio de los derechos fundamentales por los particulares en los Estados miembros.

a—Desde una perspectiva formal, esta cuestión tiene una primera vertiente relacionado con la propia posibilidad del conflicto. De la disciplina jurídica de las libertades de circulación se deriva con claridad, en efecto, que los destinatarios de estas obligaciones de no hacer —es decir, de la obligación de no adoptar restricciones— siempre son los Estados miembros —estatal, autonómico, municipal o, incluso, empresarial y legislativo, ejecutivo o judicial— y nunca los particulares.

Ciertamente, en algunas ocasiones ha dado la sensación de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha considerado como medida de efecto equivalente a restricción cuantitativa una actuación de los particulares. Uno de los ejemplos más relevantes es el caso *Comisión c. Francia*, (sentencia de 9 de diciembre de 1997, C-265/95) en el que se resolvía un conflicto transfronterizo entre los agricultores franceses y los transportistas españoles. Al considerar que la República Francesa había incumplido el ordenamiento comunitario, al no adoptar “todas las medidas necesarias y proporcionadas para que determinadas acciones de particulares no obstaculicen la libre circulación”, se abrió de manera indirecta la puerta a la sujeción de los comportamientos de particulares, y especialmente de aquellos sujetos colectivos con poder para regular las relaciones entre capital y trabajo, a las libertades de circulación, desdibujando su ámbito subjetivo de las libertades económicas comunitarias.

El posterior Reglamento 2679/1998 de 7 de diciembre sobre funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías, aunque admitía la responsabilidad de los Estados por las conductas de los particulares en caso de no haber agotado “todas las medidas necesarias y proporcionadas con el fin de facilitar la libre circulación de mercancías en su territorio”, excluía expresamente que esto pudiera afectar “al ejercicio de los derechos fundamentales, incluido el derecho o la libertad de huelga” (considerando 4; véase también art. 2 que incluye la conocida como “Cláusula Monti”).

La adopción de este reglamento parecía cerrar el problema de la aplicación de las libertades de circulación a las acciones sindicales, aun por la vía indirecta de la obligación del Estado. De hecho, algún pronunciamiento de primeros de la década sobre movilizaciones ecologistas con corte de autopistas se movió en esta línea (STJCE de 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, C-112/00). Sin embargo, la conocida sentencia *Viking Line* (STJCE de 11 de diciembre de 2007, C-438/05, apartados 36-37) volvió a abrir la puerta a la posibilidad de este conflicto, dada la conexión del ejercicio de las medidas de conflicto con los convenios colectivos y de éstos con la ordenación de las relaciones de trabajo.

b—La mencionada sentencia *Viking Line* resuelve de forma directa el conflicto entre los derechos fundamentales y las libertades de circulación. Reconoce que los primeros, y en concreto la huelga, encuentran también fundamento en el derecho comunitario con apoyo en las normas internacionales, en el artículo 28 de la Carta de Niza y en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Sin embargo, este reconocimiento viene lastrado por su necesaria conciliación con las exigencias relativas a los derechos

protegidos por el Tratado, en particular las libertades económicas fundamentales y con el principio de proporcionalidad.

En efecto, frente a la postura de los gobiernos danés y sueco, que afirmaron en sus alegaciones que el carácter fundamental del derecho a adoptar medidas de acción colectivas, incluida la huelga, debía excluir las mismas del ámbito de aplicación del artículo 49 TFUE, el Tribunal contestó con las exigencias relativas a los derechos protegidos por el Tratado y con el principio de proporcionalidad. Con ello, el valor del reconocimiento del mismo realizado en la sentencia Viking Line conlleva un sentido contrario al esperado. Volveremos luego sobre el particular.

01—2.

Libertades de circulación y derecho del trabajo

Hechas estas precisiones generales, interesa analizar en concreto el conflicto entre las libertades económicas protegidas por el ordenamiento comunitario y las normas sociales.

01—2.1.

Libre circulación de mercancías y normas laborales

En el ámbito de la libre circulación de mercancías la jurisprudencia del TJCE ha abordado diversos problemas. Aparte los asuntos Decker y Kroll (SSTJCE de 28 de abril de 1998, C-120/95 y C-158/96) en relación con la gestión de determinado tipo de prestaciones sanitarias de la seguridad social, conviene traer a colación los siguientes asuntos:

a—En el asunto *Merci* (STJCE de 10 de diciembre de 1991, *Merci*, C-179/90), el TJCE consideró incompatible con la libre circulación de mercancías ciertas disposiciones del Código de navegación italiano que reservaban la organización de las actividades portuarias por cuenta de terceros a determinadas empresas, las cuales debían emplear para las operaciones de movimiento general de mercancías en el puerto a trabajadores que cumplieran dos requisitos: tener nacionalidad italiana y pertenecer a las compañías portuarias. Debido a una huelga de sus trabajadores, la empresa portuaria *Merci*, encargada del puerto de Génova, no realizó la descarga de una mercancía en el plazo previsto. Una de las empresas afectadas le solicitó la indemnización del perjuicio sufrido, lo que dio origen al litigio.

Para resolver la cuestión prejudicial, y sin mencionar la cuestión de la huelga ni interrogarse acerca de los objetivos que perseguía la disposición cuestionada, el TJCE se centró en afirmar que la normativa italiana tenía como resultado el facilitar la explotación abusiva de una posición dominante, siendo por tanto contraria al apartado primero del artículo 106 TFUE, en relación con el artículo 102 y los artículos 34 y 45 del mismo Tratado. La principal carencia del razonamiento es la falta de consideración de la finalidad de la reserva de las actividades de movimiento de mercancías portuarias a unos trabajadores

determinados. Evidentemente, esta disposición persigue, amén de otros objetivos, la estabilidad laboral de una serie de trabajadores que, de otra manera y por las características fluctuantes de la actividad, se verían abocados a contratos temporales y a un estatuto más precario que el que les permitía el Código de navegación. Sin considerar esta circunstancia, el Tribunal optó por una interpretación fuerte de las exigencias de Derecho comunitario, siendo este caso un ejemplo típico de cómo la realización de la libre circulación de mercancías, puede conducir a una puesta en entredicho de las legislaciones nacionales orientadas al mantenimiento de ciertos niveles de protección social.

b—La libertad de circulación de mercancías ha conducido también al enjuiciamiento de diferentes normas estatales relacionadas con la ordenación del tiempo de trabajo. En Oebel (STJCE de 14 de julio de 1981, C-155/81) se puso en cuestión la regulación del trabajo nocturno, a propósito de una norma alemana que prohibía la producción y el transporte nocturno de los productos de pastelería y panadería en días laborables, manteniendo algunas excepciones. El TJCE no consideró que esta norma constituyera un obstáculo a la libre circulación de mercancías. Aparte de que no podía dar lugar a una restricción de las importaciones y exportaciones entre Estados miembros y de valorar que la prohibición eran objetiva y no discriminatoria por aplicarse a la totalidad de las empresas del sector, el TJCE valoró los objetivos de la norma, considerándola como una opción legítima de política económica y social, acorde a los objetivos del Tratado y a las normas internacionales (Convenio OIT 20 de 1925).

c—Más complicado, por el número de pronunciamientos a que ha dado lugar, es el tema del trabajo en festivos. En la década de los 90 el TJCE fue interrogado por la compatibilidad con el Tratado de diversas normativas que incidían en la regulación del tiempo de trabajo, bien por regular la apertura de comercios en domingo, bien por contener disposiciones prohibiendo el trabajo dominical.

Desde el primer momento, el TJCE dio por supuesto que estas normas no eran discriminatorias, al aplicarse a todas las empresas. Pero también afirmó que se hacía necesario evaluar la segunda condición, es decir si los efectos restrictivos de la medida eran desproporcionados en relación con el resultado buscado y si existía otro medio que dificultara en menor medida los intercambios. En el primer pronunciamiento (asunto Torfaen, de 23 de noviembre de 1989, C-145/88), sin embargo decidió no entrar en el examen de esta condición en el caso concreto, remitiendo la cuestión a los órganos jurisdiccionales estatales. De esta manera, la solución del caso se derivó a un juicio de proporcionalidad en sede nacional quedando, por tanto, cerrado en falso el problema. Con posterioridad, sin embargo, el TJCE decidió afirmar directamente la proporcionalidad de la medida, evitando así la remisión a los órganos jurisdiccionales estatales, si bien no existía una clara justificación de su decisión. Tal ocurrió en los casos Conforama y Marchandise (SSTJCE de 28 de febrero de 1991 C-312/89 y C-332/89, respectivamente).

La parquedad del Tribunal en el razonamiento no solucionó la incertidumbre que existía respecto a la prohibición de trabajar en domingo, especialmente en el Reino Unido. Por ello, fueron necesarios nuevos pronunciamientos, con los casos *Sunday Trading* (STJCE de 16 de diciembre de 1992, *Reading Borough Council*, C-304/90; STJCE de 16 de diciembre de 1992, *Council of the City of Stoke-on-Trent y Norwich City Council*, C-169/91 y STJCE de 16 de diciembre de 1992, *Rochalde Borough Council*, C-306/88), para aclarar la cuestión. En ellos, el Tribunal confirmó su jurisprudencia anterior, en cuanto a la adecuación del objetivo de la norma con el derecho comunitario. A continuación, corrigiendo el error cometido en *Torfaen*, estimó que poseía los elementos de juicio suficientes para efectuar por sí mismo el juicio de proporcionalidad. Y, finalmente, a diferencia de los casos *Conforma* y *Marchandise*, procedió al desarrollo del mismo. Esta confirmación fue, finalmente, objeto de reafirmación en los asuntos *Tankstation't* (STJCE de 2 de junio de 1994, asuntos C-40/92 y C-02/92), *Punto Casa* (STCE de 2 de junio de 1994, C-9/93 y C-258/93), y *Semeraro* (STJCE de 20 de junio de 1996, C-418/93, C-419/93, C-420/93, C-421/93, C-460/93, C-461/93, C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 y C-332/94).

Tras la sentencia *Semeraro*, habiendo quedado ya clara la línea jurisprudencial respecto de las normativas estatales reguladoras de la apertura de comercios en domingo, el Parlamento Europeo aprobó la resolución sobre el “trabajo dominical” (DO C 20 de 20 de enero de 1997). Según la misma “el Parlamento invita a los Estados miembros y a los agentes sociales a tener debidamente en cuenta, durante la incorporación al Derecho nacional, la Directiva 93/104/CE relativa a determinados aspectos de la adaptación del tiempo de trabajo, de las tradiciones así como de las necesidades culturales, sociales, religiosas y familiares de sus nacionales y a reconocer el carácter especial del domingo”. Por otra parte, por lo que se refiere al descanso dominical, requiere a los Estados miembros “que armonicen la normativa relativa a los horarios de apertura de los almacenes con la normativa sobre horarios de trabajo de las personas que ejercen una actividad profesional”. Debe recordarse que en la sentencia *Reino Unido e Irlanda del Norte contra Consejo* (STJCE de 16 de noviembre de 1996, C 84/94), el Tribunal estimó que la referencia al domingo realizada en el párrafo segundo del artículo 5 de la directiva de 1993 (“el periodo mínimo de descanso a que se refiere el párrafo primero incluye, en principio, el domingo”) debía ser eliminada, tal y como pedían los Estados demandantes. Esta referencia desapareció efectivamente del texto de la Directiva de 1993 con la modificación efectuada por la Directiva 2000/34/CE. En la actualidad, la norma vigente, la Directiva 2003/88/CE, no incluye esta mención del descanso dominical.

Libertad de establecimiento versus acción sindical: el caso Viking Line

Resolviendo el ya citado caso Viking Line, el TJCE publicó la sentencia de 11 de diciembre de 2007 (C-438/05), afirmando que las empresas privadas pueden oponer la libertad de establecimiento frente a acciones sindicales, en particular frente a las medidas de conflicto colectivo adoptadas por los sindicatos, que restrinjan en alguna manera el ejercicio de esta libertad empresarial. En aplicación del artículo 43 del Tratado de la Comunidad Europea (actual art. 49 TFUE) el Tribunal consideró que estas restricciones provocadas por los sindicatos sólo se deben entender justificadas en el caso de superar el triple test de proporcionalidad, empleado habitualmente por el TJCE para solucionar los conflictos entre las normas laborales estatales y las libertades de circulación comunitarias.

A) El supuesto de hecho: la restricción de la libertad de establecimiento provocada por una acción sindical

El conflicto resuelto se había suscitado entre el Sindicato de Marineros Finlandés (FSU) y la empresa Viking Line de la misma nacionalidad, propietaria del Rosella, buque abanderado en Finlandia y destinado desde el mes de agosto de 2003 al transporte de pasajeros entre Helsinki y Tallin (Estonia). Los problemas comenzaron cuando, en los últimos meses del 2003, ésta le comunicó su decisión de reabanderar el buque en Estonia. Viking Line justificó esta decisión afirmando estar sufriendo pérdidas dada la competencia directa de los buques estonios, con condiciones salariales menores. El sindicato finlandés mostró su desacuerdo a lo largo del periodo de consultas abierto por la empresa y procedió a notificar los hechos a la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte (ITF), de la cual es miembro, solicitándole que aplicara su política relativa a los pabellones de conveniencia. Según esta línea de actuación, seguida por el sindicato desde 1948 con el objetivo de evitar el *dumping* social ligado a los cambios de pabellón de los buques, las condiciones de trabajo y los salarios de la tripulación deben negociarse por el sindicato del país donde se ubica el propietario del barco.

De manera paralela a estos acontecimientos, el 17 de noviembre de 2003 finalizó la vigencia del convenio colectivo aplicable al buque. El FSU abordó la negociación imponiendo como condiciones para la aprobación de un nuevo convenio el aumento de la tripulación y el desistimiento por parte de la empresa del cambio de pabellón del buque. Tras diversos intentos de conciliación fallidos y el anuncio de la adopción de una serie de medidas de conflicto colectivo por parte del sindicato la empresa aceptó las condiciones impuestas y se acordó un nuevo convenio colectivo.

Pero al poco, el 1 de mayo de 2004, se produce el ingreso de Estonia en la CE. Como la ITF no había retirado su circular llamando a sus afiliados a no negociar con Viking, la empresa inició un procedimiento ante la Commercial Court de Londres, ciudad donde la ITF

tiene su sede. En su demanda Viking Line solicitaba que, por un lado se ordenara a la ITF retirar la interdicción de negociar dirigida a sus federaciones mientras que, por otro, se prohibiera a la federación sueca obstaculizar la libertad de establecimiento que pretendía la empresa. La respuesta afirmativa de la Corte, que ordenó a los sindicatos el desistimiento de un posible inicio de acción colectiva y la publicación de una circular comunicando la cuestión a las distintas federaciones, fue objeto de un recurso de apelación, en el curso de cuya resolución se elevó la cuestión prejudicial.

B) La justificación de la aplicabilidad del artículo 49 del TFUE a una acción sindical

Antes de entrar en el fondo de la cuestión el TJCE tuvo que justificar su desestimación de las alegaciones de los Estados miembros personados en la causa, que revisten especial importancia por evidenciar las cuestiones fundamentales que subyacen en el debate de fondo. En primer lugar se alega por el Estado danés que la falta de competencia de la Comunidad para regular las cuestiones relativas a los derechos colectivos (*ex art. 153.5 TFUE*) impide la aplicación del derecho comunitario sobre estas materias. El Tribunal responde afirmando que “aunque en las materias no comprendidas en el ámbito de competencias de la Comunidad, los Estados miembros pueden fijar libremente, en principio, los requisitos de existencia de los derechos de que se trate y las formas de ejercicio de estos derechos, los Estados miembros deberán, en el ejercicio de esta competencia, respetar el Derecho comunitario”. De este modo, “el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en materia de política social no puede justificar que se vulneren los derechos que confieren a los particulares las disposiciones del Tratado que reconocen sus libertades fundamentales”.

Los gobiernos danés y sueco afirmaron igualmente que el carácter fundamental del derecho a adoptar medidas de acción colectivas, incluida la huelga, debe excluir las mismas del ámbito de aplicación del artículo 49 TFUE. Como ya se comentó en epígrafes anteriores, el Tribunal contestó reconociendo tal carácter fundamental y afirmando la necesidad de conciliar este derecho con las libertades de circulación reconocidas por el derecho comunitario. También afirmó el TJCE, como se señalaba *supra* que el artículo 49 TFUE puede conferir derechos a una empresa privada que ésta puede oponer a un sindicato o a una asociación de sindicatos, afirmación que abre una nueva vía de control para la actividad sindical.

Por último, debe destacarse la alegación de los dos sindicatos implicados, que entendían aplicable la jurisprudencia Albany (*infra*, 2.2), cuestión igualmente planteada por el Tribunal remitente. Sin embargo, el Tribunal rechazó la aplicabilidad de Albany fundamentando su decisión en dos argumentos: en primer lugar, que “no puede considerarse que sea inherente al propio ejercicio de la libertad sindical y del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo cierta vulneración de las citadas libertades fundamentales”; en se-

gundo lugar, la existencia de distintos pronunciamientos en los que había considerado sujetos a la libre circulación de personas distintos convenios colectivos. No abunda el Tribunal en la cuestión, dejando pasar la circunstancia de que estos asuntos se referían a normas que provocaban una discriminación entre trabajadores procedentes de otros Estados, ciertamente alejadas de las características del presente caso.

Tras determinar la plena aplicabilidad del artículo 49 TFUE y su eficacia *inter privados* —a la que nos hemos referido más arriba (*supra*, 1.1.3.a)— el Tribunal pasa a analizar los acontecimientos concretos del caso para determinar si existe una restricción efectiva a la libertad de establecimiento y si la misma puede ser justificada.

C) La ponderación entre la libertad de establecimiento y la acción sindical

La calificación de la acción colectiva, y de la política general del sindicato ITF contra los pabellones de conveniencia, como una restricción se fundamenta en que, según la opinión del juzgador, la misma hace menos interesante, “incluso inútil”, el reabanderamiento, dado que el objetivo de Viking era rebajar los salarios beneficiándose de la normativa estonia. El Tribunal afirma que la medida sindical produce una diferencia de trato entre la empresa demandante y los demás operadores económicos establecidos en ese Estado.

Una vez determinada la existencia de una restricción, el Tribunal pasa a evaluar la posible justificación de las medidas adoptadas por los sindicatos. La ITF, junto con distintos gobiernos personados en la causa, fundamenta la justificación en el objetivo de las medidas, la protección de los derechos de los trabajadores, y en la necesidad de las mismas como base para el ejercicio de un derecho fundamental reconocido por el Derecho Comunitario. Afirmando que la presencia de una finalidad social en la Comunidad Europea impone sopesar los objetivos económicos con aquellos promovidos en virtud del establecimiento de la política social comunitaria (*ex art. 151 y ss. TFUE*), el Tribunal procede a aplicar el habitual “test de proporcionalidad” para evaluar la posible justificación de la medida. En esta ocasión, analizó una tríada de condiciones: justificación en el interés general, adecuación y necesidad.

Aceptando que la protección de los trabajadores figura entre las razones imperiosas de interés general y que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo para proteger a los trabajadores constituye un interés legítimo, el Tribunal cuestiona que la medida tuviera este objetivo. Tal afirmación se deriva del tenor de la décima de las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente. En la misma se pregunta si la decisión acerca de la justificación de la medida sería diferente en el caso de existir un compromiso de la empresa por el cual se obligara a mantener todas las relaciones laborales existentes. Ante la inexistencia de datos acerca de la cualidad jurídica de este compromiso el Tribunal remite al juez nacional la evaluación del mismo. Si bien la utilidad de este examen parece reducida puesto que el TJCE advierte a continuación de que, aun en caso de demostrarse que los empleos del Rosella serían seriamente amenazados por la actuación empresarial,

sería necesario evaluar la adecuación y la necesidad de las acciones sindicales, valoración que pasa a realizar por sí mismo.

En lo relativo a las medidas adoptadas por la ITF, el TJCE considera que dado que las mismas impiden la matriculación de un buque en otro Estado miembro, las mismas no son justificables objetivamente. La persecución de objetivos sociales no justifica la política seguida por el sindicato porque, a juicio del juzgador, la aplicación de la misma no tiene en cuenta las situaciones en las que los empleos no se ven perjudicados, imponiéndose en todo caso la prohibición de negociar con buques que enarboleden un pabellón de conveniencia. Este argumento fue sostenido por la empresa y ciertamente no fue rebatido por ITF. Considera asimismo que el conflicto, cuyo objeto era que Viking siguiera negociando en Finlandia y aplicando el convenio finlandés, hacía inútil el abanderamiento en Estonia y por tanto suponía una restricción de la libertad de establecimiento.

Con esta última apreciación el Tribunal procede a dictar el fallo, afirmando la aplicabilidad directa del artículo 49 TFUE en el supuesto en concreto, calificando como restrictivas las prácticas encausadas y afirmando la posible justificación de las mismas si se fundamentan en la protección de una razón imperiosa de interés general, son adecuadas y necesarias.

01—2.3.

Los efectos de la libre circulación de servicios sobre las normas sociales estatales

La intensa construcción del mercado interior ha hecho que la libertad de circulación de los servicios haya tenido un papel preponderante en el enjuiciamiento por el TJCE de las normas de carácter social. A estos efectos, cabe distinguir varios grupos temáticos.

A) Libre prestación de servicios *versus* regulación estatal de la intermediación privada

Desde el asunto Van Wesemael (STJCE de 18 de enero de 1979, asuntos acumulados 110 y 111/78), el TJCE ha valorado diversas normas estatales relativas a la intermediación laboral privada a luz de la libre prestación de servicios. Entre estos asuntos se encuentran casos relativos a la colocación privada de mano de obra y sentencias relacionadas con la cesión de trabajadores. En todos ellos el Tribunal ha aplicado su doctrina general sobre la libre prestación de servicios, aun reconociendo desde la sentencia de 1979 que la especial naturaleza de algunas actividades como la colocación privada puede justificar ciertas limitaciones a la libre prestación. Sin embargo, el alcance de tales límites al concepto de restricción fue establecido en el mismo pronunciamiento, afirmando el TJCE que las normas estatales reguladoras de esta actividad y orientadas a la protección de los trabajadores no podían desconocer el carácter fundamental de la mencionada libertad. De esta manera justificaba el Tribunal la aplicación del test habitual, que en esta ocasión resumió en tres condiciones: justificación

en el interés general, carácter no discriminatorio y respeto del principio de “no-duplicidad”. Aplicando estos requisitos al caso concreto, en el asunto Van Wesemael el Tribunal consideró que la norma estatal imponía exigencias que no eran “objetivamente necesarias”, puesto que ya habían sido requeridas en el Estado de establecimiento, por lo que debía considerarse que la regulación estatal era contraria a la libre prestación de servicios.

Idéntica argumentación fue utilizada por el Tribunal años más tarde para valorar la adecuación de la regulación estatal de cesión de mano de obra a la libre prestación de servicios. El principal asunto de referencia es el conocido caso Webb (STJCE de 17 de diciembre de 1984, C-279/80). En este asunto el Tribunal afirmó taxativamente que la cesión de trabajadores constituye un servicio a efectos de las disposiciones de libre circulación. A continuación, el juez comunitario insistió en lo particularmente delicado de la actividad, desde el punto de vista profesional y social, recordando cómo la misma había sido tradicionalmente objeto de regulaciones estatales restrictivas e incluso prohibitivas. Teniendo en cuenta estas las especiales características, el TJCE admitió que para los Estados miembros constituía una “opción política legítima”, el sometimiento de la cesión de trabajadores a un régimen de autorización que les permitiera garantizar el respeto de los derechos de los trabajadores. Tras esta afirmación, el Tribunal retomó el principio de “no-duplicidad”, considerando que estas medidas superarían el objetivo perseguido si con ellas se repitieran requisitos ya exigidos en el Estado de establecimiento.

Tras la sentencia Webb el Tribunal ha retomado la cuestión en dos recursos de incumplimiento contra Alemania e Italia (SSTJCE de 25 de octubre de 2001, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania C-493/99 y de 7 de febrero de 2002, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana, C-279/00). En ambos casos determinadas exigencias que las normas estatales imponían a las empresas de trabajo temporal, como la tenencia de un domicilio social o una sucursal en el territorio nacional o la obligación de constituir una fianza, fueron consideradas por el TJCE contrarias a la libre prestación de servicios, por razones similares a las antedichas.

En fin, la sentencia ITC (STJCE de 11 de enero de 2007, C-208/05, apartados 44 y 62), ha analizado una norma estatal de seguridad social, que afecta a estas agencias, no ya sólo bajo el prisma de la libre prestación de servicios, sino sorprendentemente a la luz de la libre circulación de trabajadores.

B) La extensión de garantías laborales de la prestación como contraria a la libre circulación

En algunos casos, por otro lado, se han enjuiciado actuaciones normativas estatales dirigidas a garantizar los derechos de los trabajadores.

a—Extensión de las reglas sobre transmisión de empresa y libertades económicas

Un primer tema que puede traerse a colación se vincula a la extensión por la normativa de algunos estados miembros de las reglas laborales sobre transmisión de empresas al proceso de liberalización de la prestación de servicios aeroportuarios en tierra (*handling*). Como consecuencia de éste, impulsado desde la propia Unión Europea (véase Directiva 96/67/CE del Consejo, de 15 de octubre de 1996), la situación preexistente en muchos casos —un único proveedor de servicios en cada aeropuerto— había de pasar a otra diferente —con dos o más proveedores, en función de diferentes circunstancias—. En términos laborales, esta cuestión abría un interrogante respecto a la continuidad de los empleos de una parte de los trabajadores, permitiéndose que los Estados miembros adoptaran “las medidas necesarias para garantizar la protección de los derechos de los trabajadores y el respeto del medio ambiente” (art. 18 Directiva 96/67/CE). Algunos Estados miembros, en esta línea, previeron específicas obligaciones de asunción de una parte de los trabajadores de los antiguos operadores por los que entraran después de la apertura del mercado.

Dos sentencias del TJCE se ocupan de estas medidas (STJCE de 9 de diciembre de 2004, C-460/2002, Comisión contra República Italiana, y la posterior sentencia de 14 de julio de 2005, C-386/03, Comisión contra República Federal Alemana). Ambas consideran que estas obligaciones resultan contrarias a la libre circulación de los servicios. Para alcanzar esta conclusión, es esencial en el razonamiento del TJCE, una determinada concepción de la transmisión de empresa y de su regulación. Si bien la normativa comunitaria admite expresamente el carácter mínimo de las disposiciones sobre sucesión empresarial permitiéndose en consecuencia normas legales o convencionales más favorables (art. 8 Directiva 2001/23), cuando entra en contacto con las libertades económicas parece convertirse en orden público, difícilmente mejorable por las normas internas.

b—La imposición del carácter laboral de la relación de servicios como contraria a la libre circulación

Una segunda cuestión se ha planteado en los casos en los que las normas estatales obligan a que determinado servicio se desarrolle precisamente mediante la contratación de trabajadores subordinados.

En el caso *Syndesmos* (STJCE de 5 de junio de 1997, C-398/95), se cuestionaba si era posible considerar restrictiva de la libre circulación de servicios una disposición estatal que imponía un vínculo laboral para determinados guías turísticos. Aunque, como señaló el Gobierno griego, la norma se adoptó para poner fin a un largo conflicto colectivo respecto de las condiciones de remuneración y trabajo de los guías turísticos de Atenas, el Tribunal de Justicia, a pesar de afirmar el carácter no discriminatorio, consideró que esta regla era susceptible de obstaculizar la libre prestación de servicios por privar a determinados guías extranjeros de la posibilidad de ejercer esta profesión de manera independiente. En

los razonamientos no se tuvo en consideración lo que parecía el objetivo más evidente de la norma encausada: la protección de los trabajadores asalariados evitando el fenómeno de la *parasubordinación* en un sector especialmente propicio a esta situación.

Por su parte, la sentencia de 15 de junio de 2006 (Comisión contra Francia, C-255/04) enjuició la norma francesa que imponía una presunción de laboralidad para las relaciones de trabajo de los artistas de espectáculos. Tras el examen de la cuestión el Tribunal consideró que la norma francesa podía “desanimar” a los artistas no franceses que quisieran prestar sus servicios en este Estado y a los organizadores de espectáculos franceses a contratar tales artistas. Por ello, la misma suponía un obstáculo a la libertad de circulación que no quedaba justificado.

01—2.4. El desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios

El foco principal de conflicto entre libertades comunitarias y normas laborales se encuentra, sin duda, en el tratamiento del desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios. Desde la sentencia *Rush Portuguesa* no cabe duda de que este tipo de situaciones se enmarcan en la libertad para prestar servicios reconocida en el artículo 56 del TFUE y no en la libre circulación de trabajadores del artículo 45 del Tratado. En el asunto *Rush Portuguesa* (STJCE de 27 de marzo de 1990, C-113/89), es claro que los trabajadores desplazados no se situaban en el marco de la libre circulación de mano de obra porque no accedían al mercado de trabajo del país de destino, ya que al finalizar el servicio, regresarían al de origen.

Las repercusiones de esta diferenciación, mantenida a lo largo de la jurisprudencia del TJCE hasta la actualidad son evidentes. La libre circulación de trabajadores supone, según el artículo 45.2 TFUE, la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. En cambio, esta regla del “trato nacional” no juega en la libre prestación de servicios pues supondría aplicar condiciones iguales a situaciones desiguales lo cual es contrario, sin perjuicio de su posible justificación, a los artículos 56 y ss. TFUE. Dicho de otro modo, en el marco de la prestación transnacional de servicios se abre la posibilidad de que el trabajador desplazado, y la empresa que lo desplaza, conserve su propia normativa de origen.

A) El marco normativo

Esta posibilidad se encuentra regulada por el propio ordenamiento comunitario. A estos efectos, debe tenerse en cuenta:

- a—**Históricamente, la determinación de la norma aplicable al contrato de trabajo en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes se regulaba en el Convenio de Roma

sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980, que ha sido sustituido por el Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), el cual resulta aplicable desde el 17 de diciembre de 2009.

Se establece una limitación al reconocimiento de la libertad de elección de las partes de la ley aplicable al contrato cuando se trate de una relación laboral. Ello impide en primer lugar y de manera general que la libertad de elección permita privar al trabajador de la protección mínima prevista por el ordenamiento objetivamente aplicable al contrato. La norma aplicable, a falta de pacto entre las partes, será la del lugar de trabajo habitual o la del establecimiento del empleador, salvo en ambos casos que el contrato tenga vínculos más estrechos con otro país. En relación con los desplazamientos temporales, el artículo 8 del Reglamento Roma señala que “no se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país”, estableciendo el principio básico de la aplicación de la ley del país de origen en estos casos, matizada por la directa mención de la Directiva 96/71.

b—Ésta, en su artículo 3, determina un conjunto de disposiciones del ordenamiento del Estado de acogida temporal, que deben ser obligatoriamente contempladas cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, incluyendo en el texto un listado de materias no limitativo. Las condiciones de trabajo relativas a estas materias deben ser aseguradas por los Estados miembros para todas las personas que trabajen en su territorio. La determinación de estas materias puede hacerse por vías: la utilización de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y los convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general.

De esta manera, durante el periodo del traslado de los trabajadores para efectuar la prestación del servicio, del texto de la Directiva se deriva la obligatoriedad de respetar las disposiciones que cada Estado considere como normas imperativas junto con los derechos resultantes de su contrato y de las normas aplicables al mismo, siempre y cuando éstas, en particular los convenios colectivos, cumplan las condiciones exigidas por la Directiva comunitaria. Para cerrar el sistema la propia Directiva, en su artículo 7, prevé una derogación *in melius* de las normas del país de acogida. Según este precepto, la concurrencia normativa debería resolverse aplicando la norma más favorable al trabajador.

B) La jurisprudencia del TJCE

Una serie de pronunciamientos del TJCE se ocupan de los problemas que plantea la aplicación de estas reglas. En todos los asuntos resueltos, dado un desplazamiento temporal de trabajadores, el Estado de acogida ha pretendido imponer sus normas laborales a los empleados de empresas establecidas en otro Estado miembro. Los actores económicos, invocando las libertades fundamentales de circulación han considerado que no debían verse sujetos por los estándares del país de acogida sino por los del país de origen. Ante la

presencia de elementos de Derecho comunitario las jurisdicciones nacionales que cono- cían de los distintos litigios han ido elevando cuestiones prejudiciales ante el TJCE. Como regla general, el TJCE ha sentado doctrina en el sentido de que “el Derecho comu- nitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo concluidos por los agentes sociales, a toda persona que realice un trabajo asalariado, incluso de carácter temporal, en su territorio, sea cual sea el país de establecimiento del empresario” (STJCE 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, apartado 18). Sin embargo, este reconocimiento no es suficiente para permitir una restric- ción a la libre prestación de servicios, ni enerva su carácter fundamental, teniendo en cuenta que el TJCE también afirmaba que esta extensión no “puede prohibir, obstaculi- zar o hacer menos interesantes las prestaciones de servicios, en la medida en que tal apli- cación genera gastos adicionales y supone un aumento de las cargas administrativas y económicas” (STJCE de 25 de octubre de 2001, *Finalarte*, asuntos acumulados C-49/98, C-70/98, C-71/98, C-50/98, C-52/98, C-53/98, C-54/98, C-68/98, C-69/98, apartado 30; STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98, apartado 24; STJCE de 25 de octu- bre de 2001, de 24 de enero de 2003, *Portugaia Construções Ltda.*, C-164/99, apartado 21). En otros términos, la libre circulación sólo puede limitarse mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general, que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el Estado de destino y en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miem- bro en el que está establecido y siempre que sean necesarias y proporcionadas para la protección de los trabajadores afectados. De esta manera, se ha establecido lo que la doc- trina llama “principio del país de origen” o “cláusula del mercado interior”.

La valoración de si una restricción a la libre circulación es legítima requiere, desde una perspectiva general, el análisis de tres cuestiones diferentes:

a—En primer lugar, la norma nacional en la que se sustenta debe tener un objetivo adecua- do. A estos efectos, el Tribunal de Justicia reconoce únicamente la protección de los trabajadores desplazados. En la tarea de valoración, no pueden tomarse en considera- ción otras finalidades. En diferentes casos (SSTJCE de 24 de enero de 2002, *Portugaia Construções Ltda.*, C-164/99, 12 de octubre de 2004, *Wolff & Müller*, C-60/03, 19 de enero de 2006, *Comisión contra Alemania*, C-224/04), las normas estatales enjuiciadas presentaban otras finalidades, ligados a intereses claramente económicos como la pro- tección de las pequeñas y medianas empresas o la del mercado de empleo en la medida en que extender las normas internas a los trabajadores desplazados desincentivaba la subcontratación de empresas de países en los que se considera que los salarios son ba- jos y estimulaba el mercado nacional. Sin embargo, el Tribunal procedió a derivar al juez estatal el examen de los objetivos de la normativa controvertida, imponiendo un análisis objetivo de la norma, para determinar si la misma perseguía de manera efectiva

y por los medios adecuados un objetivo de interés general, suponiendo una “ventaja real” para los trabajadores afectados o una verdadera protección adicional.

- b**—Las limitaciones sólo son posibles, en segundo lugar, si cumplen el principio de no-duplicidad, es decir, que el interés protegido no queda ya salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido. A estos efectos, el TJCE estableció una guía para determinar si una legislación de origen ofrece o no una protección mayor a la del país de ejecución de la prestación. El Tribunal utilizó las nociones de “ventaja potencial” y de “protección adicional”, indicando las vías para que los órganos jurisdiccionales nacionales determinen la existencia de ambas (SSTJCE de 25 de octubre de 2001, Finalarte, asuntos acumulados C-49/98, C-70/98, C-71/98, C-50/98, C-52/98, C-53/98, C-54/98, C-68/98, C-69/98, apartado 43, y de 15 de marzo de 2001, Mazzoleni, C-165/98, apartados 35 y 39). No basta detectar una norma más favorable en el país de destino sino que es preciso además determinar su aplicación se concreta en una verdadera protección adicional lo que obliga no ya a valorar en abstracto el propio texto de las normas en conflicto, sino de su puesta en práctica en el caso preciso.
- c**—En fin, la medida ha de superar un control de proporcionalidad. Esta exigencia de proporcionalidad puede dividirse en tres requisitos diferenciados y ya conocidos por ser los elementos habituales del control: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Aunque este control se reenvía a los jueces nacionales, en las sentencias que se han citado en el apartado anterior se dan pautas para su desarrollo. Se impone, según el TJCE, una ponderación que incluya, “por una parte, las cargas administrativas y económicas que se imponen a los prestadores de servicios con arreglo a dicha normativa y, por otra, el aumento de la protección social que ésta otorga a los trabajadores en comparación con la que garantiza la normativa del Estado miembro de establecimiento de su empresario”. Se hace preciso asimismo tomar en consideración “la duración de las prestaciones de servicios y la previsibilidad de las mismas, así como el hecho de que los empleados sean efectivamente desplazados al Estado miembro de acogida o sigan estando vinculados al centro de operaciones de su empresario en el Estado miembro de establecimiento de éste”.

C) Libre circulación de servicios y convenios colectivos

Durante décadas, la labor del Tribunal se había centrado en el examen de las restricciones a las libertades de circulación económicas provocadas por la aplicación de normas laborales estatales relativas a relaciones individuales de trabajo o de seguridad social. En cambio la acción colectiva de los actores sociales dirigida a la regulación de las condiciones de trabajo no había sido directamente considerada por el TJCE como un obstáculo al ejercicio de las libertades de circulación. Sin embargo, en los últimos tiempos esta situación ha variado de forma sustancial.

a—Cabe traer a colación, ante todo, el asunto Portugaia (STJCE de 24 de enero de 2003, C-164/99), en el que el Tribunal cuestionó la estructura de la propia estructura de la negociación colectiva alemana, dejando la puerta abierta a multitud de interrogantes. En el conflicto se cuestionaba si la aplicación del convenio colectivo sectorial a los trabajadores desplazados afectaba la libre circulación de los servicios. En sus alegaciones, el Gobierno alemán aducía que en el sistema jurídico alemán los representantes de los trabajadores y los empresarios tienen la posibilidad de celebrar convenios colectivos de ámbitos diversos, tanto a nivel federal como a nivel de la empresa, prevaleciendo los convenios colectivos específicos, en principio, sobre los convenios colectivos generales. Sin embargo, ante las dificultades que los empresarios de los demás Estados miembros podían encontrar para negociar convenios colectivos de ámbito reducido con un sindicato alemán, el TJCE consideró, bien que obiter dictum, que podía existir una restricción injustificada de la libre prestación de servicios.

En la reiteradamente citada sentencia Finalarte, se admitió la posible aplicación del convenio colectivo de eficacia general a los trabajadores desplazados, sin que ello vulnerara los arts. 49 y 50 si la protección que existe en el país de origen no es similar, es decir, si la aplicación de la normativa del país de acogida les supone una ventaja real que contribuye, de manera significativa, a su protección social, y si dicha aplicación es proporcionada respecto al objetivo de interés general que se persigue.

Tras la sentencia Viking Line, en los asuntos Laval, Rüffert y Comisión contra Luxemburgo (STJCE de 18 de diciembre de 2007, C-341/05, de 3 de abril de 2008, C-346/06, y de 19 de junio de 2008, C-319/06), el Tribunal ha entrado directamente en la cuestión interpretando y aplicando las disposiciones de la Directiva 96/71 sobre desplazamiento transnacional de trabajadores. Aun cuando existen diferencias entre los hechos que han dado lugar a estas tres sentencias, es posible encontrar un denominador común a los tres asuntos. En todos ellos, el conflicto se ha producido bien como reacción o bien como prevención de maniobras empresariales que, haciendo uso de las libertades de circulación reconocidas por el TCE, puedan aprovechar las diferencias existentes entre los estándares laborales estatales para conseguir un mayor beneficio económico, optando por aplicar a sus trabajadores la normativa que prevé una protección social menor. En los tres casos se menciona, la doble repercusión negativa, viéndose afectados tanto los derechos individuales y colectivos de los trabajadores nacionales y extranjeros como la situación de competencia económica en el mercado de referencia:

- En el asunto Laval una empresa letona desplazó a sus trabajadores para realizar una serie de trabajos de remodelación en Suecia. La Federación sueca de obreros de la construcción contactó con la empresa a efectos de concluir con la misma un acuerdo de adhesión al convenio colectivo de la construcción. La empresa letona se negó en reiteradas ocasiones a la adhesión a la norma colectiva sueca, procediendo

en cambio a la firma de un convenio con el sindicato letón de los obreros de la construcción. Ante este posicionamiento empresarial el sindicato comenzó un bloqueo, secundado posteriormente por otras organizaciones, consiguiendo paralizar el trabajo de la empresa lo que conllevó la rescisión del contrato con la municipalidad de Vaxholm. La denuncia de los hechos por la empresa dio lugar a una cuestión prejudicial ante el TJCE.

- En *Rüffert*, el conflicto se planteó cuando una empresa polaca, que prestaba sus servicios en Alemania habiendo desplazado para ello a trabajadores de su Estado de procedencia, incumplió una disposición de la Ley del Land de Baja Sajonia sobre la Contratación Pública que obligaba a las empresas contratistas a pagar el salario previsto en el convenio aplicable.
- En fin en el recurso directo resuelto en Comisión contra Luxemburgo se enjuició la norma luxemburguesa que califica la totalidad de las normas internas relativas a los convenios colectivos como “disposiciones de orden público”, intentando integrar así la regulación de la negociación colectiva en el listado de materias del artículo 3.1 por la vía del apartado primero del artículo 3.10 de la Directiva.

b—En los tres pronunciamientos, el intento, sindical o normativo, de conseguir la aplicación de los convenios colectivos a las empresas extranjeras que prestaban sus servicios en virtud de la libertad de circulación se ha considerado restrictivo de ésta. Para llegar a esta conclusión, el TJCE ha realizado una interpretación literal de la Directiva que regula los desplazamientos transnacionales, de modo que su contenido acaba convirtiéndose en una norma de orden público insusceptible de ser mejorada. A estos efectos cabe destacar las siguientes ideas:

- De un lado, la Directiva supedita la aplicación de los convenios a los trabajadores desplazados a que tengan eficacia general. Sin embargo, los sistemas de relaciones colectivas de los Estados miembros de la UE se caracteriza por una marcada diversidad. Efectivamente, entre ellos es posible encontrar desde sistemas de negociación colectiva fundamentados en la eficacia *erga omnes* de los acuerdos, derivada de un reconocimiento legislativo de la misma, hasta los llamados sistemas de tipo voluntario. La existencia de esta diversidad, reconocida y protegida por el actual artículo 152 del TFUE, ha sido condicionada por el TJCE en su interpretación de la Directiva 96/71.
- La redacción del artículo 3 permite, a priori, la ampliación cualitativa y cuantitativa del listado de materias y del nivel de protección de las mismas. Sin embargo, el TJCE establece que el grado de protección que se establece en relación con las materias del artículo 3.1 (párrafo primero, letras a] a g]) es un techo insuperable, afirmando que de permitirse la imposición de mayores cotas de protección se estaría privando de sentido a la Directiva 96/71. De esta manera, la posibilidad de un incremento cualitativo del grado de protección queda cerrada.

- En cuanto a la ampliación cuantitativa de las materias cuyos niveles de protección pueden imponerse a las empresas extranjeras que realicen una prestación de servicios está prevista en el apartado 10 del artículo 3 de la Directiva 96/71. Sin embargo, la posibilidad de calificar disposiciones nacionales como disposiciones de orden público es especialmente limitada, según ha afirmado el Tribunal de Justicia, cuando esta calificación tiene repercusiones en el contexto comunitario.

01—3.

Libertades económicas y contratación pública

En este análisis de la incidencia de las libertades comunitarias sobre el ordenamiento laboral, no puede dejar de hacerse referencia a la que tienen sobre la contratación por entes públicos. Ello es así porque, en este terreno, se plantean diferentes problemas de interés: de un lado, porque los entes públicos actúan como interlocutores de las organizaciones sindicales, en cuanto empleadores o no; de otro, porque pueden tener interés en que su actuación en el mercado sirva también para obtener fines sociales. Desde cualquiera de estas perspectivas, podemos encontrar problemas de interés.

En el primer terreno el conflicto gira en torno a la interferencia entre los compromisos que los poderes públicos puedan adquirir en función de los convenios colectivos y las reglas que rigen la contratación administrativa —cuya conexión con aquellas libertades es, en el ámbito comunitario, clara—. En cuanto al segundo, se encuentra en las condiciones de admisibilidad de la utilización de la contratación pública para perseguir tales fines a la luz de los imperativos de eficiencia propios de la disciplina del mercado.

01—3.1.

Negociación colectiva y contratación pública

En el primer terreno de reflexión resulta necesario traer a colación la reciente STJCE en el asunto Comisión contra Alemania (STJCE de 15 de julio de 2010, C-271/08). En el supuesto de hecho resuelto se aborda adjudicación realizada por administraciones locales y empresas municipales de contratos de servicios de planes de pensiones de empleo a una serie de empresas determinadas en los convenios colectivos negociados entre las administraciones públicas y sus empleados. Como consecuencia de lo establecidos en un acuerdo colectivo, la norma reguladora de las decisiones de las administraciones locales limitaba su capacidad de elección de la entidad gestora del régimen de pensiones de acuerdo con determinados criterios. Considerando que dichas adjudicaciones deberían haberse realizado siguiendo los procedimientos establecidos en la Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos (Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 y a partir del 1 de febrero de 2006 Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo), la Comisión interpuso un recurso de incumplimiento contra la República Federal Alemana.

El recurso fue estimado. El Tribunal entiende que no es aplicable la jurisprudencia Albany (*infra*, 2.2), a las libertades económicas fundamentales. De este modo, el ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva debe conciliarse con las exigencias derivadas por las libertades protegidas por el TFUE y con el principio de proporcionalidad. Sin embargo, la norma legal cuestionada —y el acuerdo del que trae causa— no superó el test de proporcionalidad. El Tribunal sostiene en este sentido que el mantenimiento de los elementos de solidaridad en cuanto a los intereses de los trabajadores no es, de por sí, incompatible con la aplicación de un procedimiento de adjudicación de contratos, puesto que estos procedimientos no excluyen que la licitación imponga a los licitadores interesados condiciones acordes con los intereses de los trabajadores afectados.

01—3.2. La utilización de la contratación pública para la satisfacción de fines sociales

Nadie discute hoy, precisamente porque es admitido expresamente en la normativa de contratos (básicamente la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y varias normas autonómicas), que la contratación pública puede servir para alcanzar objetivos políticos (de carácter social o medioambiental), consagrados en otras normas, nacionales e internacionales, del mayor rango.

A pesar de ello, algunos Tribunales, también algunos órganos consultivos nacionales, pese al interés del Legislador en la inclusión de este tipo de cláusulas sociales en la contratación pública, en algunas ocasiones han rechazado abiertamente su utilización, y en otras han mantenido una interpretación restrictiva de las mismas (muchas veces, como veremos, por considerar que conculcan el principio de no discriminación, que vulneran “las reglas de igualdad entre licitadores”, que atacan, en fin, la competencia, que parece que esconde el interés público de mayor relevancia estos últimos años).

a—En el momento de la contratación, no parece existir problema alguno en el establecimiento de prohibiciones para contratar vinculadas al incumplimiento de las normas sociales —o de otro tipo.

Más complejo es, sin embargo, el tema de si en la selección de los licitadores es posible prestar atención a las características laborales de las empresas. Dicho abiertamente, se ha defendido que puede exigirse para participar en la licitación unas determinadas características de solvencia técnica, si así puede decirse, de carácter social. Así lo ha llegado a entender, incluso, la Comisión Europea en su Comunicación de 15 de octubre de 2001 (COM[2001] 566 final). En los contratos que superan los umbrales comunitarios, sin embargo, creemos que sólo podría medirse mediante la estabilidad de la plantilla. Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación nunca se ha mostra-

do partidaria de utilizar criterios sociales para medir la solvencia técnica. Se ha rechazado, por ejemplo:

- La posibilidad de exigir como requisitos de solvencia técnica “aspectos relativos a la prevención de riesgos laborales” (Informe 42/2006, de 30 de octubre).
- La exigencia de cumplimiento de las normas en materia de reserva de trabajadores con discapacidad (Informe de 16 de diciembre de 1998).

Esta interpretación viene avalada por la jurisprudencia contencioso-administrativa (STS de 24 de septiembre de 2008, recurso de casación 4793/2006).

En fin, en línea con las previsiones de la directiva, y tras una larga polémica doctrinal y jurisprudencial, se ha admitido legalmente la reserva de ciertos tipos de contratos para determinadas empresas o entidades de carácter social (disposición adicional séptima de la LCSP, y artículo 19 de la Directiva 2004/18). Conviene apuntar, en todo caso, que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal se ha manifestado en contra de la reserva de un porcentaje de la contratación a favor de estos Centros por imposición ministerial a todos los órganos de contratación del Ministerio de que se trate (Informe 53/2008, de 29 de enero de 2009).

b—En cuanto al empleo de criterios sociales en la valoración de las ofertas a efectos de seleccionar al contratista es admitido expresamente por el artículo 134 LCSP. Y por algunas normas autonómicas. En la práctica, no obstante, sigue siendo uno de los supuestos más problemáticos. A la admisión expresa siguen unas limitaciones (como es su vinculación con el objeto del contrato y el respeto al principio de concurrencia y no discriminación) que harían muy difícil y compleja la defensa de su legalidad en el caso de una hipotética impugnación ante los Tribunales.

- La jurisprudencia comunitaria muestra como se admiten en el plano teórico si bien en el análisis del caso concreto ha sido bastante restrictiva, dada la exigencia de que los mismos se relacionen con el objeto del contrato (SSTJCE de 20 de septiembre de 1998, Gebroeders-Beentjes BV, C-31/87, 26 de septiembre de 2000, Comisión contra República Francesa, C-225/98, o de 17 de septiembre de 2002, Concordia, C-513/1999). Estas mismas dificultades se advierten en los pronunciamientos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal que sólo parece advertir la necesaria conexión con el objeto del contrato de estos criterios en aquellos contratos cuyas prestaciones vayan destinadas a categorías de población especialmente desfavorecidas (véase Informe 53/2008, de 29 de enero de 2009, en relación con la valoración del porcentaje de trabajadores con discapacidad). En realidad, la exigencia de que estos criterios de valoración se encuentren vinculados con el objeto del contrato pueden tener razón de ser cuando se trata de criterios medioambientales pero tiene mucho menos sentido cuando se trata de crite-

rios sociales, que se relacionan con las características de las empresas mucho más que con el objeto del contrato.

- Debe tenerse en cuenta, además, la vigencia del principio de no discriminación. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, al menos hasta hace unos años, se manifestaba en contra del empleo de criterios como la estabilidad de la plantilla, el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido, o la prevención de riesgos laborales, para la valoración de las ofertas, precisamente porque, a su juicio, podían producir un efecto discriminatorio, prohibido por el Derecho Comunitario (Informes 13/98, de 30 de junio de 1998; 44/98, de 16 de diciembre, 11/99, de 30 de junio, 44/04, de 12 de noviembre, y 42/2006, de 30 de octubre). Por el contrario, el TS (sentencia de 27 de junio de 2006) así como el Consejo de Estado (Dictamen 4464/1998, de 22 de diciembre) y el Consejo Económico y Social (sesión ordinaria de 27 de mayo de 1998) también se han manifestado a favor del empleo de estos criterios sociales en la valoración de las ofertas. La Junta Consultiva, más recientemente, aunque siempre dejando entrever que la mejor opción es incluir los criterios sociales como condiciones de ejecución del contrato, ha admitido que sería perfectamente válido un criterio de valoración que atendiese a la ejecución del contrato con desempleados. Ha rechazado por discriminatorio, no obstante, que se hiciese mención a una Oficina de Empleo determinada (Informe 3/2009, de 25 de septiembre de 2009). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en algunos contratos adjudicados por Instituciones y Organismos de la Unión, también ha admitido algunos criterios sociales de adjudicación (véase sentencias 19 de marzo de 2010, asunto T-50/05, y antes 20 de mayo de 2009, asunto T-89/07) resultando por cierto llamativo el distinto rigor que se exige a los Estados y a estas instituciones.

La ley permite igualmente utilizar criterios sociales para establecer una preferencia en la adjudicación. Nuestra normativa la establece para las empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o estén en riesgo de exclusión social (disposición adicional sexta LCSP). La preferencia en la adjudicación que contiene, para muchos, únicamente puede jugar como criterio de desempate, que es ciertamente extraño que llegue a plantearse en la práctica aunque algunas normas autonómicas admiten otra interpretación, llegándose a considerar en algún caso que existe empate cuando no había una diferencia superior un cierto porcentaje.

- c—El artículo 102.1 LCSP y otras normas estatales (v. gr. la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, o la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción) o autonómicas admiten puedan establecerse condiciones sociales para la ejecución del contrato. El artículo 102 LCSP permite, sin embargo, hacerlo en ciertas condiciones, entre las que se encuentra el respeto del ordenamiento comunitario.

Algunos ejemplos de condiciones especiales de ejecución declarados legales por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal son, por ejemplo, imponer una cláusula que contenga como condición especial de ejecución del contrato la obligación de dedicar a la ejecución del mismo a un número determinado de trabajadores con discapacidad (Informe 53/2008, de 29 de enero de 2009), o que se ejecute el contrato con desempleados (Informe 3/2009, de 25 de septiembre de 2009, si bien no cabe limitarlo a los inscritos en una cierta población).

Por el contrario, existen otros supuestos más problemáticos:

- La legalidad de imponer el respeto del convenio como condición de ejecución no resulta pacífica a la vista de la doctrina Rüffert a la que se ha hecho referencia más arriba. Es difícil, sin embargo, que pueda ser aplicada en un sistema como el nuestro en el que los convenios colectivos nacen dotados de eficacia general, siendo ésta la regla. Ello no obstante, parece claro que esta cuestión puede incorporarse como condición de ejecución pero difícilmente como criterio para la determinación del precio del contrato (*infra*, 2.4.2.A)].
 - En cuanto a la subrogación del adjudicatario en las relaciones laborales de quien lo fue con anterioridad, debe tenerse en cuenta, ante todo, las ya examinadas dificultades que el TJCE ha advertido para que esta obligación pueda ser impuesta por la Administración (*supra*, 1.2.3. B]). Otra cosa es que tal obligación resulte de la legislación laboral o de los convenios colectivos (*infra*, 2.4.2. C] c]), supuesto para el que la normativa prevé la necesidad de que los pliegos de condiciones incluyan información al respecto (art. 104 LCSP). Para los casos en los que las Administraciones no incluyen esta información, el TS opta por la anulación del contrato (STS de 1 de junio de 2004, recurso de casación 3817/1999), solución acaso discutible. Se ha rechazado, sin embargo, que quepa trasladar a la administración los sobrecostos derivados de una subrogación de la que no se había informado (STS de 18 de diciembre de 2001, recurso de casación 9301/1997; véase también STS de 13 de febrero de 2001, recurso de casación 2612/1995).
- d**—El artículo 102.2 LCSP admite, en fin, que los entes adjudicadores establezcan cláusulas penales en los pliegos o en el contrato, conforme a lo prevenido en el artículo 196.1 LCSP, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución. Admite, igualmente, que se les reconozca el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos de resolución del contrato y a su autor incurso en prohibición de contratar. No parece plantear problemas relevantes (Informe 53/2008, de 29 de enero de 2009).

1.4.

Valoración de la evolución jurisprudencial en el ámbito comunitario

Una valoración general de la evolución de la jurisprudencia comunitaria que ha sido considerado permite hacer consideraciones de diferente tipo. De un lado, si la comparamos con la situación de temas análogos en marcos internacionales diferentes, encontramos significativas diferencias de resultados o de metodología. De otro, atendiendo a la forma en que esta evolución interpretativa —sobre todo a raíz de la sentencia Viking— ha sido recibida en el interior de la propia Unión Europea, se advierte un panorama bastante crítico con ella.

01—4.1.

Libertades económicas y derechos sindicales en el ámbito internacional

En el primer terreno de reflexión, las diferencias a las que se ha aludido son las siguientes:

a—En primer lugar, aunque los mecanismos de control de la aplicación de la propia normativa son muy diferentes, cabe apuntar que en el interior de la OIT el análisis de supuestos similares a los que ha enjuiciado el TJCE ha conducido a resultados diferentes. Sobre la base de una elaborada doctrina sobre los posibles límites del ejercicio de las medidas de conflicto colectivo, el Comité de Libertad Sindical ha tenido ocasión, en este sentido, de pronunciarse en un supuesto que guarda cierta relación con el supuesto resuelto en Viking. Se trata de la queja contra Australia (caso 1.963) que dio lugar a su Informe 320.

Sin entrar en detalles, cabe resaltar como el Comité observa “con preocupación que al vincular las restricciones del derecho de huelga con las dificultades que el ejercicio de tal derecho provocan en el plano del comercio y los intercambios se abren las puertas a la prohibición de una diversidad de acciones reivindicatorias y de huelgas legítimas”. Aunque esas acciones “tienen repercusiones perjudiciales para el comercio y los intercambios, tales consecuencias no convierten de por sí al sector portuario en un servicio esencial” (epígrafe 230).

b—Estas diferencias se advierten igualmente en la comparación de la normativa sobre contratación pública existente en la OIT y los efectos que las directivas comunitarias aplicables producen en éste ámbito, de acuerdo con las sentencias del TJCE que las aplican. Al respecto, en la normativa de la OIT, resulta fundamental el Convenio nº 94, de 1949, sobre las cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las autoridades públicas, ratificado por España el 29 de abril de 1971.

En la parte europea del informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) se indica en efecto que algunos Estados miembros de la Unión han señalado la posible incompatibilidad entre las obligaciones deri-

vadas del Convenio y las Directivas y otros instrumentos comunitarios (es el caso del Reino Unido, de Suecia y de Finlandia). Y es que, como resulta de la literalidad de las directivas, el respeto a las leyes, reglamentaciones y convenios en estos procesos se subordina a su compatibilidad con el derecho comunitario.

Este desajuste resulta todavía más claro cuando la contratación pública incluye circulación de servicios dentro del mercado interior puesto que entonces resulta aplicable la Directiva de desplazamientos transnacionales: una comparación de ésta con la norma internacional lo muestra con toda evidencia dado que el Convenio n° 94 tiene un alcance más amplio, en cuanto que se refiere no solamente a determinadas materias sino a salarios, horas de trabajo “y demás condiciones de empleo”. Las diferencias se incrementan si se toma en consideración los pronunciamientos del TJCE que, desde Rüffert, interpretan la indicada directiva.

- c—Conviene por último llamar la atención sobre la metodología diferente que emplean el TJCE y otros organismos internacionales encargados de la aplicación de normas que guardan cierta afinidad con las que aquél aplica. Ya se ha aludido las sustanciales diferencias existentes entre su doctrina y la del TJCE: en conflictos que guardan relaciones respecto de los supuestos de hecho, éste entiende los intereses de los trabajadores de manera más restrictiva —puesto que, en Viking, sólo se justificaría la acción colectiva “si se demostrara que los empleos o las condiciones de trabajo en juego estuvieran en serio peligro” de modo que prevalece la libertad económica— a como los entiende el CLS. En fin, la postura del TJCE contrasta —o, incluso, discurre en forma simétrica— con la de otras instituciones judiciales internacionales, que incluso a falta de reconocimiento expreso han procedido a interpretaciones expansivas de los derechos de libertad sindical. Son en este sentido significativas la postura del TEDH en relación con libertad sindical y negociación colectiva así como la del Comité Europeo de Derechos Sociales, creado para garantizar la de los incluidos en la Carta Social Europea, en relación con los posibles límites externos a la utilización por los trabajadores de las medidas de acción colectiva.

01—4.2.

La crítica de la jurisprudencia del TJCE en el ámbito comunitario

En el ámbito europeo, las críticas teóricas a la evolución interpretativa de la jurisprudencia comunitaria han sido intensas, fundamentalmente en relación con los efectos que producen. A estos efectos, cabe destacar las siguientes ideas:

- De entrada, se ha visto como la afirmación de las libertades económicas ha producido un notable proceso de erosión de las normas laborales, estatales o convencionales. La forma de intervención judicial, en atención a la aplicación de criterios con cierta indefinición (principio de proporcionalidad) o de difícil concreción (valoración de la no duplicidad de la protección).

- Por otro lado, el aumento exponencial de los supuestos de prestaciones transfronterizas de servicios así como la interpretación que el TJCE ha hecho de las reglas aplicables implica la aparición de un claro riesgo de *dumping* social entre los diferentes estados miembros. A plazo más largo, puede alimentar tendencias de igualación por debajo de las legislaciones laborales o abrir conflictos sociales que dificulten la integración ciudadana.
- En otro orden de cosas, y en fin, el TJCE ha subestimado los derechos de carácter sindical, que en toda democracia avanzada, tienen carácter esencial: de un lado, supeditando su ejercicio a las libertades económicas; de otro, haciendo abstracción en la aplicación de ésta de la existencia de profundas diferencias en los sistemas de relaciones laborales de los Estados miembros.

Estas críticas no son únicamente teóricas: de hecho, se han producido también en el ámbito institucional, tanto de los Estados miembros como en el propio nivel comunitario. Centrándonos en España, cabe traer a colación el Consejo Económico y Social español (*Informe Los retos del Mercado Interior Europeo*, 2009). En cuanto al ámbito comunitario puede hacerse referencia al *Informe sobre los retos para los convenios colectivos en la Unión Europea* elaborado por la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo (septiembre, 2008) así como diversos documentos del Comité Económico y Social Europeo (Dictámenes *Agenda Social Renovada: Oportunidades, acceso y solidaridad en la Europa del siglo XXI*, COM[2008] 412 final [2009/C 182/14] y *La dimensión social y medioambiental del mercado interior* [2009/C 182/01]).

01—4.3.

Posibles alternativas

La posible solución a los problemas indicados para por una revisión de los planteamientos interpretativos consolidados, bien basada en determinados elementos que se han ido incorporando al derecho comunitario derivado bien introduciendo modificaciones normativas en ellos que los impidan o limiten.

A) Nuevos elementos interpretativos

En el primer terreno, cabe destacar dos ideas diferentes

- a**—De un lado, la última reforma de los Tratados, realizada por el Tratado de Lisboa (TL) ha modificado sustancialmente el esquema jurídico-institucional de la Unión Europea.
 - Se introduce, como su propio texto establece, una nueva etapa del proceso europeo, creadora de una unión más estrecha entre los pueblos de Europa (nuevo artículo 1, apartado 2 del TUE) y basada en el principio de atribución de competencias para alcanzar los objetivos comunes (nuevo artículo 1 del TUE).

En este contexto, la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos hu-

manos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías, siendo estos valores comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres (art. 2 TUE). La Unión sigue teniendo unas finalidades pero ya no son las previstas en el antiguo artículo 2 de TCEE, sino promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos (artículo 3 del TUE). Para ello, y en el ámbito que nos interesa, La Unión tiene unos objetivos, entre los que tal y como establece el artículo 3, en su apartado 3, "... 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.

- Además, tal y como establece el párrafo 6º de este artículo, la Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados. El nuevo artículo 4 del TUE señala que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros y que, según indica el artículo 5, la delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución y el ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Pues bien, pesar de la importancia que tiene el establecimiento del mercado interior —que, como hemos visto, es uno de los objetivos de la Unión Europea—, el Legislador unionista no ha considerado que ello sea una competencia exclusiva de la Unión (art. 4.2.a] TFUE). Aunque a día de hoy no existe ninguna sentencia que haya aplicado el esquema jurídico-institucional que el TL ha instaurado, dado que el Tratado ya no se centra en unas finalidades y objetivos a alcanzar, sino en unas competencias atribuidas y concurrentes con las competencias de los Estados miembros, alguna modificación debería producirse en el esquema jurídico a aplicar a las libertades de circulación y a sus relaciones con los derechos colectivos fundamentales.

- b**—Por otro lado, el artículo 6 del TUE la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Ello supone el reconocimiento normativo tanto del derecho a trabajar como de los derechos a la negociación colectiva y a la huelga. De manera paralela, se reconoce la libertad de empresa en su artículo 16, “de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”. Muy probablemente, esta circunstancia debería igualmente ser valorada en futuros pronunciamientos sobre temas como los que nos ocupan, si bien ha de reconocerse

que los datos normativos no son tan concluyentes como debieran. A estos efectos, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- De entrada, el artículo 51 de la Carta, al vincular el desarrollo de los derechos a las competencias comunitarias sitúan en posición desigual los derechos colectivos de los trabajadores que la libertad de empresa, dado el desarrollo que tienen en el ámbito europeo las libertades económicas.
- De otro lado, su artículo 52 abre la posibilidad a que el ejercicio de los derechos sociales colectivos pueda ser limitado en base a objetivos reconocidos por el Derecho de la Unión pero no necesariamente presentes en las normas estatales (que es donde originalmente se regulan estos derechos). Una novedad relevante es, con todo, que la afirmación de la libertad de empresa, en el artículo 16, tenga un tratamiento similar, con una expresa mención de las legislaciones y prácticas nacionales.
- En tercer lugar, tal y como establece el propio artículo 52 Carta, los derechos fundamentales pueden también pertenecer al elenco de derechos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) o resultar de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (art. 52.4 de la Carta). Al ubicarse en este terreno la negociación colectiva, su ejercicio debería interpretarse en armonía con las citadas tradiciones.

B) Posibles modificaciones normativas

Las vías interpretativas que se han expuesto generan serias incertidumbres respecto a su viabilidad a corto plazo. Aparte la resistencia que genera la inercia interpretativa, no puede dejar de reconocerse la falta de contundencia de los indicios interpretativos. Es por ello por lo que la solución a la cuestión parece pasar, en la línea de lo indicado por el Parlamento Europeo, por una articulación normativa entre los intereses contrapuestos. En esta línea de articulación se han orientado ya diversos intentos normativos.

Por lo que se refiere al derecho derivado cabe traer a colación el Reglamento 2679/1998 de 7 de diciembre, sobre funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías. La propia Directiva 96/71 ha tratado de establecer un clima de competencia leal mediante la garantía del respeto a los derechos de los trabajadores desplazados —aunque sólo lo ha conseguido de forma limitada dadas sus carencias—. Por último, la Directiva de servicios (2006/123/CE, de 12 de diciembre) impone como límites a su objeto los derechos laborales estatales y los derechos fundamentales.

Probablemente debería avanzarse más allá, cuando menos en las líneas propuestas en el Informe Monti (*Una nueva estrategia para el Mercado Único, al servicio de la economía y de la sociedad de Europa*, Informe al Presidente de la Comisión Europea José María Durao Barroso por Mario Monti el 9 de mayo de 2010, disponible en http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_es.pdf), que aboga por las siguientes acciones:

- Aclarar la aplicación de la Directiva sobre desplazamiento de los trabajadores “facilitando el acceso a la información, reforzando la cooperación entre las administraciones nacionales y sancionando mejor los abusos”.
- Proteger los derechos de los trabajadores y en especial el derecho de huelga, garantizando un ámbito de acción adecuado para que los sindicatos y los trabajadores defiendan sus intereses y protejan sus derechos con acciones sindicales sin que se les limite indebidamente por la vía de las normas del mercado único. A estos efectos se propone la introducción de una cláusula similar a la contenida en el Reglamento 2679/1998.

Aun considerando que la solución aportada por el autor podría resolver la cuestión en el medio plazo, consideramos que la situación actual derivada de la jurisprudencia del TJCE evidencia que la solución no parece radicarse en la introducción de excepciones del tipo de las arriba señaladas, sino de una modificación de rango superior, insertándolas en el Derecho originario, sin perjuicio de seguir igualmente las recomendaciones del Parlamento Europeo. Tomando en consideración lo antedicho cabría pensar *de lege ferenda* en una modificación dirigida a “inmunizar” de forma definitiva las normas laborales estatales así como las medidas de acción sindical y la negociación colectiva.

Normas laborales y defensa de la competencia

Aspectos generales

Convenios colectivos
y derecho comunitario de la competencia

Una aproximación comparada

Negociación colectiva
y defensa de la competencia en España

02–1.

Aspectos generales

02–1.1.

La normativa sobre defensa de la competencia

La política de la competencia constituye uno de los ejes organizadores de la Unión y parte nuclear de su para-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 las Comunidades y a la Unión han incluido entre sus disposiciones normas relativas a la competencia: en la actualidad los artículos 101 a 109 TFUE.

A dichas disposiciones se unen 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 CE. Como indicó la STC núm. 225/1993 (Pleno), 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 jurídicos, 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 tutelada a través de las normas de competencia y en particular de defensa de la competencia como la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que 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.

La aplicación del Derecho de la competencia tiene de este modo carácter descentralizado. Corresponde, en el plano comunitario, a la Comisión y con carácter revisor de sus decisiones al Tribunal de Primera Instancia y al Tribunal de Justicia, y en el interno, a las autoridades nacionales de la competencia —en el caso español a la Comisión Nacional de la Competencia, la legalidad de cuyas resoluciones es objeto de control por la Audiencia Nacional con posibilidad de recurso a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo— y a los Juzgados de lo Mercantil, con posterior recurso ante la Audiencia Provincial correspondiente y en su caso ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, para los supuestos de acciones de nulidad o de reclamación de indemnizaciones de daños y perjuicios derivadas de la infracción de normas de defensa de la competencia.

02–1.2.

Algunas nociones relevantes

Nos centraremos seguidamente en algunas nociones clave en el derecho de la competencia: la presentación de la regulación de las conductas colusorias —cuestión que enuclea la mayor parte de las cuestiones derivadas de la relación entre Política de la competencia y Política Social— y dedicaremos después un más breve estudio al abuso de posición de dominio.

A) Las conductas colusorias

Las conductas colusorias vienen definidas en el artículo 101 TFUE y en el artículo 1 LDC. Lo que persigue su prohibición es la actuación independiente de los operadores económicos a efectos de que el mercado funcione sin interferencias ilegítimas.

- a—Los destinatarios de la prohibición son las empresas, si bien debe tenerse en cuenta que la noción de empresa en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia comunitaria es autónoma respecto a cualquier noción positiva, jurisdiccional o dogmática desarrollada en el ámbito nacional tanto en el ámbito del Derecho de la competencia, como en el del Derecho mercantil general o en el del Derecho del Trabajo. Se considera empresa toda unidad económica susceptible de fijar de modo autónomo su línea de actuación en el mercado. Ello supone que pueden ser considerados empresas unidades económicas que difícilmente lo serían desde la perspectiva genérica mercantil o laboral.
- b—El sistema de competencia se funda en la decisión autónoma de cada uno de los operadores económicos. La prohibición de las conductas colusorias comprende, por tanto, aquellas que tienden a sustituir la autonomía de decisión de cada uno de los operadores

por la concertación entre ellos. Esto puede producirse de diversas formas siempre que supongan un comportamiento concertado. De ahí que se aluda tanto a acuerdos, como a decisiones de asociaciones de empresas o a prácticas concertadas. Los tres tipos de conductas pueden llegar a ser relevantes desde la perspectiva de la negociación colectiva y de la conducta coordinada por parte de empresas en relación a la acción colectiva.

- Entre los primeros se incluyen los que suponen el cruce de voluntades sobre un objeto cierto en modo tal que están destinados a producir obligaciones jurídicamente exigibles para las partes con independencia de su forma —se admite incluso acuerdos concluidos en modo tácito—. Pero también es posible que lo constituyan meras expresiones de la voluntad de las partes, sin que sea necesario que constituya un contrato obligatorio y válido según el derecho nacional. Por ello resulta totalmente irrelevante la caracterización jurídica del acuerdo y el *nomen iuris* dado al mismo. Tan sólo es pertinente la comprobación de que el mismo tenga objeto o efecto anticompetitivo. Lo es también de qué parte haya surgido la iniciativa, del hecho de que haya sido objeto de negociación individualizada o de que, por el contrario, esté incluido en un contrato de adhesión o sea el resultado de la aplicación de condiciones generales.
- La tipificación de las decisiones de asociaciones de empresas o decisiones colectivas tiene por finalidad despejar cualquier duda respecto a su asimilación a los acuerdos y resulta especialmente relevante a estos efectos. El artículo 101.1 se aplica a las asociaciones de empresas en la medida en que su actividad o la de las empresas que están adheridas a ellas tienden a producir los efectos que prohíbe. No es necesario que las Asociaciones empresariales tengan una actividad comercial o productiva propia. La prohibición afecta también a las decisiones de las asociaciones de empresas sin ánimo de lucro y a los acuerdos entre asociaciones de empresas y entre asociaciones de empresas y empresas. Resulta irrelevante que las asociaciones de empresas concluyan el acuerdo en el seno de un organismo que de acuerdo con la jurisprudencia nacional tiene carácter público. La prohibición no sólo se aplica a las decisiones sino también a las recomendaciones cuando tienen carácter obligatorio y constituyen la expresión fiel de la voluntad de los miembros de la asociación de comportarse sobre el mercado conforme a sus términos.
- El comportamiento concertado no solo existe cuando una empresa se compromete con otra a seguir una determinada conducta en el mercado sino también cuando de resultas de contactos entre ambas empresas, desaparezca o, al menos, quede sustancialmente reducida la incertidumbre sobre sus conductas en el mercado. Un especial tipo de prácticas concertadas son las prácticas conscientemente paralelas. Un paralelismo en el comportamiento entre dos o más competidores no puede por sí solo ser considerado una práctica concertada. Sin embargo puede llegar a constituir un indicio serio cuando el paralelismo no se justifica como una respuesta de mercado fundada en la competencia, atendiendo a la naturaleza de los productos, a

la importancia y número de empresas presentes en el mercado el volumen de mercado al que afecta el comportamiento paralelo y en general las demás condiciones de competencia existentes.

c—La prohibición de las conductas colusorias es aplicable a los acuerdos entre empresas tanto cuando producen efectivamente efectos sensibles en el mercado como cuando sea probable que dichos acuerdos tengan sensibles efectos negativos sobre parámetros de competencia en el mercado tales como el precio, la producción, la calidad de los productos, la variedad de productos y la innovación). Los acuerdos pueden tener tales efectos cuando reducen de manera apreciable la rivalidad entre las partes del acuerdo o entre éstas y terceros.

Dicho de otro modo, en los casos en los que las mismas no generan efectos relevantes, no resultan perseguibles. Se trata de la temática de los acuerdos de menor importancia, regulada en el ámbito comunitario por una norma de *soft law*, y, en nuestro sistema por el reglamento de desarrollo del la LDC.

B) El abuso de posición de dominio

No están prohibidos los monopolios públicos ni privados ni tampoco el poseer o alcanzar una posición de dominio en el mercado, ni siquiera el intento de monopolizar, tan sólo se prohíben las conductas abusivas de una empresa en posición de dominio en el mercado (art. 102 TFUE).

A estos efectos se valora la posición en un determinado mercado, lo que exige combinar el mercado de producto y el mercado geográfico. En este contexto, la posición de dominio aparece cuando la empresa tenga le permita la posibilidad de obstaculizar la competencia efectiva, utilizando procedimientos distintos de la competencia por eficiencia y con independencia de la posible reacción de sus competidores, clientes y consumidores.

02—1.3.

Convenios colectivos y derecho de la competencia: primera aproximación

En la medida en que, para el derecho de la competencia, la noción de empresa es muy amplia y que la negociación colectiva implica la presencia de una o más empresas, es concebible la existencia de un posible conflicto entre una y otro.

Este conflicto es de más difícil aparición en los casos de la negociación de empresa puesto que no pueden contener por principio restricciones concertadas entre una pluralidad de empresas. Sólo en caso de que la empresa negociadora ostente una posición de dominio, podría plantearse cuestión sobre el particular.

Por su parte, en la negociación sectorial, dada la participación de un conjunto de empresarios en el acuerdo de un convenio colectivo, debe aceptarse que, con independencia de

la participación sindical, los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa implican acuerdos entre empresas que producen obligaciones jurídicamente exigibles para las partes. Su posible encaje entre las conductas colusorias aparece de este modo como posible, siempre que no se tengan en cuenta otros valores protegidos por el ordenamiento y relacionadas con la libertad de acción sindical. De lo que se trata es de saber en qué medida esta última impone limitaciones a la aplicabilidad de la legislación antitrust.

02—2.

Convenios colectivos y derecho comunitario de la competencia

La aplicación de los parámetros de análisis desarrollados en los epígrafes anteriores a los convenios colectivos, esto es, la posibilidad de que un convenio colectivo pueda considerarse como un acuerdo colusorio contrario al actual artículo 101 TFUE, fue valorada jurídicamente por primera vez por el TJCE en 1999, resolviendo con idéntica argumentación los asuntos Albany, Brentjen's y Drijvende Bokken (SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, C-67/96, C-115/97 a C-117/97, C-219/997).

a—Estas tres sentencias resolvían cuestiones similares, relativas todas ellas al sistema holandés de pensiones y a la intervención de los convenios colectivos en la determinación de los fondos de pensiones que deben considerarse obligatorios para todas las empresas de un sector determinado. La seguridad social holandesa, además de un régimen legal obligatorio y universal, incluye pensiones complementarias, devengadas en relación con una actividad profesional por cuenta ajena o por cuenta propia, que completan el nivel legal. Estas pensiones complementarias se gestionan generalmente mediante regímenes colectivos que se aplican a un sector por los fondos de pensiones que han sido declarados de afiliación obligatoria: a instancia de los representantes de los empresarios y de los trabajadores de un sector concreto de la economía, normalmente a través del convenio colectivo, el Ministro competente puede declarar obligatoria la afiliación a un fondo de pensiones sectorial para todas las empresas de dicho sector

En este escenario, la empresa Albany Internacional BV, afiliada a un fondo con las características indicadas, solicitó la exención de la participación en el mismo, exención que le fue denegada. La reacción de la empresa fue el impago de las cotizaciones debidas al fondo, lo cual originó el litigio que fue elevado ante el Tribunal de Justicia por la vía de la cuestión prejudicial. En el curso del litigio, Albany adujo la normativa de la competencia que esultaría aplicable por entender que los acuerdos entre empresarios y trabajadores declarados obligatorios constituían acuerdos entre empresas. Introduciría una restricción de la competencia tanto de las empresas vinculadas por el convenio como de los terceros agentes económicos, por dos motivos: en primer lugar por eliminar tanto la libertad de las empresas del sector para afiliarse a fondos distin-

tos como la posibilidad de la utilización de las condiciones de dicha afiliación como instrumento para mejorar su competitividad; en segundo lugar porque se excluía a los aseguradores de una parte sustancial del mercado.

- b—Una de las cuestiones más llamativas de la jurisprudencia Albany es la especial repercusión de las Conclusiones del Abogado General entre la doctrina. De hecho, las abundantes referencias al razonamiento del Abogado se encuentran también en resoluciones de las autoridades de defensa de la competencia, dando la impresión en ocasiones de que la resolución del Tribunal tiene que interpretarse a la luz de lo escrito por el Abogado. Dado que era la primera vez que se planteaba una cuestión similar ante el TJCE, el Abogado incluyó en sus Conclusiones un recorrido comparado por el tratamiento de la cuestión, analizando las experiencias de los Estados Unidos y de varios Estados miembros de la UE. De este recorrido extrae la existencia de algún tipo de inmunidad limitada relativa a los convenios colectivos en la totalidad de los sistemas, estructurada jurídicamente de manera diversa. Para concretarla en el ámbito comunitario, el Abogado sienta las siguientes ideas:
- No existe una exención normativa explícita o implícita en el Tratado CE que excluya el ámbito social de las normas de la competencia. No es posible derivarla del reconocimiento de la negociación colectiva como derecho fundamental ni tampoco de la utilización del parámetro subjetivo para excluir a un convenio colectivo del ámbito de aplicación del derecho de la competencia, salvo en los convenios de empresa.
 - A falta de exención el Abogado busca la articulación sobre la base del reconocimiento en el Derecho comunitario tanto de la defensa de la competencia como de los valores sociales y en especial de la negociación colectiva.
 - A su juicio, de esta articulación cabe extraer una inmunidad limitada en función de tres parámetros: el convenio debe haberse celebrado en el marco de unas negociaciones formales entre empresarios y trabajadores; el convenio debe haberse gestado y concluido de buena fe y la inmunidad debe quedar justificada por el contenido del convenio. La dificultad de evaluación de este último criterio lleva al Abogado a proponer unos criterios a modo ejemplificativo. Así, afirma que se entenderá por justificada la excepción de la aplicación de las normas de la competencia cuando el convenio verse sobre las cuestiones consideradas como el “núcleo duro de la negociación colectiva”, a saber, salarios y condiciones de trabajo y cuando el convenio no afecte a terceros o a otros mercados.
- c—Separándose de lo propuesto por el Abogado, el Tribunal reconocer la existencia de una exención que cubre los convenios colectivos en función de su naturaleza y de su objeto pero sin no enumerar ni definir lo que deba ser entendido como comprendido dentro de estos parámetros. Partiendo de la existencia de dos políticas en contraposición, el TJCE consideró que aun cuando las fricciones parecían derivarse de manera

ineludible de la propia naturaleza de la negociación colectiva, un convenio colectivo no podía ser calificado como un acuerdo entre empresas, en razón a su naturaleza y su objeto dada la necesidad de realizar una interpretación útil y coherente de las disposiciones del Tratado, en su conjunto.

Debe destacarse que en los asuntos *Albany et al.* el Tribunal no utilizó los habituales parámetros antitrust, sino que fundamentó su razonamiento en la importancia de la llamada negociación colectiva europea y en la necesidad de mantener la integridad de la política social, cuyos objetivos “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”. Obsérvese que situándose en un plano intermedio, el Tribunal no se arriesga a concretar en su jurisprudencia el punto más complejo del asunto, esto es, las materias que constituyen el objeto de los convenios colectivos y que por tanto pueden ser reguladas por éstos aun a pesar de afectar a las condiciones de competencia en el mercado. Ello explica las incertidumbres que el tema presenta, tanto en otros Estados miembros como en nuestro país.

02–3.

Una aproximación comparada

En relación con el tema que nos ocupa, el análisis comparado en algunos países del entorno europeo (Alemania, Francia, Italia, Reino Unido) permite advertir algunas ideas comunes. En primer lugar, y como regla general, la apertura de conflictos entre el derecho de la competencia y la negociación colectiva resulta desde la perspectiva doctrinal, cuando menos sorprendente. Salvo en Gran Bretaña —cuyo ordenamiento mantiene más claramente las tradiciones del liberalismo decimonónico—, los juristas del trabajo indican las dificultades para aceptar que aquél entre en conflicto con la negociación colectiva. De un lado, porque su desarrollo es ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución; de otro, en la medida en que resulta difícil admitir que los sindicatos pueden ser tratados como empresas, verdaderas destinatarias de la legislación antitrust.

Lógica consecuencia de ello es, en segundo lugar, la inexistencia de un tratamiento legal específico de la cuestión. No se encuentran, por tanto, previsiones legislativas que consagren la inmunidad absoluta de la negociación colectiva con respecto a la aplicación de las normas de defensa de la competencia. La situación, por influjo del derecho comunitario, es de inmunidad relativa. El hecho de que los ordenamientos internos en la materia se ajusten a las previsiones comunitarias hace que, por influjo de la doctrina sentada en *Albany* deba aceptarse que, en ciertas condiciones, los convenios puedan ser analizados a la luz de la legislación antitrust.

Esta situación no parece plantear problemas en los casos en los que el contenido del convenio colectivo se encuentra predeterminado por la propia legislación laboral, sobre todo si esta delimitación corresponde a un esquema “clásico”. Tal es el caso del Reino Unido. Por el contrario, cuando esta predeterminación no existe, es normal, aunque limitada, la aparición de conflictos. La forma en que estos se exteriorizan, por otro lado, es diferente en atención a la configuración del sistema de relaciones laborales. A veces, como en Italia, lo hacen de forma similar a lo que ocurre en España —por intervención de la autoridad administrativa de defensa de la competencia—; en otros casos, como en Francia, en momentos específicos de la gestión del convenio colectivo —en el momento de la extensión.

En relación con estos conflictos la experiencia comparada muestra, en fin, las siguientes características:

- Existencia de zonas exentas de ser problemáticas —por ser clara la aplicación de la inmunidad relativa o por ser evidente que se desborda su alcance— y otras que podríamos considerar grises.
- Existencia de temas comunes entre los diferentes países y los que, como veremos, se plantean en España que se ubican en estas últimas (horarios, subrogación convencional).
- Existencia de disparidad de soluciones ya que no parece ser la misma la solución que se da un cada uno de los sistemas considerados.

Negociación colectiva y defensa de la competencia en España

02—4.

02—4.1.

La aplicación de la Ley de Defensa de la competencia a los convenios colectivos

En relación con nuestro sistema, el punto de partida de nuestra reflexión ha de ser, desde luego, el claro fundamento constitucional que encuentran las actuaciones sindicales en general (arts. 7 y 28 CE) y la negociación colectiva, en particular (art. 37.1 CE). En este contexto, no deja de ser curiosa la idea de que la actuación de los sindicatos, a través de la negociación colectiva, pueda llegar a ser objeto de límite o revisión a través de la legislación antitrust. Algo de ello se advierte en el único pronunciamiento en que hasta la fecha el TS, social, se ha ocupado de esta cuestión, la sentencia de 15 de marzo de 1993 (RJ 1993/1859) en la que se lee que “la competencia (del entonces) Tribunal de Defensa de la Competencia... respecto a... “conductas prohibidas”, “abuso de posición dominante” y “falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, afecta a actuaciones que tiendan a perjudicar la competencia en el mercado, sin que obviamente incluya el control de legalidad o de lesividad de convenios colectivos; control que, como antes se ha dicho, corresponde al ámbito jurisdiccional del Orden Social”.

a—Sin embargo, de forma prácticamente simultánea, la autoridad administrativa de defensa de la competencia ha comenzado a posicionarse de forma diferente. Aunque por razones de orden procedimental, no han llegado a producirse pronunciamientos tan vistosos como las que aparecerían con posterioridad varias resoluciones de los años 90 han admitido el posible análisis de acuerdos colectivos a la luz del derecho de la competencia (10 de marzo de 1993, Fapanys, ó 16 de diciembre de 1996, Pan de Barcelona). A la postre, esta interpretación ha conducido a varios episodios en los que el TDC y su sucesora la CNC ha llegado a la conclusión de que un convenio colectivo es contrario a las normas de defensa de la competencia y ha sancionado a quienes lo han suscrito, incluyendo a los sindicatos. Tal ha ocurrido en la RTDC de 29 de enero de 2007 (exp. 607/06), Ayuda a domicilio, seguida por otras dos sobre el mismo tema (validez de los pactos convencionales de repercusión en precios: véase *infra*, 4.2.1), y en la posterior RCNC de 24 de septiembre de 2009 (exp. 2805/07), Empresas Estibadoras. Esta última aspira, en fin, a zanjar definitivamente la cuestión, recordando sus precedentes pronunciamientos y la confirmación de los mismos por los tribunales.

Conviene, en fin, tener en cuenta que la jurisdicción social ha aceptado también esta solución. Aunque no son frecuentes los pronunciamientos recientes que se plantean el problema de las relaciones entre convenios colectivos y legislación antitrust, cuando la cuestión se suscita, los Tribunales del orden social no tienen inconveniente en valorar aquéllos desde la perspectiva de ésta (SSAN de 7 de noviembre de 2001, proc. 2/2001, y, aunque de forma menos clara, 1 de junio de 2009, proc. 1/2009).

b—Se trata probablemente de una conclusión inevitable. Nuestro derecho de la competencia, en línea con las previsiones comunitarias, realiza una configuración amplia de los destinatarios de las normas antitrust (disp. adic. 4ª LDC).

No existe, por otro lado, una norma con rango legal que, de acuerdo con el artículo 4.1 LDC, excluya expresamente los convenios colectivos de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia. Aunque algún posicionamiento doctrinal se haya movido en esta línea partiendo del reconocimiento constitucional y el desarrollo normativo de la negociación colectiva, en contra pueden traerse a colación, diferentes argumentos vinculadas a la interpretación consolidada del artículo 4.1 LDC (inexistencia de norma legal expresa, inadmisibilidad de que la exención pueda ampararse en normas generales del ordenamiento que legitiman la libre actuación de los particulares).

c—Con todo, la doctrina administrativa sobre el particular responde a una situación de inmunidad relativa, en línea con la doctrina sentada por la jurisprudencia comunitaria en los pronunciamientos del caso Albany y sus secuelas. En su resolución de 29 de enero de 2007, Ayuda a domicilio, el TDC utilizó un argumento bien sencillo para justificar que el convenio colectivo en cuestión era contrario a las normas antitrust. Tras reproducir los artículos 82 y 85 ET, afirmó que “un convenio colectivo no puede regu-

lar cualquier materia”. Por el contrario, su ámbito se circunscribe “a las condiciones de empleo y a las relaciones de los trabajadores con los empresarios”. Fuera de éstas, si se dan el resto de requisitos de las prácticas restrictivas de la competencia, debe aplicarse la normativa de defensa frente a ellas. La expresión entrecomillada es una evocación implícita de la doctrina sentada Albany.

En la posterior resolución de 24 de septiembre de 2009, Empresas Estibadoras, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia está evocación se hace explícita. No en vano algunas de las partes personadas en el expediente habían objetado la competencia de la autoridad administrativa para valorar cuestiones relacionadas. De acuerdo con el pronunciamiento, la denominación “convenio colectivo” no es suficiente para evitar el examen a la luz del derecho de la competencia.

Cabe notar, sin embargo, que la interpretación de la CNC se apoya también en la STJCE Viking Line y en las Conclusiones del Abogado General Jacobs al asunto Albany. Y, de este modo, la comparación entre la literalidad de Albany y la de la resolución administrativa arroja diferencias evidentes que se centran en la aparición de varios elementos valorativos —no basta que se trata de convenios colectivos sino que han de ser “celebrados de buena fe”; no es suficiente que se refieran a condiciones de trabajo o empleo sino que además es preciso que no afecten a terceros o a otros mercados— así como en la mucha más restrictiva expresión, “salarios o determinadas condiciones de trabajo” que se utiliza para describir el objeto del convenio colectivo.

02—4.2.

Los escenarios del conflicto

A) Fijación de precios de productos o servicios y negociación colectiva

En nuestro ordenamiento, el primero de los escenarios de conflicto entre legislación anti-trust y derecho a la negociación colectiva es, desde luego, el relacionado con la posibilidad de que los convenios colectivos contribuyan a la determinación de los precios o productos que las empresas ofrecen al mercado. Un estudio de campo de los convenios colectivos españoles permite llegar rápidamente a la conclusión preliminar de la relativa extensión de cláusulas relacionadas con la fijación de precios. Aunque como veremos de inmediato las cláusulas convencionales tienen una fisonomía variable, es probable que en la intención de los negociadores las estipulaciones persigan una finalidad común: miran siempre a repercutir los costes derivados de la aprobación del convenio sobre los precios de los servicios o productos ofrecidos al mercado por las empresas incluidas en su ámbito de aplicación. Tratan por tanto de garantizar la igualdad entre los competidores ante la subida de costes derivados del convenio. De ahí que mantengan una relación directa con la noción de competencia desleal. Y, de manera indirecta, con la propia garantía de la efectividad de las normas convencionales: al imponer la repercusión en precios de los nuevos costes derivados del convenio, se aleja a los competidores de la tentación de desconocer las reglas convencionales para mejorar la propia posición en el mercado.

Diferentes autoridades administrativas se han fijado en estas cláusulas. De un lado, para excluir que resulten aplicables en el ámbito de la contratación pública (tanto para la fijación del precio mínimo [Informes de la Junta Consultiva de contratación administrativa estatal 343/1999, de 12 de noviembre, 34/2001, de 13 de noviembre, y 53/2004, de 12 de noviembre, en relación por cierto con alguno de los sectores a los que después se refieren las resoluciones de la autoridad de defensa de la competencia], como para la posterior revisión [Informes 343/1999 citado y 38/2000, de 21 de diciembre, ó 25/2006, de 20 de junio]). De otro lado, y sobre todo, la autoridad administrativa de defensa de la competencia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la incidencia de estas cláusulas en el mercado, considerándolas contrarias a la legislación antitrust:

- a—La primera resolución que se ha ocupado del tema la dictó el desaparecido TDC el 29 de enero de 2007, Ayuda a domicilio, respecto de un convenio que preveía una cláusula general de repercusión en precios de los costes del convenio. Y, a tal efecto, establecía 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. Con posterioridad la Comisión de Nacional de la Competencia ha dictado 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, aunque estas dos resoluciones apenas contienen doctrina: al tratarse de resoluciones que ponen fin al expediente sancionador por terminación convencional (véase art. 52 LDC), se limitan a remitirse a la sentada en la anterior
- b—Una última resolución de la CNC ha sido dictada el 23 de abril de 2010, Empresas reponedoras de productos en grandes superficies. Se enjuiciaba una subida de precios que fue protagonizada por varias empresas del sector de manera simultánea y que coincidió con la aprobación del convenio colectivo, existiendo una circular de la organización empresarial en la que se daba cuenta de su firma y del porcentaje de subida salarial que comportaba. La cuantía de la subida, aunque no era uniforme, rondaba un porcentaje similar al incremento salarial del convenio. El Consejo de la CNC, sin embargo, no detectó práctica restrictiva de la competencia ni en la conducta de las empresas ni tampoco en la de la organización empresarial que había remitido una circular informativa.

Se descarta la existencia de práctica concertada: por más que “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”. Dicho de otro modo, al menos en empresas de servicios que presentan esta última característica, la aprobación del convenio colectivo permite amparar situaciones que, en otras condiciones, serían tratadas como prácticas colusorias.

B) Horarios comerciales

Un punto de conflicto tradicional se encuentra en la ordenación del tiempo de trabajo por los convenios colectivos. Los criterios que estos establecen pueden incidir en las facultades de las empresas para organizar su oferta en el mercado. Aunque el tema esencialmente cuestionado es el del trabajo en festivos, el conflicto podría extenderse a otros aspectos.

a— Aunque la interferencia entre criterios jurídico-laborales y aplicación de la normativa de horarios comerciales no se ha planteado nunca directamente ante las autoridades administrativas competentes en materia de defensa de la competencia, existen un par de resoluciones administrativas que se han ocupado incidentalmente del tema a propósito del trabajo en festivos y que parecen partir de la prevalencia de las normas antitrust. La RTDC de 16 de diciembre de 1996, Pan de Barcelona, consideró que un acuerdo que restringía la fabricación y venta de pan en domingos contrariaba el artículo 1 LDC. Sin embargo, lo que se consideró contrario a la competencia era la limitación de productos que se podía fabricar, sin reflexionarse sobre la cuestión del trabajo en festivo.

Por su parte, la Resolución del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia de 24 de noviembre de 2009, Horarios comerciales se ocupa de una presunta concertación en relación a la apertura comercial en festivos por parte de las grandes superficies de la comunidad autónoma. Si bien ningún sindicato había participado en la práctica, las empresas adujeron en su descargo la presión sindical contra la apertura en festivos. La resolución muestra una clara aversión hacia este tipo de planteamientos indicando que “las empresas deben comprometerse a adoptar una actitud proactiva y de colaboración con los órganos de defensa de la competencia, con el objeto de determinar en qué domingos o días festivos la apertura de los comercios puede resultar de interés general para el consumidor... (y) contrarrestar la presión de las fuerzas sindicales dirigida a evitar la apertura de los comercios en días festivos y a facilitar la apertura de los comercios en fechas que pueden resultar clave para el consumidor, a través incluso de la realización de campañas de comunicación que puedan generar una actitud positiva y una demanda social hacia la consecución de este objetivo”.

b— Por el contrario, en la doctrina de los tribunales que aplican las normas laborales no existe el más mínimo indicio de que la normativa sobre horarios comerciales prevalezca sobre aquéllas. En este sentido podemos encontrar:

- Pronunciamientos contencioso-administrativos que, sin hacer cuestión de la normativa sobre horarios comerciales, confirman sanciones por incumplimiento de previsiones convencionales que impiden trabajar en domingo (SSTS Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 noviembre 1997, RJ 1997\8346; de 20 enero 1997, RJ 1997\555; de 5 noviembre 1996, RJ 1996\8424; de 2 julio 1996, RJ 1996\5600; de 31 mayo 1996, RJ 1996\4626; de 10 mayo 1996, RJ 1996\4033; de 26 febrero 1996, RJ 1996\1656; de 2

febrero 1996, RJ 1996\1090, RJ 1996\1091, RJ 1996\1092, RJ 1996\1093, RJ 1996\1094, RJ 1996\1095 y RJ 1996\1096; de 29 enero 1996, RJ 1996\574; de 4 julio 1995, RJ 1995\5533; de 4 julio 1995, RJ 1995\5532 y RJ 1995\5533; de 28 junio 1995, RJ 1995\5292; de 27 junio 1995, RJ 1995\5291).

- Resoluciones sociales que afrontan la cuestión desde una perspectiva diferente: la de la determinación de las condiciones de trabajo a la luz de las normas administrativas sobre horarios comerciales, siempre en relación con el trabajo en festivos. Parten de la misma idea puesto que no consideran aquellas prevalezcan sobre el convenio. Por ejemplo, STS de 18 de mayo de 2009 (rec. 54/2008). Varias de ellas se mueven en el terreno de la modificación de las condiciones de trabajo considerando que no es posible sin seguir el procedimiento legalmente establecido —lo que supone que no prevalece la normativa administrativa—: STS 5 de junio de 2002, rec. 1222/2001; en suplicación SSTSJ Madrid de 17 de febrero de 2009 (rec. 4901/08) o Galicia núm. 2182/2009 de 27 abril.
- La inexistencia de jerarquía entre las normas sobre horarios comerciales y las laborales se advierte todavía con más claridad cuando el conflicto se ha suscitado de forma directa. El asunto de referencia en este caso es la STSJ Castilla-León (Burgos) de 3 de noviembre de 2004, (Rec.436/2004) relativo al artículo 14 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 para las empresas afectadas. Véanse asimismo las posteriores sentencias de 23 de noviembre de 2006 (rec. 912/2006) y de 8 de febrero de 2007 (rec. 1140/2006) en relación con los efectos salariales de la conducta de la empresa.
- c— Pese a las tomas de posición por parte de las autoridades de defensa de la competencia, no parece discutible que la materia del tiempo de trabajo es propia de los convenios colectivos 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 a la luz de la LDC.

A estos efectos, deben tenerse en cuenta, además de lo que se ha expuesto en el apartado anterior, las siguientes ideas:

- Como hemos visto más arriba (*supra*, 1.2.1 b) y c)), la jurisprudencia comunitaria ha admitido que las restricciones a la libertad de apertura son conformes con las libertades económicas fundamentales.
- Se admite, por otro lado, que la legislación de horarios comerciales no tiene únicamente la finalidad de garantizar la libre decisión empresarial. De hecho, aparte intereses de los consumidores, se admite que responde 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. A ello hay que añadir que es relativamente

frecuente en las normas autonómicas que regulan los horarios comerciales la afirmación de que su disciplina ha de entenderse sin perjuicio de las previsiones de la legislación laboral.

- En fin, y sobre todo, no puede ponerse en cuestión que es contenido propio del convenio colectivo, dado que las estipulaciones cuentan con cobertura legal en los artículos 34 y ss. ET.

C) Negociación colectiva y afectación de intereses de terceros agentes económicos

Un espacio de conflicto entre negociación y derecho de la competencia aparece cuando los convenios colectivos afectan intereses de terceros, dificultándoles su actividad económica de forma injustificada. En la práctica esto puede ocurrir en varios tipos de cláusulas: las que afectan a intereses de terceros actores por excederse del ámbito que le corresponde regular a la unidad negociada del convenio, regulando el comportamiento de quien no forma parte de esa unidad de negociación; las que limitan las estrategias de descentralización productiva empresarial (utilización de ETT, contratación y subcontratación), restringiendo el mercado de un cierto tipo de empresas; y, en fin, las estipulaciones convencionales usadas como mecanismo para perjudicar a un competidor.

- a**—La extensión de las obligaciones derivadas del convenio más allá de su ámbito natural de aplicación no es admisible desde la perspectiva de las normas laborales ni lo parece a la luz de las normas antitrust. Así, desde el momento en que los costes derivados de la aplicación del convenio se imponen injustificadamente a las empresas que, en principio, deberían estar al margen de él, se cae probablemente dentro de la conducta descrita en el artículo 1.1.b) LDC.

Esta idea ha sido declarada ya por las autoridades españolas de defensa de la competencia (resolución de 24 de septiembre de 2009, Empresas Estibadoras). Sin embargo, la solución que la CNC ha planteado venía siendo ya aplicada por los tribunales del orden social desde tiempo atrás sobre la base de los límites de la eficacia general basados en el ámbito de representatividad de las partes negociadoras (entre otras, STS 28 octubre 1996, RJ 1996\7797). De hecho, la conclusión alcanzada por la CNC fue igualmente sostenida por la jurisdicción social en la impugnación del convenio en cuestión (SAN núm. 50/2009 de 1 junio).

- b**—Son muy frecuentes en la negociación colectiva los pactos que restringen o limitan la posibilidad de que las empresas recurran a la descentralización de sus actividades, sea ésta la subcontratación o la contratación a través de empresas de trabajo temporal. Con muchas variedades, los pactos al respecto se mueven en dos líneas principales: una, de mejora de las reglas legales en la materia —que, lógicamente, tiene como efecto indirecto desincentivar el uso de estos instrumentos—; otra, de prohibición, más o menos amplia, de su utilización.

La admisibilidad de estas previsiones no ha sido enjuiciada por la autoridad administrativa de defensa de la competencia. Por el contrario, sí que ha sido objeto de análisis por los tribunales del orden social, si bien no es fácil obtener una idea clara de su respuesta al problema:

- En relación con la subcontratación se han admitido tanto las cláusulas que mejoran las previsiones legales (véase por ejemplo, SSTSJ Aragón núm. 422/2005, de 25 mayo, Extremadura, Sentencia núm. 549/2009 de 19 noviembre, Madrid, Sentencia núm. 1109/2006 de 29 diciembre) como las que limitan el recurso de las empresas a ella (SAN de 7 de noviembre de 2001).
- Respecto al recurso a empresas de trabajo temporal, existen muchos pronunciamientos de suplicación que han declarado la ilegalidad de las reglas convencionales que, antes de la reforma de 1999, obligaban a pagar a los trabajadores en misión salarios equivalentes a los disfrutados por los de la empresa usuaria que ocupasen puestos de trabajo análogo (un buen ejemplo, entre otras muchas sentencias, es la STSJ de la Comunidad Valenciana de 31 de octubre de 2000, rec. 2769/2000). Sin embargo, en otros casos, se ha admitido la legitimidad de las restricciones (SSTJ de Andalucía, Granada, de 10 de julio, núm. 2169/2001) al derivar de las previsiones de la negociación colectiva.

Sobre este incierto panorama interpretativo, han incidido normas recientes. En efecto, la reforma laboral de 2010, una de cuyos objetivos ha sido la incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, ha intervenido decisivamente en los problemas que han sido objeto de consideración en los apartados anteriores. Y ello en diferentes sentidos: si bien es cierto que de modo inmediato implica la necesaria ineficacia de los límites actualmente existentes está reconociendo la posibilidad de que, en ciertas condiciones, puedan establecerse en el futuro. Y no parecen existir grandes problemas en extender analógicamente esta solución, pensada únicamente para las ETT a fenómenos de descentralización similares.

- c— Debemos, por último, considerar la imposición de condiciones que dificulten su actividad a competidores dentro de la unidad de negociación. Ocasionalmente se detectan cláusulas que se dirigen singularmente frente a un competidor, estableciendo una regla singular que dificulta su organización. Los tribunales las consideran ineficaces por ser completamente ajena a los objetivos de interés general perseguidos por la negociación colectiva (STSJ de Extremadura de 20 de abril, AS 2002/2156). Cláusulas similares han suscitado también la atención de la autoridad de defensa de la competencia, si bien no ha llegado a pronunciarse sobre ellas —o, al menos, no hemos podido acceder al pronunciamiento— (RDTC 10 de marzo de 1993, Fapanys).

Una cuestión de alcance más general y mucha mayor trascendencia práctica aparece en relación con el juego de la llamada subrogación convencional prevista en los conve-

nios colectivos de muchos sectores para los cambios de contrata. Al obligar al empresario entrante a subrogarse en las relaciones de trabajo preexistentes, cabría pensar que este tipo de cláusulas entorpecen sus capacidades organizativas.

- De hecho, como ya hemos visto (*supra* 1.2.3. B] a), la jurisprudencia comunitaria ha entendido que las previsiones subrogatorias más allá de las que resulten de la aplicación de la directiva resultan contrarias a las libertades económicas esenciales; y, además, en algún país de nuestro entorno (Italia), este tipo de cláusulas ha producido una específica intervención de la autoridad de defensa de la competencia. Recientemente, la CNC española ha iniciado un expediente sobre este particular (expediente S/1097/09, en trámite).
- Por el contrario, cuando el tema se ha planteado ante nuestros Tribunales del orden social, han rechazado la existencia de vulneración de la libertad de empresa, en general (SSTSJ Asturias de 6 de febrero de 2009, rec. 2431, 2432 y 2433/2008, y 27 de febrero de 2009, rec. 2436/2008), y del derecho de la competencia, en particular (STCT de 9 de diciembre de 1987, LL 4605/1987).

A nuestro juicio, las cláusulas subrogatorias convencionales han de superar como regla general el juicio antitrust. Sin perjuicio de que, ocasionalmente, pueda encontrarse alguna que resulta lesiva de las reglas de la competencia, en principio su mera existencia la respeta. A estos efectos debe tenerse en cuenta:

- De entrada, la doctrina del TJCE no es tan clara como pudiera resultar de las consideraciones anteriores. Existe, como es sabido, doctrina que admite la aplicación de la Directiva aún sin existir transmisión de bienes (por todas, STJCE de 13 de septiembre de 2007, C-458/05, Jouini y otros). Dentro de las sentencias que componen esta doctrina existe alguna (STJCE de 24 de enero de 2002, C-51/00, Temco) que parte de que en estos casos la decisión puede venir impuesta por el convenio colectivo.
- Debe tenerse en cuenta que las virtualidades de las estipulaciones convencionales sobre subrogación tienen como límite general el derivado del ámbito de afectación personal del convenio colectivo. De hecho, una parte de los pronunciamientos que, en la línea que se ha examinado más arriba se fundan en la imposibilidad de extender el convenio a empresas no representadas por los negociadores, se refieren a la aplicación de cláusulas de este tipo. Esta consideración es importante en la medida en que supone que el acceso al mercado del servicio de que se trate sólo se dificulta a las empresas del ramo y no a las que se dediquen a otras cuestiones o queden cubiertas por otro convenio. Y, a la inversa, la aplicación a las empresas del ramo es, en principio, uniforme lo que garantiza la igualdad de los competidores.
- En fin, es importante resaltar que, aunque el fenómeno de la subrogación convencional ha estado tradicionalmente huérfano de todo reconocimiento en el plano legal, esta situación acaba de cambiar por acción de la reforma de 2010. Se refiere expresa-

mente a ella, en efecto, el artículo 15.5 ET en la redacción introducida por el RDL 10/2010 que se incorpora sin variación a Ley 35/2010.

D) Acción social y exigencias del derecho de la competencia

Aunque vista la experiencia comunitaria, el mundo de la acción social derivada de los convenios colectivos podría constituir un escenario de conflicto entre convenios y normas antitrust, no parece probable que esto ocurra en nuestro sistema. A estos efectos, debe tenerse en cuenta en relación con la mejora de prestaciones de la seguridad social:

- La normativa legal aplicable en el caso de planes y fondos de pensiones que reconoce, incluso en los planes promovidos a nivel sectorial, la facultad de las empresas para gestionarlos por sí mismas (arts. 37 y ss RD 304/2004).
- La fisonomía de las cláusulas convencionales sobre el particular —que sólo de forma muy marginal desapoderan a las empresas de la facultad de designar a la entidad aseguradora.
- Y, sobre todo, el generoso reconocimiento de las facultades negociadoras en este terreno que deriva de la sentencia Albany y las que han continuado su tendencia interpretativa. Destaca en este sentido STJCE de 21 de septiembre de 2000, van der Woude, C-222/98, que admite tanto la designación del gestor por el convenio como que, con posterioridad, éste subcontrate una parte de la actividad con otra compañía. No parece, por otro lado, que este planteamiento haya de ser modificado por la posterior STJCE 15 de julio de 2010, C-271/08, Comisión contra Alemania, que se centra en la aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos públicos —aunque ciertamente contiene algunas afirmaciones de alcance general que son preocupantes.

Para otro tipo de ventajas relacionadas con la acción social, es igualmente difícil admitir un comportamiento anticoncurrencial. De nuevo, la fisonomía de las cláusulas —asignaciones en metálico o en títulos sustitutivos; gestión directa por las empresas— lo hace difícil. Y a ello hay que añadir que será difícil encontrar en estos casos una trascendencia suficiente como para admitir el enjuiciamiento antitrust. Probablemente por ello, el tema se agotará con supuestos tan anómalos como el resuelto en STS social de 15 de marzo de 1993, rec. 1859/1993, Farmacias Militares, en el que el convenio desborde las normas legales vigentes respecto de un determinado mercado.

E) Los acuerdos de interés profesional para la regulación de las condiciones de trabajo de los trabajadores autónomos económicamente dependientes

Si en los supuestos que hemos analizado hasta ahora el conflicto entre normas laborales y legislación antitrust se ha desarrollado en ausencia de una específica mediación legislativa que las ordena, a la altura de 2007 ha aparecido un nuevo escenario del conflicto en el que el legislador se ha pronunciado expresamente al respecto: el de la posible negocia-

ción de acuerdos de interés profesional (en adelante, AIP) para la determinación de las condiciones de trabajo de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (en adelante, TRADE). En efecto, el artículo 13.1 Ley 20/2007, tras conceptuarlos 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” (véase también art. 17.2).

No resulta fácil determinar cuáles son estos “límites y condiciones”:

a— Cabe, de entrada, buscarlos en el abuso de posición dominante. Pero es probablemente un empeño imposible:

- La noción legal de TRADE, caracterizada por la existencia de dependencia económica (véase art. 11.1 Ley 20/2007), excluye la posibilidad de considerarlos en condiciones de dominar el mercado. Antes al contrario, quien están en mejor situación para hacerlo es la empresa para la que se negocia el AIP, cuyo poder contractual es infinitamente superior —hasta el punto que su conducta contractual puede llegar a ser considerada acto de competencia desleal (art. 16.2 LCD).
- La posible situación de dominio de mercado habría de valorarse en términos colectivos, cuando el AIP se negocia por una organización que represente a los TRADE. Pero es difícil admitir que un sindicato o asociación representativa pueda llegar a adquirir una posición de dominio de mercado de la que pueda abusar no sólo por el pluralismo representativo sino, sobre todo, porque el mercado de referencia viene integrado también por los restantes trabajadores autónomos y las demás empresas.
- De otro lado, de acuerdo con el artículo 2 LDC, las conductas de explotación abusiva de la posición de mercado requiere una especial cualificación. Es muy claro para la imposición de precios y otras condiciones: no basta con ella sino que es preciso además que sean “no equitativos” (art. 2.2.a] LDC). Y lo mismo cabe decir de otras conductas que podrían traerse a colación: en este sentido, por ejemplo, la negativa a la prestación de servicios ha de ser “injustificada” (letra c]).

b— En cuanto a la posibilidad de una conducta colusoria, el debate se ha centrado en la fijación de tarifas por los servicios dispensados por los TRADE: aparte la importancia de los precios para el derecho de la competencia, la propia redacción del artículo 13.1 Ley 20/2007 lo explica puesto que el precepto parece excluirlos del contenido posible de los AIP al no referirse a ellos. Hay quien sostiene con base en ambos argumentos la imposibilidad de negociar tarifas.

La postura mayoritaria por el contrario sostiene que el silencio no es tan relevante y sostiene, con base en el propio derecho de la competencia, la capacidad de los AIP para fijar precios. Dado que los AIP han de ser necesariamente de empresa, el consentimiento de ésta es relevante para aquella. Por otro lado, los AIP sólo se aplican a los

afiliados que hayan prestado su consentimiento para ello, lo que garantiza la voluntariedad también de este lado. Aunque la argumentación es un poco forzada, es la única forma de armonizar la literalidad de los preceptos de la LDC con el reconocimiento, también legal, de los AIP. Existe asimismo alguna resolución que se mueve en esta línea (resolución de 18 de febrero de 1999, Prensa Segovia).

En este contexto, el principio de voluntariedad puede aparecer como un criterio que, de manera proporcional, posibilita la coexistencia de los AIP y las normas de defensa de la competencia. De este modo, es probable que los únicos contenidos vetados a los AIP sean los que conduzcan a la extensión forzosa de su contenido más allá de su estricto ámbito de aplicación. Ello supone, la imposibilidad de incluir cláusulas que alteren las reglas legales respecto al ámbito personal del AIP.

02—4.3.

Garantías formales de la libre competencia: competencias administrativas y jurisdiccionales

Una última cuestión respecto a las relaciones entre derecho de la competencia y convenios colectivos se relaciona con los órganos competentes para resolver los conflictos.

A) La competencia jurisdiccional

El primero de los problemas que se plantea en este terreno se relaciona con el conocimiento de las acciones judiciales relacionadas con la defensa de la competencia. Parece existir una atribución competencia general a favor de los Juzgados de lo Mercantil (art. 86ter.2.f) LOPJ, en relación con la disp. adic. 1ª LDC). Cabría pensar, sobre la base de una lectura literal de las normas aplicables en la competencia de los Juzgados de lo Mercantil que se limitaría, sin embargo, a la declaración de la existencia de una conducta colusoria nula puesto que no puede extenderse a la declaración formal de nulidad de su “envoltorio jurídico” —ya que la impugnación de los convenios es competencia reservada al orden social (art. 2.m] LPL)—. Sin embargo, se trata de una interpretación artificiosa —¿de verdad cabe separar el acuerdo de su concreción en una estipulación convencional?— y, sobre todo, poco práctica —puesto que abre la posibilidad de pronunciamientos diferentes.

a— Parece más correcto reenviar la cuestión en su conjunto a los tribunales laborales. Esta interpretación tiene perfecto encaje en las normas citadas puesto que, literalmente, la competencia de los Juzgados de lo Mercantil se extiende únicamente a las cuestiones que sean competencia de los tribunales del orden civil. Por tanto, la vinculada a la impugnación del convenio colectivo no les corresponde sino que ha considerarse encomendada a los tribunales del orden social (arts. 9.5 LOPJ y art. 2.m] LPL). Esta conclusión no puede venir obstaculizada por la adscripción a otros sectores del ordenamiento de las normas que deben aplicarse en estos casos. La atribución de competencia viene dada por el objeto litigioso —impugnación del convenio—, sin que las razones de fondo

aducidas al respecto —las leyes infringidas— sean relevantes. De hecho, el TS ha partido de esta idea en la ya mencionada sentencia de 15 de marzo de 1993, *farmacias militares*. Y los órganos judiciales inferiores se adecúan a esta doctrina. Como hemos visto en apartados anteriores, existen pronunciamientos sociales que aplican la legislación de defensa de la competencia para resolver la impugnación de convenios colectivos como demuestran las SSAN de 7 de noviembre de 2001 (proc. 2/2001) y 1 de junio de 2009 (proc. 1/2009).

- b**—En todo caso, la solución que se apuntado en el párrafo anterior, aun siendo indiscutible, no deja de presentar algunos puntos críticos, vinculados, el primero, al concreto acceso a la tutela judicial y, el segundo, a la limitación de las pretensiones que se pueden esgrimir.
- En el primer terreno, debe tenerse en cuenta la limitada impugnación reconocida en nuestro sistema para cuestionar directamente las normas convencionales. Los artículos 90.5 ET y 161.1. LPL establecen dos motivos de impugnación, dependiendo de si el convenio conculca la legalidad vigente o produce una lesión grave a terceros. Si la impugnación se fundamenta en la ilegalidad del convenio, la mencionada legitimación se reconoce a los sujetos colectivos interesados, es decir, a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales, que dispongan de un interés legítimo para accionar en dicho proceso (art. 163.1.a] LPL). Ello supone, de facto, que los sujetos individuales, empresarios o trabajadores, puedan accionar por esta vía. En cambio, si la impugnación se basa en la lesividad, la legitimación activa la poseen los terceros cuyo interés haya sido gravemente lesionado, sin que sea posible considerar tercero a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio (art. 163.1 b] LPL). De este modo, los empresarios incluidos en la unidad de negociación carecen de acción directa para hacer valer la eventual lesión de sus intereses amparados por la legislación antitrust. No parece que puedan poner en marcha un conflicto colectivo puesto que ello equivale a una impugnación directa que nuestras normas no prevén. De este modo, únicamente tienen a su alcance la posibilidad de forzar una reclamación por parte de sus trabajadores mediante la inaplicación del convenio, sistema que presenta riesgos: en tanto no se obtenga pronunciamiento, el convenio continuará siendo de aplicación con la consecuente posibilidad de que despliegue sus efectos —por ejemplo, en el terreno administrativo.
 - Por otro lado, las pretensiones indemnizatorias con base en la LDC no parecen viables en el ámbito social. El artículo 2.j) LPL limita los pleitos sobre los que puede conocer la jurisdicción social en este terreno a “la responsabilidad de los sindicatos y de las asociaciones empresariales por infracción de las normas la rama social del derecho” —lo que permite excluir las de carácter mercantil, como las que nos ocu-

pan—. Esta materia quedaría, pues, en manos de los Juzgados de lo Mercantil, con la apertura de la posibilidad de pronunciamientos contradictorios.

B) Control administrativo de los convenios y protección de la competencia: la necesaria coordinación de los procedimientos

En España la tutela de la efectividad de la competencia no corresponde solo a los tribunales sino que ocupa un papel central en ella la acción de las autoridades administrativas. De hecho, en varias ocasiones la CNC ha conocido de posibles vulneraciones de la LDC protagonizadas por convenios colectivos. No deja de sorprender al laboralista la admisión de la posibilidad de que los convenios colectivos puedan ser objeto de control administrativo por las autoridades de defensa de la competencia, estatal o autonómicas. 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.

Una forma limitada de solucionar este problema se encuentra en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comisión Nacional de la Competencia firmado el 25 de enero de 2010. El protocolo de actuación que se establece en este acuerdo presenta las características siguientes:

- El protocolo se desarrolla en el ámbito del procedimiento de control administrativo regulado en el artículo 90.5 ET. Estamos pues en el momento previo a que la DGT opte entre aceptar el depósito del convenio, registrarlo y enviarlo a publicar o impugnarlo en los términos de aquél precepto.
- En este momento, debe realizarse un análisis preliminar del texto del convenio desde el punto de vista de la legislación antitrust. Este examen lo realiza la Dirección General de Trabajo puesto que se prevé que remita únicamente a la CNC los convenios que pudieran ser contrarios a las normas de competencia, con un informe sobre el particular.
- El procedimiento previsto en el Protocolo es el siguiente: recibida la comunicación, la CNC realizará una primera evaluación con un juicio preliminar, de modo que la DGT pueda tener una respuesta en cinco días hábiles. En este momento caben dos posibilidades: o bien la CNC considera que no hay cuestión desde la perspectiva del derecho de la competencia, en cuyo caso “el procedimiento terminará en lo que a la intervención de la CNC se refiere”, o bien considera que puede existir vulneración de la LDC y se ha de proceder a su análisis. En este caso, se amplía el plazo de estudio hasta diez días.
- Si hay observaciones se presupone un requerimiento por parte de la DGT a la Comisión Negociadora del convenio, poniéndolas en su conocimiento, mencionando expresamente la consulta evacuada por la CNC y otorgando el plazo de subsanación que de ordinario se da a las Comisiones Negociadoras. Si se asumen las observaciones, el convenio puede pasar a publicación. Por el contrario, si las partes optan por mantener la

cláusula del convenio que ha sido objeto de reparo, la DGT y la CNC conservan sus competencias con el único límite de informarse mutuamente del resultado de sus actuaciones.

El protocolo tiene aspectos positivos. Por una parte, parece adecuado para permitir un diálogo fluido entre la autoridad laboral y la autoridad de competencia, Y, por otra, y sobre todo, abre un procedimiento ágil para que la comisión negociadora del Convenio reconsidere aquellas cláusulas que en un examen preliminar la CNC objeta como contrarias a la libre competencia. A través de ello, se establece un sistema de tutela de las normas antitrust que podríamos calificar de “preventivo”, en el sentido de que permite evitar su infracción sin necesidad de impugnar el convenio y, aparentemente, sin la apertura de expediente por infracción. Sin embargo, es posible señalarle algunas insuficiencias, fundamentalmente desde el punto de vista del carácter subsidiario que, *de lege ferenda*, debería corresponder a la actuación sancionadora de la CNC. Obsérvese en este sentido que, en caso de no acogerse las observaciones por parte de la Comisión Negociadora, ambas instituciones conservan íntegras las respectivas competencias. Ello equivale a decir que cabrá abrir el procedimiento sancionador por parte de la CNC. Cabe preguntarse, sin embargo, si ello es realmente necesario. Por otro lado, es unidireccional y esto de nuevo juega contra la indicada subsidiariedad. El acuerdo está pensando fundamentalmente en la actuación de la CNC pero debería extenderse para facilitar también la de la DGT.

Sería igualmente deseable que se permitiera la intervención de la CNC en procesos impugnatorios de convenios colectivos ante la jurisdicción laboral, utilizando la figura del *amicus curiae* (art. 15bis LEC). La cooperación entre administraciones y el establecimiento de la figura del *amicus curiae* parecen vías más apropiadas que no subvierten la estructura del control de los convenios colectivos establecida en las normas laborales. A estos efectos, cabría fundamentarla en el carácter supletorio que la LEC tiene en el procedimiento laboral (disp. adic. 1ª LPL), aunque sería clarificador introducir un expreso reenvío al precepto en la LPL.

Disciplina del mercado e igualdad empresarial

La disciplina comunitaria de las ayudas de Estado
y el ordenamiento laboral

Competencia desleal y normas laborales

Para terminar, conviene analizar la disciplina del mercado como garantía de la igualdad empresarial. Aunque esta finalidad es compartida entre aquélla y el ordenamiento laboral, paradójicamente, en algunos momentos una y otra entran en conflicto. Lo veremos analizando, en primer término, la disciplina comunitaria de las ayudas de Estado. Por otro lado, incluso en los casos en los que se mueven en sintonía, la acción de una y otro no se refuerza, en razón de la existencia de diferencias estructurales. Así se advierte cuando se analiza el tratamiento de la competencia desleal.

03–1.

La disciplina comunitaria de las ayudas de Estado y el ordenamiento laboral

Las restricciones a la competencia pueden proceder no sólo de las prácticas seguidas por los agentes económicos que operan en los mercados, sino también de los Estados, cuando éstos conceden ayudas públicas a aquéllos. Por ello, el derecho originario europeo ha venido prohibiendo todas las ayudas de Estado que resulten incompatibles con el mercado común por falsear la competencia. Sin embargo, dicha prohibición no es absoluta, permitiéndose cierta intervención estatal dirigida a atender situaciones cuya tutela corresponde a unos Estados entre cuyos objetivos se encuentra el progreso social y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo. La cuestión estriba, pues, en determinar los límites de tales intervenciones estatales: identificar hasta dónde se puede afectar la competencia en virtud de la consecución de los objetivos sociales a los que se deben también los Estados miembros de la Unión Europea.

03–1.1.

Las ayudas de Estado en la política de empleo de la Unión Europea

A) Aspectos generales

La filosofía de la política comunitaria en materia de empleo no es otra que el fomento de la expansión del mercado, propiciando unas reglas acordes con los requerimientos del funcionamiento de la competencia. De este modo, el crecimiento económico, y aquello

que se nos presenta como su consecuencia —la creación de empleo— se hacen pasar por la consecución de un mercado único más fuerte, profundo y amplio. Partiendo de esta premisa debe analizarse el problema que genera la presencia de las ayudas de Estado, otorgadas con objeto de fomentar el empleo, en un contexto político que tiene en la tutela de la libre competencia un objetivo prácticamente irrenunciable. Desde esta perspectiva, las tensiones derivadas de la creación de un mercado único que debe responder, a la par, a un modelo social de desarrollo, encuentran en esta materia un punto de difícil equilibrio, donde es complicado discernir un criterio claro para la solución de los problemas que al respecto se puedan plantear. Quizá sea este el motivo del carácter confuso, volátil e inestable con el que se ha calificado el régimen jurídico aplicable a las ayudas de Estado.

a—El actual artículo 107 del TFUE (antiguo art. 87 TCE) establece con rotundidad la postura del ordenamiento comunitario respecto de las ayudas de Estado al declarar en su apartado primero que, salvo disposición en contra prevista en los Tratados, “serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”.

Esta regla general presenta algunas excepciones:

- De forma automática quedan exceptuadas algunas ayudas, entre las que no están presentes las relacionadas con el favorecimiento del empleo. En efecto, el apartado segundo del artículo 107 TFUE declara expresamente compatibles con el mercado interior únicamente tres tipos de ayudas, las ayudas de carácter social, las concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos, las destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional así como, transitoriamente, las relacionadas con la reunificación de Alemania.
- El apartado tercero del artículo 107 TFUE contiene por otro lado una serie de ayudas “condicionadas” y no automáticas, en la medida en que, de una parte, las ayudas deben perseguir los objetivos marcados y, de otra, por cuanto es necesaria la intervención de la Comisión a efectos de declarar la compatibilidad o no de la concreta ayuda con el principio de la libre competencia.
- En fin, pese a que el artículo 107 no prevé la admisibilidad de más categorías de ayudas que las enunciadas, cabe referirse a otro cuerpo de ayudas de Estado —las denominadas ayudas horizontales— que se han venido admitiendo al amparo de lo dispuesto en el artículo 107.3.c) del TFUE, a pesar de que este tipo de ayudas se caracterizan por su falta de orientación regional o sectorial, dado que se trata de normas aplicables a todos los sectores. El motivo de la admisibilidad de estas ayudas horizontales, entre las que se encuadran las ayudas a la creación de empleo,

estriba en que las mismas se dirigen a paliar las deficiencias del mercado, por lo que no falsean la competencia en el mismo grado que las ayudas sectoriales o las ayudas ad hoc.

- b—En relación con la gestión comunitaria de las ayudas existe derecho derivado. Asimismo, con objeto de propiciar una mayor transparencia y seguridad jurídica, se autoriza a la Comisión a que declare, mediante Reglamentos, y en aquellos ámbitos en los que cuente con una experiencia suficiente para definir criterios generales de compatibilidad, que determinadas categorías de ayudas son compatibles con el mercado común y quedan exentas del procedimiento de notificación previsto en el artículo 108.3 TFUE. Es importante destacar que el Tribunal de Justicia viene reiterando la competencia exclusiva de la Comisión en la aplicación de los procedimientos de control de las ayudas estatales (STJCE de 27 de octubre de 1993, asunto C-72/92, Herbert scharbatke GMBH contra Republica Federal Alemana, apartados 19 y 20), reconociendo la libertad de apreciación que la Comisión posee a la hora de efectuar el control de legalidad de las ayudas de Estado, de modo que sus apreciaciones no pueden sustituirse por las del propio Tribunal, debiendo éste limitarse a examinar si tales apreciaciones incurren en un error manifiesto o en un abuso de poder (sentencias de 14 de marzo de 1973, asunto C-57/72, Westzucker, apartado 14, 7 de marzo de 2002, asunto C-310/99, Italia/Comisión, apartado 59, 14 de enero 1997 asunto C-169/95, Comisión contra España). Por otro lado, a falta de una definición legal, la existencia de una ayuda de Estado se realiza en virtud de las consecuencias negativas que aparecen para la competencia. De ahí se deduce una amplia configuración que hace hincapié en que se trate de una ayuda otorgada por los Estados o mediante fondos estatales, que afecte a los intercambios comerciales o que falsee o amenace falsear la competencia y que beneficie a determinadas empresas o producciones, debiendo tratarse, por tanto, de una medida selectiva y no de alcance general y que exista un beneficio cierto de modo que, de no haberlo, no existirá ayuda de Estado. Esto último supone que el concepto es más general que el de subvención, ya que comprende no sólo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos. La noción de ayuda de estado es independiente de su cuantía: aunque ésta sea reducida toda vez que en estos casos “la competencia resultará falseada en pequeña medida, pero resultará falseada de todos modos” (STJCE 30 de abril de 1998, asunto T-214/95, Het Vlaamse Gewest (Región de Flandes)/Comisión, apartado 46). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que con ánimo de simplificar los trámites de ayudas estatales y con objeto de proporcionar cierta seguridad jurídica, la Comisión ha venido adoptando, en sucesivas disposiciones, un umbral por debajo del cual se considera que las medidas de ayuda no reúnen

los criterios del artículo 107.1 TFUE, por lo que no pueden considerarse ayudas de Estado. Se trata de las conocidas *ayudas de minimis* actualmente reguladas en el Reglamento 1998/2006 de la Comisión.

B) Las ayudas para el fomento del empleo a la luz de la prohibición de las ayudas de Estado

Muchas de las medidas de política de empleo no se encuadran en el ámbito de aplicación del artículo 107.1 TFUE ya sea porque se trata de ayudas a la persona que no favorecen a determinadas empresas o producciones; ya sea porque no afectan a los intercambios entre los Estados miembros o ya sea porque constituyen medidas de carácter general. A ello hay que añadir, que dados que los problemas vinculados al desempleo, la Comisión ha venido manifestando una actitud favorable en relación con las ayudas a la creación de empleo a pesar de los riesgos que entrañan para la competencia intracomunitaria. En todo caso, la Comisión ha venido considerando que la concesión de ayudas al fomento del empleo puede tener efectos no deseados. Por ello, esta actitud proclive a la admisión de las ayudas para el fomento del empleo no ha implicado nunca una admisión incondicionada de las mismas.

- a—En cuanto a las ayudas para la creación de empleo, tras la aprobación del Reglamento 994/98 del Consejo relativo a la aplicación de los artículos 92 y 93 del TCE (107 y 108 TFUE) a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales, diversos reglamentos de la Comisión se han ido sucediendo por los que se exime a ciertas categorías de ayudas de la obligación de notificación contenida en el artículo 108.3 TFUE, con objeto de propiciar una mayor transparencia y seguridad jurídica. En la actualidad se encuentra vigente el Reglamento 800/2008 (Reglamento general de exención por categorías) de 6 de agosto de 2008. En este Reglamento se recogen una serie de ayudas a las que se les exime de la obligación de notificación prevista en el artículo 108.3 TFUE, siempre y cuando se trate de ayudas transparentes; no se trate de ayudas individuales o se trate de ayudas individuales pero cuyo equivalente en subvención bruta no supere un determinado umbral; y produzcan un efecto incentivador.
- b—Junto con las ayudas de Estado al empleo, la Comisión se ha venido refiriendo, igualmente, a las ayudas al mantenimiento del empleo, entendiéndose por tales las que se concede a una empresa para lograr que no despidan a los trabajadores que emplea. Con relación a estas ayudas, que la Comisión entiende emparentadas con las ayudas de funcionamiento, se ha venido manteniendo una actitud menos favorable que respecto de la manifestada con relación a las ayudas al empleo. En efecto, la compatibilidad de estas medidas con el mercado común deberá verificarse de acuerdo con las Directrices establecidas sobre ayudas de Estado de finalidad regional o, en caso de establecerse en el marco del salvamento o la elaboración de un plan de reestructuración o reconver-

sión de una empresa en dificultades, conforme a las Directrices específicas sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis.

La Comisión ha venido adoptando, en este sentido, diversas directrices sobre ayudas de Estado de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis, siendo las últimas las contenidas en su comunicación publicada en el D.O.U.E. el 1 de octubre de 2004 (2004/C 244/02) cuyo periodo de vigencia fue prorrogado hasta el 9 de octubre de 2012, en virtud de la comunicación de la Comisión publicada en el D.O.U.E. C-157, de 10 de julio de 2009. En ellas se parte de que la desaparición de las empresas ineficaces constituye un aspecto normal del funcionamiento del mercado, por lo que el salvamento de una empresa no puede ser la norma, de modo que la regla general sobre las mismas será, por consiguiente, la prohibición de las ayudas estatales. No tienen, sin embargo, la consideración de ayudas estatales incursas en la prohibición contemplada hoy día en el artículo 107.1 TFUE, las previsiones de la legislación laboral de los Estados miembros que contemple unos regímenes generales de seguridad social conforme a los cuales las prestaciones de desempleo y las pensiones de jubilación anticipada se paguen directamente a los trabajadores afectados por la reducción de plantilla.

C) Ordenamiento laboral y ayudas de Estado

Las legislaciones laborales de los Estados miembros suelen contemplar aplicaciones diversificadas de su normativa en función de diversos parámetros estableciendo condiciones laborales que pueden, sin duda, implicar una mejor situación de la empresa en el mercado de los productos o servicios que ofrece, llegando a falsear de algún modo la competencia. Este tipo de medidas nacionales, sin embargo, no han sido consideradas por parte del Tribunal de Justicia como ayudas de Estado prohibidas por el artículo 107 TFUE cuando no consisten en ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales. Esto es, en la medida en que tales mecanismos no supongan una transferencia económica del Estado a las empresas, ya sea directa o indirecta, no se consideran incompatibles con el mercado interior pese a que pudieran afectar la competencia entre las empresas.

03—2.

Competencia desleal y normas laborales

Aunque la función tuitiva que tradicionalmente se ha postulado del Derecho del Trabajo lo ha ocultado parcialmente, éste cumple también funciones de otra naturaleza. Si ampliamos el ámbito de mira, podemos observar como el Derecho del trabajo presenta también un componente de tutela de la posición de las empresas en el mercado, a través del establecimiento de iguales cargas para todas las que compiten en él: el establecimiento de estándares normativos de protección de los trabajadores de alcance general produce como efecto reflejo la igualación de los costes laborales de los empresarios que actúan en

el mercado. Esta finalidad indirecta es compartida también de forma indirecta por la normativa mercantil en materia de competencia desleal. No en vano la desigual situación de los competidores sobre la base de sus diferentes costes sociales se ha venido calificando, en el lenguaje ordinario, como competencia desleal. Ello obliga a realizar una reflexión sobre las relaciones entre estos dos bloques normativos.

03—2.1. **Diferenciaciones normativas y competencia**

Con independencia de que la igualdad en el mercado sea un valor, lo cierto es que el ordenamiento laboral introduce constantemente diferenciaciones normativas en atención a factores de variada naturaleza que afectan a los costes de producción entre las empresas. De este modo, su propia complejidad genera de hecho ventajas competitivas para algunas de ellas en detrimento de otras.

Estas diferenciaciones son, sin embargo, irrelevantes desde la perspectiva de la disciplina del mercado. En efecto, con la salvedad de la regulación comunitaria de las ayudas de Estado todas estas diferencias normativas no pueden ser enjuiciadas desde la disciplina del mercado. Como se ha anticipado, el hecho de que las ventajas competitivas que pueden resultar de ellas tengan su origen en la Ley excluye su valoración desde la perspectiva del derecho de la competencia en general (arg. ex art. 4 LDC) y de la legislación sobre competencia desleal en particular. Si atendemos a esta última, con base tanto en sus reglas generales (véase art. 5 LCD) como en las particulares que resultan de aplicación a los supuestos que nos ocupan (véase art. 15.1 LCD), resulta evidente que la tutela frente a la competencia desleal sólo se activa en caso de conductas empresariales antijurídicas.

- Las autoridades administrativas de defensa de la competencia han tenido ocasión de resaltar esta idea en varias ocasiones. Cabe traer a colación las resoluciones de 17 de diciembre de 1996, Trabajo penitenciario, o de 29 de julio de 1999, sobre la prestación del servicio de ambulancias por Cruz Roja, en la que únicamente se utiliza como parámetro la legalidad.
- Del mismo modo, los tribunales laborales han enjuiciado y considerado admisibles las diferencias derivadas de la negociación colectiva. Un problema que, en efecto, se ha resuelto en un par de ocasiones desde esta perspectiva es el del trabajo en festivo y el distinto tratamiento del mismo por la aplicación de diferentes convenios colectivos (STCT 17 de marzo de 1987, Ar. 7080 y STSJ Galicia de 18 de marzo de 2005, rec. 765/2005). Conviene notar, en todo caso, que los problemas de este tipo pueden ir en aumento: el retroceso del papel regulador de la ley, la admisión de la llamada concurrencia convencional descentralizadora (véase art. 84. 2 ET) y, sobre todo, la dinamización de los acuerdos colectivos de empresa, en especial los que suponen el posible “descuelgue” (véanse arts. 41.2 y 82.3 ET) abren muchas más posibilidades de que las empresas competidoras se encuentren sujetas a estatutos diferentes en puntos rele-

vantes. De ahí que se haya utilizado ocasionalmente el argumento de la igualdad competencial a efectos de enjuiciar el funcionamiento de estas instituciones (STSJ Castilla-La Mancha 28 de mayo de 2002, rec. 662/2001).

03—2.2. Incumplimiento de normas laborales y competencia desleal

La disciplina de la competencia desleal, pues, no tiene nada que decir en los casos de ventajas o desventajas competitivas generadas por la propia legalidad laboral. Pero, ¿qué ocurre en caso de que aquellas se consigan sobre la base de infringirla? Para este segundo supuesto, la solución parece ser diferente. En este sentido, las reglas en materia de competencia desleal establecen que los incumplimientos normativos pueden llegar a constituir, en ciertas condiciones, ilícitos competenciales. Así se desprende del artículo 15 LCD, que considera como tal, en ciertas condiciones, la “violación de normas”. De hecho, es relativamente frecuente en la negociación colectiva la inclusión de cláusulas que, con diversos contenidos, consideran que la falta de aplicación de los convenios colectivos ha de considerarse competencia desleal.

Sin embargo, el precepto no establece en modo alguno una conexión automática y directa entre la infracción de las normas laborales y la aparición de un ilícito competencial. En efecto, Al limitarse su finalidad a garantizar la existencia de un mercado libre y competitivo, la violación de normas no permite actuar frente a todo operador económico que infringe las normas sino únicamente frente a aquél que compite desde la ilegalidad. No cabe, por tanto, una aplicación automática de las formas de tutela frente a la competencia desleal en todo caso en el que se produce una infracción normativa éstas solo entrarán en juego si, además de darse los condicionantes formales del precepto, concurren determinadas circunstancias que permiten predicar la deslealtad del incumplimiento normativo. Los límites que esta idea implica son los siguientes:

- Aunque no existe límite temático alguno respecto de las normas cuya infracción puede servir como base fáctica para la aplicación del artículo 15.1 LCD, el artículo 15.1 se refiere específicamente a la “infracción de las leyes” —y no, como hace el segundo párrafo a las “normas jurídicas”—. Aunque la doctrina interpreta la referencia a las leyes en sentido amplio y una parte de la jurisprudencia menor se mueve en esta línea (SAP Tarragona 16 mayo 2006, rec. 555/2005, o Madrid de 17 de julio de 2008, rec. 458/2007), existen, sin embargo, pronunciamientos que realizan una lectura literal del precepto, limitando la actividad prohibida por el artículo 15.1 LCD a la infracción de leyes, con exclusión de normas reglamentarias (véase SAP Las Palmas de 23 de julio de 2009, rec. 39/2007) y, por lo que aquí interesa, los convenios colectivos (SAP A Coruña de 25 de mayo de 2004, rec. 1907/2003). Este criterio que ocasionalmente ha sido refrendado por las decisiones del TS (véase sentencia de 13 de marzo de 2000, rec. 1812/1995).

- Por otro lado, la infracción normativa es únicamente relevante como forma de adquirir una ventaja competitiva que sea objeto de utilización desleal. Por supuesto, estos requisitos dificultan que, con carácter general, la LCD sume su tutela —las diferentes acciones civiles a las que se refieren el artículo 32 LCD— a la prevista para sus normas por el ordenamiento laboral. Lógicamente, conforme a las reglas generales, corresponde al que impetra la tutela jurisdiccional acreditar los distintos hechos en los que basa su pretensión. Las reglas especiales en materia de prueba que se establecen respecto de algunos actos de competencia desleal y que transfieren la carga al demandado (véase art. 217.4 LEC) no son aplicables fuera de los casos para los que están previstos (véase STS civil de 24 junio de 2005, sentencia núm. 512/2005, y SAP Tarragona 6 de octubre de 2009, rec. 385/2008). Pues bien, el gravamen probatorio, tal y como parece venir interpretado por la doctrina jurisprudencial, resulta a veces excesivo y, por ello, en muchos casos, conduce a su fracaso. Si atendemos a la jurisprudencia del TS sobre el particular, encontramos una taxativa doctrina que dificulta estas pretensiones: cuando funda su acción en el artículo 15.1 LCD, “el denunciante... ha de demostrar además de la infracción de las Leyes, que el infractor ha obtenido la ventaja efectiva que le permite una mejor posición competitiva en el mercado, ya que la ventaja concurrencial (significativa) no se presume ni automáticamente se produce por el hecho de infringir las Leyes, lo que, de suyo, no reviste carácter desleal” (STS civil de 24 junio de 2005, sentencia núm. 512/2005). Este estricto planteamiento ha sido objeto de críticas doctrinales y puede también encontrarse algún pronunciamiento de apelación que lo suaviza (SAP Barcelona de 1 de septiembre de 1999, rec. 846/1996; en contra, sin embargo, SAP Cuenca de 19 de mayo de 2009, rec. 85/2009, o Madrid de 17 de julio de 2008, rec. 450/2007).

Conclusiones

(I)

Al comenzar esta reflexión hicimos una breve referencia a cómo había quedado cerrado por la consolidación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social el conflicto fundacional entre acción colectiva y derecho de la competencia. Años después, el conflicto ha vuelto a abrirse. Por el camino, sin embargo, se han consolidado dos lógicas distintas en los operadores de las diferentes ramas del ordenamiento implicadas, que muchas veces son difícilmente conciliables.

Ello tiene diferentes implicaciones: las argumentaciones son relativamente pobres, por su elevada unidimensionalidad y se genera una notable inseguridad toda vez que, como resulta previsible, un mismo asunto puede tener tratamientos diferentes en atención a la instancia ante la que se plantee.

No existen, por otro lado, dos mundos rigurosamente separados: no se trata de que, desde trincheras más o menos lejanas, los diferentes operadores defiendan a ultranza su propia lógica. El panorama es notablemente más confuso puesto que las alineaciones no son tan claras.

En fin, en un terreno más específico, la existencia de estas lógicas de difícil reconciliación tiene una repercusión evidente en las conclusiones que siguen. Éstas, como el conjunto del informe, presentan un elevado grado de inestabilidad. Y lo que es más importante, ni siquiera se comparten en su integridad literal por todos los que hemos participado en su elaboración y confección.

(II)

En el ordenamiento interno, si pudiera ser considerado aisladamente, el conflicto entre normas laborales y disciplina del mercado se resolvería necesariamente en una situación de equilibrio, aun cuando pudiera ser calificado de inestable. Después de todo, los valores en juego cuentan con específica tutela constitucional y ello debería conducir a la indicada situación.

El análisis muestra, sin embargo, que, si trascendemos el análisis interno y nos situamos en el plano comunitario la situación, se altera profundamente. Las razones son claras y se vinculan al desigual valor que tienen en la Unión Europea los principios y objetivos de

carácter social y los vinculados al funcionamiento del mercado. Esta desigualdad genética provoca toda una serie de fenómenos que podemos englobar bajo una idea común: “erosión” de las normas laborales internas, estatales o colectivas.

Conviene, en fin, advertir que estos efectos se producen de manera desigual en los dos planos principales en los que se mueve este trabajo. Son particularmente intensos cuando están en juego las libertades económicas fundamentales y lo son menos en el terreno de la disciplina antitrust. Ello no obstante, es preciso advertir que no puede en modo alguno descartarse que las soluciones preconizadas por el TJCE a problemas suscitados al amparo de las primeras puedan tener impacto sobre los que se planteen con base en el derecho de la competencia.

(III)

Protagonista fundamental de este proceso de “erosión” resulta ser la jurisprudencia comunitaria en relación con las libertades económicas fundamentales reconocidas por el Derecho comunitario. Su análisis muestra, sin embargo, las insuficiencias de la reconstrucción pretoriana del conflicto, tal y como se ha venido produciendo.

Estas insuficiencias son, ante todo, formales dados los problemas de inseguridad relacionados con los criterios interpretativos que se aplican. Pero, sobre todo, son de carácter sustantivo: negación o cuando menos restricción de los derechos sindicales, falta de respeto de las tradiciones nacionales en materia de negociación colectiva, incentivo del *dumping* social.

(IV)

En cuanto a la posible corrección de estas derivas pretorianas que se han analizado, cabe confiar relativamente en los mecanismos interpretativos alternativos siendo interesante por ello aprovechar la reacción que han suscitado. Si bien las sustanciales alteraciones recientes del Derecho comunitario originario podrían fundamentar una corrección del rumbo, los nuevos datos normativos no son todo lo concluyentes que resultaría necesario.

En este contexto, resultaría interesante resaltar la reacción que algunos de los pronunciamientos del TJCE ha provocado en la doctrina y, sobre todo, en las propias instituciones comunitarias y aprovecharla para introducir modificaciones en las normas comunitarias, originarias o, cuando menos, derivadas que recondujera la situación.

(V)

Por lo que se refiere a las relaciones entre las normas antitrust y la negociación colectiva, la primera conclusión que cabe sacar hace referencia al carácter limitado hasta el momento presenta el conflicto entre ellas en nuestro Ordenamiento, tanto en términos cuantitativos

como cualitativos. Es verdad que la intervención de la CNC en ejercicio de las potestades sancionadoras que tiene legalmente encomendadas ha sido muy llamativa. Pero no es menos cierto que los temas en los que la misma se ha producido no son especialmente sensibles.

Esta circunstancia no debe engañarnos en relación con la posibilidad de que el conflicto se extienda. Algunos informes comparados así como algunas circunstancias concretas permiten aventurar que en el futuro inmediato pueden suscitarse más cuestiones y, sobre todo, que éstas pueden afectar a escenarios más sensibles desde la perspectiva jurídico-laboral como son los relacionados con tiempo de trabajo o subrogación convencional.

(VI)

En todo caso, el conflicto entre derecho de la competencia y negociación es inevitable. No resulta posible, *de lege data*, admitir que la negociación colectiva no pueda ser objeto de control a la luz de las normas antitrust ni parece fácil admitir *de lege ferenda*, en tanto no se produzca la modificación de los tratados, que pudiera establecerse una exención absoluta de tal control.

(VII)

El criterio de articulación entre legislación antitrust y negociación colectiva que deriva del Derecho comunitario parece razonable. El TJCE es consciente de las limitaciones con las que puede acometerse el examen de la negociación colectiva desde la perspectiva del Derecho de la competencia si no se quiere poner en cuestión las finalidades de aquella. La doctrina sentada por el TJCE en 1999 en el caso Albany es sumamente ilustrativa de esta idea al establecer una inmunidad relativa para los convenios colectivos.

Vale la pena insistir también en que, aunque pronunciamientos posteriores, en particular los que han seguido al asunto Viking, han relativizado la aplicación de esta doctrina, lo han hecho pensando en la libertad de establecimiento o de prestación de servicios y, en modo alguno, en relación con la aplicación de las normas sobre competencia.

(VIII)

El problema fundamental es entonces la aplicación de la indicada inmunidad relativa, a través de la diferenciación entre un convenio colectivo y un acuerdo colusorio por su “naturaleza” y “objeto”. El primer criterio no plantea problemas interpretativos sustanciales puesto que refiere a los aspectos formales.

Mucho más complicado es el segundo concepto, el “objeto” que, con toda probabilidad, se refiere al contenido del convenio colectivo. Mientras éste se mueva en el contenido que es “normal” para los convenios colectivos, los eventuales efectos restrictivos de la competencia que produzca deben ser tenidos por irrelevantes. Ocurre, sin embargo, que la fron-

tera dista de estar clara. La única pista que nos da la jurisprudencia comunitaria es la expresión “condiciones de empleo y de trabajo” como contenido propio de los convenios colectivos. Y esta expresión es tan vaga como para conducir a interpretaciones diferentes según caiga en manos de quien mira el convenio desde la práctica antitrust o de quien lo percibe como una pieza esencial en la defensa de los derechos de los trabajadores, dentro del entramado más general del Derecho del Trabajo y de las finalidades que han correspondido a éste desde su fundación. Podría defenderse que son posibles contenidos del convenio los propios del derecho del trabajo y de la seguridad social de acuerdo con las normas legales que lo conforman, con la posibilidad de desarrollo “vertical” por los convenios —en aplicación de los espacios que las normas legales abren a la autonomía colectiva— y admitiendo también el desarrollo “horizontal” de los contenidos —en línea con los principios que inspiran el ordenamiento laboral.

(IX)

En cuanto a los mecanismos para desarrollar el control antitrust de los convenios colectivos, *de lege data* es inevitable la coexistencia de facultades administrativas y jurisdiccionales al respecto. Esta inevitabilidad no deja de suscitar perplejidad en la medida en que permite que una autoridad administrativa controle la negociación colectiva.

En este contexto, debería estudiarse la posibilidad de introducir modificaciones normativas dirigidas a minimizar el impacto de lo que aparece como una cierta anomalía en la configuración del control de los convenios colectivos. En una propuesta de máximos, cabría pensar en la posibilidad proceder a una reforma legal con idea de someterlos a un régimen similar al que se ha previsto en la LDC para los reglamentos administrativos, bien que ante su sede natural, los tribunales del orden social. En una propuesta más matizada cabría pensar en distintas actuaciones menos contundentes que tendrían como objetivo común establecer una preferencia a favor de la impugnación judicial del convenio, reservando las facultades sancionadoras de la CNC para casos en los que aquélla no sea instrumento adecuado para evitar un daño efectivo en el funcionamiento del mercado —convenios publicados, convenios no sujetos a control administrativo previo—. Moverse en este terreno permitiría concentrar la mayor parte del contencioso en sede judicial laboral y, con ello, limitaría las posibilidades de pronunciamientos contradictorios.

(X)

En relación, en fin, con la garantía de la igualdad entre los empresarios, finalidad indirecta común que presentan tanto la disciplina del mercado como el ordenamiento laboral, las relaciones parecen ser de relativa indiferencia

La regulación de las ayudas de estado presenta determinados efectos sobre las políticas sociales, especialmente en los terrenos de las ayudas sectoriales y de las vinculadas a la

conservación de los empleos. Sin embargo, el estudio muestra que en su mayor parte las medidas sociales de apoyo al empleo superan los criterios comunitarios.

Por otra parte, respecto las relaciones entre disciplina de la competencia desleal y ordenamiento laboral, la indiferencia es mayor en aquélla que en éste. Ciertas normas laborales y, sobre todo, los convenios colectivos buscan en ella un incremento de sus garantías formales. Resulta sin embargo claro que la disciplina de la competencia desleal, en atención a su actual configuración normativa, sólo puede utilizarse de forma muy limitada con esta finalidad.