

ORDENAMIENTO LABORAL Y DISCIPLINA DEL MERCADO

José María Goerlich Peset

Catedrático

Adoración Guamán Hernández

Profesora ayudante doctora

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción. 2. Ordenamiento laboral y tutela de la competencia en el mercado. 3. Libre prestación de servicios, libre competencia y normas laborales en el Derecho comunitario. 4. Normas laborales y derecho de la competencia en el Ordenamiento laboral español. A) La extensión del conflicto B) ... y las dudas respecto a su solución. 5. El papel del ordenamiento laboral como garantía de la igualdad en el mercado. A) Legalidad laboral y ventajas competitivas. B) Incumplimiento de normas laborales y competencia desleal. 6. Algunas consideraciones para la reflexión. Nota bibliográfica

1. INTRODUCCIÓN

La autonomía del Derecho del Trabajo alimenta históricamente una utopía: la posibilidad que el ordenamiento laboral constituya un derecho “de clase”, cuya única finalidad sea la emancipación de los trabajadores subordinados. Algunas de sus estructuras normativas fundamentales parecen ubicarse en esta línea. Cabe aludir, de un lado, y en el terreno formal, a sus específicos sistema de fuentes y criterios de aplicación (cfr. art. 3 ET); y, desde una perspectiva sustantiva, a la relevancia definitoria que adquiere el concepto de “trabajo” y de la persona que lo desarrolla, el “trabajador” (cfr. art. 1.1 ET). Esta última constatación, en efecto, parece situarnos en un contexto en el que el “empresario” resulta ser una noción de

carácter reflejo —que se extrae por referencia a la primordial de trabajador— de modo que la empresa no aparece como protagonista del contrato de trabajo sino como mero referente espacial en el que se desarrolla.

Por supuesto, no hace falta insistir demasiado en lo simplista que resulta el planteamiento anterior. Las cosas son mucho más complicadas. Desde antiguo sabemos que el empresario y la empresa coprotagonizan junto con los trabajadores el ordenamiento laboral: si, desde una perspectiva subjetiva, el estatuto de la empresa incide en la conformación y efectividad de las garantías jurídico-laborales, desde la objetiva, las necesidades empresariales, o si prefiere el interés de la empresa, nunca han sido perdidas de vista por las normas laborales.

Como es sabido, éstas no tienen una finalidad unidireccional —como la que postula la utopía a la que se ha hecho referencia más arriba—, sino que resultan de una suerte de transacción entre los intereses de los trabajadores y los de los empresarios, cuyo objetivo principal es la preservación del sistema capitalista. Obviamente, ello hace que la conformación del ordenamiento laboral resulte de un delicado y mutable equilibrio. De hecho, en las últimas décadas, éste viene cambiando en una línea inequívoca: la de un creciente protagonismo en la configuración de las instituciones laborales de las figuras del empresario y la empresa, de los requerimientos de su estatuto jurídico y de la tutela de sus intereses en el sistema económico.

El siglo XXI parece haber puesto sobre el tapete un nuevo episodio de esta tendencia: la irrupción de cuestiones vinculadas a la disciplina del mercado en el que se mueven las empresas en el juego de las instituciones jurídico-laborales. Una serie de decisiones normativas, judiciales y administrativas, emitidas en diferentes ámbitos, así como el correspondiente análisis doctrinal, permiten avanzar la conclusión de que existe un nuevo punto de conflicto entre el estatuto empresarial “extralaboral” y el ordenamiento laboral, con la consiguiente insistencia en la negación de la “autosuficiencia” de este último.

2. ORDENAMIENTO LABORAL Y TUTELA DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO

Por disciplina del mercado entendemos el conjunto de reglas e instituciones cuyo objeto es garantizar la libre e igual actuación de las empresas en el mercado. Aunque seguramente desde un punto de vista técnico, la noción se extiende a otros temas, a los efectos que aquí interesan incluye, de un lado, las reglas de garantía del libre acceso de las empresas al mercado así como de su libre actuación en él, con

los consiguientes límites a las actuaciones que en este terreno pueden desarrollar las autoridades así como las entidades particulares presentes en el mercado; y de otro, las que garantizan la igualdad entre empresas tanto en el acceso como por lo que se refiere a su situación en el mercado, con paralela imposición de límites a las actuaciones de las autoridades y de las demás empresas presentes en él.

El objeto de esta disciplina del mercado —que, insistimos, incluye múltiples facetas algunas de las cuales no serán objeto de consideración en este análisis— es el correcto funcionamiento del mercado, que en el sistema capitalista continúa considerándose, aun con todas sus limitaciones, como el mejor mecanismo de determinación de necesidades y asignación de recursos. Las principales normas que, en nuestro sistema jurídico, se ocupan de establecerla dan cuenta de estas ideas. Según la Exposición de Motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), el funcionamiento adecuado del mercado y, en concreto, “la existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad”. Es por ello por lo que a la postre en el adecuado funcionamiento del mercado concurren una pluralidad de intereses de naturaleza dispar. Así lo indica la Exposición de Motivos de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD) que se refiere a la concurrencia de tres: “el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado”.

Si nos preguntamos acerca de las relaciones que el ordenamiento laboral mantiene con el funcionamiento del mercado y, por tanto, con

su disciplina, podemos advertir que son dos. De un lado, el Derecho del Trabajo, al poner en cuestión o, al menos, matizar seriamente el principio de autonomía privada, aparece como un conjunto institucional contrapuesto a la libre dinámica del mercado y, con ello, a su eficiencia natural. Desde esta primera perspectiva, la fijación de estándares de protección de los trabajadores en que se concreta el ordenamiento laboral no solo interfiere el funcionamiento de un mercado “libre” de trabajo sino que, en cuanto se concreta en trabas económicas u organizativas al funcionamiento de la empresa, dificulta su libre actuación en el mercado de bienes o servicios. De otro lado, y en un sentido radicalmente diferente, el hecho de que las normas laborales garanticen una protección mínima a los trabajadores de forma generalizada es una directa garantía de que las empresas que los contratan se encontrarán todas en una posición similar en el mercado. Las normas laborales y otras instituciones propias del Derecho del Trabajo son, desde esta segunda perspectiva, mecanismos que ponen a cubierto a los empresarios de la desigual incidencia que la acción sindical puede tener en función de sectores productivos o tipos de empresas.

Cada una de estas dos distintas relaciones ha prevalecido, en cierto modo, en dos distintos momentos históricos del desarrollo del ordenamiento laboral. Si, en su génesis, el papel fundamental ha correspondido, sin duda, a la primera aproximación (a), después de la consolidación del Derecho del Trabajo como un ordenamiento autónomo, dotado de especialidades respecto del común, la segunda ha sido dominante (b). Ocurre, sin embargo, que en la actualidad da la impresión que esta evolución está siendo objeto de revisión, abriéndose paso una nueva fase en la que nuevamente la primera aspira a la prevalencia (c).

a) Después de la Revolución Liberal, y antes de que las normas laborales comenzaran a cristalizar, los esfuerzos organizativos del movimiento obrero así como las primeras manifestaciones de conflictividad laboral dirigidas a obtener mejoras en la situación de los tra-

bajadores fueron objeto, como es sabido, de incriminación. El correcto funcionamiento del mercado y la libre actuación en él de las empresas se ha garantizado, en otras palabras, mediante el intento de anular el funcionamiento de las incipientes organizaciones obreras. Aunque en nuestro sistema jurídico no existió una norma tan contundente como la ley Le Chapelier (1791), la combinación de las distintas disposiciones que abolieron los gremios en la época de Cádiz —y, después, en 1834-1836— y el Código Penal producían un efecto similar. En este último sentido, el de 1848 incluía entre las “maquinaciones para alterar el precio de las cosas” la conducta consistente en coligarse “con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo o regular sus condiciones” —que se agravaba en caso de ser jefe o promotor o de emplear violencias o amenazas— (art. 543).

Lógicamente, el hecho de que el principio de libre actuación empresarial, sin interferencias derivadas de las exigencias del incipiente movimiento obrero, se intentara garantizar directamente en el terreno del mercado de trabajo ha hecho que, en la fase histórica que consideramos, la potencialmente conflictiva relación entre disciplina del mercado, en su faceta de garantía de la competencia, y normas laborales haya permanecido en estado “embrionario”: la criminalización directa de la acción sindical ha jugado el papel que podría haber correspondido a aquélla. El conflicto entre las libertades de las empresas en el mercado y la presión de los trabajadores para conseguir mejores condiciones aunque sea a costa de restringirlas se ha resuelto, si se nos permite la expresión, por un “atajo”. El conflicto entre unas y otro ha permanecido así camuflado tras el conjunto de medidas antiobreras del Estado liberal. Cabe, sin embargo, señalar que el mismo se ha desplegado en toda su crudeza en sistemas jurídicos, como el norteamericano, que se han mantenido fieles a los principios del liberalismo económico en mucha mayor medida, y durante mucho más tiempo. La aplicación a la acción sindical de los criterios derivados de la legislación antitrust de finales del XIX (Sher-

man Act de 1890) muestra, en este sentido, cómo es perfectamente posible que, una vez que el movimiento obrero comienza a funcionar dentro de mínimos cauces de normalidad, sus actuaciones pueden presentarse como contrarias a la disciplina del mercado en la medida en que suponen trabas u obstáculos a las libres decisiones de las empresas.

b) Por el contrario, la aceptación, primero, y la normalización, después, de la intervención normativa del Estado así como de la acción sindical como vehículos para superar el conflicto social que se había extendido a lo largo del siglo XIX, cambió la óptica a través de la que se contemplaban las relaciones entre mercado y normas laborales. Su extensión, cuantitativa y cualitativa, ha ido acompañada de un proceso de interiorización de su existencia cuyo resultado es su aceptación. Es claro que 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. Pero también lo es que, a cambio, el Ordenamiento laboral ha actuado sobre otra faceta de la disciplina del mercado: la igualdad, puesto que los estándares protectores generales y uniformes que le son propios no pueden sino garantizarla. El sacrificio de la libertad, al ser generalizado, se constituye en una nueva salvaguarda del mercado.

Esta evolución ha sido causa y, a la vez, ha encontrado fundamento en el constitucionalismo social propio del siglo XX. Este, 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. No solo porque, como se acaba de indicar, en un cierto sentido y desde un determinado punto de vista, ambos pueden ser cara y cruz de la misma moneda, sino también, y sobre todo, 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 las aristas conflictivas que pueden existir entre aquellos y estas no se

hayan concretado en específicas cuestiones interpretativas. De hecho, durante mucho tiempo, éstas han sido prácticamente inexistentes. Y algo parecido puede predicarse en el plano comparado.

c) En todo caso, no cabe pensar que esta evolución se encuentre definitivamente cerrada. De entrada, hay sistemas jurídicos en los que la evolución expresada no se ha producido o sólo se ha producido limitadamente; y, por ello, el conflicto se muestra en toda su crudeza. Es el caso, como ya se ha dicho, de la experiencia norteamericana pues la introducción de exenciones a la aplicabilidad de las leyes antitrust tanto por vía normativa como jurisprudencial no ha conseguido zanjarlo. Pero, además, una experiencia mucho más cercana pertenece a este género. Es lo que ocurre, en efecto, en el ámbito comunitario en la medida en que la Unión Europea se viene construyendo fundamentalmente sobre el mercado único, estando en segundo plano los aspectos vinculados a la ciudadanía y a la protección social. En este contexto, los avances en la construcción del mercado europeo han ido acompañados de la paulatina y creciente aparición de fricciones entre las exigencias derivadas de la ordenación de un mercado único y libre y las instituciones jurídico-laborales de los estados miembros (3).

En si mismo, se trata de un fenómeno pre-ocupante, aunque sea porque los criterios comunitarios en el terreno que nos ocupa están llamados a prevalecer. De hecho, las últimas evoluciones interpretativas en el ámbito comunitario han sido objeto de una airada reacción en atención a sus posibles repercusiones sobre instituciones centrales del Derecho del Trabajo. Pero, además, lo es tanto más en la medida en que parece comenzar a reproducirse en el ámbito interno. En el sistema jurídico español estamos asistiendo, en efecto, a dos nuevos fenómenos en la interrelación entre normas laborales y disciplina del mercado que acaso supongan un cambio en los equilibrios preexistentes: de un lado, la creciente prevalencia como límite a las normas laborales de los criterios impuestos por la defensa de la

competencia (4); y, de otro, el descuido del papel que aquellas cumplen en la garantía de la igualdad de la situación de las empresas en el mercado (5).

3. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, LIBRE COMPETENCIA Y NORMAS LABORALES EN EL DERECHO COMUNITARIO

Como se ha venido señalando, la configuración del mercado interior comunitario está afectando de manera creciente a las normas estatales de carácter laboral. Los ordenamientos laborales estatales deben adecuarse, no ya sólo a las normas sociales comunitarias sino a las exigencias de la construcción del mercado interior, adaptándose para ello al desarrollo del derecho comunitario de la competencia y de las libertades de circulación económicas.

En ausencia de una articulación normativa expresa en las normas comunitarias entre las cuestiones sociales y las normas que disciplinan el mercado interior, que facilitarían la mencionada adecuación, los límites de la interacción señalada los ha fijado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En esta operación, el Tribunal ha afirmado como punto de partida que, aun reconociendo las competencias estatales en materia laboral y los límites derivados del art. 137.5 del TCE, “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 (económicas) fundamentales”.

Con esta base, el Tribunal comunitario se ha ocupado de mediar entre la realización de los valores sociales y económicos, presentes en un conflicto que, nacido en el seno de la libre circulación de mercancías, se ha extendido hacia el conjunto de las libertades comunitarias y de las normas antitrust. Así, a través de su competencia prejudicial, y teniendo en cuenta la centralidad y el carácter fundamental de

las libertades económicas en el edificio de la Unión Europea, la tendencia del Tribunal ha sido la de ampliar el ámbito de aplicación de las normas de libre circulación y competencia, incluyendo dentro de dicho campo a las disposiciones laborales estatales. En esta operación, el Tribunal ha establecido una suerte de prelación implícita, a pesar de partir de una supuesta equivalencia entre los fines recogidos en el art. 2 del Tratado CE resultado de la introducción de las cuestiones sociales en las sucesivas reformas del Derecho originario, primando los objetivos económicos sobre los sociales.

De esta manera, servicios de empleo, regímenes de protección social e, incluso, convenios colectivos han sido cuestionados por el Tribunal comunitario a la luz del derecho de la competencia (a). Por otro lado, y en paralelo, las libertades de circulación, en especial la de prestación de servicios pero también la de mercancías y la de establecimiento, se han confrontado en numerosos asuntos con disposiciones estatales relativas a las relaciones laborales (b). La acción del TJCE ha sido completada con diversas actuaciones normativas orientadas a gestionar el conflicto, sin que por el momento hayan dado resultado (c).

a) Aunque las normas sobre competencia parecen dirigidas a las empresas, el TJCE ha ampliado este concepto, sustituyéndolo por el más funcional y lábil de “actividad económica”. Con ello ha conseguido extender el ámbito de aplicación de los arts. 81 y ss. del Tratado CE a zonas habitualmente exentas de esta consideración, como los servicios públicos de empleo o diversas entidades encargadas de la protección social. En particular, respecto de los servicios públicos de empleo estatales, el Tribunal ha afirmado que las actividades de colocación son actividades económicas y que las instituciones públicas que ofrecen estos servicios deben ser consideradas como empresas, siéndoles por tanto de aplicación las normas antimonopolio y en particular la prohibición del abuso de posición dominante del art. 82 TCE. En el ámbito de la protección social, el Tribunal ha construido una limitada excepción social que abarca a las entidades que participan en la gestión del ser-

vicio público de la Seguridad Social, siempre y cuando las mismas desempeñen una función de carácter *exclusivamente social* y ejerzan una actividad que se base en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa. La aplicación estricta de estas condiciones le ha llevado a considerar como entidades sometidas a las normas de la competencia a sistemas de pensiones complementarios y facultativos aun cuando no tuvieran ánimo de lucro y estuvieran dirigidos a mejorar la situación de los trabajadores dado el carácter mínimo del régimen estatal básico.

Es verdad que la extensión ha encontrado una barrera en los convenios colectivos. Pero se trata de una barrera débil. En efecto, el Tribunal ha construido respecto de ellos una suerte de *inmunidad básica*, afirmada por primera vez en 1999 en una serie de asuntos, *Albany*, *Brentjen's* y *Drijvende Bokken*, donde se resolvían diferentes litigios entre diversas empresas y los fondos de pensiones sectoriales a los cuales estaban afiliadas de manera obligatoria en virtud de sendos convenios colectivos. En estos casos, el Tribunal, basándose en la necesidad de realizar una lectura conjunta y coherente de la normativa comunitaria, afirmó que un convenio colectivo no puede calificarse como un acuerdo entre empresas, en razón a su naturaleza y su objeto, sin efectuar mayores precisiones. Con este razonamiento el TJCE evitó construir una excepción a la aplicabilidad de las normas sobre competencia basada en la condición sindical de los firmantes, eludiendo así lo que parecía la vía que proporcionaba a la negociación colectiva una mayor seguridad jurídica. Posteriormente, en el asunto *Van der Woude* el TJCE precisó que por convenio colectivo debe entenderse lo que las partes consideren en función de su propia legislación y procedimientos, despejando la duda respecto de la primera cuestión. Sin embargo, respecto del objeto o contenido del convenio, que se ha demostrado como la cuestión más compleja de delimitar en el plano normativo interno, la jurisprudencia del Tribunal parte de la idea de que no cabe su fiscalización desde la perspectiva de la competencia mientras se muevan en el

terreno que les es propio. El resultado de esta jurisprudencia es *de facto* la sujeción al derecho de la competencia de los convenios colectivos que no cumplan los requisitos derivados del doble test de inmunidad, naturaleza y contenido, quedando el segundo elemento derivado al análisis casuístico en sede jurisdiccional.

b) Por otro lado, la interacción entre las libertades de circulación, especialmente la libre prestación de servicios, y los ordenamientos estatales laborales ha ido *in crescendo*. La situación ha devenido especialmente problemática tras las dos últimas ampliaciones de la Unión Europea y con el progresivo aumento de las situaciones de utilización por parte de las empresas de los diferentes estándares laborales existentes en los Estados miembros como vía para obtener un mayor beneficio, el manido *dumping* social.

En particular, la libertad para prestar servicios ha sido utilizada en numerosas ocasiones como parámetro para valorar normas estatales de carácter social como el Código de Seguros Sociales de Luxemburgo, la normativa belga relativa a la explotación de las oficinas de colocación privadas, la ley holandesa reguladora de la cesión de mano de obra y la disposición griega que imponía un vínculo laboral para determinados guías turísticos, entre otras disposiciones. El Tribunal de Justicia, resolviendo estos asuntos, ha ido imponiendo cambios en las regulaciones estatales de las relaciones laborales y de seguridad social, a efectos de evitar que las mismas supusieran un obstáculo a la libre circulación de los servicios en el ámbito comunitario. Junto con estas cuestiones, destacan las múltiples ocasiones en las que el TJCE ha evaluado la aplicabilidad de una norma estatal a trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios, a la luz del art. 49 TCE y la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. En estos casos se evidencia una constante práctica empresarial de utilización de los desplazamientos de servicios como técnica de elección de la norma social aplicable más beneficiosa, práctica contra la

que se han alzado tanto normas estatales como acciones sindicales, siendo consideradas en su mayoría contrarias a la libertad fundamental mencionada, aun cuando sean la plasmación del ejercicio de derechos sociales como la libertad sindical o la negociación colectiva (los ya famosos asuntos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*).

c) Acompañando a esta jurisprudencia, distintas normas relativas al funcionamiento del mercado interior han tratado, de manera predominantemente parca y marginal, la relación entre la aplicación del derecho de la competencia, la promoción de las libertades de circulación y los derechos laborales reconocidos a los trabajadores en los Estados miembros. Por un lado, y en el ámbito de las normas antimonopolio, el considerando 37 del Reglamento 1/2003 prevé que las normas de la competencia no afectarán a los derechos fundamentales, dentro de los cuales según el tenor de la Carta de Niza se encuentra la negociación colectiva; por otro, ya en relación con las libertades comunitarias, pueden encontrarse un mayor número de referencias. Así, a finales de los 90, y planteándose como reacción clara a un pronunciamiento del Tribunal de Justicia, el Reglamento 2679/1998 de 7 de diciembre, sobre funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías incluyó la primera disposición normativa orientada a mediar entre estas dos lógicas contrapuestas, afirmando que el respeto a los derechos fundamentales, incluido el derecho o la libertad de huelga, es el límite de las obligaciones impuestas a los Estados por la vía de las libertades económicas fundamentales. La alusión a los derechos fundamentales como frontera de la construcción del mercado interior se encuentra de nuevo en la Directiva de Servicios de 2006. En la misma se establecen los siguientes límites relacionados con las cuestiones sociales: las normas sociales comunitarias; el Derecho laboral estatal; la legislación nacional en materia de seguridad social y el ejercicio de los Derechos Fundamentales, con especial mención a la acción sindical. Más allá de estas dos escuetas menciones de la cuestión, existe una intervención normativa directamen-

te orientada, o al menos así se afirmó en su trámite y nacimiento, a la gestión de la relación entre los derechos laborales establecidos en el ámbito estatal y la promoción de la libertad de prestar servicios que ostentan los agentes económicos en el mercado interior, la Directiva 96/71 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios. Sin embargo, la rígida interpretación que de esta norma ha venido haciendo el TJCE la ha convertido en un instrumento limitador de la capacidad estatal de regular las condiciones laborales en su territorio, eliminando su potencial como norma gestora del conflicto.

A modo de breve y preliminar conclusión puede afirmarse que, como demuestra la jurisprudencia del TJCE y las escuetas referencias normativas orientadas a articular la cuestión, tanto las libertades de circulación como el derecho de la competencia comunitario están produciendo un importante impacto en los ordenamientos estatales que el actual nivel de reconocimiento de los derechos sociales en el ámbito comunitario no alcanza a moderar o articular. Este impacto es particularmente grave cuando se producen situaciones de *dumping* social, puesto que la conciliación impuesta por el Tribunal de Justicia entre los estándares laborales estatales, ya deriven éstos de normas colectivas o heterónomas, y las libertades de circulación se ha materializado en una preponderancia de las segundas frente a los primeros, siendo indiferente el carácter de derecho fundamental que el propio TJCE y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea han reconocido a los derechos sociales colectivos.

4. NORMAS LABORALES Y DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL

A) LA EXTENSIÓN DEL CONFLICTO...

Frente a la extensa gama de problemas que las relaciones entre la libre actuación empresa-

rial en el mercado y las normas laborales han planteado en el ámbito comunitario, el tema apenas ha comenzado a generarlos en el ámbito español. Con todo, es obvio que se encuentra en rápido crecimiento por cuanto que, en un período de tiempo relativamente breve, se han incrementado tanto las cuestiones afectadas **(a)** como los sujetos implicados en su resolución **(b)**, hasta el punto de haber llegado a intervenir el propio legislador **(c)**.

a) Por lo que se refiere a los temas afectados, el debut de la cuestión se produjo en 1993 en relación con un episodio singular vinculado a la dispensación de medicamentos para los trabajadores del Ministerio de Defensa por parte de las Farmacias militares. Al dispensar éstas medicamentos más baratos, los trabajadores resultaban “extraídos” del mercado farmacéutico ordinario, con la consiguiente lesión de terceros encarnados en la correspondiente corporación profesional que planteaba la demanda cuyo conocimiento motivó un pronunciamiento final de la sala de lo social del TS.

De manera prácticamente simultánea se suscitó la cuestión de los límites a la apertura en festivos derivados de los convenios colectivos. Los empresarios trataban de liberarse de los límites al respecto, inicialmente mediante el recurso a la modificación sustancial de condiciones de trabajo; y, con posterioridad, en fecha reciente, mediante la impugnación del convenio colectivo con base en la libertad de empresa. En un caso como en otro, y tanto por los tribunales contencioso, que inicialmente eran competentes, como por los del orden social, las pretensiones empresariales han sido rechazadas.

El final de la década de los 90 y el inicio del siglo alumbró un tercer problema en el terreno que nos ocupa: el de las restricciones establecidas en los convenios colectivos respecto al recurso por las empresas obligadas a mecanismos de externalización. A estos efectos, la negociación colectiva recurría a varias técnicas: bien a la extensión a los trabajadores de las empresas subcontratistas —o cedentes de mano de obra en el caso de recurso a empresas de trabajo temporal— bien directamente

a la prohibición de recurrir a técnicas descentralizadoras como la subcontratación de obras o servicios o la contratación a través de ETT. En ambos casos, el contencioso se planteó a propósito de la imposición de limitaciones al funcionamiento de estas empresas, en caso de recurrir a la primera de estas técnicas, o de la exclusión de una parte del mercado, la correspondiente al sector de que se tratase, para su libre funcionamiento.

Con posterioridad, en lo que es por ahora el último episodio de este crecimiento temático, ha surgido la cuestión de la fijación de precios de los servicios. En el año 2007 hubo de ser resuelto, en efecto, el tema de la determinación de precios mínimos para la prestación de servicios por las empresas afectadas. En el caso, se planteaba, desde el punto de vista de la defensa de la competencia, la legitimidad de una cláusula convencional que, para evitar la competencia desleal entre las empresas afectadas por el convenio, fijaba un precio mínimo para las ofertas a realizar por estas ante las entidades que contrataban sus servicios. Existen además varios expedientes abiertos pendientes de resolución ante la CDC estatal o ante alguna de las autonómicas por el mismo motivo respecto de otros convenios.

b) El último episodio descrito permite, además, advertir un segundo fenómeno: el aumento de los sujetos que se implican en la lucha contra las presuntas prácticas restrictivas de la competencia protagonizadas por las normas laborales y, muy señaladamente, por los convenios colectivos. En efecto, la mayor parte de las cuestiones que se han analizado en el apartado anterior fueron resueltas por los tribunales del orden social de la Jurisdicción —o del ámbito contencioso en atención a las competencias que correspondieron a la Administración hasta 1994—. Es más, parecía claro que era precisamente en esta sede donde habían de plantearse y solucionarse, sin injerencia en consecuencia de los organismos administrativos encargados de velar por la competencia. En marzo de 1993 la Sala de lo Social del TS, ante la excepción de incompetencia formulada por el Abogado del Estado en el ya citado caso de las farma-

cias militares, afirmaba expresamente que “la competencia que al Tribunal de Defensa de la Competencia atribuye la Ley 16/1989, de 17 julio, respecto a lo que dicha Ley denomina “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... corresponde al ámbito jurisdiccional del Orden Social”.

Sin embargo, de forma prácticamente simultánea, las empresas que se sentían perjudicadas por las normas convencionales comienzan a acudir ante los órganos administrativos encargados de la defensa de la competencia. Y a pesar del planteamiento que acabamos de ver, estos no renunciaron a intervenir. En marzo de 1993, aparece una primera resolución en este sentido. En ella, una empresa impugnaba ante el entonces llamado Tribunal de Defensa de la Competencia la decisión del Servicio de Defensa de la Competencia de archivar expediente en relación con el contenido de un convenio que se seguía contra las organizaciones patronal y sindicales que lo habían firmado. Si el Servicio había cerrado el expediente sancionador por considerar que era inviable en la medida en que los firmantes no actuaban como operadores económicos, el Tribunal rechazó esta conclusión y ordenó la continuación del procedimiento. A juicio de este último, y, desde un punto de vista sustantivo, “la normativa de competencia, desarrollo del art. 38 CE, es general y obliga a todos los contratos o acuerdos a ajustarse a sus producciones”, lo que supone inequívocamente la idea de considerar que también los convenios colectivos pueden ser objeto de control desde la perspectiva de aquélla. Ello supone, desde la óptica procedimental, que no cabe excluir la posibilidad de que el TDC se pronuncie sobre el particular por el hecho de que aquellos sean negociados por sindicatos puesto que, junto con ellos, intervienen las organizaciones patronales a las que no cabe negar la condición de “operador económico en sentido estricto” y que

podrían “obtener por vía laboral una restricción de competencia intolerable y fuertemente sancionada como concertación horizontal de empresarios”.

Con posterioridad, en una resolución de diciembre de 1996, el TDC volvió al tema y dio un paso más. En el caso, uno de los planteados a propósito del trabajo en domingo, se cuestionaba un acuerdo suscrito por organizaciones empresariales y sindicales respecto a la limitación de las posibles actividades a desarrollar en festivo. En la tramitación, el Servicio de Defensa de la Competencia había acordado sobreseerlo respecto de las organizaciones sindicales, decisión que quedó firme por inacción de los demás interesados. Estos, sin embargo, en la fase final del procedimiento cuestionaron tal decisión y, aunque el TDC no la revisó en atención al momento procesal en que se encontraba, sí que afirmó no compartir “la motivación utilizada por el Servicio de Defensa de la Competencia para sobreseer el expediente con respecto a las Federaciones de Alimentación de CCOO y UGT. A este respecto el Tribunal considera que no puede negarse a los sindicatos la condición de operadores económicos por principio. En cada caso deberá analizarse si han actuado en defensa de los intereses que les son propios o al margen de aquéllos, en cuyo caso, podrían incurrir en las prohibiciones establecidas en las normas reguladoras de la libre competencia”.

La culminación de esta evolución se ha producido en enero de 2007, en la resolución del TDC que ha resuelto el asunto sobre la fijación de precios en el convenio de asistencia domiciliaria. En ella, el Tribunal no sólo ha entrado al conocimiento del asunto sino que ha entendido que existía una práctica restrictiva de la competencia y ha sancionado a las dos organizaciones firmantes, tanto la patronal como la confederación sindical, por haberla protagonizado.

c) Hay que notar, en tercer lugar, que no sólo se han interesado por la cuestión la jurisdicción laboral y los órganos administrativos especializados en defensa de la competencia. El propio Legislador acaba de mostrar también

su preocupación por las relaciones entre la protección de los trabajadores y las reglas del libre mercado. En efecto, el Estatuto del Trabajo Autónomo, aprobado por la Ley 20/2007, ha establecido, como es sabido, un marco específicamente protector de aquellos trabajadores autónomos que se consideran económicamente dependientes. Entre las instituciones que conforman este marco, ocupa un papel esencial el reconocimiento de la posibilidad de que las condiciones de desarrollo de su actividad sean fijadas a nivel colectivo, mediante los llamados acuerdos de interés profesional que, sin llegar a ser convenios colectivos —y aunque presentan significativas diferencias con ellos—, ocupan un papel similar (cfr. arts. 3.2 y 13). Sin embargo, por lo que aquí interesa, este reconocimiento se hace expresamente sin perjuicio de lo que resulte de las normas de defensa de la competencia. El último inciso del art. 13.1 LETA es taxativo al respecto: “en todo caso”, afirma, “los acuerdos de interés profesional observarán los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia”.

B) ... Y LAS DUDAS RESPECTO A SU SOLUCIÓN

Todo lo anterior muestra la expansión relativamente rápida que ha experimentado en nuestro sistema el conflicto entre normas laborales —con referencia especial a los convenios colectivos— y defensa de la competencia. Interesa ahora dar un paso más y observar la solución que se ha dado a estos conflictos. De entrada, lo primero que se advierte es que la solución no aparece pacífica. De hecho, no es infrecuente que, para conflictos similares en cuanto al tema, se hayan propugnado soluciones diferentes (a). Es probable que ello se deba a la lógica utilizada por el operador jurídico de que se trate para resolver la cuestión que se le suscita: ya se sabe que muchas veces las cosas dependen del cristal con el que se las mira. Lo que pasa es que es muy probable que, cada día más, la óptica que se utiliza es la de la disciplina del mercado (b). Veamos estas ideas con algo más de detalle

a) Que la cuestión planteada aparece como dudosa en cuanto a su decisión se advierte en las sentencias que han resuelto alguno de los episodios a los que se ha hecho referencia más arriba. En el caso de las farmacias militares, las dudas se manifiestan en el “interior” de la propia sentencia: es cierto que la postura mayoritaria fue favorable a estimar la impugnación del convenio, pero también lo es que se formuló un voto particular contrario. La primera postura se fundaba en que, de acuerdo con la normativa aplicable, “la dispensación de medicamentos por las oficinas de farmacia corresponde a las mismas en términos de generalidad, sin otras excepciones que las legalmente previstas, ... sin que por vía de convenio colectivo pueda ampliarse el de estas últimas, con la correlativa restricción del de las primeras, pues, conclusión contraria, atentaría contra el interés de éstas, protegido por el ordenamiento jurídico”. Aunque no se menciona la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, es obvio que se está pensando en la privación de un sector del mercado como fundamento para la anulación del precepto impugnado. Por el contrario, el voto particular se sitúa en la lógica del carácter protector de las normas laborales y, con ello, llega a un resultado diferente: dado que la apertura de las farmacias militares a los trabajadores supone que estos mejoran su situación, “es claro que se trata de una materia de acción social que encaja en el contenido normal del convenio colectivo según el artículo 85.1 del ET”; de este modo, aun admitiendo que “puede provocar una disminución del núcleo de usuarios de oficinas de Farmacia”, no puede derivarse automáticamente de ello su lesividad puesto que “en todo caso, cualquier acuerdo de acción social o asistencial que se pacte en un convenio colectivo (economatos, comedores, etc...) causa un perjuicio efectivo a los comerciantes del ramo correspondiente, pues se reduce su potencial clientela y no por eso se estima que produce la lesividad que el art. 90.5 del ET contempla como causa de nulidad del convenio”. Por ello se concluye en la opinión discrepante que “es razonable entender que la lesión a tercero por sí sola no tiene operatividad si la cláusula lesiva no viola al

mismo tiempo una norma del ordenamiento jurídico”.

La doble óptica se advierte también en el tratamiento de las restricciones convencionales a la descentralización productiva. Las sentencias de los TTSSJJ que, a finales de los 90 y principios de siglo, enjuiciaron la cuestión de la equiparación salarial de los trabajadores de las ETT impuesta por el convenio se inclinaron mayoritariamente por la lógica de la disciplina del mercado. Para llegar a ella, además de la eficacia relativa del convenio colectivo —que le impide “establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación”—, se argumentaba que la equiparación salarial se concreta “en un encarecimiento de costes del contrato de puesta a disposición que afectará a la competitividad de las ETT en el sector de actividad al que se refiere el convenio... (ya que, al producir) encarecimiento de costes, (supone) la ausencia de estímulo de las usuarias para acudir a este sistema de contratación regulado por ley en determinados casos, y en definitiva, reducción del volumen de sus transacciones” (STSJ Murcia de 5 de junio de 2000).

Por el contrario, cuando en 2001 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional enjuició una cláusula convencional que restringía a las empresas afectadas por el convenio colectivo la posibilidad de recurrir a la subcontratación, se situó en una óptica diferente y llegó a la conclusión de su legitimidad. En lugar de mirarla desde la perspectiva del volumen de negocio de las empresas indirectamente afectadas, procedió a analizarla desde la de la finalidad perseguida por los negociadores. Desde este segundo punto de vista, “es una cláusula de fomento del empleo por cuenta ajena a través de la “internalización” del trabajo, y que se explica en una realidad laboral en la que se ha empleado con profusión la externalización como técnica de flexibilidad productiva”. En este contexto, no cabe “considerar ilegítima tal política laboral, del mismo modo que no lo es un programa de fomento de la contratación indefinida (ya que) en ambos casos se persigue garantizar un estatus de mayor estabilidad al ciudadano

que oferta su actividad personal a cambio de dinero en el mercado laboral”. La conclusión es clara: “el fomento de la contratación por cuenta ajena, frente a la subcontratación, o sea la satisfacción preferente de las necesidades laborales de la empresa con personal interno, propio no constituye una política ajena al ámbito de la potestad normativa de la autonomía laboral, que delinea el art. 85 del ET y desde luego no supone práctica restrictiva de la competencia al tratarse de una norma “ad intra” de la empresa, esto es dirigida a distribuir sus elementos constitutivos, y sin proyectarse “ad extra”, al mercado competitivo”.

b) Ocurre, sin embargo, que la perspectiva vinculada a la disciplina del mercado y, dentro de ella, a la defensa de la competencia parece ganar terreno. No se trata solo de que ésta haya sido la predominante en los dos conflictos a los que se hace referencia en el apartado anterior — en la medida en que supuso el parecer mayoritario del TS, en el primero, y existen muchos más pronunciamientos en la primera línea que en la segunda, en el otro—. Además, en los últimos conflictos que se han suscitado la dimensión social parece dejarse completamente al margen.

Lo advertimos, de entrada, en la cuestión de la fijación convencional de precios mínimos de los servicios. La idea que maneja el TDC para concluir la existencia de práctica restrictiva de la competencia y condenar por ella a los firmantes, incluyendo como sabemos a una central sindical, es muy sencilla: “un convenio colectivo no puede regular cualquier materia, ya que su ámbito se circunscribe a las condiciones de empleo y a las relaciones de los trabajadores con los empresarios (pero, en el cuestionado,) se establecen los precios de los servicios y ofertas comerciales que las empresas deben aplicar a sus clientes... lo que queda fuera del ámbito de negociación colectiva y ... supone ... regular el beneficio empresarial y eliminar la competencia en precios en el mercado de la prestación de servicios”. Desde la perspectiva de la defensa de la competencia, la argumentación es probablemente indiscutible. Es claro, sin embargo, que olvida completamente los intereses sociales que subyacen a la cláusula cuestionada. El sindicato los

había puesto de manifiesto extensamente: con la fijación de precios se intentaba evitar la competencia desleal —mediante la presentación de ofertas por debajo del coste salarial—, lo que se presenta como una garantía directa para las empresas pequeñas pero que indirectamente, cabría añadir, se erige en garantía de la efectiva percepción de los salarios pactados. Para el TDC, sin embargo, la primera conclusión no queda enervada en atención a que “se trate de evitar la competencia desleal (puesto que la) rigidez a la baja en precios perjudica a los clientes del servicio y al propio empleo en el sector”.

Algo parecido ocurre respecto a la relación entre autonomía colectiva y derecho de la competencia en el Estatuto del Trabajo Autónomo de 2007. Todavía es pronto para determinar con exactitud los límites que éste impone al contenido de los acuerdos de interés profesional. Y muy probablemente la interpretación que termine por imponerse se mantenga en un terreno intermedio entre la que resulta de la interpretación literal del precepto y la que hace hincapié en la cobertura legal de estos acuerdos y su relativa importancia a efectos de hacerlos inmunes al control desde la perspectiva de la defensa de la competencia. Pero no puede desconocerse que la literalidad del art. 13.1 LETA apunta a una clara restricción de los contenidos negociables: no es de despreciar en este sentido la taxatividad que muestra el precepto al imponer que, *en todo caso, se observarán* las normas sobre competencia; ni tampoco debe pasarse por alto su silencio respecto a un claro contenido posible para acuerdos de este tipo: la fijación de las tarifas por los servicios que prestan los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

5. EL PAPEL DEL ORDENAMIENTO LABORAL COMO GARANTÍA DE LA IGUALDAD EN EL MERCADO

La segunda vertiente de las relaciones entre ordenamiento laboral y disciplina del mercado, esto es la vinculada a la garantía de la

igual situación de las empresas con sus competidores, está menos explorada quizá porque los fenómenos en los que se concreta no son tan vistosos como los que se han analizado en el apartado anterior. En todo caso, es necesario adentrarse en ella por dos razones: de un lado, porque también afecta a cuestiones fundamentales en la ordenación de las relaciones laborales; de otro, porque confirma la percepción que puede extraerse del análisis anterior de la existencia de una doble metodología para aproximarse al tema que incide en las conclusiones a las que se llega.

Las cuestiones de igualdad competencial que pueden plantearse en el terreno jurídico-laboral son de dos tipos diferentes. Unas se suscitan “dentro” del Derecho del Trabajo mientras que otras que se plantean “fuera” del mismo. Con estas dos expresiones de carácter espacial nos referimos, de un lado, a las que se vinculan a la legítima diversificación del estatuto empresarial, esto es, la que permiten las propias normas laborales y que, por tanto, se producen en el interior del Ordenamiento laboral (A), y, de otro, a aquellas que quedan en su exterior por resultar ilegítimas desde su perspectiva al ser consecuencia del incumplimiento por el competidor de las normas laborales (B).

A) LEGALIDAD LABORAL Y VENTAJAS COMPETITIVAS

Por lo que se refiere al primer punto de vista, debe tenerse en cuenta que las normas laborales, aun cuando, como se ha señalado más arriba, resultan ser garantes de la uniformidad de la situación empresarial por lo que se refiere a los costes de personal, no garantizan una absoluta igualdad en este terreno. Por el contrario, dentro de la “legalidad” laboral, diversos factores posibilitan que el estatuto aplicable al personal de los competidores resulte diferente y, con ello, aparezcan ventajas o desventajas competitivas. Sin embargo, mientras estas diferencias y las correspondientes ventajas en cuanto a la posición competencial aparezcan como legítimas, es claro que deben prevalecer

sobre las exigencias de la disciplina del mercado. Esta es, desde luego, la solución que se advierte tanto en los pronunciamientos judiciales como en los administrativos.

a) La solución se advierte con toda claridad en los casos en los que una empresa es acusada de competencia desleal porque maximiza la eficiencia de su política de personal, dentro de la legalidad. Existen algunas resoluciones administrativas sobre este primer tema que mantienen la misma solución: la conducta de las empresas supera con facilidad el control desde la perspectiva de la disciplina del mercado. Y es lógico que así sea. En efecto, si en las políticas de personal se apura, por vías legales, la posibilidad de abaratar los costes de personal, se obtiene una mejor posición competitiva; pero no puede negarse que esta es perfectamente legítima puesto que se encuentra al alcance de todas las empresas. El desaparecido TDC lo ha puesto de manifiesto para las empresas que aprovechan subvenciones o ayudas públicas o que recurren a formas o modalidades contractuales que por sus características resultan más eficientes, en términos de coste y/o de flexibilidad. Como ha puesto de manifiesto en 1996, a propósito de la acusación de competencia desleal vinculada al uso por una empresa de la posibilidad de contratar servicios con el organismo de gestión de trabajos penitenciarios, es verdad que “quienes contratan con dicho Organismo se ven beneficiados de menores costes que las empresas que realizan tales trabajos con mano de obra contratada con arreglo a la legislación laboral” pero ello no supone alteración de la igualdad puesto que la posibilidad de recurrir a este sistema lo tienen el “conjunto de las empresas del ramo”.

b) Existen, en otro orden de consideraciones, pronunciamientos judiciales vinculados a la desigual situación competitiva relacionada con la estructuración de la negociación colectiva. Cabe traer a colación de nuevo el problema de la apertura en festivo. En el primero de los asuntos referidos a este tema desde el punto de vista que aquí interesa, suscitado en 1987 ante el desaparecido Tribunal Central de Trabajo, se planteó el tratamiento desigual derivado de

la existencia de distintas reglas convencionales aplicables dentro de un mismo sector respecto a la apertura en domingos: el convenio provincial de sector era mucho más estricto que el que habían negociado algunas de las empresas afectadas por aquel aprovechando el período entre la pérdida de su vigencia y su renovación. La impugnación de aquel no prosperó ya que la afectación de las expectativas de las empresas sujetas al convenio sectorial, afirmó entonces el TCT, es “consecuencia de una distinta organización empresarial de otros competidores dentro del marco de la legalidad”. De igual modo, tampoco han prosperado otras impugnaciones del convenio de empresa basadas en su disconformidad respecto al sectorial siempre que aquel se haya negociado conforme a las reglas legales.

La idea fuerza que guía estos pronunciamientos es similar a la que se ha examinado en el apartado anterior. Es verdad que la ordenación de la negociación colectiva puede suponer que situaciones similares sean tratadas de forma diferente con la consiguiente aparición de costes diferentes entre las empresas afectadas. Pero no es menos cierto que tal situación no solo encuentra cobertura constitucional en el principio de autonomía colectiva (art. 37.1 CE) y legal en las normas estatutarias que disciplinan la estructura de la negociación y la concurrencia entre convenios (cfr. arts. 83 y 84 ET) sino también, y sobre todo, que está al alcance de forma igual para todas las empresas puesto que pueden ejercitar sus facultades negociales en sentido similar al de sus competidores. En esta línea la jurisprudencia comunitaria parece poner de relieve que otra solución se impondría si esta igualdad no se detectara.

Conviene notar, en fin, que problemas de este tipo pueden ir en aumento. Si ya se plantearon en la década de los 80, las nuevas orientaciones en materia de negociación colectiva introducidas a raíz de la gran reforma estatutaria de 1994 y en las que se ha insistido con posterioridad pueden incrementar su posible planteamiento. Los distintos fenómenos en que aquellas se concretan han de apuntar en esta línea. El retroceso del papel regulador

de la ley, la admisión de la llamada concurrencia convencional descentralizadora (cfr. art. 84. 2 ET) y, sobre todo, la dinamización de los acuerdos colectivos de empresa, en especial los que suponen el posible “descuelgue” (cfr. arts. 41.2 y 82.3 ET) abren muchas más posibilidades de que las empresas competidoras se encuentren sujetas a estatutos diferentes en puntos relevantes. La incidencia entre la creciente descentralización/“empresarialización” y la competencia desigual entre empresas es tan obvia que no requiere demostración. De hecho, en alguna sentencia de suplicación, relacionada con el juego del llamado “descuelgue” salarial, se encuentra expresa alusión a la misma: esta institución, que permite dejar de aplicar la tabla retributiva fijada a nivel sectorial, “no deja de ser una inaplicación de la eficacia general de los convenios colectivos a que se refiere el artículo 37.1 del texto constitucional (que) puede incluso incidir en terceras empresas ..., en cuanto que suponga una situación de competencia desigual entre ellas, atendiendo a un diferente coste laboral” (STSJ Castilla-La Mancha 28 de mayo de 2002). Con todo, la solución al problema se ha encontrado nuevamente en el ámbito de la legalidad laboral: si la condición laboral de que se trate se encuentra justificada en este terreno, es ocioso cualquier análisis desde el punto de vista de la competencia desleal puesto que, aparte de legítima, quedará al alcance de todas las empresas competidoras que se encuentren en análoga situación.

B) INCUMPLIMIENTO DE NORMAS LABORALES Y COMPETENCIA DESLEAL

Las facetas anteriores no agotan el problema. Cabe, de otro lado, plantearse la cuestión de las ventajas competitivas obtenidas de manera ilegítima por las empresas, a través del incumplimiento de las normas laborales o de seguridad social. En este sentido, las reglas en materia de competencia desleal establecen que los incumplimientos normativos pueden llegar a constituir, en ciertas condiciones, il-

lícitos competenciales. De acuerdo con el art. 15 LCD, “se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes”, si bien “la ventaja ha de ser significativa”. Cabría en consecuencia considerar que, en los casos en los que un empresario infringe normas laborales y de Seguridad Social y, por tanto, puede producir con menores costos que sus competidores incurre en deslealtad con respecto de éstos que, en su caso, podrían iniciar las correspondientes acciones civiles a las que se refiere el art. 18 LCD. Es más, en ciertos casos la cuestión podría dar lugar a una conducta atentatoria de las reglas sobre defensa de la competencia y ser objeto de represión en vía administrativa puesto que, de acuerdo con el art. 3 LDC, “la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público”.

a) Lo cierto es, sin embargo, que la aplicación judicial —y administrativa— de estas reglas es sumamente limitada y, desde luego, no proclive a hacerles jugar el papel de apoyo a la efectividad de las normas laborales y de seguridad social que a buen seguro podrían tener si la interpretación fuera más generosa. Ello se explica en atención a diversos criterios interpretativos que dificultan su juego. De un lado, el art. 15.1 LCD se refiere a la “infracción de las leyes”, lo que permite dejar fuera de su ámbito de aplicación sin ulteriores consideraciones a las normas de rango inferior y, entre ellas, a los convenios colectivos. De otro lado, y sobre todo, los específicos elementos que configuran la infracción competencial del art. 15.1 LCD aparecen como un obstáculo que se salva difícilmente: no basta incumplir las normas, es preciso “prevalerse” del incumplimiento mediante la obtención de una ventaja competitiva que, además, ha de ser significativa. Y ello por lo que se refiere a la eventual intervención judicial... porque la administrativa viene todavía configurada de forma más res-

trictiva, al requerirse trascendencia suficiente de la deslealtad como para lesionar “el interés público”.

La redacción del art. 15.1 LCD conduce a la existencia de serias dificultades prácticas para poder obtener una condena del competidor que infringe la legalidad laboral —o de otros sectores como la fiscal—. Si atendemos a las últimas sentencias del TS sobre el particular, encontramos una taxativa doctrina que dificulta estas pretensiones: cuando funda su acción en el art. 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). En este contexto, no es de extrañar que los Tribunales civiles hayan rechazado acciones basadas en la LCD para conductas reputadas desleales por incluir el incumplimiento de normas laborales o de seguridad social. Y lo mismo cabe decir en los raros casos en los que este tema se ha planteado ante el TDC: dado que los márgenes en los que éste puede actuar en estos casos son todavía más estrechos, ha optado por rechazar su intervención reenviando a los órganos administrativos especializados en materia laboral y, en concreto, a la Inspección de Trabajo.

No se entiendan estas consideraciones como una crítica a la interpretación consolidada. Es muy probable que la misma sea correcta. Después de todo, el propio artículo 15 LCD diferencia claramente las infracciones de su apartado 1º de las que se tipifican en los otros dos números. Y no deja de llamar la atención que estas últimas sean mucho más sencillas y objetivas. De hecho, en el número 2 se alude a la “simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”; y, adicionalmente, desde 2003 se ha objetivado un cierto tipo de incumplimiento laboral, el de la “legislación sobre extranjería”. Circunstancias todas ellas

que apuntan indudablemente en el sentido de que el tipo general del art. 15.1 LCD es algo distinto al mero incumplimiento de normas laborales...

b) Sin embargo, otra lectura es posible. Y en esta segunda lectura la competencia entre empresas es más limpia y las expectativas de los trabajadores quedan más a cubierto. Esto se advierte tanto en la interpretación que ocasionalmente hacen los tribunales civiles como en los criterios interpretativos que utilizan los del orden social.

Por lo que se refiere a los primeros, se encuentran también pronunciamientos discrepantes que salvan los obstáculos que la doctrina consolidada pone al juego del art. 15.1 LCD en el terreno. En concreto, existen también sentencias que admiten que la “infracción de las leyes” a que se refiere el art. 15.1 LCD equivale a infracción de normas y, por tanto, aparte las administrativas, incluye las contenidas en los convenios colectivos. Y, sobre todo, pronunciamientos que favorecen la posible aplicación del precepto, mediante el juego de presunciones (a “la explotación del negocio sin la licencia de espectáculos” cabe aparejar un “abaratamiento de los costes significativo” que indudablemente mejora la posición competitiva) y el consiguiente traslado de la carga de la prueba a la empresa demandada (“la dificultad de establecer la relación causal entre la infracción legal y la ventaja competitiva significativa obliga a atender a lo que ocurre en la generalidad de los casos, es decir, al principio de normalidad, correspondiendo al demandado acreditar que en su caso el abaratamiento de costes no ha obedecido a la infracción”).

Por su parte, los tribunales del orden social han emitido algunas sentencias en las que el criterio del tratamiento igual de los competidores aparece como argumento para resolver cuestiones jurídico-laborales respecto de empresas cuyo *modus operandi* en el mercado presenta legitimidad más que dudosa. Es el caso de las llamadas empresas “multiservicios”. Estas empresas, por más que la doctrina ha advertido respecto a la dudosa legalidad de su actuación en la medida en que vulneran la prohibición

de cesión de trabajadores del art. 43.1 ET, funcionan en el mercado de forma prácticamente libre y, lo que es peor, en una situación de práctica anomía puesto que su característica esencial —su funcionalidad “multiservicio”— les permite huir de la negociación sectorial. Pues bien, una forma de evitar este fenómeno ha sido encontrada precisamente en la obligación de que los competidores se sujeten al *fair play*, criterio que ha conducido en dos ocasiones al TSJ Castilla-La Mancha a considerar aplicable a estas empresas el convenio sectorial —u otro negociado fuera de su ámbito—.

6. ALGUNAS CONSIDERACIONES PARA LA REFLEXIÓN

Si hay que sacar algunas conclusiones de todo lo anterior que permitan guiar la reflexión sobre el tema que nos ocupa, éstas podrían ser las siguientes. En primer lugar, es claro que se detecta un rápido crecimiento de los conflictos entre disciplina del mercado y normas laborales. Y que el mismo se relaciona con una mayor exigencia de aquella respecto de éstas. Estos fenómenos son más evidentes en el ámbito comunitario, en el que llevan produciéndose más tiempo y, si se nos permite la expresión, de forma más espectacular —pues tal es el calificativo que merecen los planteamientos antisindicales y contrarios a la integridad de los convenios colectivos que se advierten en los recientes casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*—. Y no lo es tanto en el interno, al menos desde el punto de vista estrictamente cuantitativo —puesto que también consideramos espectacular imponer una multa a un sindicato por negociar un convenio colectivo, por más que su contenido pueda ser discutible—.

Esta idea apunta, en segundo lugar, a la posible apertura de una nueva fase de relaciones entre las normas de la competencia y el Derecho del Trabajo. El equilibrio tradicional entre aquellas y éste ha venido basándose en la primacía de las normas laborales, con la con-

siguiente exclusión de la competencia basada única o fundamentalmente en las políticas de personal. Sin embargo, los episodios sobre los que se ha pasado tan rápidamente en la exposición anterior apuntan a la creciente prevalencia de las exigencias de la libertad de actuación empresarial en el mercado. De este modo, las políticas de personal agresivas, basadas en el *dumping* social, se incorporan como un elemento esencial de la competencia en el mercado. Quiebra con ello el papel uniformizador de las normas laborales. Todo ello se advierte con nitidez en el ordenamiento comunitario: la tradicional existencia de dos niveles de desarrollo, uno más rápido, para aspectos económicos y otro, mucho más lento, para los vinculados a la ciudadanía política o social, da una clara prevalencia a aquellos. Y comienzan a verse también indicios de que a este resultado puede llegarse en el ámbito interno que, en estos temas, es tributario de aquél.

Es evidente, en tercer lugar, que el conflicto entre disciplina del mercado y normas laborales no es exclusivamente de carácter técnico sino que incorpora claros componentes políticos o ideológicos. Como se ha intentado mostrar al exponer los planteamientos interpretativos que vienen utilizando los operadores jurídicos al respecto, desde una perspectiva exclusivamente técnica buena parte de los problemas que han sido objeto de resolución administrativa o judicial admiten soluciones diferentes. Según la perspectiva en la que aquellos se sitúen y el punto de partida desde el que actúen, puede llegarse a destinos distintos: cuando razonamos desde las finalidades del ordenamiento jurídico-laboral y con arreglo a su peculiar sistema interpretativo, no alcanzamos las mismas conclusiones que cuando se sale del mercado y se aplica su específica metodología. Es preciso, sin embargo, recordar que por importante que sean el mercado y sus exigencias también lo son, y como mínimo al mismo nivel, las que derivan de la justicia social. Esto es muy claro en el ámbito interno como se desprende tanto de algunas cláusulas generales de la Constitución (cfr. art. 1.1 y 9.2 CE) como del profuso reconocimiento de los derechos colectivos e

individuales de los trabajadores. Y habría de serlo también en el comunitario: no se olvide, en este sentido, que las reacciones frente a la solución de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* se han producido también entre las instituciones europeas y, muy señaladamente, en el Parlamento.

Estas ideas obligan, desde nuestro punto de vista, a ponerse en marcha para construir un claro ámbito de inmunidad del ordenamiento laboral, en su conjunto, y de los convenios colectivos, en particular, frente a agresiones injustificadas de la disciplina del mercado. Por supuesto, este espacio de inmunidad no podrá ser absoluto ni ilimitado. Pero sí que habría de suponer que los específicos intereses existentes

tras las normas laborales o las cláusulas convencionales son objeto de análisis a la luz de su finalidad histórica y de su tutela constitucional; y que sólo serán objeto de cuestionamiento cuando estos no les suministren cobertura suficiente para justificar el sacrificio del libre funcionamiento del mercado. Muy posiblemente esta idea tiene, en fin, específicas consecuencias en términos de órganos competentes para desarrollar este tipo de control: debe ser un control exclusivamente jurisdiccional, a desarrollar por los órganos del orden social como, por lo demás, acontece cuando las normas que entran en conflicto con los convenios colectivos son leyes distintas a las vinculadas a la defensa de la competencia.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

1. Introducción

En relación con la eclosión de la cuestión que nos ocupa, resulta significativo observar cómo, en el breve término de tres años, se han publicado tres obras extensas sobre el tema. Nos referimos a MARTÍNEZ FONS, D., *Libre competencia y derecho del trabajo*, Madrid (La Ley), 2006, DURÁN, F. y SÁEZ, C. (coor.), *Unidad de mercado y relaciones laborales*, XXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones laborales, Sevilla, 2007 y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., *Derecho del trabajo y legislación de defensa de la competencia*, Pamplona (Aranzadi), 2008.

2. Ordenamiento laboral y tutela de la competencia en el mercado

Para un análisis de la experiencia norteamericana véase GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “La interacción entre el derecho de trabajo y la defensa de la competencia: apuntes sobre la cuestión”, *Relaciones laborales*, 2006-II, pp. 373-407. Respecto a las experiencias comparadas europeas en relación con el tema que nos ocupa, es posible consultar el informe BRUUN, N., HELLSTEN, J., *Collectives agreements and Competition law in the EU, the report of the COLCOM-project*, Copenhagen (DJOF), 2001. Señalando el carácter “reversible” del derecho del trabajo véase LYON CAEN, G. “La infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence”, *Droit ouvrier*, septiembre 1992, p. 313-319 y LYON-CAEN, G., *Le droit du travail. Une technique réversible*, París (Daloz), 1995.

3. Libre prestación de servicios, libre competencia y normas laborales en el Derecho comunitario

Para un análisis de la relación entre la libertad económica y las normas laborales véase el número monográfico de *Relaciones Laborales*, 2008-II, sobre *Nuevas perspectivas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas*. En particular los artículos de SCIARRA, CARUSO, GUAMÁN y RODRÍGUEZ-PIÑERO.

Los episodios judiciales citados en el este epígrafe son:

Sobre convenios colectivos y normas de la competencia: SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany, Brentjen's, Drijvende Bokken*, C-67/96, C-115/97 a C-117/97, C-219/997; STJCE de 12 de septiembre de 2000; STJCE de 21 de septiembre de 2000, *Van der Woude*, C-222/98.

Sobre la libre prestación de servicios y los desplazamientos temporales de trabajadores: STJCE de 11 de diciembre de 2007, *Viking Line*, C-438/05; STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05; STJCE de 3 de abril de 2008, *Rüffert*, C-346/06. Sobre las reacciones frente a estos pronunciamientos, véase *Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 22 de octubre de 2008, sobre los retos para los convenios colectivos en la Unión Europea*.

4. Normas laborales y derecho de la competencia en el Ordenamiento laboral español

Para obtener detalles adicionales sobre los distintos temas que se exponen en el apartado 4, pueden consultarse las siguientes fuentes

4.1. La extensión del conflicto... Los episodios judiciales y administrativos citados en el este epígrafe son:

Farmacias militares: STS de 15 de marzo de 1993 [rec. 1730/1991, (Tol 233118)].

Trabajo en festivos: Pronunciamientos judiciales contrarios a admitir la modificación sustancial pactada con los trabajadores a nivel de empresa (art. 41 ET en su versión original): STS cont. de 17 de abril de 1996 (rec. 1083/1993); STSJ La Rioja de 2 de septiembre de 1994 (rec. 122/1994). Impugnación de convenio colectivo basada en libertad de empresa: SSTSJ Castilla-León (Burgos) de 23 de noviembre de 2006 (rec. 912/2006) y de 8 de febrero de 2007 (rec. 1140/2006). Las primeras resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, referidos al sector de panadería, se refieren también a esta cuestión. Tal es probablemente el caso de la Res. TDC de 10 de marzo de 1993 (exp. A 42/93) y, sin duda, el de la Res. TDC de 16 de diciembre de 1996 (exp. 377/96).

Equiparación convencional de los salarios de trabajadores puestos a disposición por ETTs: SSTSJ Andalucía (Granada) de 10 de junio de 1999 (rec. 1387/1999), Com. Valenciana de 19 de enero de 1999 (rec. 3908/1998), 9 de febrero de 1999 (rec. 4337/1998) y 31 de octubre de 2000 (rec. 2769/2000) y Murcia de 28 de julio de 1999 (proc. 5/1999) y 5 de junio de 2000 (proc. 10/1998).

Restricción a la subcontratación: SAN de 7 de noviembre de 2001 (proc. 2/2001).

Fijación de precios de los servicios en los convenios: Res. TDC de 29 de enero de 2007 (exp. 607/2006) resuelve la cuestión planteada sobre el Convenio Colectivo de Empresas de Ayuda a Domicilio de la Comunidad Autónoma de Cantabria para los años 2004 y 2005. La existencia de procedimientos pendientes ante la Comisión de Defensa de la Competencia respecto a temas similares se advierte en el comunicado hecho público por ella misma (bajo el título *Comunicado sobre los expedientes S/0076/08 CCol del Sector de Contact Center y S/0077/08 CCol de las empresas de seguridad*) y que puede encontrarse en su web. Este mismo comunicado reenvía a otros procedimientos en sustanciación en los órganos autonómicos de defensa de la competencia, aunque en las respectivas web solo se ha localizado uno: el exp. DC-04/08, que se sustancia ante el TDC Castilla-León.

4.2. ... y las dudas respecto a su solución. En relación con la cuestión de las relaciones entre derecho de la competencia y acuerdos de interés profesional previstos en el Estatuto del Trabajo Autónomo, reenviamos a GOERLICH, J.M., "¿Un nuevo enfoque de las relaciones entre la contratación privada de servicios y el contrato de trabajo? A propósito del Estatuto del Trabajo Autónomo de 2007", de próxima aparición en los estudios en homenaje a Rafael Ballarín.

5. El olvido del papel del ordenamiento laboral como garantía de la igualdad en el mercado

Los distintos episodios judiciales y administrativos a los que se hace referencia en el epígrafe son los siguientes:

Ventajas competitivas derivadas de la aplicación de normas laborales: Res. TDC 1 de diciembre de 1995 (Expte. r 134/95) y, sobre todo, 17 de diciembre de 1996 (Expte. R 176/96) relativa a la contratación con trabajos penitenciarios.

Tratamiento desigual vinculado a la estructura de la negociación: Trabajo en festivos: STCT 17 de marzo de 1987, Ar. 7080; STSJ Galicia de 18 de marzo de 2005 (rec. 765/2005). La sentencia comunitaria a la que se alude es STJCE de 24 de enero de 2003, *Portugaia*, C-164/99. En cuanto a los descuelgues, STSJ Castilla-La Mancha 28 de mayo de 2002 (rec. 662/2001).

Competencia desleal e incumplimiento de convenios: En contra de considerarlos incluidos en el ámbito del art. 15.1 LCD: SAP A Coruña de 25 de mayo de 2004 (rec. 1907/2003). A favor, SAP Tarragona 16 mayo 2006 (rec. 555/2005).

Contratación de perceptores de desempleo, sin darlos de alta en la Seguridad Social: SAP Madrid de 14 de diciembre de 2006 (rec. 365/2006).

Incumplimiento de las normas aplicables y competencia desleal: Organización espontánea de fiestas (cotillones fin de año) frente a las cargas legales existentes para las empresas hosteleras regulares: SAP Guipúzcoa 11 de mayo de 1998; incumplimiento de convenio en punto a salarios, jornada, etc.: SAP A Coruña de 25 de mayo de 2004 (rec. 1907/2003); incumplimiento de normas fiscales y de seguridad social: STS civ. de 24 junio de 2005 (*Tol 674252*). Véase, sin embargo, SAP Barcelona de 1 de septiembre de 1999 (rec. 846/1996), que presume la ventaja y asigna la carga probatoria a la empresa demandada cuando esta explota un espectáculo sin licencia, y con incumplimiento, entre otros, de las normas laborales y de Seguridad Social.

Incumplimiento de normas laborales e intervención de los órganos administrativos de defensa de la competencia: Res. TDC 16 abril 1998 (exp. r 288/98).

Empresas "multiservicios" y competencia desleal: Las sentencias a las que se alude en el texto son SSTSJ Castilla-La Mancha de 17 de octubre de 2005 (rec. 944/2005) y de 2 de octubre de 2006 (rec. 723/2005). Existen otras que siguen la misma solución (cfr. por ejemplo STSJ Madrid de 20 de octubre de 2008, rec. 2399/2008) que, sin embargo, no es unánime en la doctrina de duplicación. Véanse en este último sentido, por ejemplo, SSTSJ Cantabria de 22 de septiembre de 2008 (rec. 601/2008), Navarra de 19 de diciembre de 2007 (rec. 140/2007) o Castilla-León (Valladolid) de 2 de mayo de 2007 (rec. 450/2007).

Fecha de recepción: 30 de marzo de 2009

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2009