

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

DERECHO DEL TRABAJO Y DEFENSA DE LA
COMPETENCIA

ADORACIÓN GUAMÁN HERNÁNDEZ

UNIVERSITAT DE VALENCIA
Servei de Publicacions
2008

Aquesta Tesi Doctoral va ser presentada a València el dia 30 de Novembre de 2007 davant un tribunal format per:

- D. Tomás Sala Franco
- D. Antonio Pedro Baylos Grau
- D. Antoine Jeammaud
- D. Juan Vicente López Gandia
- D. Juan Manuel Ramírez Martínez

Va ser dirigida per:

D. José María Goerlich Peset

D. Antoine Lyon-Caen

©Copyright: Servei de Publicacions
Adoración Guamán Hernández

Depòsit legal:

I.S.B.N.:978-84-370-7056-8

Edita: Universitat de València

Servei de Publicacions

C/ Artes Gráficas, 13 bajo

46010 València

Spain

Telèfon: 963864115

**UNIVERSITAT DE VALÈNCIA ESTUDI GENERAL
FACULTAT DE DRET
DEPARTAMENT DE DRET DEL TREBALL I DE LA SEGURETAT SOCIAL**

**UNIVERSITÉ PARIS X NANTERRE
UFR DE SCIENCES JURIDIQUES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES**

**DERECHO DEL TRABAJO Y DEFENSA DE
LA COMPETENCIA**

TESIS DOCTORAL EN RÉGIMEN DE COTUTELA

Presentada por:

D^a. Adoración Guamán Hernández

Dirigida por:

D. José María Goerlich Peset

Catedrático de la Universitat de València

D. Antoine Lyon-Caen

Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre

*A Adoración Hernández
A Isidora Martínez*

NOTA PRELIMINAR

Siguiendo la tradición francesa deseo tomarme la licencia de mostrar por escrito mi agradecimiento a los que tengo el honor de llamar maestros, los profesores José María Goerlich Peset y Antoine Lyon-Caen. La confianza que ambos me han mostrado, su inspiración, sus críticas, su ayuda inestimable, así como su comprensión en todo momento han ido más allá de la redacción de esta tesis.

Mi gratitud se dirige igualmente al Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universitat de València, muy especialmente a los profesores Fernando Fita, Enrique Nores, Ángel Blasco y Belén Cardona, así como evidentemente a Rosa Ruíz. También deben ser mencionados los profesores Juan Antonio Ureña, Carmen Azcárraga y Javier Viciano, cuya influencia en la tesis ha sido indudable.

El presente trabajo no habría sido posible sin la generosa acogida de los miembros de l'Institut International de Paris La Défense (IIPLD), donde se ha redactado gran parte de la tesis. En particular, quiero expresar mi agradecimiento a Joëlle Affichard, Cyril Wolmark, Jérôme Porta y Véronique Rosini, sin olvidar al resto de compañeros que me han ayudado a lo largo de estos años en París.

El último agradecimiento es para Jordi, que ha acompañado la redacción y ha releído todas estas páginas.

Sumario

INTRODUCCIÓN

PARTE I. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DEL MERCADO INTERIOR COMUNITARIO Y EL DERECHO DEL TRABAJO DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Capítulo I. El marco del encuentro: objetivos económicos y sociales en el ordenamiento comunitario.

Capítulo II. El control de las normas e instituciones sociales estatales bajo el prisma de las libertades de circulación.

Capítulo III. El control de la norma laboral por el derecho comunitario de la competencia.

PARTE II. EL ENCUENTRO ENTRE EL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO ESTATAL.

Capítulo I. Las distintas manifestaciones de interacción en el ámbito de los Estados miembros: defensa de la competencia v. negociación colectiva.

Capítulo II. El encuentro entre el derecho del trabajo y el derecho de la competencia en el Estado español.

Abreviaturas utilizadas

Abreviaturas de revistas:

AEDIPr: Anuario Español de Derecho Internacional Privado

AJDA : Actualité de jurisprudence de droit administratif

AL: Actualidad Laboral

AS: Aranzadi Social

CDE : Cahiers de droit européen

CMLR : Common Market Law Review

Col. Law Rev.: Columbia Law Review

Col. Journ. Eur. Law.: Columbia Journal of European Law

D.: Dalloz

DRI: Diritto delle relazioni industriali

Dr. Ouv.: Droit Ouvrier

DS: Droit Social

ECLR: European Competition Law Review

E.L. Rev.: European Law Review

Eur. com. law rev.: European Community Law Review

GJ: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia

IJCLLIR: International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations

Ind. Law J.: Industrial Law Journal

IRJ: Industrial Relation Journal

ILR: International Labour Review

JCP: Juris-classeur périodique

JDI: Journal du Droit International

RL: Relaciones Laborales

RAP: Revista de Administración Pública

RDCE: Revista de Derecho Comunitario Europeo

Rev. Derecho Merc.: Revista de Derecho Mercantil

- RDS:** Revista de Derecho Social
- RDT:** Revue de Droit du Travail
- RDUE:** Revue du droit de l'Union Européenne
- RDUH:** Revue universelle des droits de l'homme
- REDC:** Revista Española de Derecho Constitucional
- ReDCE:** Revista Española de Derecho Constitucional Europeo
- REDI:** Revista Española de Derecho Internacional
- REDT:** Revista Española de Derecho del Trabajo
- RGD:** Revista General de Derecho
- RGDA:** Revista General de Derecho Administrativo
- RGDE:** Revista General de Derecho Europeo
- RGDTSS:** Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
- RIDE:** Revue internationale de droit économique
- RMCUE:** Revue du Marché commun de l'Union Européenne
- RMTAS:** Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
- RPJ:** Revista del Poder Judicial
- Rev. Soc.:** Revue des sociétés
- RTSS:** Revista de trabajo y seguridad social
- RTD Com:** Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
- RTD eur.** Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
- TL:** Temas Laborales
- Tex. L. Rev.:** Texas Law Review
- TS:** Tribuna social
- U. Pa. L. Rev.:** University of Pennsylvania Law Review
- Yale L.J.:** Yale Law Journal

Abreviaturas de textos normativos y boletines oficiales:

AUE: Acta Única Europea

BOE: Boletín Oficial del Estado

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CSE: Carta Social Europea

DO: Diario Oficial

DOCE/DOUE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas/Diario Oficial de la Unión Europea

ET: Estatuto de los Trabajadores

LCD: Ley de Competencia Desleal

LDC: Ley de Defensa de la Competencia

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

NLRA: *National Labor Relations Act*

PLDC: Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia

TCE: Tratado de la Comunidad Europea

TCEE: Tratado de la Comunidad Económica Europea

TCECA: Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero

Abreviaturas de nombres de Organizaciones e Instituciones:

AN: Audiencia Nacional

AP: Audiencia Provincial

CNC: Comisión Nacional de la Competencia

Cons. conc.: Conseil de la Concurrence

OIT: Organización Internacional del Trabajo

TC: Tribunal Constitucional

TDC: Tribunal de Defensa de la Competencia

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN

*"C'est une histoire comparable à celle des Atrides: le Droit du travail est l'enfant du marché et de la libre concurrence; cependant il a très tôt éprouvé une haine envers ses parents, allant jusqu'à souhaiter les tuer. Aujourd'hui, ceux-ci veulent se venger et un infanticide menace"*¹. De esta manera caracterizaba G. LYON-CAEN la historia de la relación entre el derecho del trabajo y las normas orientadas a la defensa de la competencia en el mercado, mostrando que la misma ha estado marcada por una unión *de radice* y sucesivas amenaza de ruptura. Como si de la familia de los Atridas se tratara, los vínculos entre ambos conjuntos normativos, especialmente fuertes en su nacimiento y desarrollo temprano, han desembocado en continuas divergencias.

En el ámbito jurídico de la Europa continental, la articulación de estas diferentes ramas del ordenamiento jurídico se ha complicado de manera paralela a su desarrollo. Especialmente desde finales de la década de los ochenta, viene anunciándose por la doctrina especializada un paulatino aumento de los puntos de encuentro entre el derecho del trabajo y las normas que disciplinan el mercado². Términos que evidencian el conflicto, como “infiltración”³, “confrontación”⁴, “intrusión”⁵, “colisión”⁶, “invasión”⁷, han sido utilizados para describir la relación junto con

¹ LYON-CAEN, G., “La concurrence par la réduction du coût du travail”, Dr. ouv., 2003, p. 261.

² RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Derecho del Trabajo y disciplina de mercado”, RL, N° 2, 2001, p.2.

³ LYON-CAEN, G. “L’infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence”. Dr. ouv., Septembre 1992, p.313.

⁴ LYON-CAEN, A., “Droit social et droit de la concurrence, observations sur une rencontre”, *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l’honneur de Jean Savatier, Puf, Paris, 1992, p. 331.

⁵ LAIGRE, P., “L’intrusion du droit communautaire de la concurrence dans la champ de la protection sociale”, *DS*, 1996, N°1, p. 83.

⁶ DE VOS, M., *A decade beyond Maastricht: The European Social Dialogue Revisited*, Kluwer Law International, Great Britain, 2003, p. 57.

⁷ EDELMAN, B., “A bas le droit du travail, vive la concurrence !”, *Chron. D.*, 1992, p.1.

valoraciones que señalan la actual cohabitación⁸ y opiniones que reivindican la necesaria coexistencia⁹.

Aun cuando la atención prestada al complejo fenómeno por la doctrina iuslaboralista europea es reciente, forjándose al calor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la interacción entre ambos conjuntos normativos no es una realidad derivada del Tratado de Roma¹⁰. Al contrario, el cruce de los caminos de esta *extraña pareja* ha sido recurrente a lo largo de su historia. De hecho, el binomio ha mantenido una tradicional relación de cierta complementariedad, derivado de una característica común: ambos conjuntos normativos suponen la intervención de los poderes públicos en el sistema de economía de mercado¹¹.

Como recordaba G. LYON-CAEN, las normas de defensa de la competencia, como una de las primeras manifestaciones del mencionado intervencionismo estatal, han tenido con carácter general la misión de regular el funcionamiento del mercado evitando las formaciones monopolísticas¹². Esta voluntad de garantizar el juego constante del principio de libre competencia implicaba una modificación del libre juego de los actores en el mercado, limitando la actuación de éstos con una

⁸ IDOT, L. "Droit social et droit de la concurrence : confrontation ou cohabitation ?", *Europe*, nov. 1999, pp. 4-8.

⁹ Es el caso de PUTMAN que ha mediado entre las posturas orientadas a denunciar la intrusión y las opiniones favorables a la aplicación del derecho de la competencia sobre las cuestiones radicadas en la esfera de lo laboral. El autor francés señala que la coexistencia entre ambas ramas del derecho es necesaria y debe ser organizada. PUTMAN, E., "Les rapports entre droit social et droit de la concurrence", en RIDE, N° 2, 1998, p.108.

¹⁰ "...l'affaire ne date pas des articles du traité de Rome sur le maintien de la concurrence entre entreprises. C'est une très ancienne histoire, souvent secrète, mais qui éclate au grand jour à d'autres moments : l'histoire d'une liaison et de ruptures suivies de réconciliations en attendant un divorce irrémédiable mais toujours retardé", LYON-CAEN, G., "La concurrence par la réduction...", cit. p. 261.

¹¹ Justificando este carácter de las normas sobre competencia vid. en extenso, VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 58 y ss.

¹² LYON-CAEN, G., "L'infiltration du Droit du travail...", cit., p 313.

actuación similar al más temprano derecho del trabajo. De hecho, las disposiciones laborales han actuado desde sus orígenes como un factor de regulación de la competencia en el mercado¹³, sometiendo a los empresarios competidores a obligaciones similares. Estas normas han regulado tradicionalmente el fenómeno del trabajo fijando unas condiciones mínimas y generales que evitaran distorsiones graves, en un intento de compatibilizar la competencia empresarial y los estándares sociales¹⁴.

La interacción habitual entre ambos conjuntos normativos es pues indudable¹⁵. A pesar de estos escenarios comunes, las normas laborales no

¹³ Cuestión que es especialmente evidente atendiendo a los orígenes de la internacionalización del derecho del trabajo. Así, la adopción de normas laborales internacionales se justificó tempranamente como un medio para igualar las cargas y atenuar las desigualdades de la competencia económica internacional. Este es uno de los factores que explica el precoz nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo y el apoyo demostrado a la misma por los propios empresarios que abogaron, en este momento, por una uniformidad del derecho del trabajo. LYON-CAEN G., LYON-CAEN, A., *Droit Social international et européen*, Dalloz, Paris, 7ª Ed., 1991, p. 131.

¹⁴ JEAMMAUD, A., "La condition du travailleur dans l'ordre concurrentiel", en *L'Ordre Concurrentiel*, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Frison-Roche, Paris, 2003, p. 378.

¹⁵ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "Derecho del Trabajo y disciplina de mercado", cit., p.2; en el mismo sentido se orientan las consideraciones realizadas por FARJAT acerca de los ligámenes entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Económico. Definía el iusprivatista francés el Derecho económico como "el derecho de la concentración o colectivización de los bienes de producción y de la organización de la economía por los poderes públicos y privados". En tanto en cuanto el derecho de la competencia tiene por objeto la regulación del comportamiento de los actores del mercado, queda claro que este orden normativo puede incluirse en la categoría más amplia de "Derecho Económico". De ahí que represente un especial interés la exposición del autor francés de las relaciones entre este orden normativo, en su globalidad, y el Derecho del trabajo. A este respecto FARJAT señala tres puntos básicos de relación entre dichas categorías: en primer lugar, ambos órdenes normativos constituyen las estructuras del nuevo estado industrial; por otro lado, las coincidencias técnicas revelan que, especialmente en el nivel de la empresa, podría hablarse de una misma disciplina, todo ello sin olvidar que ambos ordenamientos se diferencian por su objeto ya que cada uno de ellos regula una serie de relaciones jurídicas diferentes; en último lugar, es clara la influencia del Derecho Económico sobre el Derecho del Trabajo en cuanto el primero tiene un repercusión general sobre la generalidad de las ramas del derecho al ser su finalidad la ordenación de la economía. El autor también apuntaba la existencia de técnicas y de características idénticas entre ambos derechos, "el derecho del trabajo es interdisciplinar y conjuga particularmente las técnicas de derecho público y de derecho privado. En lo que concierne al derecho contractual, aparecen con anterioridad los <<contratos de adhesión>> y los convenios colectivos. Igualmente, las características generales de los dos derechos – movilidad, carácter concreto y detallado de las normas – son similares". Considera, por tanto, el autor que el Derecho del Trabajo ha sido un

han sido consideradas, en la tradición jurídica de la Europa continental, como una regulación directa de las condiciones de competencia. Al contrario, las disposiciones orientadas a determinar las condiciones de explotación de la mano de obra se han entendido a lo largo de la historia como imposiciones en todo caso necesarias y “soportables”, dada su contribución positiva al mantenimiento del orden socio-económico establecido¹⁶.

Sin embargo, diversos factores ligados al desarrollo de ambos conjuntos normativos, fundamentalmente la liberalización de los mercados¹⁷, el auge del derecho de la competencia derivado de la construcción comunitaria, y la evolución de la intervención de los poderes públicos y de los actores sociales en materia laboral, han cuestionado los límites que desde el derecho del trabajo se imponían tradicionalmente a la disciplina del mercado¹⁸. Las históricas fronteras entre las normas

“derecho precursor” del Derecho Económico en las sociedades industriales. FARJAT, G., *Droit Économique*, Puf, París, 1971, pp. 35-36.

¹⁶ Como ha recordado la doctrina, estas normas laborales se entendían más bien como “condicionamientos o cargas sociales que desde fuera se imponen a las empresas que se mueven en el mercado...” RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Derecho del trabajo y disciplina de mercado”, cit., p.1. Así, ha sido una opinión comúnmente aceptada que “(1)a actividad reguladora del Estado en materia laboral no puede considerarse como una intervención pública sobre la competencia, pues (...) las restricciones que la legislación laboral establece sobre el margen de actuación empresarial no tienen como objetivo ni como contenido dificultar la libre competencia entre las empresas, son condicionamientos genéricos...”. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Ayudas públicas para el empleo v. libre competencia”, RL, N° 23, 2001, p. 4

¹⁷ JEAMMAUD, A., “La condition du travailleur...”, cit., p. 375-383 ; sobre la cuestión vid., en extenso, JEAMMAUD, A., *Le Droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005 ; MOREAU, M-A., *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, confrontations et mutations*, Dalloz, 2006 ; PERULLI, A., *Diritto del Lavoro e globalizzazione*, Cedam, Padova, 1999. Entre nuestra doctrina pueden apuntarse como ejemplos del debate las contribuciones de: VALDÉS DAL-RE, F., “Transformaciones del derecho del trabajo y orden económico globalizado”, *Revista andaluza de relaciones laborales*, N° 12, 2003, pp. 131 y ss.; VALDÉS DAL-RE, F., “Soft law, Derecho del trabajo y orden económico globalizado”, RL, N° 1, 2005, pp. 37 y ss.; BAYLOS GRAU, A. “Globalización y Derecho del Trabajo: Realidad y Proyecto”, *Cuadernos de Relaciones Laborales* N° 15, 1999, pp. 19 y ss.; FARIA, *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001.

¹⁸ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Derecho del trabajo y disciplina de mercado”, cit., p. 1.

reguladoras del mercado de trabajo y la disciplina del mercado de bienes y servicios¹⁹ parecen modificarse o incluso diluirse de manera paulatina, evidenciándose un conflicto entre ambos²⁰.

Este desplazamiento de fronteras se produce en una doble dirección. Por un lado, y fundamentalmente por la inercia del Derecho comunitario, existe un movimiento de extensión del campo de aplicación de las normas que regulan el mercado, fundamentalmente las libertades de circulación comunitarias y el derecho de la competencia estatal y supranacional, hacia un espacio de relaciones habitualmente ordenado por las normas laborales. Por otro, de manera paralela a este movimiento expansivo aunque con una intensidad menos acusada, los contornos del sistema tradicional de relaciones laborales se encuentran asimismo en un proceso de transformación²¹. Particularmente, las nuevas exigencias de la organización

¹⁹ La distinción entre ambos mercados es una operación artificial que sin embargo, como ha subrayado G. LYON-CAEN demuestra su utilidad para diferenciar entre el mercado en el cual el objeto es la propia fuerza de trabajo y aquel en el cual el coste del trabajo interviene pero cuyo objeto son los bienes y servicios. LYON-CAEN, G., “La infiltration du Droit du travail...”, cit., p 313.

²⁰ La existencia de este conflicto, real o potencial, ha sido comúnmente aceptada por la doctrina pero no se trata de una posición unánime. En este sentido, determinados autores han señalado que la oposición entre el derecho del trabajo y el derecho de la competencia es un falso conflicto, derivado de una confusión entre los efectos jurídicos y los derivados de la competencia en el mercado en sí misma considerada. Así, es posible que la contraposición entre los niveles salariales y de protección social y la realidad competencial en el mercado sea una realidad y que los imperativos de esta última pueden amenazar los logros sociales. Sin embargo, las consecuencias negativas para estos últimos no son debidas al derecho de la competencia sino a un comportamiento desviado de las empresas que no encuentra freno por “la insuficiencia de las normas destinadas a la protección de los trabajadores”. Con estos argumentos, los defensores de esta idea del falso conflicto han apostado por un modo de “reconciliar la competencia y el derecho del trabajo”, mediante la igualación de las condiciones laborales para evitar que las mismas sean utilizadas como factor de competencia. Para ello, debe realizarse una adaptación del derecho social a la economía de mercado. La misma “consistirá en la búsqueda de mecanismos de vacas flacas. La noción de derechos adquiridos no contribuirá pues nada se considera adquirido en una economía de competencia. Esta es su debilidad pero también la condición de su éxito”. DE LEYSSAC, C.L., PARLEANI, G., *Droit du marché*, Puf, Paris, 2002, pp. 20 y 138-140.

²¹ Proceso evidentemente ligado al anterior. Así, como se señala en el Informe Supiot, el paso de una economía basada en la producción a otra gobernada por el sector de servicios, el progreso tecnológico y un mercado globalizado, han tenido un impacto crucial en la organización colectiva de las relaciones laborales. SUPIOT, A., (Coord.), *Transformations of Labour and future of Labour Law in Europe*, 1998, disponible en

empresarial han afectado a la estructura y contenidos de la negociación colectiva que se ha convertido a la vez en actor y sujeto de las normas del mercado²².

Los encuentros entre ambos conjuntos normativos no han sido ignorados. Desde una perspectiva comparada pueden identificarse dos experiencias distintas, separadas en el tiempo por casi un siglo. El ejemplo estadounidense ofrece la más antigua y expresa articulación entre normas *antitrust* y acción de los sindicatos orientada a la protección de los derechos de los trabajadores y a la regulación de las condiciones de trabajo. Estas fricciones estuvieron presentes desde el mismo nacimiento de la normativa *antitrust* en 1890 con la *Sherman Act*. La utilización sucesiva de esta norma contra el fenómeno sindical obligó a la introducción de exenciones orientadas a salvaguardar la actividad de las organizaciones de trabajadores de la aplicación de las normas *antitrust*. Los diferentes estadios por los que transita esta normativa, que se exponen en las páginas siguientes a modo de introito, son un claro ejemplo del conflicto que permite una mejor comprensión de la experiencia europea.

En el ámbito europeo, las fricciones comenzaron fundamentalmente con la integración comunitaria, que impulsó además la regulación de la defensa de la competencia en la amplia mayoría de los Estados miembros. En el derecho comunitario (Parte I) no existe ningún tipo de excepción social expresa en sede de Tratado que permita considerar a las normas estatales de carácter social, sean autónomas o heterónomas, fuera del

http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/supiot-report_en.pdf, apartado 340; en el mismo sentido, ligando el contexto económico con los cambios en las funciones del derecho del trabajo y particularmente de la negociación colectiva en los Estados miembros de la Unión Europea, vid., SCIARRA, S., *The evolution of labour law, (1998-2003)*, Volume I, General Report, pp. 45-49.

²² Acerca del proceso de transformación de la negociación colectiva vid., DEL REY GUANTER, S., “Una década de transformación...”, cit.; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “La reforma de la negociación colectiva a vueltas”, *iustel.com*, RGDTSS, N° 1, febrero 2003; MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “Las funciones de la autonomía colectiva en el escenario post-industrial”, *iustel.com*, RGDTSS, N° 5, Marzo 2004.

ámbito de aplicación de las disposiciones que disciplinan el mercado interior, fundamentalmente el derecho de la competencia y las libertades de circulación. Sin embargo, tanto en la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como en el derecho derivado es posible encontrar indicios de un incipiente giro hacia la construcción de una suerte de exención, al menos en lo relativo a los derechos sociales fundamentales y muy especialmente a la acción sindical y a la negociación colectiva, con consecuencias todavía inciertas pero cuya influencia en los Estados miembros debe tenerse presente. El ámbito comunitario es así a la vez fuente de (fuertes) fricciones y de (tímidos) intentos de solución, tanto en el ámbito de las libertades de circulación como en lo relacionado al derecho de la competencia *stricto sensu*.

Este último aspecto de la relación que imbrica la defensa de la competencia con las normas laborales, fundamentalmente con las colectivas, se encuentra igualmente presente en los ordenamientos jurídicos de la Europa continental (Parte II). El empeoramiento de la relación en los últimos tiempos se debe tanto al auge de la defensa de la competencia, (por el impulso del derecho comunitario), como a la expansión de las fronteras de la negociación colectiva y a la adopción por la misma de un nuevo rol, regulando en ocasiones cuestiones directamente orientadas a la ordenación de la competencia en el mercado de bienes y servicios.

Dividido en las dos Partes señaladas, en el presente trabajo se aborda un tema que ha sido objeto de un intenso debate entre la doctrina iuslaboralista europea pero que ha recibido un escaso y parcial tratamiento entre los laboristas españoles²³. En efecto, la relación entre el derecho del

²³ Entre los estudios sobre la cuestión, además de los ya señalados cabe traer, a modo de muestra, los siguientes: DRIGUEZ, L., *Droit social et Droit de la concurrence*, Tesis de Doctorado, Universidad Paris I Panteón-Sorbonne, París, 2005; ANTONMATTEI, P.H., DESTOURS, S., “Convention collective et droit de la concurrence: nouvelle rencontre”, DS, N° 11, 2003, pp. 999 y ss.; VOUSDEN, S., “Albany, Market and Social Exclusion”, ILJ, N°39, 2003, pp. 180 y ss; DE VOS, M., *A decade beyond Maastricht...*, cit.; GIUBBONI, S., *Diritti Sociali e Mercato, la dimensione sociale dell'integrazione*

trabajo y la disciplina del mercado ha sido un espacio de reflexión relativamente virgen en el panorama jurídico estatal²⁴, centrándose los estudios más recientes en cuestiones aledañas al núcleo duro de la relación, como es el control de las ayudas de Estado²⁵. Esta desatención no se ajusta con la realidad jurídica actual que reclama una mayor vigilancia. Como se demuestra en la Parte II del estudio, existen ya distintas manifestaciones en la jurisprudencia del orden social y en las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia que evidencian las fricciones entre los convenios colectivos y las normas españolas que articulan la defensa de la competencia.

De hecho, una de las más recientes muestras de la creciente preocupación por la relación entre la ordenación de las relaciones de trabajo y la disciplina de la competencia es la inclusión en el art. 13.1 del Proyecto de Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo de una mención a la ley de Defensa de la Competencia²⁶. Dentro de la sección que esta norma dedica a

européa, Il Mulino, Bologna, 2003; PIROVANO, A., “Droit de la concurrence et progrès social, (après la loi NRE du 15 mai 2001)” Chron. D., N°1, 2002 ; BRUUN, N., HELLSTEN, J., *Collectives agreements and Competition law in the EU, the report of the COLCOM-project*, DJOF, Copenhagen, 2001; ICHINO, P., “Collective bargaining and antitrust laws: an open issue”, *IJCLLIR*, vol. 17, N° 2, 2001, pp. 185 y ss.; EVJU, S., *IJCLLIR*, vol. 17, N°2, 2001, pp. 165 y ss; VAN DER BERGH, R., CAMESASCA, P., “Irreconcilable principles? The Court of Justice Exempts Collective Agreements from the Wrath of Antitrust”, *E.L.Rev*, N° 25, 2000, pp. 503 y ss.; CHARBIT, N., *Secteur public et droit de la concurrence*, JOLY, París, 1999 ; BARON, F., *Marché intérieur et Droit social dans l'Union européenne*, Aix-en-Provence, PUAM, 1998; MAVRIDIS, P., “Régimes complémentaires: droit de la concurrence ou Droit social communautaire”, *DS*, N°3, 1998; LAIGRE, P., “L'intrusion du droit communautaire de la concurrence dans la champ de la protection sociale” *DS*, N°1, 1996.

²⁴ De entre las escasas contribuciones debe destacarse la excelente apertura de la cuestión realizada por RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Derecho del trabajo y disciplina de mercado”, cit. En la misma línea se sitúa el artículo de RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y RIVAS VAÑÓ, A., “Relaciones laborales y libertad de empresa, algunas reflexiones”, en *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006. Ambos estudios apuntan los temas fundamentales tratados en el presente trabajo.

²⁵ Este tema ha sido más visitado por la doctrina, entre otras puede señalarse la reciente contribución de MARTÍNEZ FONS, D. *Libre competencia y derecho del trabajo*, La Ley, Madrid, 2006.

²⁶ Publicado en el BOCG de 1 de diciembre de 2006, serie A, N° 115-1.

los trabajadores autónomos dependientes, se recoge que “Los acuerdos de interés profesional previstos en el apartado 2 del artículo 3 de la presente Ley, concertados entre las asociaciones o sindicatos que representen a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y las empresas para las que ejecuten su actividad podrán establecer las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de dicha actividad, así como otras condiciones generales de contratación. En todo caso, los acuerdos de interés profesional observarán los límites del artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, salvo que reúnan las condiciones previstas en el artículo 3.1 de dicha Ley”. Esta inclusión expresa en el ámbito de aplicación de las normas de la competencia, aun cuando evidentemente la disposición se refiere a la ordenación de relaciones de trabajo en las que no concurren las notas típicas de dependencia y ajenidad²⁷, muestra la inquietud que despierta la cuestión.

En definitiva, como señalaba G. LYON-CAEN²⁸, la relación actual entre las normas de defensa de la competencia y el derecho del trabajo plantea “nuevas y acuciantes dudas”, que se manifiestan particularmente en lo relativo a la negociación colectiva pero que afectan a la generalidad del ordenamiento laboral. En opinión de un amplio sector doctrinal, la incidencia del primero sobre el segundo ha llegado a tal punto que la situación actual debe calificarse como una “verdadera ofensiva” de las normas que disciplinan el mercado contra las instituciones o entidades que, “realizando misiones de carácter social o teniendo un rol de protección de los intereses de los trabajadores, escapaban del derecho de la

²⁷ Según el art. 11 del texto, los trabajadores autónomos económicamente dependientes son aquéllos que “realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”.

²⁸ LYON-CAEN, G., “La concurrence par la réduction...”, cit., p. 268.

competencia”²⁹. La posibilidad de que mediante esta vía se socaven los principios básicos de lo que fue denominado “el derecho emergente de nuestros tiempos”³⁰ debe por tanto ser especialmente considerada, a riesgo de que el derecho del trabajo ceda definitivamente este apelativo al derecho de la competencia de espaldas a los estudios de la disciplina.

Comprender las tensiones señaladas y estudiar las diversas vías de canalización del conflicto en el ámbito nacional y supranacional requiere demarcar adecuadamente las fronteras del estudio, realizando una definición de los términos del binomio propuesto. Existen sobre la materia distintos estudios doctrinales que abarcan esferas muy similares. Así, “*Droit social et Droit de la concurrence*”, “*Diritti Sociali e Mercato*”, “*Collectives agreements and Competition law*” o “*Marché intérieur et Droit social*”, han sido algunas de las denominaciones escogidas para señalar una interacción que en este estudio se define con los términos “derecho del trabajo y defensa de la competencia”. La separación de las anteriores nomenclaturas impone una primera aclaración conceptual, a fin de precisar los exactos elementos cuya interacción es el objeto de estudio de la presente obra.

De manera general, por derecho del trabajo se entiende “el conjunto de principios y normas típicas que regulan las relaciones que se crean con ocasión del trabajo dependiente y por cuenta ajena”³¹. De entre las relaciones jurídicas básicas construidas en torno a la idea de trabajo por

²⁹ RODIÈRE, P., *Droit social de l'Union Européenne*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 347.

³⁰ SINZHEIMER, H., “La esencia del Derecho del Trabajo”, en *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Instituto de estudios laborales y de seguridad social, Madrid, 1984, p. 77. La idea de esta desestabilización de los fundamentos del Derecho del trabajo enunciados por el autor alemán ya fue anunciada por VALDÉS a propósito de los efectos de la globalización económica sobre el ordenamiento laboral. VALDÉS DAL-RE, F., “Transformaciones del Derecho del Trabajo...”, cit., p. 132.

³¹ ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J, SALA FRANCO, T, *Derecho del trabajo*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 5ª Ed., 2003, p. 23.

cuenta ajena: la individual, la colectiva y la de seguridad social³², se toman únicamente las dos primeras y particularmente la acción colectiva. Tal elección se justifica por ser estas dos realidades las que evidencian más claramente la función del Derecho laboral como elemento de organización de la competencia en el mercado de trabajo.

Las otras esferas de intervención estatal con carácter social donde se producen fricciones (servicios de empleo, entes de gestión de la seguridad social y ayudas de estado) son efectivamente un terreno de enfrentamiento entre las exigencias sociales y mercantiles, pero no revelan en sí mismas consideradas un cuestionamiento del sistema de organización de la mano de obra³³. Aun así, las cuestiones relacionadas con la interacción entre estas materias y la disciplina de mercado son tratadas a lo largo de la Parte I de este trabajo, pues aportan elementos imprescindibles para la correcta apreciación del objeto del estudio³⁴. Se evidencia de esta manera una diferencia en la delimitación del campo del análisis de la primera Parte con respecto al de la segunda, donde se analiza con carácter exclusivo la interacción entre los convenios colectivos y las normas que regulan la competencia en el mercado, siendo éste el núcleo duro del problema.

³² Se sigue en esta definición la realizada por GOERLICH PESET, J.M., *Proyecto Docente*, Universidad de Valencia, Valencia, 1995, pp. 36 y ss.

³³ En este sentido BALANDI ha sistematizado los escenarios del conflicto en una suerte de círculos concéntricos, diferenciando lo que, a su juicio, evidencia realmente el conflicto entre el derecho del trabajo y las normas de la competencia y lo que son cuestiones adyacentes. Para este autor, las tres áreas de conflicto nuclear o de conflicto *stricto sensu* son las relacionadas con la libertad sindical, los conflictos colectivos y la regulación de las relaciones de trabajo, ya sea esta autónoma o heterónoma. BALANDI, G. G., "La Constitución Europea, entre lo social y la libre competencia", en *Las transformaciones del derecho del trabajo...cit.*, pp. 138 y ss.

³⁴ Se evita por tanto y con carácter general la más amplia noción de Derecho social, utilizada habitualmente entre la doctrina francesa, como demuestran dos de los estudios más recientes sobre la cuestión que coinciden en la primera parte del binomio, *Droit social*, y sin embargo difieren en el otro elemento, *Marché intérieur* o *Droit de la Concurrence*.

Bajo la denominación de “defensa de la competencia”³⁵, y ya en relación al otro componente del par analizado, van a englobarse dos conjuntos distintos de normas, dependiendo del ámbito de análisis del que se trate. A lo largo de la Parte I se incluyen dentro del mencionado marchamo tanto las normas *antitrust*, como las libertades de circulación. Sin embargo, en el plano estatal se omite la referencia a la acción de las segundas, cuestión que se justifica por la menor relevancia de la interacción entre las libertades de circulación y el ordenamiento laboral en el plano estrictamente estatal³⁶. En cambio, en este segundo ámbito, y particularmente cuando se aborde el estudio del caso español, se integrará en el estudio no sólo la Ley de Defensa de la Competencia sino también la Ley de Competencia Desleal, puesto que, como se justifica en las páginas siguientes, ambas forman en la actualidad una unidad orientada en su conjunto a la defensa de la competencia.

La delimitación del contenido de este segundo elemento del binomio, al que se ha calificado bajo el genérico concepto de “defensa de la

³⁵ Se acoge la denominación con un contenido similar al apuntado por RODRIGUEZ-PIÑERO bajo el marchamo “disciplina de mercado”, en el artículo pionero en la materia entre la doctrina española. Mediante la misma, el autor daba cobertura a los dos aspectos que se abordan en el análisis desde el prisma comunitario: libertades de circulación y derecho de la competencia. (RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Derecho del trabajo y disciplina de mercado”, cit.). Sin embargo, dentro de este concepto cabría considerar ramas normativas ajenas a las señaladas pues, según ha afirmado el Tribunal Constitucional, en el FJ. 5º de la STC 88/1986 de 1 de julio, la ordenación del mercado tiene dos aspectos: la defensa de la competencia y la protección de los consumidores. Por esta razón se ha optado por utilizar una denominación más estrecha, dentro de la cual se engloban las manifestaciones normativas orientadas a la regulación de la competencia en el mercado de bienes y servicios, incluyendo las libertades de circulación.

³⁶ Como señaló el TC, en el ordenamiento español las libertades de circulación constituyen un principio constitucional, derivado de distinta manera de los artículos 2 y 139 de la Constitución española. Consideraba el Tribunal que el principio de unidad de mercado “... supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica” STC 88/1986 de 1 de julio, FJ 6. Aun partiendo de este principio, no se desconoce la existencia de conflictos provocados por las diferencias entre las normas propias de las distintas Comunidades Autónomas. Este hecho, que puede ser utilizado para la realización del llamado *dumping* social para la obtención de ventajas competitivas basadas en la existencia de menores costes sociales, no va a tratarse en el presente estudio. Debe apuntarse, no obstante, el creciente interés de la cuestión.

competencia”, requiere comenzar por un análisis de la propia noción de competencia, la cual no es de fácil aprehensión. De hecho se trata de un fenómeno complejo que ni económica³⁷ ni jurídicamente guarda una uniformidad de significado y relevancia³⁸, y que ha ido variando de manera correlativa a las mutaciones de los sistemas jurídico-económicos que cada ordenamiento contempla y regula.

En términos jurídicos, el derecho orientado a la defensa de la competencia está integrado por una serie de normas que tienen por objeto la protección del proceso de competencia en una economía de libre mercado³⁹ así como el establecimiento de los organismos y mecanismos procedimentales oportunos para la efectiva aplicación de tales normas⁴⁰. Este Derecho es concebido como el instrumento jurídico de la política de la

³⁷ En términos económicos, acogiendo una definición básica, se entiende por competencia la relación entre un número de empresas que ofertan bienes y servicios de la misma clase y al mismo tiempo a un grupo identificable de consumidores. Como se deduce de esta definición, la competencia se entiende como un proceso, el cual ha sido encuadrado en tres modelos distintos según se desarrolle el comportamiento de los actores. En los dos extremos de la clasificación se encuentran los modelos teóricamente perfectos, la competencia perfecta y el monopolio. En la zona intermedia se ubican las distintas modalidades de competencia imperfecta, diferentes del monopolio, entre las que se diferencia el oligopolio y la competencia monopolística. El concepto de competencia manejado actualmente se aleja del tipo de competencia perfecta, al no ser un objetivo adecuado de la política de la competencia dada su inviabilidad práctica. En este sentido se han identificado otros modelos en los que fundamentar la política de defensa de la competencia entre los que destaca la llamada “competencia efectiva”, entendida como un “clima de rivalidad suficientemente intensa entre un número adecuado de productores, con el fin de que los consumidores lleguen a disponer de una razonable posibilidad de elección entre las diversas ofertas en concurrencia. SAMUELSON, P.A., NORDHAUS, W.D., *Economía*, Madrid, McGraw Hill, 13ª Ed., 1992, pp.50-52 y 660-662; JONES, A., SUFRIN, B., *EC Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 3-15; GODYER, D.G., *EC competition law*, Oxford University Press, Oxford, 4ª Ed., 2003, pp. 8 y ss.

³⁸ FONT GALÁN, J.I., *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Publicaciones del Real Colegio de España de Bolonia, Bolonia, 1986, p. 31; GUTIERREZ, I., PADILLA, A.J., “Economía de la competencia”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., (dir.), *Tratado de derecho de la competencia, Unión Europea y España*, BOSCH, Barcelona, 2005, p. 18.

³⁹ JONES, A., SUFRIN, B., *EC Competition Law*, cit., p. 2.

⁴⁰ ALONSO SOTO, R., “Las relaciones entre los derechos comunitario europeo y español de la competencia”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., (dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia...*, cit., p. 60.

competencia⁴¹, esta última es una noción más amplia, que describe la orientación acogida por los gobiernos al adoptar las medidas de promoción de las estructuras competitivas del mercado⁴².

La construcción histórica de la defensa de la competencia evidencia su carácter evolutivo. En la tradición jurídica de la Europa continental la expresión más antigua de la defensa de la competencia es la prohibición de la competencia desleal. Junto a ella, de impronta más reciente, se encuentra la regulación europea de la libertad de competencia, presente tanto en el plano comunitario como en los ordenamientos de los Estados miembros. Esta segunda vía de defensa de la competencia, desarrollada en Europa al ritmo de la construcción del mercado interior comunitario, fue enormemente influenciada en sus orígenes por el derecho estadounidense, cuna de la normativa *antitrust*, cuyo mayor exponente es la *Sherman Act* de 1908⁴³. A pesar de este ligamen, los dos modelos de normativa *antitrust*⁴⁴

⁴¹ GOLDMAN, B., LYON-CAEN, A., VOGEL, L., *Droit commercial européen*, Précis Dalloz, 5ª Ed. 1994, p. 339. Así, habitualmente el derecho de la competencia desarrolla la política de competencia. Como excepción a esta regla general destaca la *Sherman Act*, adoptada de manera previa al desarrollo o conceptualización de una política de competencia determinada como tal.

⁴² JONES, A., SUFRIN, B., *EC Competition Law*, cit., p. 2. Como indican las autoras, en numerosas ocasiones los términos “derecho de la competencia” y “política de la competencia” han sido utilizados como sinónimos, lo cual es erróneo dado el mencionado carácter más amplio de la primera.

⁴³ El alcance de la influencia del derecho *antitrust* estadounidense sobre el comunitario ha sido una cuestión debatida. Es innegable que las normas comunitarias de la competencia fueron influenciadas por la normativa alemana, entrando en vigor de manera simultánea, y que el ordenamiento germano de la competencia había sido una imposición de los Estados Unidos al nuevo Estado alemán tras la segunda Guerra mundial con el objetivo de dismantelar la elevada cartelización de la industria alemana. (JONES, A., SUFRIN, B., *EC Competition Law*, cit., p. 30, GALBRAITH, J.K. *Historia de la economía*, cit p. 163). Sin embargo otro sector doctrinal minoriza la influencia mencionada destacando la existencia de una larga tradición jurídica europea de defensa de la competencia. En particular la escuela *ordoliberal* ha ligado el nacimiento de estas normas a su concepto de *constitución económica*. Sobre esta cuestión vid. GERBER, D., *Law and Competition in Twenty Century in Europe, protecting Prometheus*, Claredon Press, Oxford, 1998, p. 6-8.

⁴⁴ A lo largo del presente trabajo se utilizará la fórmula “normas *antitrust*” como sinónima de “normas o derecho de la competencia”. Se trata de una elección no exenta de dificultad. Ya en 1984 FIKENTSCHER señaló la variada terminología existente en la materia. El Tratado de Roma utilizaba la denominación de “reglas de competencia”, los americanos *antitrust*, los ingleses *restrictive practices*, los alemanes *kartellrecht*, los franceses *ententes* o *position dominantes*, etc. Ante esta situación el autor prefiere utilizar

difieren en la actualidad en cuanto a la estrategia adoptada, los instrumentos técnicos y las instituciones encargadas de la defensa de la competencia presentes en cada uno de ellos⁴⁵. Igualmente distintos son las funciones⁴⁶ y los objetivos⁴⁷ a los que se orientan las disposiciones *antitrust* de ambos modelos, cuya evolución en el tiempo es además indudable.

De esta manera es posible afirmar que la defensa de la competencia posee hoy en día un carácter ambivalente, conjugando la libertad con

la expresión “control de la economía”, que, a su juicio, comprende “el Derecho antimonopolio en sentido estricto y la lucha contra las condiciones contractuales (que limitan) la competencia y que, por otro lado, refleja también la idea fundamental del postulado democrático del control social del poder económico”, FIKENTSCHER, W., “Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)”, *Rev. Derecho Merc.*, 1984, p. 465.

⁴⁵ En cuanto a la estrategia adoptada, la doctrina ha diferenciado entre dos sistemas básicos de defensa de la competencia: el sistema de prohibición, típico del modelo estadounidense y el sistema de control, adoptado en el ámbito comunitario. En relación a las vías de control, debe recordarse que las prácticas restrictivas de la competencia producen una doble afectación; por un lado repercuten en la estructura del mercado, esto es, en el interés general, por lo que deben ser controladas por la administración pública, como defensora de tal interés; por otro lado, tales prácticas pueden vulnerar derechos individuales de otros actores en el mercado, ya sean productores o consumidores, por lo que debe existir la vía de acción privada para la defensa de tales derechos. En todos los sistemas de ordenación de la competencia existen ambos cauces. La diferencia sustancial entre el sistema norteamericano y el europeo es el grado de utilización de uno y otro. Mientras en el primero la acción privada es predominante, en el caso europeo la iniciativa institucional ha sido la que ha marcado la aplicación del derecho de la competencia, teniendo la acción de los particulares una importancia residual. Esta cuestión ha marcado la evolución de los dos sistemas, mientras que el más antiguo se ha desarrollado principalmente por la vía jurisprudencial, el peso de la construcción del segundo ha recaído de manera predominante sobre las autoridades administrativas. Sobre la cuestión vid., entre muchos otros: FONT GALÁN, J.I., *La libre competencia en la Comunidad Europea*, cit., p. 93; CALVO-CARAVACA, A-L., y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Política y derecho de la competencia en la C.E.E.: una aproximación”, *RGD*, N° 583, pp. 3391-3392; VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit., pp. 441 y ss.

⁴⁶ Las funciones de las normas *antitrust* han sido sintetizadas en tres, que se insertan, en mayor o menor medida en los distintos sistemas de defensa de la competencia: la función político-jurídica, la político-económica y la político-social, FIKENTSCHER, W., “Las tres funciones del control de la economía...”, cit., pp. 466-485; CALVO-CARAVACA, A-L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Política y derecho de la competencia en la C.E.E...” cit., p. 3386.

⁴⁷ Mientras las funciones señaladas coinciden en la mayoría de sistemas de defensa de la competencia los objetivos concretos varían e incluso pueden llegar a competir entre ellos, según el peso específico que se la haya otorgado a cada una de las funciones. VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit., p. 67; CALVO-CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, loc. cit., p. 3389

restricciones derivadas del cumplimiento de determinadas misiones de interés general. Como señala la doctrina especializada, la protección de la mencionada libertad ha cedido frente a nuevos objetivos, asignados a la intervención de los poderes públicos en el mercado⁴⁸.

El derecho comunitario de la competencia, centrado en el ámbito *antitrust*, evidencia esta evolución. Atendiendo tanto a la jurisprudencia del TJCE⁴⁹ como a los documentos de las Instituciones comunitarias⁵⁰ puede afirmarse que en la actualidad el objetivo de la *competition policy* es asegurar la “competencia efectiva”⁵¹. Partiendo de este concepto de competencia efectiva, la doctrina ha establecido una tríada de elementos considerados como constitutivos de la misma: la libertad de acceso al mercado, la libertad de acción de los oferentes de bienes y servicios y la libertad de elección de los consumidores. De esta triple condición se extraen a su vez dos conclusiones: que las normas *antitrust* no se limitan a los precios de los bienes y servicios y que la competencia requiere la libertad de acceso⁵². Aun siendo comúnmente aceptados todos los conceptos antedichos, no existe acuerdo en cómo el derecho *antitrust* debe

⁴⁸ VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit. pp. 65 y 66.

⁴⁹ V. gr., SSTJCE de 25 de octubre de 1977, *Metro*, 26/76, párrafo 20 y de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. Ag v Commission*, 85/76, párrafo 38.

⁵⁰ Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (2004/C 101/08), DOCE de 27 de abril de 2004, párrafo 13. También se encuentra esta noción en el Libro Blanco sobre la modernización de los artículos 85 y 86 del Tratado CE, 1999. Síntesis, pto. 8, “The Commission has now come to concentrate more on ensuring effective competition by detecting and stopping cross-border cartels and maintaining competitive market structures”.

⁵¹ El término continúa siendo confuso, un claro ejemplo se encuentra en el *Libro blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*, editado en enero de 2005. Para FONT GALAN dicha concepción “exige fundamentalmente que el acceso al mercado esté siempre libre, que las alteraciones de la oferta y la demanda se traduzcan en el precio, que la producción y la venta no esté limitada artificialmente y que la libertad de acción y elección de los proveedores, compradores y consumidores no sea puesta en peligro”, FONT GALÁN, J.I., *La libre competencia...*, cit., p. 41.

⁵² GOLDMAN, LYON-CAEN, VOGEL, *Droit commercial européen*, cit., p. 369

conseguir dicha eficiencia ni en si es posible la introducción de nuevos objetivos⁵³ o excepciones a la aplicación de las normas.

En el ámbito comunitario, el derecho de la competencia ha sido definido de manera amplia, como el “conjunto de reglas jurídicas destinadas a ordenar una competencia económica fundada sobre los intercambios de bienes y servicios”⁵⁴. Se trata de una acepción que, dada su extensión, es particularmente útil para abarcar el conjunto de normas a las cuales se refiere el presente estudio. Como ya se adelantó, a lo largo de la Parte I del mismo se hace referencia no sólo al derecho de la competencia *stricto sensu*, sino a la ordenación del mercado desde una perspectiva más amplia, integrando el estudio de la interacción entre el derecho del trabajo y las libertades de circulación.

Ambos conjuntos, competencia y libre circulación, también han recibido el apelativo de “derecho constitucional económico de la comunidad europea”⁵⁵, dado su carácter fundamental para la construcción comunitaria. La política de la competencia y las cuatro libertades de circulación se configuraron desde el nacimiento de las Comunidades Europeas en los elementos constitutivos de la integración económica, como los pilares básicos de la construcción comunitaria⁵⁶, orientados a construir y

⁵³ Por añadidura, la consecución de la asignación efectiva de recursos no tiene porque suponer, en todo caso, el mayor bienestar del consumidor, pudiendo chocar entre ellos y, lo que es más común, colisionar frontalmente con otros objetivos de clara tradición constitucional como la libertad de empresa, la protección del medio ambiente, las cuestiones relacionadas con la protección social... JONES, A., SUFRIN, B., *EC Competition Law*, cit., p. 17

⁵⁴ Se acoge la definición utilizada por DRIGUEZ, L., *Droit social et Droit de la concurrence*, cit., p. 11, con cita de CHAMPAUD, C., “Caractères du droit de la concurrence”, *Juris-classeur Concurrence, Consommation*, fasc. 30, 1991, n°4.

⁵⁵ Se entiende el término “derecho constitucional económico de la Comunidad Europea” como denominación del conjunto conformado por el derecho de la competencia y las libertades de circulación, siguiendo a BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación, el Derecho Constitucional Económico de la Comunidad Europea*. Civitas, Madrid, 2002.

⁵⁶ BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...*, cit., p. 120; JOERGES, C. “What is left of the European Economic Constitution”, EUI Working Paper, LAW, N° 2004/13, EUI, Florence, p. 470 ; Como ha recordado el TJCE, “...con arreglo a la letra g) del artículo 3 del Tratado [actualmente, tras su modificación, letra g)

disciplinar el mercado interior. Ambos conjuntos normativos tienen como finalidad la eliminación de los obstáculos a los intercambios intracomunitarios para permitir la constitución y el funcionamiento del mercado interior, objetivo principal de la construcción comunitaria. En este ámbito, la ordenación del mercado requiere no sólo el control del comportamiento de los agentes privados, realizado principalmente por las normas de la competencia, sino también la vigilancia de la actividad de los Estados miembros mediante las normas que aseguran las libertades de circulación. Unas y otras trabajan en conjunto, e incluso con ámbitos subjetivos en ocasiones comunes, incidiendo a la par en los ordenamientos laborales estatales. Sólo a través de este enfoque es posible conseguir un prisma adecuado para analizar los efectos que sobre el derecho del trabajo producen las normas que disciplinan el mercado interior⁵⁷. Por este motivo, la utilización de la acepción “defensa de la competencia” debe entenderse de manera amplia, englobando en la Primera Parte del presente estudio tanto las normas *antitrust* estrictamente entendidas (estatales y comunitarias) como las reglas destinadas a instituir y preservar las libertades económicas fundamentales (establecimiento, prestación de servicios y circulación de mercancías) en el mercado interior⁵⁸.

del apartado 1 del artículo 3 CE], el artículo 81 CE constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior”, Sentencia *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton*, C-126/97 de 1 de junio 1999.

⁵⁷ De hecho, en las aportaciones doctrinales sobre la cuestión es habitual dar un tratamiento conjunto de los efectos que sobre el derecho del trabajo estatal producen las libertades de circulación y la defensa de la competencia. En esta línea v. gr., RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “derecho del trabajo y mercado”, cit.; LYON-CAEN, G., *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, 1995, pp. 88-92.

⁵⁸ Parte de la doctrina ha señalado que las libertades de circulación y el derecho de la competencia comunitario deben ser entendidos como un conjunto de normas que se orienta a la “organización del mercado”, formando uno de los dos elementos que componen el llamado “Derecho del Mercado”, siendo el otro elemento el “Derecho del consumo”. Sobre la cuestión vid. DE LEYSSAC, C.L., PARLEANI, G., *Droit du marché*, cit., pp. 152 y ss. Para otros autores, como FONT GALÁN, bastaría con utilizar un concepto amplio de “derecho de la competencia”, pues debe considerarse que la libre competencia es el resultado de la integración entre las libertades económicas mencionadas y las libertades de cuño jurídico, específicamente contractuales, como son la

El ámbito mencionado se modifica en la Parte II, eliminando la referencia a las libertades de circulación e incluyendo en el estudio la prohibición de competencia desleal. Esta variación se debe a que, en la actualidad y en el plano estatal, la defensa de la competencia abarca tanto la mencionada prohibición como la lucha *antitrust*. Es cierto, como ha señalado la doctrina, que tradicionalmente han existido diferencias entre ambos conjuntos normativos, tanto por sus funciones, como por los intereses protegidos y por la naturaleza y el alcance de los ilícitos. Así, mientras las normas de la competencia desleal se han orientado fundamentalmente a la protección de la deontología profesional, el ordenamiento *antitrust* tiene como bien jurídico protegido la ordenación del mercado, para lograr el máximo de eficiencia dentro del mayor grado de libertad económica. Los intereses han sido por tanto habitualmente distintos, privados en el primer caso (los pertenecientes a los empresarios en conflicto) y públicos en el segundo (el orden económico). Por añadidura, las disposiciones destinadas a evitar la competencia desleal atienden al medio empleado para la realización del ilícito (la deslealtad) mientras que las otras se focalizan en la finalidad de la práctica (la restricción de la competencia). Como corolario de estas diferencias debe reflejarse la distinta vía utilizada para la aplicación de las normas, en el primer caso de naturaleza civil y en el segundo evidentemente administrativa⁵⁹. Sin embargo, los objetivos primigenios de ambas normativas, la ordenación de la profesión⁶⁰ y la protección de la libertad de empresa en una economía de libre mercado⁶¹, han evolucionado hasta converger⁶². En la actualidad, y a

libertad de iniciativa económica privada, la libre autonomía de la voluntad y la libertad para determinar la organización de la propia actividad empresarial. En otras palabras, la libre competencia está conformada por la integración de las libertades económicas y de la libertad de empresa. FONT GALÁN, J.I., *Constitución Económica y derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 73.

⁵⁹ ALONSO SOTO, R., "Competencia desleal y defensa de la competencia...", cit., p. 10.

⁶⁰ VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit. p. 80.

⁶¹ Voz *CONCURRENCE*, *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 2003, p. 252. Existen regulaciones de épocas anteriores que han sido consideradas como precedentes importantes de las normas de la competencia. Señala BAÑO que ya el Derecho Romano

pesar de las diferencias señaladas, ambos conjuntos normativos se consideran intervenciones complementarias de los poderes públicos que regulan el ejercicio de la actividad empresarial por parte de los operadores económicos, públicos o privados⁶³.

Esta complementariedad se refleja, como se demuestra particularmente en el estudio del caso español, en la relación de ambas normas con la regulación de las relaciones de trabajo, especialmente con las de origen colectivo, quedando plenamente justificada la inclusión del análisis de las cuestiones relativas a la competencia desleal.

contenía normas para impedir la especulación con los precios del trigo o la prohibición de monopolios. De igual manera, cita el autor precedentes en la legislación española, tanto en la *Novísima Recopilación* como en las *Partidas*, de prohibición expresa de monopolios. BAÑO LEÓN, J.M., *Potestades Administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, p. 7. Naturalmente, producto de una serie de modelos económicos en los que no existía el principio de libertad de empresa, difícilmente pueden ser utilizados estos preceptos para una labor de análisis de las normas actuales, aun cuando demuestren la permanente presencia de la voluntad de control de la actividad en el mercado por parte del Derecho. Por su parte FIKENTSCHER apunta como antepasado el control de los monopolios que se intentó realizar en Inglaterra entre los siglos XVI y XVII mediante la imposición de una autorización para la constitución de estas sociedades, el llamado *Charter*. FIKENTSCHER, W., “Las tres funciones del control de la economía”, cit., p. 470.

⁶² VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit., p. 578. Como señala el autor, este cambio comenzó fundamentalmente a partir de los años 30, cuando las normas de la competencia desleal empezaron a superar la concepción individualista, adoptando una función social y la persecución de intereses generales. El paso a un modelo más atento a la situación del mercado, tutelando los derechos de todos los participantes en el mismo, incluso de los consumidores, hizo converger los intereses tutelados por ambas disciplinas, como se reflejó en la más temprana norma europea orientada a la regulación de la competencia en el mercado, la Ley alemana de Defensa de la Competencia de 1957.

⁶³ Como recuerda MASSAGUER, con la Ley de Competencia Desleal se establece un límite jurídico al ejercicio del derecho subjetivo a desarrollar una actividad económica en el mercado en concurrencia con otros, fundamentado en el art. 38 CE. MASSAGUER FUENTES, J., “La cláusula de prohibición de la competencia desleal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 11, 2002, p. 111.

I. Evolución histórica de la relación entre el derecho del trabajo y la ordenación del mercado de bienes y servicios.

El título de la presente obra evoca una relación compleja y cambiante, de escenarios múltiples. Su carácter progresivo es más que evidente si comparamos diacrónicamente las apreciaciones de la doctrina especializada. En 1992 la afirmación de que los trabajadores subordinados y sus organizaciones sindicales no pueden ser considerados como empresas en el sentido del derecho de la competencia era, en derecho francés, una afirmación en general incontestable⁶⁴. Sin embargo, en 2003 fue el propio G. LYON-CAEN el que señaló con alarma la cotidianeidad que había adquirido la siguiente afirmación: “los convenios colectivos (y más en general el derecho del trabajo) deben respetar el derecho de la competencia”⁶⁵.

Para entender el paso de una afirmación a la otra, es necesario realizar un análisis histórico que permita comprender, siguiendo de nuevo a este autor francés, desde qué momento y por qué razón se ha llegado a distinguir el derecho del trabajo de las normas que disciplinan el mercado.

1. Nexos, similitudes y divergencias entre el par analizado.

Como ya se señaló, el derecho del trabajo y las normas que disciplinan el mercado tienen una función primigenia en común: ambos imponen a los agentes económicos un conjunto de condiciones que deben respetar para concurrir en el mercado. De esta manera, los dos conjuntos de reglas impiden que los actores económicos falseen las condiciones de competencia, bien estableciendo unos estándares laborales mínimos (actuación en positivo), bien impidiendo determinadas actuaciones de los actores económicos (actuación en negativo). Sin perder esta comunidad de

⁶⁴ LYON-CAEN, A., “Droit social et droit de la concurrence, ...”, cit., p. 332.

⁶⁵ LYON-CAEN, G., “La concurrence par la réduction...”, cit., p. 261.

intereses, ambos órdenes normativos han experimentado, en los ordenamientos europeos, una evolución y un asentamiento claramente diferenciado.

La aparición de las primeras normas orientadas a mantener la libre competencia en el mercado debe situarse en el seno de la ideología liberal revolucionaria⁶⁶. En este momento, la confianza en las potencialidades del mercado situaba como inútil y negativa cualquier intervención que pudiera desequilibrar estas leyes impuestas por el mismo, que se consideraban universales e infalibles⁶⁷. De ahí que la primera señal del triunfo del *laissez faire* fuera la supresión de los gremios y, en general, de las asociaciones profesionales que, hasta ese momento y en connivencia con los poderes reales o municipales, habían dominado la economía⁶⁸. La prohibición de estas organizaciones fue tempranamente intentada en la Francia todavía pre-revolucionaria por el ministro TURGOT. En su edicto de 1776 el célebre representante de la escuela fisiócrata suprimió las organizaciones gremiales para asegurar la libertad de industria y comercio. Sus objetivos serían recogidos por la Ley *Le Chapelier* de 14 de julio de 1791.

Dicha norma estableció definitivamente la libertad de industria y de comercio, teniendo por añadidura importantes repercusiones para la formación del derecho del trabajo. Así, aun cuando no es habitualmente

⁶⁶ No se entrará por tanto en el análisis del fenómeno gremial pues, en esta época, las normas contenidas en los estatutos gremiales reglamentaban el ejercicio de la actividad industrial pero no regulaban el funcionamiento de la competencia sino que negaban el espacio institucional que la misma requiere para su desarrollo y funcionamiento, FONT GALÁN, J.I., *Constitución Económica...*, cit., p. 73.

⁶⁷ Recuerda ALONSO OLEA como los modelos de la economía clásica inciden sobre el trabajo, que, al ser una mercancía más, está sometido a las leyes de la oferta y la demanda y al dominio de la “mano invisible”. En esta línea recoge el autor la idea reinante de que “sólo la estrechez y la necesidad generaba en las clases laboriosas incentivos bastantes para trabajar, y que por tanto aquéllas debían ser mantenidas en la pobreza para que fueran industriosas”, ALONSO OLEA, *Introducción al derecho del trabajo*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1981, p. 276.

⁶⁸ GALBRAITH destaca la actitud negativa de los mercaderes respecto de la competencia y su opción por el monopolio en connivencia con el Estado. GALBRAITH, J.K. *Historia de la economía*, cit., pp. 51 y ss.

recogido por la doctrina iusmercantilista, existe entre los laboristas un debate acerca de cuál fue el verdadero objetivo de esta norma post-revolucionaria reguladora de la libertad de empresa. Como comentan tanto LYON-CAEN⁶⁹ como ALONSO OLEA⁷⁰, la Ley *Le Chapelier* se orientó directamente a la prohibición de los gremios y corporaciones del Antiguo Régimen, en aras de asegurar la total libertad de empresa y de elección de profesión, eliminando las asociaciones y coaliciones de “gentes del mismo oficio”. Naturalmente, las repercusiones fueron más allá, suponiendo dicha norma una condena que impidió las asociaciones profesionales formadas por obreros. De hecho, aun cuando en principio la Ley *Le Chapelier* afectaba por igual tanto a patronales como a asociaciones obreras, el Código penal francés de 1810 realizó una diferencia entre estos dos tipos de organizaciones, reprimiendo más duramente las segundas⁷¹. Por estos motivos, parte de la doctrina se ha inclinado por concluir que entre los objetivos de la norma prohibitiva ya se avizoró la prohibición de los incipientes sindicatos⁷².

En el Estado Español, el Decreto de 8 de junio de 1813, Decreto de Toreno, proclamó el principio de libertad de industria y garantizó su ejercicio “sin necesidad de examen, título o incorporación a los gremios respectivos”, apuntando en la misma dirección que la comentada ley francesa. Sin embargo, posteriores intentos de restituir la vigencia de los gremios consiguen dejar sin efecto el mencionado decreto, haciendo necesaria una nueva intervención para restablecer su vigencia, ya en 1836,

⁶⁹ LYON-CAEN, G., “La concurrence par la réduction...”, cit., p. 263.

⁷⁰ ALONSO OLEA, *Introducción al derecho del trabajo*, cit., p. 275

⁷¹ LYON-CAEN, G., “La concurrence par la réduction...”, cit., p. 263; también sobre el particular, COLLIN, F., DHOQUOIS, R., GOUTIERRE, P.H., JEAMMAUD, A., G. LYON-CAEN, G., ROUDIL, A., *Le Droit capitaliste du travail*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1980, p. 185.

⁷² LYON-CAEN, G., loc. cit., p. 263.

momento a partir del cual la libertad económica se considera totalmente establecida⁷³.

El triunfo de la ideología liberal conllevará, por tanto, la superación del mercantilismo, la imposibilidad de la formación de asociaciones profesionales y el dominio de un sistema económico basado en la libre competencia. La intervención estatal en la economía se limitaba a la protección de la propiedad privada, apuntalándose el modelo económico imperante en el mercado como institución básica, punto de encuentro entre la oferta y la demanda e instrumento de planificación económica descentralizada. Evidentemente, para que dicho sistema funcionara era necesario que dicho mercado se mantuviera en una situación de *competencia perfecta*, donde se diera una pluralidad de actores sin poder para fijar los precios⁷⁴. Así, las funciones de la libertad de competencia en este modelo se concretaron en dos direcciones: en primer lugar en la ordenación y la dirección de la economía⁷⁵, pues la competencia permite que la oferta se oriente según los deseos de los demandantes, produciéndose así una regulación espontánea; en segundo lugar, dada la libertad de acceso al mercado, la competencia entre los distintos actores debe dar lugar a un proceso de selección natural, dada la escasez de los bienes y de los consumidores, cuyo resultado es la supervivencia de los más aptos⁷⁶.

Como señala FONT GALÁN⁷⁷, los fallos de este sistema fueron evidentes. La oferta y la demanda se desequilibraron como consecuencia del escaso poder adquisitivo de los consumidores y la masiva producción de productos estandarizados. La competencia se avivó y se utilizaron todo tipo

⁷³ FONT GALÁN, J.I., *Constitución Económica...*, cit., p. 80.

⁷⁴ CALVO-CARAVACA, A-L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Política y derecho de la competencia en la C.E.E...” cit., p. 3380; VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit., p. 48.

⁷⁵ CALVO-CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, loc. cit., p. 3381.

⁷⁶ VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit., p. 57.

⁷⁷ FONT GALÁN, J.I., *Constitución Económica...*, cit., pp. 84 y ss, señala el autor que “la afirmación de la libre competencia con que se inicia el siglo XIX, sin limitaciones ni disciplinas, lleva insita el germen de su propia destrucción”.

de técnicas de lucha económica, que llegaron a producir multitud de abusos de muy diverso tipo. La competencia desleal, las concentraciones de empresas y los abusos de posición dominante se unieron a la utilización de los costes laborales como método empresarial para el aumento de la competitividad, con el consabido resentimiento del sistema económico y social.

Estas consecuencias, tanto en el plano económico como en el socio-laboral, exigieron una intervención estatal orientada a evitar las consecuencias no deseadas producidas por la práctica del ultraliberalismo⁷⁸. Como afirmó VICIANO, el ejercicio de la libertad de empresa sin ningún tipo de trabas en una situación económica difícil y en condiciones de desigualdad supuso el abuso de poder de mercado y la proliferación de las concentraciones⁷⁹. Los costes laborales fueron también objeto de competencia en el mercado y, utilizados a la baja, produjeron las consabidas funestas consecuencias para la situación de la mano de obra⁸⁰. Ante esta situación fueron los propios empresarios los que reclaman una intervención estatal para regular las condiciones de competencia.

Las respuestas a estas consecuencias indeseables del liberalismo adoptaron distinto signo. En los Estados Unidos se optó por una temprana intervención del Estado en la economía, cuya primera manifestación fue la *Sherman Act* adoptada en 1890. Como ha señalado la doctrina, la escuela clásica de la Economía y los pensadores liberales reacios a esta intervención no se opusieron a esta norma que aseguraba "...el juego constante del

⁷⁸ En este plano económico, "el desequilibrio entre una oferta masiva y una demanda debilitada por el escaso poder adquisitivo de los consumidores, y la estandarización y uniformidad de la producción, aviva y encona la competencia entre productores, los cuales se sienten movidos a emplear, en el intento de vencer a sus competidores, todos los medios a su alcance, pues de la contratación de sus productos y del dominio de una mínima cuota de mercado depende su propia subsistencia económica", FONT GALÁN, J.I., *Constitución Económica...*, cit., p. 84.

⁷⁹ VICIANO PASTOR, J., loc. cit., p. 59.

⁸⁰ Respecto al fracaso del orden capitalista liberal y sus consecuencias para el fenómeno del trabajo ver MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos Sociales de la Ciudadanía y Ordenamiento Laboral*, CES, 1996, pp.74 y ss. y pp. 90 y ss.

principio de la libre competencia, manteniendo limpio el mercado de formaciones monopolísticas”⁸¹. Desde su nacimiento, la *Sherman Act* fue utilizada contra el incipiente fenómeno sindical y contra la regulación de las relaciones laborales por la vía colectiva. Esta desviación exigió la introducción de exenciones sociales en las normas *antitrust*, que precedieron a las normas laborales propiamente dichas.

Estas primeras fricciones no se dieron en los ordenamientos europeos. Fruto de dos tradiciones históricas disímiles, las tempranas intervenciones del Estado en la economía adoptaron en Europa vías distintas. Por un lado, fruto directo de una presión de la clase empresarial orientada a garantizar la actuación profesional correcta, se desarrollaron conjuntos normativos orientados a prohibir los actos de competencia desleal⁸², mediante disposiciones que protegían frente a los empresarios frente a los actos de mercado que ellos mismos consideraban como incorrectos.

Por otro lado, con idéntico objetivo de regular el funcionamiento del mercado, se fijaron condiciones mínimas y generales para organizar las relaciones de producción evitando distorsiones graves, realizándose las primeras intervenciones en torno al fenómeno del trabajo. En este momento de proclamado anti-intervencionismo surgieron las más tempranas leyes de protección del trabajo de menores y mujeres. La paupérrima situación de la mano de obra y la incipiente amenaza para el orden social y económico, forzó la aceptación de las primeras regulaciones que homogeneizaron relativamente las condiciones laborales de la mano de obra, reduciendo la utilización de las mismas como factor de competitividad⁸³.

⁸¹ FERNÁNDEZ-NOVOA, C., “Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos”, Rev. Derecho Merc., 1965, pp. 15 y 16, *apud* VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit., p. 61.

⁸² VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit. p. 80.

⁸³ Las primeras normas laborales evidencian un conjunto de motivaciones imbricadas que justificaron la limitación del poder absoluto del empresario. Por un lado, la

Como ha señalado G. LYON-CAEN, estas incipientes normas dirigidas a regular las relaciones de trabajo tuvieron como orientación principal imponer un mínimo de condiciones de explotación de la mano de obra, que tenían que ser respetadas por la generalidad de los empresarios, forzando de esta manera estándares que permitieran la competencia equitativa entre empresas⁸⁴. Se evitaba así la carrera a la baja en cuanto a salarios, salubridad en el lugar de trabajo, o cualquier circunstancia que pudiera ser modificada a la baja, aumentando el beneficio empresarial pero en detrimento de los trabajadores y en última instancia, del propio sistema⁸⁵.

El incipiente derecho del trabajo se constituía como un ordenamiento complementario y compatible con las incipientes normas reguladoras del comportamiento en el mercado, produciendo ambos conjuntos normativos una limitación de la libertad de acción en el mercado, al provocar una restricción de la misma en aras de asegurar la igualdad formal entre actores

instrumentalización de los poderes en la fábrica permitió la dominación del capital. Por otro, estas normas fueron igualmente la plasmación de una “preocupación humanitaria” existente entre en la clase empresarial (HEPPLE, B., *La formación del derecho del trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, MTAS, Madrid, 1986, pp. 46 y ss.). En palabras de MARTÍN VALVERDE, dos han sido las razones fundamentales que motivaron estas tempranas normas. Por un lado, la voluntad de conservar los recursos humanos, que se verían seriamente dañados de mantenerse las condiciones de trabajo existentes; por otro, la contradicción existente entre la situación de indefensión de los trabajadores menores y la armonía en el orden social postulada por la ideología liberal. (MARTÍN VALVERDE, A., “La formación del Derecho del Trabajo en España”, en *Legislación social histórica de España, de la revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid 1987). Para LYON-CAEN, las primeras disposiciones francesas de carácter social fueron adoptadas con el apoyo de la patronal con el fin de situar a las empresas en un plano de igualdad, de esta manera el derecho del trabajo se orientaba a reducir las incertidumbres de las empresas mediante el establecimiento de estándares obligatorios (LYON-CAEN, A., “Les droits fondamentaux et l’Europe du droit du travail”, en NAYER, A., *Droit du travail: effectivité, efficacité?*, La Charte, Bruxelles, 1996, p. 145). En el Estado español la primera referencia es la Ley de 24 de julio de 1873 sobre “regularización del trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos”, conocida como Ley Benot.

⁸⁴ LYON-CAEN, G. “L’infiltration du Droit du travail...”, cit., p. 313.

⁸⁵ LYON-CAEN, G., “La concurrence par la réduction...”, cit., p. 262.

económicos⁸⁶. Las eventuales contradicciones entre las primeras intervenciones relacionadas con la mano de obra y los postulados liberales no fueron insalvables pues las regulaciones mencionadas conllevan una limitada protección que se entendía en ese momento como necesaria.

Con su posterior desarrollo, el derecho del trabajo y las normas orientadas a disciplinar el comportamiento de los agentes económicos fueron disociándose de manera paulatina. Señalaba G. LYON-CAEN dos sucesos de particular importancia para esta separación⁸⁷. En primer lugar, la evolución de la negociación colectiva. Ésta se configuró en sus orígenes como una institución esencial del derecho de la competencia. Los más tempranos convenios colectivos eran simples acuerdos autorizados, parcialmente contrarios a la competencia pero permitidos como un mal menor pues forzaban a los empresarios a buscar las ventajas competitivas más allá de los costes de la mano de obra⁸⁸. El reconocimiento y promoción de la acción sindical como vía para conseguir la paz social y proteger los derechos de los trabajadores fue más tardío, marcando la paulatina separación con el derecho de la competencia. El segundo punto que marcó la progresiva separación entre la organización del mercado y el incipiente

⁸⁶ Como indican GUTIERREZ, I., PADILLA, A. J., “el conjunto de reglas que constituye un sistema de defensa de la competencia dota a los poderes públicos de una capacidad de intervención que restringe la libertad de empresa con el fin último de proteger el interés general, interpretado como funcionamiento de la competencia en el mercado y defensa del interés del consumidor. No obstante, esta capacidad de intervención, en cuanto restringe un principio fundamental como es la libertad de empresa, debe ser acotada”, en GUTIERREZ, I., PADILLA, A.J., “Economía de la competencia”, cit., p. 51. Acerca de las limitaciones de la libertad de empresa por las intervenciones estatales en la aplicación de la normativa *antitrust* ver en extenso el realizado por VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit.

⁸⁷ LYON-CAEN, G., “La concurrence par la réduction...”, cit., p. 262.

⁸⁸ Señala DEL REY que, de forma paralela a lo ocurrido con el fenómeno sindical, en lo relativo a la negociación colectiva a la fase de represión le siguió la de tolerancia. La negociación colectiva “primaria”, que se desarrolló a lo largo del siglo XIX y principios del XX fue finalmente “aceptada con resignación” por los empresarios. Este modelo de negociación se caracterizó por una predominancia de los acuerdos de empresa, de carácter esporádico o “pacificador” y con contenido centrado estrictamente en las condiciones salariales y la jornada de trabajo. Sobre esta cuestión vid. DEL REY GUANTER, S., “Una década de transformación del sistema de negociación colectiva y la “refundación” de la teoría jurídica de los convenios colectivos”, RL, Tomo I, 1996, pp. 181 y ss.

derecho del trabajo fue la ampliación de las esferas públicas de actuación en el ámbito social, mediante el aumento de la legislación orientada a regular las relaciones laborales y, especialmente, a través de la aparición de los regímenes públicos de protección social.

Ambas cuestiones fueron abriendo esferas que quedaban vedadas para la actuación de las normas reguladoras de la competencia. Así, el derecho del trabajo actuó como una cuña, sustrayendo ámbitos de la disciplina del mercado⁸⁹. A pesar de esta expansión, en el ámbito de la Europa continental, la relación entre ambas ramas del ordenamiento ha sido pacífica hasta un momento reciente. El marco impuesto para el encuentro por el Estado social ha sido, sin lugar a dudas, uno de los condicionantes básicos que han permitido la expansión del derecho del trabajo, frenando las libertades económicas al integrar en las mismas los objetivos sociales⁹⁰.

Ha sido necesario un tercer factor, esta vez relacionado con la evolución de la disciplina del mercado, para que el enfrentamiento se produzca en el ámbito jurídico europeo. Efectivamente, las disposiciones *antitrust* europeas datan de una época muy posterior a la *Sherman Act*, pasada la segunda Guerra Mundial y fundamentalmente ligadas a la construcción comunitaria. Como si de un movimiento pendular se tratara, la implantación y el desarrollo del derecho de la competencia en Europa, impulsado por su papel fundamental en la construcción del mercado supranacional, ha producido un amplio conjunto de fricciones en un doble plano. Por un lado, en el panorama comparado de la Europa continental se

⁸⁹ La doctrina ha dividido el desarrollo del derecho del trabajo, tras el periodo inicial mencionado, en tres fases: un primer periodo asociacionista o sindicalista, un segundo periodo legislativo y un tercer periodo internacional y constitucional. MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos Sociales de la Ciudadanía...*, cit., p. 57.

⁹⁰ De hecho, ha sido una opinión comúnmente aceptada que "(1)a actividad reguladora del Estado en materia laboral no puede considerarse como una intervención pública sobre la competencia, pues (...) las restricciones que la legislación laboral establece sobre el margen de actuación empresarial no tienen como objetivo ni como contenido dificultar la libre competencia entre las empresas, son condicionamientos genéricos...". RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "Ayudas públicas para el empleo v. libre competencia", RL, N° 23, 2001, p. 4.

multiplican los escenarios de enfrentamiento por la voluntad de aplicar las normas de la competencia estatales a los convenios colectivos. Por otro lado y de manera paralela, el derecho comunitario de la competencia y las libertades de circulación están afectando directamente a la facultad de los Estados miembros de diseñar sus políticas sociales.

El derecho comunitario ha actuado por tanto como un punto de inflexión, convirtiendo el encuentro en enfrentamiento. Dada la magnitud de esta influencia, todo análisis de la relación entre las normas que disciplinan el mercado y las disposiciones laborales en el ámbito estatal debe tener presente la realidad jurídica impuesta por el derecho comunitario.

2. Los escenarios del encuentro: la negociación colectiva como espacio privilegiado para el choque.

De entre los lugares de interacción entre las disposiciones de contenido social (ya sean normas laborales, autónomas o heterónomas o de seguridad social) y la disciplina del mercado, existe un espacio especialmente propicio al choque, tanto en el plano estrictamente estatal como en el ámbito comunitario.

Siguiendo lo señalado por la doctrina especializada puede afirmarse que, tanto en la experiencia norteamericana como en la europea las fricciones entre ambos conjuntos normativos se derivan de manera ineludible de la propia naturaleza de los convenios colectivos⁹¹. Así lo

⁹¹ “*Collective agreements are in restraint of competition*”, se trata esta de una afirmación aceptada por la amplia mayoría de la doctrina: EVJU, S., “*Collective agreements and competition law...*”, cit., p. 165; VAN DER BERGH, R., CAMESASCA, P., “*Irreconcilable principles?...*”, cit., p. 493. En el mismo sentido se pronunció el TJCE en el asunto de 21 de septiembre de 1999, *Drijvende Bokken*, C-219/97, apartado 46. En sus conclusiones a este asunto, el Abogado General Jacobs, señaló que los convenios colectivos restringen la competencia “entre los trabajadores” pues éstos no pueden “ofrecerse” a trabajar por unos salarios inferiores al mínimo convenido. Así, según su

demuestra el ejemplo más antiguo y evidente de las primeras fricciones entre las normas laborales y el derecho de la competencia se encuentra en la experiencia estadounidense. En ésta, el choque entre la acción sindical y la *Sherman Act* de 1890, se produjo a principios del siglo pasado, siendo una constante presente en la normativa y en la jurisprudencia norteamericana desde los mismos orígenes de la normativa *antitrust*⁹².

Las funciones tradicionales de la negociación colectiva “industrialista”⁹³ tal y como fueron señaladas por KAHN-FREUND⁹⁴ han ido sufriendo cambios significativos, resultado de la interacción de la negociación con las transformaciones socioeconómicas⁹⁵. Acogiendo la tríada propuesta por DEL REY, pueden sintetizarse en tres las mencionadas funciones: la de “compraventa” de la fuerza de trabajo, fijando el precio y las condiciones de la prestación y con finalidad igualatoria; la “gubernamental”, a través de la cual se regulan las relaciones industriales y

parecer “el objetivo principal de los sindicatos y del proceso de negociación colectiva consiste precisamente en evitar que los trabajadores se lancen a una “carrera a la baja” respecto a los salarios y las condiciones de trabajo. Conclusiones acumuladas del Abogado General Jacobs, presentadas el 28 de enero de 1999, asuntos *Albany*, C-67/96; *Brentjen’s*, C-115/97 a C-117/97; *Drijvende Bokken*, C-219/97, apartado 178.

⁹² Como afirmó WINTER, la *Sherman Act* y su uso “extravagante” por los Tribunales sirvió durante un largo periodo de tiempo como fuente principal de regulación federal del conflicto industrial. WINTER, R.K., Jr., “Collective bargaining and competition: the application of antitrust standards to Union activities”, 73 *Yale L.J.*, 14, 1963-1964.

⁹³ Término utilizado por la doctrina para diferenciarla de la llamada negociación colectiva primaria, propia de un momento anterior al siglo pasado. En la Europa continental se desarrollan en las primeras décadas del S. XX la negociación como un proceso industrializado, superando sus aspectos coyunturales anteriores y alcanzando la definitiva incorporación de los convenios al ordenamiento jurídico. Los sistemas de negociación se estructuran por niveles, desligándose de la empresa, de manera paralela a la expansión continuada de los contenidos de los acuerdos, incluyendo en esta fase las materias relacionadas con las relaciones industriales. Sobre esta cuestión ver en extenso la aportación de DEL REY GUANTER, S., “Una década de transformación...”, cit.

⁹⁴ Señalaba el autor alemán que, en términos generales, mediante las normas colectivas el interés perseguido por los empresarios es mantener la paz social en un determinado sector y durante un determinado periodo de tiempo, mientras que los sindicatos persiguen la fijación de unas condiciones mínimas relativas a la distribución del trabajo, retribuciones y estabilidad en el empleo, KAHN FREUND, O., *Trabajo y Derecho*, (trad. J. M. Galiana Moreno), MTSS, Madrid, 3ª Ed., 1987, p. 116.

⁹⁵ MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “Las funciones de la autonomía colectiva...”, cit.

la “organizacional”, más típica de la tradición estadounidense y de reciente evolución en el ámbito europeo⁹⁶.

A lo largo de los años, el peso relativo de estas funciones ha ido variando. Como se señala en el conocido Informe Supiot, las transformaciones de las funciones de negociación colectiva en la Europa continental se iniciaron fundamentalmente en los setenta, al comenzar a utilizarse los convenios colectivos como herramienta para adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades de la competitividad empresarial. Junto a esta nueva función, y desde los años ochenta del siglo pasado, la negociación colectiva ha devenido un factor esencial para la organización del trabajo en general y no sólo para la fijación de las condiciones del mismo, pasando el objeto de la negociación de la persona del trabajador al propio trabajo. Como justifica el Informe, la negociación colectiva se ha convertido en una herramienta fundamental para el ejercicio del poder de dirección, enriqueciéndose su contenido con materias tradicionalmente situadas fuera del mismo y con elevada incidencia en las condiciones de producción de la empresa⁹⁷.

Por tanto, el peso, contenido y objetivos de la misma han experimentado un cambio tanto cualitativo como cuantitativo⁹⁸. De hecho, la expansión de las funciones ha conllevado la ampliación del contenido de los convenios, introduciéndose en ellos cuestiones que afectan más directamente a la competitividad empresarial y que exceden del llamado

⁹⁶ DEL REY GUANTER, S., “Una década de transformación...”, cit., pp. 188-190.

⁹⁷ SUPIOT, A., (Coord.), *Transformations of Labour...*, cit., párrafos 349-366.

⁹⁸ Como ha señalado la doctrina en el caso español la actividad contractual colectiva se ha convertido en el principal cauce de regulación de las relaciones laborales y ha expandido sus funciones tradicionales, en este sentido, vid., VALDÉS DAL-RÉ, F., “El modelo español de la negociación colectiva”, PÉREZ DE LOS COBOS, F., GOERLICH PESET, J.M., (Coord.), *El régimen jurídico de la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 65 y 66. En el ámbito comunitario a este fenómeno ha contribuido la constante promoción de la participación de los agentes sociales en la realización de las normas sociales, cuestión particularmente evidente en la actividad de la Comisión y plasmada en los arts. 138 y 139 del TCE que regulan la llamada “Negociación Colectiva Europea”.

“núcleo duro” de materias objeto de negociación⁹⁹. Con un contenido más amplio, en la actualidad se potencia la negociación colectiva como mecanismo de regulación de la economía, destacando un incremento de la función gestional de la negociación colectiva, una mayor trascendencia de la vertiente organizativa así como una elevada participación en la gestión de las crisis empresariales y en los consiguientes problemas de ocupación¹⁰⁰.

Esto no significa que las llamadas “funciones de mercado” que ejercen los convenios colectivos sean totalmente novedosas, al contrario, como señaló KHAN-FREUND, dicho objetivo ha estado siempre presente, aunque su importancia relativa ha variado de país a país, teniendo tradicionalmente un mayor peso en la tradición anglosajona que en la Europa Continental¹⁰¹. Esta cuestión explica, en parte, los distintos momentos en los que se ha manifestado el encuentro entre el derecho de la

⁹⁹ Tradicionalmente dentro de este núcleo duro se han entendido tanto las condiciones de trabajo como los salarios. Sin embargo, la delimitación de este núcleo no es una cuestión pacífica. Es más, del tenor de la normativa internacional se desprende una evidente amplitud. Así, en la primera definición de contrato colectivo, que fue realizada por la Recomendación No 91, se establece que dicha expresión comprende “todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional”. Posteriormente, el Convenio 98, volvió a insistir sobre el contenido en su artículo 4 *in fine* “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”. Idéntica alusión a las condiciones de empleo encontramos en el artículo 7 del Convenio 151. Por su parte, en el Convenio 154 de la OIT sobre la negociación colectiva, se afirmó que la finalidad de los convenios colectivos será la fijación de las condiciones de trabajo y empleo, la regulación de las relaciones entre empleadores y trabajadores organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

¹⁰⁰ Véase MERCADER UGUINA, J. R.: “Los nuevos contenidos de la negociación colectiva en las grandes empresas”, en AA.VV., *Nuevas relaciones laborales y negociación colectiva. XV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, MTAS, Madrid, 2003, p. 138 y ss.

¹⁰¹ KAHN FREUND, O., *Trabajo y Derecho*, cit., p. 117.

competencia y el de la acción colectiva en la esfera estadounidense y en la europea¹⁰².

En la actualidad, y en este último ámbito, ese peso relativo entre las diversas funciones se ha redistribuido, planteándose como trascendental la intervención de los convenios en la gestión y su incidencia directa en los problemas relacionados con la situación económica y productiva¹⁰³. De esta manera, los poderes directivos del empresario se convierten en el objeto mismo de la negociación colectiva¹⁰⁴, que ya se ha calificado con el apelativo de “postindustrial”¹⁰⁵. La negociación se enfrenta así al reto de ajustarse a la realidad social que intenta regular, debe por tanto adecuarse a sus necesidades y dar respuesta a la actual dinámica de las relaciones laborales¹⁰⁶. Más aun, cuando ya se la ha considerado como la vía más especialmente cualificada para la autoorganización flexible de la empresa¹⁰⁷, siendo llamada a ocupar los espacios dejados por la ley¹⁰⁸. Esta voluntad de ampliar los espacios de la negociación, y de potenciar su función “gestional”¹⁰⁹ conlleva de manera indefectible una afectación

¹⁰² No cabe duda de la interacción de otros factores, fundamentalmente el marco impuesto a la relación por el constitucionalismo social, cuestión que será tratada en un momento posterior del estudio.

¹⁰³ DEL REY GUANTER, S., “Una década de transformación...”, cit., p. 190.

¹⁰⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “Las funciones de la autonomía colectiva...”, cit.

¹⁰⁵ Como ha señalado la doctrina, era imposible pensar que una institución nacida bajo la organización científica del trabajo se mantuviera inmóvil ante el cambio en las formas de producción. Sobre esta cuestión y la llamada “refundación de la teoría jurídica de los convenios colectivos” vid., DEL REY GUANTER, S., “Una década de transformación...”, cit., pp. 191-200.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 186, retomando una argumentación clásica de SINZHEIMER.

¹⁰⁷ MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 10-16.

¹⁰⁸ Un claro ejemplo de esta voluntad institucional de aumentar los ámbitos de participación de los actores sociales en la gestión empresarial y económica general lo encontramos en la Estrategia Europea para el Empleo, en la que la participación de los actores sociales es uno de los objetivos marcados para el desarrollo del empleo en Europa.

¹⁰⁹ Siendo un vehículo de la gestión ordinaria de los recursos humanos e incluyendo, por ejemplo, cuestiones organizacionales y técnicas. DEL REY GUANTER, S., “Una década de transformación...”, cit., pp. 191-200

directa de las condiciones de competencia en el mercado, ya sea de las empresas firmantes o de terceros actores económicos¹¹⁰. En este estado de la cuestión se corre el riesgo de exigirle a la negociación colectiva a la vez una cosa y la contraria.

Las cuestiones son entonces de dos tipos, sustantivo y procesal. Como interrogante *a priori* debe valorarse si los efectos de los convenios colectivos contrarios a la competencia en el mercado deben ser controlados. No parece posible negar esta cuestión, dado que la defensa de la competencia deriva en el Estado español de manera directa de la libertad de empresa (art. 38 CE) y en el ámbito comunitario constituye uno de los pilares fundamentales del mercado interior. Ahora bien, ¿implica esta cuestión que las normas de defensa de la competencia son aplicables a los convenios colectivos? Ciertamente, todo convenio tiene por objeto evitar que se reduzcan los costes económicos a expensas de las condiciones laborales o los salarios, eliminando la posibilidad de utilizar las condiciones de la mano de obra como factor competitivo. Tampoco cabe duda de que los acuerdos supraempresariales incluyen de *facto*, y sin valorar la presencia de los sindicatos, un acuerdo entre empresas firmantes sobre cuestiones que afectan a su posición en el mercado aun cuando sea de manera indirecta.

Teniendo en cuenta estas cuestiones, la respuesta al interrogante planteado requiere valorar tanto las consecuencias de la aplicación de las normas que disciplinan el mercado comunitario y estatal a los convenios colectivos como interrogar a la norma laboral acerca de su capacidad actual para acoger y controlar de manera adecuada estos límites a la negociación. Por añadidura, en el ámbito comunitario, debe valorarse un ámbito de interacción más amplio, que ya no atañe a la relación entre disciplina de

¹¹⁰ Como ejemplo cabe señalar que una posible alternativa relacionada con la gestión de los recursos humanos puede ser la prohibición o la limitación del recurso a trabajadores de Empresas de Trabajo Temporal, sin embargo, la inclusión de tales cláusulas ha sido considerada lesiva a los intereses de terceros y anulada por los Tribunales laborales españoles.

mercado y normas colectivas sino también a las manifestaciones de las competencias estatales en materia social. Por otro lado, desde un punto de vista procesal, cabe preguntarse acerca de la competencia para aplicar a las normas laborales un juicio *antitrust*, cuestión que será tratada en profundidad tomando el caso español como referencia.

Dos son las posibilidades que se plantean, *a priori*, para solucionar estos interrogantes: incluir a los convenios colectivos dentro del ámbito de la norma y examinar su contenido para valorar su adecuación con el derecho *antitrust* o estructurar una exención por su naturaleza. Ambos caminos están sembrados de dificultades, para ejemplificarlas e introducir así el análisis de la interacción entre las normas laborales y la disciplina del mercado, se plantea a continuación la experiencia estadounidense, cuna del conflicto y de las primeras estrategias de articulación.

II. La experiencia estadounidense como ejemplo del conflicto: el derecho *antitrust* y la actividad sindical en EEUU.

En la experiencia estadounidense, la interacción entre las normas laborales y el derecho *antitrust* ha sido una constante, reflejada tanto en la evolución normativa como en la jurisprudencia¹¹¹. De hecho, la regulación más temprana de las cuestiones relacionadas con la actividad sindical se realizó, de manera prioritaria y hasta el advenimiento de la NLRA en 1935¹¹², a través de la normativa reguladora de la competencia y mediante

¹¹¹ Para una síntesis de esta evolución ver: HANDLER, M., ZIFCHAK, W.C., “Collective bargaining and the Antitrust law. The Emasculation of the labor Exemption”, Col. Law Rev., Nº 81, 1981, p. 459 y ss., p. 469; GORMAN, *Basic text on Labor Law, unionization and collective bargaining*, West Publishing, 1976, p. 1-6. Reviste particular interés la explicación de los acontecimientos realizada por el Magistrado GOLDBERG en su opinión disidente en el caso *Jewel Tea Co.* 381 U.S. 676 (1965).

¹¹² Exceptuando las regulaciones para sectores concretos como, por ejemplo, la *Railway Labor Act*, de 1926, que afectaba a las empresas relacionadas con la red de carreteras interestatales y que fue ampliada en 1936 a las aerolíneas de igual carácter interestatal o la *Davis-Bacon Act* de 1931 que fijó un salario mínimo para los trabajadores del sector de la construcción, entre otras normas.

el establecimiento de las distintas exenciones, legales o jurisprudenciales a la aplicación de las normas *antitrust*, cuyo primer y máximo exponente fue, y sigue siendo, la *Sherman Act*¹¹³, aprobada en 1890.

La articulación, tanto normativa como jurisprudencial de la relación entre el derecho de la competencia y la actividad sindical va a ser el objeto de estudio del presente epígrafe, cuya intención es mostrar el ejemplificar el conflicto anunciado. A título aclaratorio deben adelantarse las tres fases por las que transcurre la relación entre ambos conjuntos normativos en la experiencia estadounidense. La primera de ellas abarca el periodo inmediatamente posterior a la época de prohibición de la actividad sindical. En ésta, las normas *antitrust* generaban, *de facto*, un efecto represor, actuando como freno a la acción de las organizaciones de trabajadores. En un segundo momento, que precedió a la aprobación de la NLRA de 1935, se produjo un movimiento de autocontención en las propias normas de la competencia respecto de la acción sindical, mediante la *Clayton Act*¹¹⁴ de 1914 y la *Norris-Laguardia Act*¹¹⁵ de 1932, acompañadas de diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo de los Estados Unidos interpretando las exenciones normativas de manera amplia. La tercera fase la protagonizan las normas laborales que promovieron la sindicación y la negociación colectiva, en convivencia con una línea jurisprudencial del mencionado Tribunal, orientada a establecer una exención que cubriera la negociación colectiva con una amplitud más reducida que la anterior.

1. La aplicación de las normas *antitrust* a las relaciones laborales.

Como es sabido, la cuna del derecho *antitrust* fueron los Estados Unidos, donde las primeras reglas se orientaron al control de la formación

¹¹³ 15 USC Sec. 1-7, (1/19/04).

¹¹⁴ 15 USC Sec. 12 y ss. (01/19/04).

¹¹⁵ 29 USC Sec. 101-110, 113-115, 01/06/03. La *Norris Laguardia Act* es también conocida como *Federal Anti-injunction Act*.

de monopolios empresariales. Estas normas *antitrust* tienen como máximo y primer exponente la *Sherman Act*, adoptada en 1890¹¹⁶. El principal objetivo de la misma fue asegurar la libertad de actuación en el mercado, impidiendo que las grandes concentraciones de capital dominaran el mismo, en perjuicio del resto de competidores y de los consumidores en general. De esta manera, se buscaba el control de la actividad empresarial, siguiendo una vía unitaria, sin diferenciar entre las actividades restrictivas de la competencia y los actos de competencia desleal¹¹⁷.

¹¹⁶ En este temprano momento, la intervención estatal en la economía se orientó principalmente a garantizar la libertad de acción empresarial, manteniendo las reglas del mercado y restableciendo las condiciones ideales del mismo, es decir, la libertad y la igualdad. Sin embargo, a pesar de la férrea defensa del *laissez faire* realizada por los economistas clásicos, la actitud frente a la intervención estatal comienza a ser en cierta manera *transigente*. VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit., p. 62.

¹¹⁷ La peculiar situación de Estados Unidos a finales del siglo XVIII permitió la aparición de un fuerte movimiento favorable a la intervención estatal cuyo objetivo era el control de las acumulaciones de capital. Aun cuando los postulados de la economía clásica inglesa y su opción por la política de libre comercio habían sido exportados e implantados, los economistas estadounidenses del momento demostraron una especial sensibilidad frente a las uniones que pudieran tener efecto restrictivo sobre el comercio, los famosos *trustes*. El *trust* se presenta como una Institución jurídica propia de los países anglosajones pertenecientes a la tradición legal del *Common Law*. De hecho se ha dicho que el *trust* es posiblemente la contribución más distintiva hecha por los sistemas anglosajones a la ciencia de la jurisprudencia general, (McCLEAN, D.: *The Conflict of Laws*, 5ª Ed., Sweet and Maxwell, London, 2000, p. 459). Encontramos la definición legal de *trust* en el Convenio de la Conferencia de La Haya de 1 de julio de 1985 relativo a la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento, El artículo 2 del Convenio establece una definición propia a los efectos del mismo. El término *trust* hace referencia a la relación jurídica creada –por acto *inter vivos* o por causa de muerte- por una persona, el *settlor*, cuando los bienes han sido situados bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un objetivo determinado. El *trust*, continúa el precepto, presenta las características siguientes: Los bienes constituyen una masa distinta y no forman parte del patrimonio del *trustee*; el título relativo a los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*; el *trustee* está investido del poder y cargado de la obligación, de la que debe rendir cuenta, de administrar, de gestionar o de disponer de los bienes según los términos del *trust* y las reglas particulares impuestas al *trustee* por la ley. Finalmente, se matiza que la conservación de ciertas prerrogativas por el testador (o *settlor*) o el hecho de que el *trustee* posea ciertos derechos en calidad de beneficiario, no se opone necesariamente a la existencia de un *trust*. En los años posteriores a la guerra civil norteamericana la voluntad por controlar la competencia se incrementó, utilizándose los *trustes* como instrumento para controlar el mercado. Los propietarios de *stocks* situados en compañías en competencia los transmitían a *trustees*, que pasaban a controlar y dirigir las actividades evitando así las actuaciones competitivas. Una breve caracterización de

Los motivos que llevaron a la aprobación de la primera ley *antitrust* han sido objeto de un largo debate¹¹⁸. Mientras para algunos autores ésta fue una clara reacción al fenómeno de los *trustes*, otros ven la motivación en la influencia del movimiento de granjeros y pequeños empresarios, lo que convertiría la ley en una medida claramente proteccionista a favor de los anteriores. Finalmente existen voces que han afirmado que el objetivo de la *Sherman Act* fue la consecución de la asignación eficiente de recursos, tal y como sería más tarde definida por la moderna economía neoclásica¹¹⁹. En cualquier caso, más allá de los motivos originarios¹²⁰, en el momento de la aprobación de la ley era difícilmente discernible una política de la competencia consolidada¹²¹, que apareció tiempo después con la evolución del pensamiento económico estadounidense.

Aun cuando la evolución del derecho de la competencia estadounidense es indudable¹²², la *Sherman Act* constituye todavía la base

dicho momento histórico puede encontrarse en GALBRAITH, J.K. *Historia de la economía*, Ariel, Barcelona, 5ª Ed., 1991, pp. 171 y ss.

¹¹⁸ Para un detalle de los acontecimientos que marcaron el nacimiento de la *Sherman Act* vid. GALBRAITH, J.K., loc. cit., p. 162. Este debate se recoge en la totalidad de la doctrina sobre el derecho *antitrust*, a modo de ejemplo citamos el recorrido histórico realizado por HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy, the law of competition and its practice*, 2ª Ed., Hornbook series, ST. Paul, Minn. 1999, p. 48.

¹¹⁹ Durante las primeras décadas de evolución de las normas *antitrust* se utilizó como base para la ordenación del mercado la protección de la libre competencia, entendida esta como “la operación de intereses individuales entre compradores y vendedores”. Esta primera concepción de la competencia se encuentra desarrollada en HOVENKAMP, loc. cit., p. 936.

¹²⁰ “la política económica y jurídica entre 1890 y 1920 fue ambigua y dominada por un debate entre economistas y abogados sobre las ventajas sociales y los inconvenientes causados por acuerdos empresariales. Nadie sabía con precisión cuando condenar estas acciones conjuntas, pues se sabía cuando los efectos monopolísticos de una fijación de precios eran mayores que las ventajas derivadas de las economías de escala”. Es necesario remarcar que esta ambigüedad respecto a las fusiones empresariales, no se predicó para las acciones organizadas de los trabajadores, siendo común la afirmación de que “las asociaciones de gente no producen economías de escala sino estabilidad e ineficiencia... las organizaciones de trabajadores son simplemente anticompetitivas, con muy limitados beneficios sociales”, HOVENKAMP, loc. cit., pp. 939-945.

¹²¹ JONES, A., SUFRIN, B., *EC Competition Law*, cit., p. 19 y ss.

¹²² Siguiendo la clasificación propuesta por JONES y SUFRIN, es posible diferenciar tres etapas en la evolución del derecho *antitrust*, ligadas a la concepción económica dominante. En las décadas de los 40 y 50 la teoría de la “workable competition” fue la dominante; a lo largo de los 50 se desarrolló el paradigma “structure-conduct-

de la legislación *antitrust* estadounidense. Esta norma fue desarrollada por la *Clayton Act* y la *Federal Trade Commission Act*¹²³, ambas de 1914. La primera de ellas se orientó principalmente a enmendar y fortalecer las disposiciones de la *Sherman Act* contra las prácticas comerciales monopolísticas, precisando y desarrollando los comportamientos distorsionadores de la competencia. Por su parte, la *Federal Trade Commission Act* establecía, entre otros aspectos, distintas cuestiones de procedimiento¹²⁴.

La técnica utilizada en la *Sherman Act* se basaba, y se sigue basando, en el principio de prohibición¹²⁵ sin establecer excepción alguna. La sección primera de la misma declara ilegales los contratos, combinaciones o conspiraciones que conlleven una restricción del comercio. Por su parte, la

performance”, acuñado por la escuela de Harvard, que se basaba en la creencia de la fragilidad de los mercados y en la necesidad de una política de competencia que protegiera a los pequeños empresarios frente a las grandes empresas. La crítica a esta teoría fue protagonizada por la escuela de Chicago, que cobró absoluto protagonismo durante las décadas de los 70 y 80, revolucionando el derecho *antitrust* norteamericano e influenciando notablemente el europeo. Según los postulados de esta escuela, la normativa *antitrust* debe guiarse por un único objetivo, la eficiencia económica, entendida como la asignación eficiente de recursos realizada por el mercado. Este objetivo era considerado por sus postulantes como “no político o neutral”, dados su base en consideraciones microeconómicas y, por tanto, ideológicamente libres. Así, cualquier otro objetivo debe ser irrelevante para las normas reguladoras de la competencia. En la actualidad las ideas de la escuela de Chicago se han atemperado, aceptándose la pertinencia de otros objetivos político-sociales que deben utilizarse conjuntamente con las normas *antitrust*. JONES, A., SUFRIN, B., *EC Competition Law*, cit., pp. 20-29; VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit., pp. 68-79.

¹²³ 15 USC Sec. 41-44 (01/19/04).

¹²⁴ SULLIVAN, L.A., *Antitrust*, Hornbook series, ST. Paul, Minn. 1997, p. 13.

¹²⁵ La literalidad de las dos primeras secciones de la *Sherman Act* es la siguiente: *Sec. 1. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, at the discretion of the court.*

Sec.2. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a misdemeanour, and, on conviction thereof; shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, in the discretion of the court.

sección segunda de la misma ley de 1890 se orienta hacia la prohibición de los monopolios y de los intentos de realizar conductas monopolísticas. Se establece así una prohibición de carácter absoluto de cualquier acto que produjera una restricción o monopolización del comercio mediante la formación de un *trust* o por cualquier otra operación económica, ya fuera una acción colectiva o un acto individual con idénticas consecuencias¹²⁶.

Durante la primera época de aplicación de la ley, su carácter estricto se combinó con una concepción rígida por parte de los Tribunales, que realizaron una aplicación agresiva de la norma, utilizándola de manera más efectiva como herramienta contra los incipientes sindicatos¹²⁷ que como control sobre las concentraciones económicas. Prueba de ello es que, tras la aprobación de la norma y mientras se multiplicaban las acciones contra los sindicatos, durante el periodo entre 1895 y 1905, se produjo el mayor aumento del número de fusiones en la historia de los Estados Unidos¹²⁸. De ahí que, para proteger la acción sindical, se introdujeran las primeras previsiones normativas que con este objetivo aparecieron en el derecho estadounidense.

¹²⁶ La prohibición absoluta prevista por la *Sherman Act* así como los cauces procesales previstos en la misma pronto se demostraron ineficaces, realizándose reformas tempranas mediante nuevas normas y abundante jurisprudencia. La principal transformación del sistema tuvo lugar, fundamentalmente, durante el periodo de entre guerras. En este momento se produce una drástica modificación del discurso económico, implantándose el pensamiento keynesiano. El Estado intervencionista pasa a dictar las directrices de la actividad económica y del funcionamiento del mercado, justificando tal intervención en los principios de interés general y orden público económico. La crisis económica de los años 70 significó el declive de los postulados keynesianos y la crítica a la intervención estatal en la economía, con el consiguiente replanteamiento de los objetivos y funciones de las normas de defensa de la competencia. En la actualidad se defiende por la generalidad de la doctrina el carácter multifuncional de la normativa *antitrust*. Sobre esta cuestión ver FONT GALÁN, J.I., *Constitución Económica...*, cit., p.106-109; GALBRAITH, J.K., *Historia de la economía*, cit., p. 259.

¹²⁷ Entre la aprobación de la *Sherman Act* y la primera sentencia del TS aplicando la misma para condenar un acuerdo entre trabajadores, los tribunales inferiores se pronunciaron sobre la cuestión en trece ocasiones, de ellas, una sentencia afectaba a un acuerdo entre productores, las otras condenaron actividades sindicales, HOVENKAMP, "Labor conspiracies in American Law...", cit., p. 950 : igualmente, sobre esta primera época ver TWOMEY, D.P., *Labour and employment law, text & cases*, Thomson, 12e, 2004, p. 13; GORMAN, *Basic text on Labor Law...*, cit., p. 621.

¹²⁸ HOVENKAMP, "Labor conspiracies in American Law...", loc. cit., p. 931.

1.1. Características del fenómeno sindical estadounidense.

Es bien sabido que la realidad de las organizaciones de trabajadores norteamericanas, en cuanto a estructura, principios de actuación y regulación normativa, dista considerablemente de la tradición europea¹²⁹.

De aparición tardía, el movimiento sindical estadounidense ha reposado tradicionalmente en la regulación legislativa de su estructura y funcionamiento, así como en el reconocimiento y promoción normativa de la acción sindical, en especial de la negociación colectiva. Dicha acción sindical de regulación de las condiciones de trabajo se caracteriza principalmente por su carácter descentralizado. El sindicato local, normalmente organizado a escala de centro de trabajo, es la estructura habitual del sistema de relaciones industriales. Esto no obsta para que exista una eficiente organización sindical sectorial pero las organizaciones generales son poco numerosas. En este sentido se ha afirmado tradicionalmente que aun cuando los sindicatos norteamericanos pueden ser débiles en política nacional, compensan dicha situación con un elevado poder económico en el nivel de fábrica y empresa¹³⁰.

En este marco, los convenios colectivos tienen habitualmente ámbito empresarial y contenido detallado y completo¹³¹. Así, el número de cuestiones derivadas a la negociación colectiva es mucho mayor en el sistema norteamericano que en el europeo¹³², lo cual ha conllevado una actividad sindical más beligerante y una respuesta empresarial más dura. En

¹²⁹ GOULD IV, W.B., *Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 21-26.

¹³⁰ GOLDFIELD, M., *El declive del sindicalismo en Estados Unidos*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.

¹³¹ Encontramos un recorrido histórico sobre la formación del sistema de negociación colectiva en Estados Unidos en KOCHAN, T., KATZ, H.C., McKERSIE, R.B., *La transformación de las relaciones industriales en los Estados Unidos*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.

¹³² La existencia de este elevado número de materias incluidas en el ámbito material de la negociación colectiva estadounidense guarda relación con un cierto abstencionismo estatal en la ordenación de determinadas cuestiones, que son habitualmente reguladas por las normas laborales en el ámbito europeo.

particular los sindicatos estadounidenses han sido especialmente combativos en lo relativo a sus demandas económicas, siendo la cuestión salarial objetivo preeminente de la acción sindical.

Las actividades de las organizaciones de trabajadores norteamericanas fueron claramente perseguidas durante la última década del S. XIX y la primera del XX. En estos momentos dominaba la doctrina de la “conspiración criminal” derivada de las *Combinations Acts* aprobadas por el Parlamento Británico durante el periodo mencionado. Estas normas prohibían a dos o más trabajadores actuar de manera coordinada para conseguir un aumento salarial, siendo indiferentes las condiciones en las que se desarrollara la acción, pacíficas o violentas, o que una acción idéntica realizada a título individual fuera lícita. La cuestión fundamental que marcaba la ilegalidad era la “conspiración” para reducir la producción o rechazar la realización del trabajo¹³³.

Un ejemplo de la aplicación de esta doctrina lo encontramos en el caso *Filadelfia Cordwainers*, de 1806. En éste, el tribunal declaró culpables a los trabajadores considerando que la acción de huelga era un ilícito criminal e imponiendo a los líderes de los trabajadores huelguistas una sanción pecuniaria.¹³⁴

¹³³ Sobre el particular ver la obra COMMONS, J.R. (Ed.), *Documentary history of American industrial society*, Vol. 3, Arthur Clark Company, Cleveland (Ohio), 1910, pp. 59 y ss.

¹³⁴ *Commonwealth v. Pullis*, Mayor’s Court of Philadelphia, 1806. En este caso el supuesto de hecho fue el siguiente: en noviembre de 1805 un grupo de trabajadores se declaró en huelga exigiendo un aumento de salarios. La acción se paralizó cuando se arrestó a los líderes acusados de conspiración criminal. La acusación alegó que los trabajadores en huelga estaban imponiendo condiciones al resto de trabajadores, interfiriendo en su derecho de trabajar por salarios inferiores; igualmente consideraron los empresarios que dicha acción atentaba contra el bienestar de la comunidad al tener como consecuencia el aumento de los precios de los productos. En opinión de HOVENKAMP la teoría de la conspiración criminal fue escasamente aplicada por los Tribunales norteamericanos, se apoya el autor en las fechas de las sentencias posteriores a la mencionada, afirmando que es difícil constatar la recepción o no de la teoría derivada de las leyes británicas ya que parece no existir un solo pronunciamiento que condene las mencionadas actuaciones conjuntas de trabajadores antes de 1890. HOVENKAMP, “Labor conspiracies in American Law, 1880-1930”, 66, *Tex. L. Rev.*, 1987-1988, p. 923.

La ilegalidad inherente a la creación de organizaciones de trabajadores fue matizada en el caso *Commonwealth v Hunt*¹³⁵. Esta sentencia fue la primera afirmación jurisprudencial que admitió la posibilidad de que las uniones de trabajadores para la ayuda y la protección mutua no fueran directamente contrarias a la ley. En ella el Tribunal Supremo de Massachussets consideró que la cláusula del *Closed Shop* no era contraria a la legalidad vigente.

Aun habiendo superado la teoría de la conspiración criminal, la precaria situación de los incipientes sindicatos continuó bajo amenaza por la utilización por los tribunales norteamericanos de dos nuevas vías de control: las llamadas *injunctions*¹³⁶ y la normativa *antitrust*, tras la aprobación de la *Sherman Act*. Ambas herramientas se demostraron, en esta primera época, como los instrumentos más efectivos para el control y la restricción de la actividad sindical¹³⁷.

A finales del siglo XIX los empresarios estadounidenses encontraron en la *injunction* una herramienta especialmente útil contra el creciente poder sindical. El empresario podía obtener con rapidez una decisión preliminar para paralizar la acción sindical, sin embargo, lo dilatado del proceso convertía la decisión final en inservible por haber pasado ya las

¹³⁵ *Supreme Judicial Court of Massachussets*, (4 Met (45 Mass.) 111, 1842).

¹³⁶ El concepto de *injunction* es fundamental para entender el alcance de la actividad de los tribunales contra los sindicatos en estos primeros momentos de la historia de las normas laborales estadounidenses. Siguiendo la definición ofrecida por TWOMEY, consideramos por *injunction* un mandato de acción o una prohibición (cabría también en doble sentido, mandato y prohibición, ejemplo de ello es el establecimiento de una obligación a un sindicato de cesar en su actividad de boicot y negociar con el empresario), adoptada por un juez y que debe cumplirse de manera inmediata. La adopción de una *injunction* se producía en varias fases, tras una primera audición se adoptaba la llamada *preliminary injunction*; la decisión final se adoptaba tras un proceso probatorio. TWOMEY, D.P., *Labour and employment law*, cit., p. 15; En la traducción a nuestro idioma de distintas monografías sobre la cuestión se ha señalado que no es posible encontrar en nuestro ordenamiento un concepto jurídico que nos permita la traducción exacta, por ello, en lugar de adoptar vocablos técnicos próximos, optamos por la utilización del término original. En cambio, otros autores han utilizado la acepción “interdicto”, GOULD IV, W.B., *Nociones de Derecho Norteamericano...*, cit., nota del traductor en p. 28.

¹³⁷ HOVENKAMP, “Labor conspiracies in American Law...”, cit., p. 919.

circunstancias que originaron el conflicto¹³⁸. Por otro lado, la desigualdad en el procedimiento era asimismo patente dadas las facilidades concedidas al empresario. Éste no sólo tenía la facultad de elegir el tribunal sino que bastaba como prueba su declaración jurada de los hechos, cuya veracidad no era habitualmente contrastada pues se presentaban por la parte agraviada ante el juez sin necesidad de comunicárselo a los trabajadores. Tras esta presentación era posible obtener una orden temporal que tenía por efecto paralizar la actividad sindical durante semanas, hasta que se adoptara la decisión final¹³⁹.

De manera paralela al aumento de las *injunctions* y de la utilización antisindical de la *Sherman Act*, el movimiento obrero experimentó a partir de 1890 una expansión acelerada. Acorde con este desarrollo, el reconocimiento de la actividad sindical paso a una fase de permisividad o, en palabras de la doctrina estadounidense, de “liberación”. Así, el Congreso de los Estados Unidos acometió de manera decidida la promoción y defensa de la creación y actividad de las organizaciones de trabajadores, con especial atención en la negociación colectiva. El máximo exponente de esta línea política fue la aprobación de la NLRA en 1935, norma de carácter eminentemente protector. De manera paralela, este cambio de actitud se reflejó en las reformas de la normativa *antitrust* mediante la *Clayton Act*¹⁴⁰ en 1914 y su posterior ampliación, la *Norris-Laguardia Act*¹⁴¹ en 1932. Ambas normas se orientaron, entre otros objetivos, a controlar la aplicación antisindical de la *Sherman Act* y a evitar la proliferación de las *injunctions*. Sin embargo, como se detalla en el capítulo siguiente, la actitud judicial del momento seguía siendo especialmente dura con la actividad sindical por lo

¹³⁸ TWOMEY, D.P., *Labour and employment law*, cit., p.15.

¹³⁹ GORMAN, R.A., *Basic text on Labor Law...*, cit., p. 2.

¹⁴⁰ 15 USC Sec. 12 y ss. (01/19/04).

¹⁴¹ 29 USC Sec. 101-110, 113-115, 01/06/03. La *Norris Laguardia Act* es también conocida como *Federal Anti-injunction Act*.

que la eficacia de las reformas en este campo fue, durante la primera época, muy limitada

Dos años más tarde de la aprobación de la *Norris-Laguardia Act*, el Congreso adoptó la primera norma destinada a regular las relaciones laborales en su conjunto, la versión original de la NLRA¹⁴². Con esta norma de 1935 se evolucionó del modelo de *laissez faire* a la regulación de la actividad sindical, asegurando a los trabajadores el derecho a coaligarse y actuar colectivamente para satisfacer sus propios intereses. Como expresamente afirma su preámbulo, el texto evidencia la voluntad del Congreso de promover la sindicación y la negociación colectiva como método idóneo para la resolución de las disputas laborales, constituyendo la primera regulación de la actividad sindical en Estados Unidos, Tal y como afirma GORMAN, esta ley puede ser entendida como “un esfuerzo del Congreso para crear las condiciones de paz industrial en el comercio interestatal, eliminando los obstáculos y potenciando la formación de sindicatos como una representación efectiva del trabajador individual”.

La sección 7 de esta primera versión de la NLRA¹⁴³ reconoce el derecho de los trabajadores de asociarse, negociar colectivamente condiciones de trabajo y empleo y realizar acciones colectivas para la

¹⁴² También llamada *Warner Act*. 29 USC Sec. 151-157, 159-169, 01/06/03. Este texto cuerpo sustancial del derecho laboral estadounidense recogía tres normas sectoriales ya vigentes: la *Erdman Act* que, en 1898, había instaurado un sistema de mediación para la resolución pacífica de las controversias entre empresarios y trabajadores en el sector de las carreteras y protegía a los trabajadores frente a los despidos fundamentados en la afiliación sindical; La *Nacional War Labor Board*, que afirmaba la libertad de organización y negociación de los trabajadores y la *Railway Labor Act* de 1926, con previsiones similares a las de la primera de las normas mencionadas. La base para la aprobación de la Nacional Labor Relations Act fue la cláusula de comercio contenida en el artículo primero, sección octava de la Constitución de los Estados Unidos. Dicha disposición permite al congreso dictar normas orientadas a la regulación del comercio entre los Estados federados, la adopción de la *NLRA* se fundamentó en la necesidad de regular las relaciones laborales para evitar la conflictividad entre empresarios y trabajadores que podría repercutir negativamente en el comercio interestatal. GOULD IV, W.B., *Nociones de Derecho Norteamericano...*, cit., p. 39.

¹⁴³ En la versión actual las secciones siguen tratando idénticas materias habiendo incorporado las correspondientes enmiendas.

defensa de los mencionados derechos. En la norma se regulan los métodos y procedimientos para la realización de la negociación colectiva, contemplándose cuestiones como la determinación de las unidades de negociación o la certificación de los representantes de las partes negociadoras.

De importancia fundamental para la cuestión que nos ocupa fue la introducción del concepto *mandatory bargaining*, u obligación de negociar, establecida para aquellas situaciones en las que existiera una representación organizada de los trabajadores. Dicha obligación afecta a ambas partes y abarca las cuestiones relacionadas con el salario y las condiciones de trabajo. De esta manera, se reconocía el poder de los sindicatos y la obligación de la parte empresarial para negociar y fijar los salarios o, en palabras de TWOMEY de “fijar los precios que un grupo de empresarios debía pagar por el trabajo”¹⁴⁴.

Por su parte, la sección 8 de la norma se orienta al control de la actividad empresarial, declarando ilegales actuaciones como la interferencia en los derechos reconocidos en la sección anterior. Otra de las cuestiones fundamentales introducidas por esta ley fue la creación de la *National Labor Relations Board*, agencia de carácter administrativo orientada a la resolución de los conflictos laborales. Con su creación el Congreso a la vez explicitó la voluntad de controlar el activismo judicial en las relaciones laborales, estableciendo un ente administrativo como árbitro experto para resolver las disputas entre empresarios y trabajadores, quedando autorizado para imponer sanciones a los empresarios.

En su versión original, como se ha podido observar, la NLRA únicamente reflejaba los ilícitos empresariales, sin regular los cometidos por los trabajadores. Además, existían en su articulado conductas

¹⁴⁴ TWOMEY, D.P., *Labour and employment law...*, cit., p. 17.

expresamente permitidas que podían ser contrarias a las normas *antitrust*¹⁴⁵, sin que se especificara articulación alguna entre ambas normativas, al estilo de la incluida en la normativa anterior. En opinión de algunos autores, no cabía duda de que la acción sindical y en particular la negociación colectiva colisionaba con la política de competencia, si se entendía que la misma prohibía todo tipo de acuerdos susceptibles de producir restricciones en el comercio y si se consideraba el trabajo como una mercancía, cuya restricción se produce de manera inevitable con la acción sindical y con la negociación colectiva que fija los “precios de dicha mercancía”¹⁴⁶.

Tras la aprobación de la *Wagner Act* se produjo un considerable aumento del poder de los sindicatos y del número de huelgas. Durante sus primeros años de vida su aplicación fue objeto de gran controversia y un amplio sector del empresariado se negó a aceptarla como ley vinculante. La problemática llevó al Congreso a rectificar la relativa libertad decretada, introduciendo las mencionadas enmiendas. Así, doce años después de su aprobación se introdujo un primer paquete de enmiendas destinadas, en su mayoría, a marcar los límites de la libertad de acción sindical, las llamadas enmiendas *Taft-Hartley* de 1947, que introdujeron en la ley un conjunto de prácticas sindicales consideradas ilegales.

En 1959 se introdujo en segundo paquete de enmiendas, de mayor peso que el anterior, mediante la *Laudrum-Griffin Act*. Esta ley se dirigió especialmente al control de los problemas de corrupción en el interior de los sindicatos, estableciendo los derechos individuales de los trabajadores sindicados. Además amplió el número de actividades sindicales consideradas ilegales, incluyendo numerosas conductas que habían sido

¹⁴⁵ Esta cuestión ha llevado a parte de la doctrina a pronunciarse a favor de la necesidad de una mayor acomodación normativa entre ambos conjuntos de reglamentaciones, ver SULLIVAN, L.A., *Antitrust*, cit., p. 723; WINTER, R.K., Jr., “Collective bargaining and competition...”, cit., p. 30, para este autor las dos normas principales de cada una de las políticas en conflicto (*Sherman Act* y *Nacional Labor Relations Act*) parecen ignorar su mutua existencia y se contradicen expresamente.

¹⁴⁶ TWOMEY, D.P., *Labour and employment law...*, cit., p. 17.

previamente consideradas contrarias a la normativa *antitrust* por los tribunales¹⁴⁷.

1.2. La utilización de la *Sherman Act* como herramienta de control de la actividad sindical.

De manera paralela a la inoperancia en el control de las fusiones empresariales, el tratamiento del trabajo como una mercancía, sujeta por tanto a las normas *antitrust*, devino un lugar común, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del momento¹⁴⁸. Como ya se ha señalado, la *Sherman Act* junto con la aplicación de las *injunctions*, fue el principal instrumento utilizado contra los sindicatos y sus actividades¹⁴⁹.

La amplitud e imprecisión de la *Sherman Act* ofrecía pocas guías de interpretación a los tribunales federales, que adoptaron una interpretación mayoritariamente antisindical. Una de las principales repercusiones fue el endurecimiento de las condiciones de licitud de las huelgas. Tras la aprobación de la norma *antitrust*, las circunstancias de las huelgas y la intención de los sindicatos al declararlas fueron examinadas al detalle por los jueces para detectar una coacción a terceros que provocaría su ilegalidad. Igualmente, conductas que antes no habían sido consideradas coercitivas, como el piquete pacífico, fueron entendidas como contrarias a

¹⁴⁷ Una explicación del contenido de estas enmiendas puede encontrarse en HANDLER, M., ZIFCHAK, W.C., "Collective bargaining and the Antitrust law...", cit., pp. 472-475.

¹⁴⁸ Entre las obras jurídicas de la época encontramos títulos claramente orientados en este sentido como "The law of combinations, monopolies and labor Unions", escrita por F. COOKE en 1898. Esta concepción se encuentra justificada en opinión de HOVENKAMP por las especiales circunstancias del momento histórico en el que, para gran parte de la doctrina, la relación de poder entre trabajadores y empresarios se encontraba equilibrada, por esta razón, cualquier tratamiento diferente de las acciones conjuntas de ambos sería discriminatorio e injustificado. Por añadidura, la campana de imposición de los acuerdos de *Closed Shop* y las violentas huelgas en el sector del transporte, vinieron a confirmar la percepción de que el movimiento de los trabajadores amenazaba con monopolizar el mercado de trabajo, de la misma manera que los grandes *trustes* amenazaban con crear monopolios industriales, sobre el particular ver HOVENKAMP, "Labor conspiracies in American Law...", cit., p. 931 y 954-955.

¹⁴⁹ GORMAN, R.A., *Basic text on Labor Law...*, cit., pp. 1 y 604 y ss.

la *Sherman Act*¹⁵⁰. La declaración de ilegalidad de una determinada conducta abría la posibilidad para la aplicación de la Sección séptima de la norma, donde se preveía la base legal para la reclamación de los daños y perjuicios contra cada uno de los miembros del sindicato, que se valoraba multiplicando por tres los daños efectivamente causados.

Un ejemplo de la aplicación estricta de esta norma contra la acción sindical lo encontramos en el caso *Lawlor v. Loewe*¹⁵¹, caso conocido popularmente como *Danbury Hatters*. En este asunto el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se pronunció acerca de la licitud de un boicot promovido por el sindicato de sombrereros que convocó una huelga contra la empresa con la finalidad de implantar el sindicato en la misma. El mencionado boicot no sólo se promovió contra la empresa en cuestión sino contra cualquiera de sus clientes y respecto a todas las actividades realizadas por la empresa. El Tribunal Supremo aplicó la *Sherman Act* a dicha acción sindical considerando que la misma había obstruido el comercio interestatal o la libertad del comerciante para negociar, imponiendo las sanciones por daños y perjuicios contra los miembros del sindicato. El Tribunal Supremo reconoció expresamente que la normativa *antitrust* tenía un ámbito de actuación más amplio que la prohibición de la restricción del comercio derivada del *common law*. De esta manera cualquier restricción del comercio, independientemente del sujeto que la cometiera podía sancionarse bajo la *Sherman Act*.

¹⁵⁰ HOVENKAMP, “Labor conspiracies in American Law...”, cit., pp. 931 y 954-955.

¹⁵¹ *LAWLOR v. LOEWE*, 235 U.S. 522 (1915) 235 U.S. 522. En contra de la mayoría de la doctrina, a la vista de este asunto MELTZER afirmaba que la *Sherman Act* no tuvo una inspiración antisindical y que la temprana interpretación de la misma realizada por el TS no implica la prohibición de que el sindicato “monopolice el mercado de trabajo” sino de que éste realice “malas prácticas sindicales”, como el boicot o los piquetes. MELTZER, B.D., “Labor Unions, collective bargaining and the antitrust laws”, *University of Chicago Law Review*, 964-1965, p. 662.

Dadas las mencionadas circunstancias fue necesaria una intervención en materia *antitrust* que desarrollara esta norma y evitara sus disfunciones¹⁵².

2. La articulación normativa de las normas de competencia y la acción sindical.

La presión del movimiento obrero encontró respuesta en el partido demócrata, entonces con mayoría en el Congreso, adoptándose una reforma de las normas *antitrust* tendente a mejorar el sistema de la *Sherman Act*. En un primer momento se adoptaron la *Clayton Act* y la *Federal Trade Commission Act*, aunque sólo la primera de ellas trataba la cuestión de las relaciones laborales. Su escasa eficacia requirió una nueva norma, la *Norris-La Guardia Act*, adoptada en 1932.

2.1. La *Clayton Act* y sus efectos sobre la acción sindical.

Con la *Clayton Act* el Congreso evidenció su voluntad, si no de eliminar, sí al menos de restringir la aplicación de las normas *antitrust* a las organizaciones de trabajadores¹⁵³, dando así respuesta a las quejas de los sindicatos por el aumento de las *injunctions* y de la aplicación de la *Sherman Act* sobre sus actividades. Como recordó el propio Tribunal Supremo y a pesar de sus primeras sentencias en aplicación de la norma, el

¹⁵² Según han afirmado algunos autores, además del incremento de las fusiones mencionado existía otro motivo que impuso la adopción de una nueva intervención legislativa en la materia *antitrust*. Se trata del desarrollo de la *rule of reason* por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La “rule of reason” es una técnica jurisprudencial de origen norteamericano según la cual es posible modular un principio general según lo que es razonable en cada caso concreto. La utilización de esta técnica al aplicar la *Sherman Act* produjo cierta alarma por la posible debilitación de la primera norma *antitrust*, lo cual aumentó la conciencia de la necesidad de reformarla. Sobre el particular vid. HOVENKAMP, “Labor conspiracies in American Law...”, cit., p.56.

¹⁵³ HANDLER, M., ZIFCHAK, W.C., “Collective bargaining and the Antitrust law...”, cit., p. 46.

lenguaje adoptado en esta ley permite una clara distinción entre las transacciones comerciales y las acciones sindicales¹⁵⁴.

La sección 6 de la *Clayton Act* realiza una afirmación que sería posteriormente retomada en el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo en 1919: “el trabajo de las personas no es una mercancía o un artículo de comercio¹⁵⁵”. A continuación, en esta sección se limita la interpretación de la *Sherman Act*, que no debe orientarse hacia la prohibición de las organizaciones y las legítimas operaciones de los sindicatos. Por su parte, la sección 20 de la *Clayton Act*¹⁵⁶ restringe el poder

¹⁵⁴ En la mayoría de sus sentencias el Tribunal realiza un recorrido por la historia legislativa de la cuestión, tomamos la explicación realizada en el caso *Allen Bradley v. Local Unión, No. 3*, 325 U.S. 797 (1945).

¹⁵⁵ 15 USC Sec. 17, (01/19/04); TITLE 15 - COMMERCE AND TRADE, CHAPTER 1 - MONOPOLIES AND COMBINATIONS IN RESTRAINT OF TRADE: “*The labor of a human being is not a commodity or article of commerce. Nothing contained in the antitrust laws shall be construed to forbid the existence and operation of labor, agricultural, or horticultural organizations, instituted for the purposes of mutual help, and not having capital stock or conducted for profit, or to forbid or restrain individual members of such organizations from lawfully carrying out the legitimate objects thereof; nor shall such organizations, or the members thereof, be held or construed to be illegal combinations or conspiracies in restraint of trade, under the antitrust laws*”. Fuente original: Oct. 15, 1914, ch. 323, Sec. 6, 38 Stat. 731, también conocido como artículo 6 de la Clayton Act.

¹⁵⁶ 29 USC Sec. 52, (01/06/03); TITLE 29 – LABOR, CHAPTER 5 - LABOR DISPUTES; MEDIATION AND INJUNCTIVE RELIEF: “*No restraining order or injunction shall be granted by any court of the United States, or a judge or the judges thereof, in any case between an employer and employees, or between employers and employees, or between employees, or between persons employed and persons seeking employment, involving, or growing out of, a dispute concerning terms or conditions of employment, unless necessary to prevent irreparable injury to property, or to a property right, of the party making the application, for which injury there is no adequate remedy at law, and such property or property right must be described with particularity in the application, which must be in writing and sworn to by the applicant or by his agent or attorney. And no such restraining order or injunction shall prohibit any person or persons, whether singly or in concert, from terminating any relation of employment, or from ceasing to perform any work or labor, or from recommending, advising, or persuading others by peaceful means so to do; or from attending at any place where any such person or persons may lawfully be, for the purpose of peacefully obtaining or communicating information, or from peacefully persuading any person to work or to abstain from working; or from ceasing to patronize or to employ any party to such dispute, or from recommending, advising, or persuading others by peaceful and lawful means so to do; or from paying or giving to, or withholding from, any person engaged in such dispute, any strike benefits or other moneys or things of value; or from peaceably assembling in a lawful manner, and for lawful purposes; or from doing any act or thing which might lawfully be done in the absence of such dispute by any party thereto; nor*

de los tribunales federales para conceder las llamadas *injunctions* en disputas laborales, “a no ser que esto sea absolutamente necesario para prevenir daños irreparables en la propiedad”. Por último, se establece en esta norma una lista de ciertas actividades que, dado su carácter laboral, no pueden considerarse atentatorias contra una ley de los Estados Unidos¹⁵⁷.

Ninguno de los objetivos de la *Clayton Act* fue conseguido con éxito. A pesar de la introducción de las secciones 6 y 20, que parecían declarar fuera del alcance de las normas *antitrust* a los sindicatos y a las pacíficas actividades concertadas de los trabajadores, las normas *antitrust* continuaron aplicándose contra la actividad sindical, si cabe con mayor virulencia¹⁵⁸.

En este sentido, el Tribunal Supremo no tardó en afirmar que con la *Clayton Act* el Congreso no había manifestado su voluntad de establecer una exención de la aplicación de la *Sherman Act* para cubrir la actividad sindical por completo. Consideró el Tribunal, en cambio, que la protección se dirigía en exclusiva a las acciones sindicales que se realizaban directamente contra el empresario de los trabajadores representados por el sindicato. Esta protección sólo alcanzaba las actividades que constituían objetivos “normales y legítimos” de los sindicatos. La definición de qué constituía una actividad de ese tipo quedaba por completo al arbitrio de los tribunales. Por añadidura, el Tribunal desarrolló el concepto de “disputa laboral” de manera estricta, afirmando que las disputas que afectaran a la producción de bienes o mercancías no podían entrar en la mencionada exención.

shall any of the acts specified in this paragraph be considered or held to be violations of any law of the United States”. (Fuente: Oct. 15, 1914, ch. 323, Sec. 20, 38 Stat. 738; también conocido como 20 de la *Clayton Act*).

¹⁵⁷ SULLIVAN, L.A., *Antitrust...*, cit., p. 723. Como recuerda el TS, esta ley fue ampliamente proclamada como la “Carta Magna” de los trabajadores, *Allen Bradley v. Local Unión, No. 3*, 325 U.S. 797 (1945).

¹⁵⁸ TWOMEY, D.P., *Labour and employment law...*, cit., p. 16; GOULD IV, W.B., *Nociones de Derecho Norteamericano...*, cit., p. 31-32.

El ejemplo más significativo de esta línea jurisprudencial lo encontramos en el caso *Duplex*¹⁵⁹. En este asunto el Tribunal Supremo consideró que una huelga pacífica podía violar las normas *antitrust* si causaba una restricción suficientemente adversa en el comercio interestatal. Una simple restricción de la producción empresarial podía ser considerada dentro del tipo, con la consiguiente limitación de la acción sindical.

La opinión disidente sustentada por tres Magistrados y redactada por el Juez Brandeis realizó especial hincapié en el propósito del legislativo al aprobar la *Clayton Act*, considerando que uno de los objetivos principales era apartar a los jueces de las disputas laborales y de las determinaciones económico-sociales basadas en posturas subjetivas, y normalmente pro-empresariales, acerca de la oportunidad de la acción sindical y de la definición del contenido del “interés propio” de las organizaciones de trabajadores.¹⁶⁰ Esta opinión disidente de la mayoritaria fue recogida posteriormente en la intervención normativa del Congreso sobre la cuestión, la *Norris-LaGuardia Act*, que contravino expresamente la decisión adoptada por el Tribunal en el caso *Duplex*.

Sin embargo, antes de esta segunda norma modificativa de la *Sherman Act*, el caso *Duplex* fue seguido por decisiones similares, con los efectos negativos que esto implicaba para los sindicatos¹⁶¹. Así, como señala HOVEMKAMP, lo único que recibieron los trabajadores de la *Clayton Act* fue un incremento de los sujetos legitimados para interponer

¹⁵⁹ El caso *Duplex Printing Press v. Deerin*, 254 U.S. 443 (1921) fue claro en este sentido. El Tribunal consideró que la excepción establecida en la *Clayton Act* amparaba únicamente las actividades *legítimas* de los sindicatos. Así quedaba fuera de la cobertura la realización de un “boicot secundario”, entendiéndose por este el intento de un sindicato de involucrar a terceros en una disputa laboral (los trabajadores se negaron a trabajar con materiales que suministraba otro empresario al cual el sindicato al que pertenecía la primera empresa estaba intentado adherir). Sobre el particular y los casos similares que siguieron al comentado ver GORMAN, *Basic text on Labor Law...*, cit., p. 623.

¹⁶⁰ GOULD IV, W.B., *Nociones de Derecho Norteamericano...*, cit., p. 33.

¹⁶¹ *Bedford Co. v. Stone Cutters Assn.*, 274 U.S. 37; *Alco-Zander Co. v. Amalgamated Clothing Workers*, 35 F.2d 203; *United States v. Railway Employees Dept.*, 283 F. 479.

injunctions, acompañado de una ampliación de los supuestos de hecho que justificaban las mismas¹⁶².

Otro ejemplo de esta línea jurisprudencial lo encontramos en el caso *Coronado Coal Co. V. United Mine Workers*¹⁶³. En éste, el Tribunal Supremo consideró, endureciendo todavía más su jurisprudencia anterior, que la mera reducción en el suministro de un artículo destinado al comercio interestatal podía ser considerada atentatoria a la normativa *antitrust* si la restricción era causada por huelguistas cuyo objetivo era, precisamente, el provocar dicha restricción.

Como es evidente, una de las principales consecuencias de la interpretación adoptada es que los tribunales que aplicaban la normativa *antitrust* se auto-otorgaban la potestad de evaluar la voluntad del sindicato al realizar sus acciones, lo cual, ampliaba las posibilidades de una interpretación abusiva de la normativa reguladora de la competencia contra las organizaciones de trabajadores¹⁶⁴. Paralelamente, durante esta época, la utilización de las *injunctions* no disminuyó, sino que fue en aumento¹⁶⁵.

2.2. La respuesta normativa al empeoramiento de la conflictividad: la *Norris-La Guardia Act*.

Las presiones de los sindicatos condujeron a la adopción de una nueva norma, orientada a controlar el uso antisindical de las reglas *antitrust* y a clarificar la voluntad del Congreso de proteger las actividades sindicales¹⁶⁶, evitando las interpretaciones del tipo del caso *Duplex*. Así, en

¹⁶² HOVENKAMP, “Labor conspiracies in American Law...”, cit., p. 964.

¹⁶³ *Coronado Coal Co. v. United Mine Workers*, 268 U.S. 295.

¹⁶⁴ HOVENKAMP, “Labor conspiracies in American Law...”, loc. cit, p. 627, sobre el particular encontramos una síntesis en TWOMEY, D.P., *Labour and employment law...*, cit., p. 24.

¹⁶⁵ GOULD IV, W.B., *Nociones de Derecho Norteamericano...*, cit., p. 33-34.

¹⁶⁶ Así lo reconoció el TS en el caso *United Status v. Hutcheson*, 312 U.S. 219 (1941). En la sentencia el Tribunal afirmó que el objetivo esta segunda norma era restaurar los propósitos de la *Clayton Act* que habían sido frustrados por la jurisprudencia. De esta

1932 fue aprobada la *Norris-La Guardia Act*, conteniendo una declaración expresa a favor de la libertad de sindicación¹⁶⁷ y de la acción sindical, afirmando que la protección de dicha libertad era un objetivo de la política pública estadounidense. Esta norma “enfaticó la importancia pública bajo las modernas condiciones económicas de proteger los derechos de los trabajadores a organizarse en sindicatos y realizar actividades concertadas con el objetivo de negociar convenios colectivos o de proveerse ayuda o protección mutua”¹⁶⁸.

Para la consecución de los objetivos mencionados la *Norris-Laguardia Act* denegó la jurisdicción a los tribunales federales sobre ciertas disputas laborales, reduciendo al mínimo las posibilidades de utilización de *injunctiions* en “cualquier controversia referida a los términos o condiciones de empleo, o concernientes a la asociación o representación de los trabajadores en la negociación, fijación, mantenimiento, cambio o intentos de ajuste de los términos o condiciones de empleo, con independencia de si los que están en disputa se hallan en una relación inmediata de empresario y trabajador”¹⁶⁹.

manera, continuó el TS, el propósito de la ley será, por tanto, la protección de los derechos del trabajo en la misma manera que se intentó al aprobar la norma anterior.

¹⁶⁷ 29 USC Sec. 102, 01/06/03; “*In the interpretation of this chapter and in determining the jurisdiction and authority of the courts of the United States, as such jurisdiction and authority are defined and limited in this chapter, the public policy of the United States is declared as follows: Whereas under prevailing economic conditions, developed with the aid of governmental authority for owners of property to organize in the corporate and other forms of ownership association, the individual unorganized worker is commonly helpless to exercise actual liberty of contract and to protect his freedom of labor, and thereby to obtain acceptable terms and conditions of employment, wherefore, though he should be free to decline to associate with his fellows, it is necessary that he have full freedom of association, self-organization, and designation of representatives of his own choosing, to negotiate the terms and conditions of his employment, and that he shall be free from the interference, restraint, or coercion of employers of labor, or their agents, in the designation of such representatives or in self-organization or in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection; therefore, the following definitions of and limitations upon the jurisdiction and authority of the courts of the United States are enacted*”.

¹⁶⁸ *Allen Bradley v. Local Unión, No. 3*, 325 U.S. 797 (1945).

¹⁶⁹ Definición de disputa laboral, contenida en el artículo 13 de la *Norris-Laguardia Act*, (29 USC Sec. 113, (01/06/03)).

En su sección 4^a, se incluyó un listado de supuestos específicos inmunes frente a las mencionadas medidas cautelares¹⁷⁰, entre los que se encontraban las huelgas pacíficas, los boicots, los piquetes, la negativa de un trabajador a realizar la prestación laboral, su afiliación a un sindicato, su soporte o participación en acciones coordinadas con otros trabajadores tendentes a la promoción de sus intereses en el seno de un conflicto laboral¹⁷¹, entre otras acciones.

De manera indirecta la *Norris-Laguardia Act* definió y amplió el ámbito de la exención laboral, pues, según afirmó la jurisprudencia

¹⁷⁰ 29 USC Sec. 104 (01/06/03). En este artículo se establece un listado de prácticas protegidas frente a las *injunctions*. La redacción del precepto es la siguiente:

“No court of the United States shall have jurisdiction to issue any restraining order or temporary or permanent injunction in any case involving or growing out of any labor dispute to prohibit any person or persons participating or interested in such dispute (as these terms are herein defined) from doing, whether singly or in concert, any of the following acts:

- a) Ceasing or refusing to perform any work or to remain in any relation of employment;*
- b) Becoming or remaining a member of any labor organization or of any employer organization, regardless of any such undertaking or promise as is described in section 103 of this title;*
- c) Paying or giving to, or withholding from, any person participating or interested in such labor dispute, any strike or unemployment benefits or insurance, or other moneys or things of value;*
- d) By all lawful means aiding any person participating or interested in any labor dispute who is being proceeded against in, or is prosecuting, any action or suit in any court of the United States or of any State;*
- e) Giving publicity to the existence of, or the facts involved in, any labor dispute, whether by advertising, speaking, patrolling, or by any other method not involving fraud or violence;*
- f) Assembling peaceably to act or to organize to act in promotion of their interests in a labor dispute;*
- g) Advising or notifying any person of an intention to do any of the acts heretofore specified;*
- h) Agreeing with other persons to do or not to do any of the acts heretofore specified; and*
- i) Advising, urging, or otherwise causing or inducing without fraud or violence the acts heretofore specified, regardless of any such undertaking or promise as is described in section 103 of this title”.*

¹⁷¹ La noción de conflicto laboral fue definida como “cualquier controversia concerniente a condiciones de trabajo, sin que sea necesaria una relación empresario-trabajador”. 29 USC Sec. 113, (01/06/03): “*c) The term “labor dispute” includes any controversy concerning terms or conditions of employment, or concerning the association or representation of persons in negotiating, fixing, maintaining, changing, or seeking to arrange terms or conditions of employment, regardless of whether or not the disputants stand in the proximate relation of employer and employee”.*

posterior, la comprensión de la sección 20 de la *Clayton Act* necesitaba de la lectura jurídica con esta segunda norma. Así, interpretadas de manera conjunta, las dos leyes anteriormente comentadas garantizan de este modo una exención *antitrust* para un amplio espectro de conductas tradicionalmente ligadas a la libertad sindical¹⁷².

Como ha señalado la doctrina, la filosofía general de la *Norris-Laguardia Act*, se basaba en el *laissez faire* como modelo de protección de la libertad sindical¹⁷³, impidiendo la actividad judicial orientada a controlar la actividad de las organizaciones de trabajadores. Con ella comenzó una nueva etapa de pronunciamientos del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de carácter eminentemente protector, cuyos máximos exponentes son los asuntos *Hutcheson*¹⁷⁴ y *Apex*¹⁷⁵. En estos asuntos el Tribunal Supremo afirmó que las normas anteriormente comentadas debían leerse en conjunto y como parte del derecho del trabajo, construyendo un ámbito de inmunidad, necesario para mantener la coherencia de un sistema que promovía la libertad sindical y la acción colectiva. De esta interpretación y de la estrategia normativa tendente a proteger la acción sindical, se derivaron las llamadas “exenciones laborales”.

Es un lugar común la diferenciación entre la exención estatutaria y la no estatutaria. La primera deriva directamente de la acción coordinada de la *Clayton Act* y de la *Norris-Laguardia Act* y se orienta a la protección de las actividades sindicales realizadas de manera unilateral. La exención no estatutaria es posterior, de construcción jurisprudencial y se refiere a la negociación colectiva. La protección específica de los acuerdos colectivos era necesaria por dos motivos: por un lado, estos acuerdos no podían ampararse bajo las exenciones legales al ser un pacto entre empresarios y

¹⁷² SULLIVAN, L.A., *Antitrust...*, cit., p. 723; GORMAN, R.A., *Basic text on Labor Law...*, cit., p. 4.

¹⁷³ GOULD IV, W.B., *Nociones de Derecho Norteamericano...*, cit., p. 3.

¹⁷⁴ *United States v. Hutcheson*, 312 U.S. 219 (1941).

¹⁷⁵ *Apex Hosiery Co. v. Leader*, 310 U.S. 469 (1940).

trabajadores; por otro, la normativa laboral se había orientado particularmente al apoyo y promoción de la negociación colectiva. Así, en aras de preservar la coherencia de la política legislativa, se articuló una línea jurisprudencial que amparara dicha actividad conjunta de los empresarios y trabajadores. Sin embargo, como veremos al analizar los casos concretos, esta protección dista mucho de ser una “inmunidad” como reclamaba parte de la doctrina, y como parecía perfilarse de la jurisprudencia de una primera época.

3. La articulación jurisprudencial de las exenciones laborales

En el análisis del desarrollo de las exenciones por el Tribunal Supremo va a adoptarse el esquema aportado por HANDLER y ZIFCHAK¹⁷⁶. Desde una postura crítica con la línea jurisprudencial finalmente adoptada por el mencionado Tribunal, los autores dividen los casos más significativos en dos grupos. En el primero, coincidiendo con el orden cronológico, sitúan los asuntos *Apex*¹⁷⁷, *Hutcheson*¹⁷⁸, y *Allen*¹⁷⁹, considerando que en ellos, especialmente en los dos últimos, se realiza la articulación de la exención laboral. En un segundo grupo se colocarían los supuestos *Pennington*¹⁸⁰ y *Jewell Tea*¹⁸¹, cuyo corolario sería el caso *Connell*¹⁸².

Mediante esta segunda trilogía, según los mencionados autores, el Tribunal difuminó de nuevo las líneas de interacción de las normas laborales y las reguladoras de la competencia, en un sentido claramente favorable a estas últimas. Como veremos, dentro de este segundo grupo los

¹⁷⁶ HANDLER, M., ZIFCHAK, W.C., “Collective bargaining and the Antitrust law...”, cit., pp. 475 y ss.

¹⁷⁷ *Apex Hosiery Co. v. Leader*, 310 U.S. 469 (1940).

¹⁷⁸ *United Status v. Hutcheson*, 312 U.S. 219 (1941).

¹⁷⁹ *Allen Bradley v. Local Unión, No. 3*, 325 U.S. 797(1945).

¹⁸⁰ *Mine workers v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965).

¹⁸¹ *Amalgamated Meat Cutres v. Jewel Tea Co.* 381 U.S. 676 (1965).

¹⁸² *Connell Construction Co. v. Plumbers & Stamfitters local union*, 421 U.S. 616 (1975).

dos primeros casos se dedican a los supuestos de negociación colectiva, debiéndose a ellos la construcción de la “exención no estatutaria”. Por su parte, el asunto *Connell*, pese a no analizar un convenio colectivo, entra en la delimitación de ambos tipos de exenciones y en un aspecto de importancia fundamental para nuestro estudio, en la determinación de la norma aplicable ante un ilícito cometido por un sindicato y sancionado tanto por las normas laborales como por las normas de la competencia.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha desarrollado la normativa anterior, delimitando la relación entre la actividad sindical y la defensa de la competencia es ingente. El breve recorrido que se plantea a continuación se ha ceñido a los casos reseñados anteriormente, por ser, en opinión de la doctrina mayoritaria, los asuntos más significativos y por tener especial relevancia dados los paralelismos que pueden trazarse con las situaciones abordadas en la actualidad por los tribunales europeos.

3.1. El primer desarrollo de la exención laboral estatutaria: la etapa protectora.

El primer pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la cuestión tras la aprobación de la *Norris-La Guardia Act* fue el caso *Apex*¹⁸³ de 1940. En éste, a pesar de ser posterior a la articulación normativa de la exención laboral, el Tribunal decidió no aplicar la misma sino evaluar el caso directamente a la luz de la *Sherman Act*, realizando afirmaciones especialmente remarcables. Como afirma GORMAN, en *Apex* el Tribunal interpretó la principal norma *antitrust* y retomó su jurisprudencia anterior para asegurar un rango de inmunidad más amplio a la acción sindical frente a la mencionada norma¹⁸⁴.

¹⁸³ *Apex Hosiery Co. v. Leader*, 310 U.S. 469 (1940); sobre esta sentencia ver, entre otros, los comentarios de GORMAN, *Basic text on Labor Law...*, cit., p. 625; HANDLER, M., ZIFCHAK, W.C., “Collective bargaining and the Antitrust law...”, cit., pp. 46-47.

¹⁸⁴ GORMAN, R.A., *Basic text on Labor Law...*, cit., pp. 625-626.

El conflicto se produjo entre la empresa *Apex* y el sindicato del sector. Esta organización de trabajadores expresó su voluntad de establecer un acuerdo de *Closed Shop* con la empresa. Ante la negativa de la misma, el sindicato convocó una huelga y una posterior ocupación de la empresa por trabajadores de otras fábricas afiliados al sindicato. Dicha acción se mantuvo hasta que los huelguistas fueron expulsados por la fuerza en base a una *injunction* ordenada por la Corte de Apelación.

La empresa reclamó la indemnización correspondiente según la *Sherman Act* y el asunto llegó hasta el Tribunal Supremo. El alto Tribunal planteó como afirmación de partida que la actividad sindical conlleva, en todo caso, una inevitable restricción de la competencia entre los trabajadores en relación con los precios de venta de su propio trabajo. De igual manera, señaló a continuación que la estandarización de salarios y condiciones de trabajo entre los empresarios pertenecientes a una misma industria puede restringir la competencia, pues fija los costes del trabajo en la producción y evita su utilización como elemento competitivo. Sin embargo, continuó el Tribunal, ninguna de las acciones deben ser consideradas dentro de las categorías prohibidas en la *Sherman Act*. La razón deriva tanto del mismo origen de la norma como del devenir legislativo posterior. Fundamentando su respuesta el Tribunal recordó que, la *Sherman Act* data de la era de los *trust* y de los acuerdos entre empresas y entre el capital organizado, dirigidos a controlar el mercado suprimiendo la competencia en el comercio de bienes y servicios. La norma fue una respuesta a esta tendencia monopolística de finales de siglo que había devenido una cuestión de preocupación pública. Los acuerdos de este tipo y no otros, son el objeto de la prohibición.

Por otro lado, y en apoyo de lo anterior, el Tribunal hizo un apunte que retomaría más tarde, al establecer la exención no estatutaria¹⁸⁵, afirmando que las normas laborales aprobadas hasta la fecha se dirigían a fomentar la negociación colectiva con el objetivo de permitir el establecimiento de estándares laborales que abarcaran la totalidad de una industria para eliminar condiciones laborales opresivas. Cuestión que requería una armonización con la normativa *antitrust*. De esta manera, los acuerdos sindicales, aun cuando causaran un efecto directo y sustancial sobre la competencia comercial, no entrarían en el tipo prohibido por la *Sherman Act* si su objetivo era la eliminación de la competencia de precios basada en diferencias de estándares laborales, o la consecución de mejoras en salarios, horarios o condiciones de trabajo.

Siguiendo este planteamiento, el Tribunal Supremo no aplicó la exención laboral, sino que sugirió que la *rule of reason*, aplicable en la generalidad de los supuestos *antitrust*, proporcionaría una cobertura a las actividades sindicales, que en este caso estaban orientadas a fortalecer la postura negociadora de la unión de trabajadores y no a la eliminación o restricción de la competencia empresarial¹⁸⁶. En este sentido, el Tribunal no consideró que la acción sindical hubiera producido una restricción del comercio interestatal, rechazando la aplicación de la *Sherman Act*. En la Sentencia, el Magistrado ponente afirmó que, de no adoptar este criterio, prácticamente todas las huelgas se encontrarían sujetas a la normativa *antitrust*, lo que desnaturalizaba el objetivo de la norma.

De esta manera el Tribunal salvó la situación mediante la aplicación de los propios parámetros *antitrust*, sin entrar a valorar la idoneidad subjetiva de los actores en relación con la normativa a aplicar. La situación

¹⁸⁵ De hecho gran parte de la doctrina ve en este asunto un primer apunte para la construcción de esta exención; en este sentido vid HANDLER, M., ZIFCHAK, W.C., “Collective bargaining and the Antitrust law...”, cit., nota 123.

¹⁸⁶ GORMAN, R.A., *Basic text on Labor Law...*, cit., p. 626.

daría un giro a partir de la resolución del siguiente asunto sobre la materia pues pasarían a ser puestas en práctica las *labor exemptions*.

El primer caso en el que fue utilizada la exención estatutaria fue el caso *Hutcheson*¹⁸⁷, que ha sido considerado como un caso de referencia fundamental. En este caso, el Tribunal Supremo se pronunció sobre una querrela criminal interpuesta contra los representantes de un sindicato de carpinteros. Dicha unión de trabajadores mantenía un largo conflicto con el sindicato de mecánicos, presente en la misma empresa, por la asignación de puestos de trabajo. Finalmente el empresario puso fin al conflicto inicial accediendo a las exigencias de este último grupo de trabajadores. En respuesta, el sindicato de carpinteros declaró una huelga y estableció piquetes pacíficos que afectaron tanto a la empresa principal como a una compañía ajena al conflicto que alquilaba sus locales. Para reforzar sus actuaciones el sindicato boicoteó la venta de los productos de la empresa principal mediante panfletos y su propia publicación interna que repartieron entre sus miembros.

La resolución del asunto requería, según afirmó el Tribunal Supremo, realizar una lectura conjunta y armonizada de la sección 20 de la *Clayton Act* y la 4 de la *Norris-La Guardia Act*. De esta interpretación agregada extrajo el Tribunal la conclusión de que toda “disputa laboral”, debía ser inmune tanto frente a las *injunctiions* igualmente como frente a la aplicación de la *Sherman Act*. Ya se ha comentado que la segunda de las normas había ampliado el concepto de disputa laboral, por lo que con esta interpretación se ampliaba considerablemente el ámbito de cobertura de la exención estatutaria.

De esta manera, el Tribunal Supremo se apartó del razonamiento que había utilizado en el caso *Apex* y, en lugar de examinar si la huelga y el boicot entraban o no en el tipo de actuaciones prohibidas por la *Sherman*

¹⁸⁷ *United Status v. Hutcheson*, 312 U.S. 219 (1941).

Act, analizó si dichas acciones podían considerarse exentas por la interpretación conjunta de la norma mencionada y de las *Clayton Act* y *Norris-La Guardia Act*. El mencionado Tribunal concluyó que así era, no declarando aplicable la normativa *antitrust*.

Reviste especial importancia la advertencia destinada a los tribunales inferiores realizada en la sentencia. El Tribunal Supremo afirmó que, ante este tipo de casos, la labor de la judicatura debía circunscribirse a la constatación de que la actividad sindical objeto de la controversia había sido realizada de manera unilateral, es decir, sin combinación con un grupo empresarial, y en persecución de sus propios y legítimos intereses. En el caso de que así se constatará, la consideración de la licitud o ilicitud de la conducta no debiera basarse en un juicio de valor sobre los intereses, la bondad o la finalidad última de la acción sindical¹⁸⁸. Las consideraciones judiciales acerca de lo que sería una acción sindical social o económicamente deseable no pueden determinar la aplicación de las normas *antritrust*. En definitiva, en *Hutcheson* se estableció una exención *per se*, con la finalidad de amparar toda actividad sindical realizada de manera independiente y con el objetivo de conseguir los intereses legítimos que les son propios a las organizaciones de trabajadores.

La amplitud de la exención establecida en los dos casos anteriores fue delineada en el asunto *Allen*¹⁸⁹. En esta ocasión, el acuerdo controvertido se estableció entre un sindicato y un grupo de productores y contratistas del sector de la electricidad. El origen del acuerdo radicaba en una actividad sindical comenzada largo tiempo atrás que, para conseguir

¹⁸⁸ “So long as a union acts in its self-interest and does not combine with non-labor groups, the licit and the illicit under 20 are not to be distinguished by any judgment regarding the wisdom or unwisdom, the rightness or wrongness, the selfishness or unselfishness of the end of which the particular union activities are the means”. Esta intención de controlar la acción judicial contra las organizaciones sindicales podía desprenderse directamente del texto de la *Norris-La Guardia Act*. GORMAN, R.A., *Basic text on Labor Law...*, cit., p. 627.

¹⁸⁹ *Allen Bradley v. Local Unión, No. 3*, 325 U.S. 797(1945).

mejoras en los salarios y condiciones de trabajo, había perseguido la consecución de los llamados acuerdos de *closed shop* con el mayor número de productores y contratistas del sector. En dichos acuerdos, la parte empresarial se obligaba a establecer relaciones comerciales con compañías que ya hubieran convenido con el sindicato. Con el tiempo, ese tipo de acuerdos se convirtió en pactos tripartitos que ya no afectaban únicamente a condiciones de trabajo y salarios, sino que introdujeron la fijación de precios y otros asuntos que afectaban directamente a la competencia. El resultado fue la monopolización del mercado y el aumento de precios en el sector de la electricidad, con los consiguientes beneficios para las partes del acuerdo, incluido el sindicato que pasó a controlar todo el mercado de trabajo del sector.

Con este supuesto de hecho, la pregunta que se planteó el Tribunal Supremo para la resolución del caso expresa claramente la cuestión controvertida: ¿viola la *Sherman Act* un acuerdo entre un sindicato y diversos empresarios si dicho acuerdo provoca una restricción de la competencia y establece *de facto* un monopolio en el mercado de bienes en el que se establece la relación entre los actores?, ¿alteraría esta violación el que los objetivos del sindicato fueran la obtención de mejoras salariales y de condiciones de trabajo?

El Tribunal no tuvo dificultad en calificar el acuerdo entre las partes empresariales como una violación de la *Sherman Act*. Sin embargo, la calificación de la actividad sindical revistió mayor complejidad. Finalmente, y en tanto en cuanto la connivencia del sindicato para la restricción de la competencia había sido clara, el Tribunal consideró que la aplicación de la exención laboral era imposible, calificando la actividad sindical como contraria a las normas *antitrust*.

El análisis de los fundamentos de hecho demuestra que la acción del sindicato había sido pacífica y sus intereses principales legítimos. Así, en el

caso de haber actuado en solitario, la cuestión entraría claramente en la exención laboral. Sin embargo, quedaba probado igualmente que la organización de trabajadores ayudó y promovió de manera consciente acciones empresariales expresamente prohibidas por la normativa *antitrust*¹⁹⁰ y esta connivencia situaba al sindicato bajo la acción de la *Sherman Act*.

De la consideración conjunta de las tres sentencias que demarcan la cobertura de la exención estatutaria se extrae que, sobre la base de la misma, una conducta sindical será inmune frente a la aplicación de la normativa *antitrust* si el sindicato la realiza de manera independiente y en persecución de sus propios intereses¹⁹¹, aun cuando dicha actividad produzca cierta restricción en la competencia¹⁹². Estos casos más el devenir legislativo, indican, como afirmó el magistrado GOLDBERG, una política legislativa coherente con el objetivo de limitar la intervención judicial en las actividades sindicales mediante la utilización de las normas *antitrust*.

Sin embargo, con esta construcción quedaba un flanco abierto, pues la exención estatutaria no abarcaba los convenios colectivos, al ser éstos un claro ejemplo de actividad conjunta entre empresario y trabajador para reglamentar su relación. La cuestión devino especialmente grave tras la aprobación de la NLRA por su expresa promoción de la negociación colectiva. El Tribunal Supremo, reconociendo lo anterior, admitió que era necesaria una acomodación efectiva entre la política de regulación de la competencia y la política laboral establecidas por el Congreso y que la misma exigía la articulación de una exención que cubriera ciertos acuerdos

¹⁹⁰ Justificando el fallo el TS afirmó que, si de la historia legislativa podemos derivar que el objetivo de la *Sherman Act* no era el control y sanción de las actividades sindicales, podemos extraer igualmente, que la intervención de los sindicatos no puede ser utilizada para eximir de dicha ley actuaciones empresariales expresamente orientadas a la restricción de la competencia.

¹⁹¹ GORMAN, R.A., *Basic text on Labor Law...*, cit., p. 628.

¹⁹² Cuestión reiterada en posteriores asuntos, v.gr. *Federation of Musicians v. Carroll*, 391 U.S. 99 (1968).

entre empresarios y trabajadores. En este sentido el Tribunal Supremo perfiló la que se conocería como exención no estatutaria, que estableció una relativa inmunidad para los convenios colectivos.

3.2. El establecimiento de nuevos límites a la aplicación de la exención estatutaria y la construcción de la no estatutaria.

En el asunto *Pennington*¹⁹³ el Tribunal Supremo consideró que un acuerdo sobre salarios, con efectos directos y negativos sobre un tercero, no podía ser inmune a la normativa *antitrust*. El Tribunal no aplicó la exención laboral considerando que el mero hecho que los salarios fueran el producto de la negociación colectiva no implicaba que la acción del sindicato no fuera contraria a la regulación de la competencia.

En este caso el acuerdo controvertido, celebrado entre un sindicato de mineros y un grupo de grandes compañías de explotación de minas de carbón, fue impugnado sobre la base de la *Sherman Act* por una pequeña compañía del mismo sector. El sindicato había conseguido un acuerdo general de salarios en 1950, a partir de ese momento siguió negociando, pero únicamente con las grandes compañías. Según los hechos que el Tribunal Supremo considera probados, estas compañías, considerando que la superproducción era el principal problema del sector, decidieron eliminar del mercado a los pequeños productores. Para ello comenzaron una estrategia de mecanización y una serie de acuerdos con el sindicato, que se había opuesto tradicionalmente a dicha mecanización por la reducción de puestos de trabajo que conllevaba. Bajo la promesa de mejoras salariales y de condiciones de trabajo el sindicato abandonó su postura contraria a las pretensiones de las grandes compañías y consiguió un efectivo aumento de salarios, con la consiguiente reducción de la mano de obra. A continuación acordó con estas compañías la imposición de dichos salarios en la totalidad

¹⁹³ *Mine workers v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965).

del sector, sin concesiones a los pequeños productores que no podían afrontar dicha subida salarial. La consecuencia del acuerdo fue la salida de estos últimos.

Como se deriva de los hechos, el sindicato había acordado, en connivencia con determinadas empresas, la imposición de condiciones salariales para la totalidad del sector, conociendo sus efectos ruinosos para las empresas que no habían participado en el primer acuerdo. El Tribunal no consideró que las normas laborales permitieran esta acción que entraba dentro del tipo de la *Sherman Act* por sus efectos directos sobre la competencia entre las empresas, siendo un ejemplo claro de conspiración para obtener una restricción de la competencia en el mercado.

A pesar de no haber aplicado la exención, la importancia del caso radica en el examen de la adecuación del convenio colectivo a la normativa *antitrust* realizada por el Tribunal Supremo. En lugar de considerarlo directamente contrario a la *Sherman Act* dada su naturaleza de acuerdo entre sindicatos y empresarios, el Tribunal afirma la necesidad de la acomodación de las normas laborales y las reguladoras de la competencia, dibujando de esta manera los perfiles de la *non statutory exemption*. Dicha exención no implica, en ningún caso, que un convenio colectivo quede exento de la aplicación de las normas *antitrust* por el hecho de que en el acuerdo se traten materias que son contenido del mandato de negociar establecido en la normativa laboral para empresarios y trabajadores. La exención no funciona de manera automática, siendo necesario evaluar el contenido en su conjunto así como la forma y los sujetos del acuerdo.

En opinión de SULLIVAN, una de las principales cuestiones que se derivan de este asunto es que para la aplicación de la exención no basta con examinar una conducta y decidir si la misma entra en el tipo previsto por la sección 20 de la *Clayton Act* o en la *Norris-Laguardia Act*, sino que es

necesario evaluar e intentar reconciliar los dos objetivos enfrentados¹⁹⁴. Para GORMAN, la relevancia del caso recae en la necesidad de una prueba de la conspiración entre empresarios y trabajadores para sacar a los competidores del mercado, de manera que no puede considerarse una violación *per se* de la *Sherman Act* la adopción de un acuerdo entre un sindicato y un grupo de empresarios orientado a “imponer una escala salarial determinada a otro grupo de empresarios si no existe ese intento predatorio”¹⁹⁵.

La línea anterior fue seguida y perfilada en el caso *Jewell Tea*¹⁹⁶ en el que el Tribunal aplicó la exención no estatutaria al acuerdo controvertido¹⁹⁷. El asunto se deriva de una polémica en relación con el trabajo nocturno. El sindicato firmante del convenio encausado representaba a los carniceros de la ciudad. Una de sus reivindicaciones más antiguas había sido la restricción del trabajo nocturno y la consiguiente reducción de las horas de trabajo de los carniceros. Persiguiendo este objetivo, en el convenio firmado con las carnicerías y los supermercados de la ciudad se introdujo una cláusula limitando el horario de apertura comercial a las 6 de la tarde. Los almacenes *Jewell Tea* se negaron a entrar en el acuerdo en primera instancia, firmándolo bajo la presión del sindicato tras la realización de una huelga. Tras la firma, los almacenes presentaron una acción contra los representantes del sindicato y uno de los empresarios firmantes, con el objetivo de invalidar la cláusula horaria sobre la base de la *Sherman Act*, por considerar que el convenio era producto de una conspiración de los otros empresarios con el sindicato orientada a restringirle su libertad de horarios de apertura.

¹⁹⁴ SULLIVAN, L.A., *Antitrust...*, cit., p. 727.

¹⁹⁵ GORMAN, R.A., *Basic text on Labor Law...*, cit., p. 631.

¹⁹⁶ *Amalgamated Meat Cutres v. Jewel Tea Co.* 381 U.S. 676 (1965).

¹⁹⁷ La sentencia dividió al Tribunal, expresándose tres opiniones diferentes, junto con la finalmente adoptada, redactada por el Magistrado White se presentó una opinión que abogaba por la sujeción del convenio a las normas *antitrust* y otra, en sentido contrario, redactada por el Magistrado Goldberg, que manifestaba la pertinencia de aplicar una exención *per se*.

En este asunto el Tribunal Supremo reiteró la necesidad de congeniar la política laboral y la política orientada a regular la competencia en el mercado. En este sentido recordaba el Tribunal que los empresarios y los sindicatos están requeridos por las leyes laborales a negociar sobre salarios, horarios y condiciones de trabajo, lo cual exige la exención de la aplicación de las normas *antitrust* a los convenios colectivos. Dicha exención, que no puede derivarse de la acción de la *Norris-Laguardia Act*, tiene una base implícita en la mencionada necesidad de adecuación y un basamento directo en la jurisprudencia del propio Tribunal¹⁹⁸.

Esto no implica, y aquí establece los límites de la cuestión, que dicha exención actúe en todo caso de negociación entre empresarios y trabajadores, sino que su ámbito debe limitarse estrictamente a las materias antedichas, pues cualquier extralimitación constituiría un ilícito laboral y no obtendría cobertura frente a la aplicación de la *Sherman Act*. Con este planteamiento el Tribunal Supremo considera que la cuestión radica en el examen de las circunstancias del caso concreto para determinar si la restricción de la competencia que produce el acuerdo está directa e íntimamente relacionada con las materias de negociación obligatoria.

Tras sopesar las alegaciones de las partes y los hechos probados, el Tribunal considera que la restricción horaria de apertura comercial impuesta a las empresas e impugnada por *Jewell* está necesaria, directa y totalmente relacionada con los horarios de trabajo. Afirmando además que el sindicato había obtenido la introducción de la cláusula negociando de buena fe y persiguiendo sus propios intereses, sin actuar en conspiración o bajo la dirección de un grupo empresarial, el Tribunal procede a la ampliación de la exención no estatutaria.

Como ha señalado GORMAN, tras estos dos casos los límites de la exención continuaban siendo inciertos. Quedaba clara una primera cuestión,

¹⁹⁸ HANDLER, M., ZIFCHAK, W.C., “Collective bargaining and the Antitrust law...”, cit., p. 486.

la inmunidad *antitrust* nunca cubriría una conspiración entre empresarios y trabajadores, aun cuando ésta adoptara la forma de convenio colectivo, que no tratara materias típicamente laborales sino otras directamente relacionadas con la competencia en el mercado. Sin embargo, en la mayoría de los casos las materias no son de fácil clasificación, especialmente en los supuestos de negociación colectiva de sector o de industria, existiendo materias que se relacionan directamente con las condiciones de trabajo y cuya regulación a ese nivel puede producir una efectiva restricción de la competencia¹⁹⁹.

Concordando con la manifiesta ambigüedad en la que quedaba la cuestión tras estos dos casos, HANDLER y ZIFCHAK extrajeron de su lectura conjunta cuatro requisitos básicos para la aplicación de la exención no estatutaria²⁰⁰: en primer lugar, el sindicato debe actuar guiado por sus propios intereses, sin adecuarlos o combinarlos con los de un grupo empresarial; en segundo lugar, las materias reguladas en el acuerdo deben ser las típicamente laborales, es decir, las incluidas dentro del mandato de negociación establecido en la NLRA o estar íntima y directamente relacionadas con ellas; en tercer lugar, el acuerdo no debe interferir en la libertad de las partes contratantes para establecer relaciones comerciales con terceros; por último, para ser inmune frente a la aplicación de la normativa *antitrust* el convenio no debe restringir directamente la competencia comercial²⁰¹.

Así, la diferenciación en cuanto a cobertura entre las dos exenciones es clara: mientras la exención estatutaria permite que las acciones sindicales produzcan cierta restricción en la competencia actuando de manera unilateral²⁰², la exención no estatutaria no ofrece una protección similar

¹⁹⁹ GORMAN, R.A., *Basic text on Labor Law...*, cit., p. 633.

²⁰⁰ HANDLER, M., ZIFCHAK, W.C., "Collective bargaining and the Antitrust law...", cit., p. 499.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 500.

²⁰² *Federation of Musicians v. Carroll*, 391 U.S. 99 (1968).

cuando el acuerdo entre un sindicato y un empresario produce una restricción de la competencia en el mercado y dicha restricción no está íntimamente ligada a una de las materias consideradas como negociación obligatoria²⁰³.

La exención no-estatutaria se constituye de esta manera como una verdadera espada de Damocles sobre la negociación colectiva, abriendo la puerta a un continuo examen de los convenios colectivos no sólo a la luz de las normas laborales sino también a la de las normas *antitrust*. La falta de criterios claros de la jurisprudencia y la amplitud de la norma, típica de la regulación de la competencia en el mercado, generan una situación de incertidumbre que permite a los tribunales un amplio margen de apreciación de la finalidad, objetivos o adecuación de las acciones sindicales, con los efectos negativos que esto puede conllevar para la efectiva libertad sindical.

En esta línea se expresó la opinión del Magistrado GOLDBERG que disintió del parecer mayoritario en el caso *Jewell Tea*. Su extenso voto particular es de fundamental importancia tanto por su carácter clarificador de la cuestión como por sus postulados claramente garantistas. Considera el Magistrado que la voluntad del Congreso había sido claramente definida y requiere la lectura conjunta de la totalidad de la normativa laboral y *antitrust*. De ello se deriva que, para el cumplimiento de los fines asignados a la negociación colectiva, el control de la misma ha de ser realizado sobre la base de las previsiones de las normas laborales, en las cuales ya se habían introducido los supuestos ilícitos con las consiguientes sanciones. Lo contrario sería afirmar a la vez la obligación de una conducta y su prohibición, lo cual destrozaría la coherencia de la política legislativa.

Siendo clara la intención de la política legislativa, el análisis judicial debe respetar la misma. De esta manera, las consideraciones acerca de la

²⁰³ En este sentido se han pronunciado diversos autores, v. gr.: COX, “Labor and the Antitrust Laws - A Preliminary Analysis”, 104 U. Pa. L. Rev. 252 (1955); MELTZER, “Labor Unions, Collective Bargaining...”, cit., p. 659.

motivación de la acción sindical en un caso de negociación sobre condiciones laborales es un artificio que debe ser evitado. Lo cual no quiere decir, matiza el Magistrado, que cualquier cláusula, por el hecho de ser pactada en un convenio colectivo, revista validez. La inmunidad se perdería directamente si se negociaran condiciones del mercado o precios, es decir, cuestiones directamente prohibidas por la normativa *antitrust*.

Por último GOLDBERG apunta una cuestión que, a su juicio, no es afrontada en el análisis del Tribunal. Desde el momento en el que se considerara que un acuerdo sobre salarios puede violar la normativa *antitrust* se estaría conceptuando el trabajo como una mercancía, cuyo precio no puede ser objeto de acuerdos, por prohibirlo la *Sherman Act*. Bajo este razonamiento la misma existencia de los sindicatos sería una violación de esta norma pues su objetivo es la consecución de mejoras en las condiciones de trabajo mediante la acción colectiva. Sin embargo, la *Clayton Act* dejó claro que la concepción del trabajo como una mercancía no era la querida por el Congreso.

Las consecuencias anunciadas derivadas de la falta de una línea clara en la interpretación de la exención no estatutaria se demostraron con el asunto *Connell*²⁰⁴. En éste, el Tribunal Supremo estrechó las posibilidades de inmunidad de los sindicatos y su actividad frente a las normas *antitrust* a la vez que difuminó los límites de aplicación del mencionado conjunto normativo y de la regulación laboral.

En este asunto el acuerdo objeto de la controversia fue suscrito ente un sindicato que representaba a fontaneros y mecánicos y una compañía de la construcción. La particularidad más relevante es que dicha compañía no empleaba directamente a los trabajadores representados por el sindicato firmante, siendo el objetivo del acuerdo el obligar al empresario a subcontratar con compañías que hubieran establecido un convenio colectivo

²⁰⁴ *Connell co. v. Plumbers & Steamfitters*, 421 U.S. 616 (1975).

con mencionado sindicato. Para forzar la firma el sindicato utilizó piquetes contra el empresario que, tras acceder al acuerdo, interpuso una demanda considerando que se habían violado las secciones 1 y 2 de la *Sherman Act*.

El acuerdo impugnado por el empresario, un *hot cargo agreement*²⁰⁵, fue considerado acorde a las normas laborales por el tribunal de instancia, que, al considerar que dicho acuerdo entraba en la exención prevista por la sección 8 (e) de la NLRA para el sector de la construcción, le aplicó la exención laboral frente a la *Sherman Act*. Sin embargo, el Tribunal Supremo, mostrando de nuevo una división de opiniones revocó esta decisión sobre la base de dos motivos principales: en primer lugar no consideró posible la aplicación de la exención estatutaria por tratarse de un acuerdo entre trabajadores y empresarios; en segundo lugar, descartó la aplicación de la exención no-estatutaria, o implícitamente derivada de la normativa laboral, por no entrar la conducta en el tipo previsto en la sección 8 (e) de la NLRA.

Efectivamente, el acuerdo no podía considerarse dentro del tipo al no tratarse de un convenio entre un empresario y sus propios trabajadores para realizar una prestación laboral en su propio recinto, sino de un acuerdo para forzar una determinada actitud de un empresario frente a terceros. A pesar de que, constatando lo anterior, podía haberse declarado directamente la ilegalidad del acuerdo y sancionado el mismo como un ilícito laboral, el Tribunal Supremo no utilizó este argumento como base, sino que pasó al análisis de las restricciones de la competencia provocadas por el *hot cargo agreement* utilizando la *Sherman Act*.

²⁰⁵ La cláusula que establecía el acuerdo se conoce como “*hot cargo agreement*”, se trata de un compromiso del empresario por el cual accede a no establecer vínculos comerciales con otra entidad, por los motivos que se estipulen en dicha cláusula, normalmente se estipulaba la prohibición de comerciar con empresarios con los cuales el sindicato tuviera una controversia o no estuviera implantado. La mayoría de las formas de estos acuerdos fueron prohibidas por las enmiendas *Laudrum-Griffin* en 1959. Sin embargo, en el artículo 8 (e) de la NLRA persisten dos excepciones, los “*hot cargo agreements*” serán válidos en el sector de la construcción y en el textil.

Tras aplicar las normas *antitrust* el Tribunal afirmó que la cláusula controvertida imponía restricciones directas en la competencia entre los subcontratistas, que no derivaban de la eliminación de la competencia basada en las diferencias entre salarios y condiciones de trabajo, y que además realizaba una exclusión indiscriminada de ciertos competidores, absolutamente contraria a las reglas contenidas en la *Sherman Act*.

No obstó para esta conclusión el que de los hechos probados no se pudiera desprender otra voluntad del sindicato que la obtención de un mayor número de acuerdos con las empresas del sector, objetivo absolutamente legal según el propio Tribunal. Lo determinante fue que el tipo de métodos escogidos por el sindicato eran susceptibles de producir una restricción real o potencial de la competencia²⁰⁶.

Sobre la base de todo lo anterior, el Tribunal aplicó la normativa *antitrust* a un comportamiento que era constitutivo de un ilícito laboral tipificado en la NLRA y que había sido introducido en la misma con las enmiendas *Landrum-Griffin*. El Tribunal Supremo justificó esta aplicación afirmando que no existía evidencia de que la voluntad del Congreso con la introducción de nuevos tipos de ilícitos sindicales, que habían sido tradicionalmente considerados contrarios a las normas de la competencia, era forzar la aplicación exclusiva de sanciones laborales sobre los sindicatos. Así, el que la conducta fuera expresamente prohibida y sancionada por la normativa laboral, no excluía la aplicación de las normas *antitrust*.

Sin embargo, la historia legislativa de las enmiendas *Taft-Hartley*, muestra claramente la voluntad del Congreso de introducir un listado de ilícitos sindicales y establecer las respectivas sanciones laborales como

²⁰⁶ Como afirmó el Tribunal, “This record contains no evidence that the union's goal was anything other than organizing as many subcontractors as possible. This goal was legal, even though a successful organizing campaign ultimately would reduce the competition that unionized employers face from nonunion firms. But the methods the union chose are not immune from antitrust sanctions simply because the goal is legal”.

exclusivas. Así, aun cuando en la aprobación de las enmiendas *Landrum-Griffin* no se hizo mención de esta voluntad, podría derivarse idéntica finalidad que las anteriores. De hecho, con la introducción de estos supuestos, parte de la doctrina abogó por la eliminación de la exención estatutaria al considerar que el establecimiento de las prácticas sindicales que eran consideradas ilegales y sus correspondientes sanciones en la normativa laboral eliminaba la posibilidad de la aplicación de la normativa *antitrust*. Sin embargo, el Tribunal Supremo se apoyó en el mutismo del último conjunto de enmiendas para justificar su opción por la sujeción doble de las acciones sindicales²⁰⁷, siendo el problema principal el tipo de sanción prevista para el ilícito.

Como indica SULLIVAN²⁰⁸, del razonamiento mayoritario en esta sentencia puede extraerse la conclusión de que la exención de la aplicación de las normas laborales se aplica a aquellas conductas expresamente permitidas y protegidas por la ley y no a todos los supuestos previstos en la misma, de esta manera, una sanción laboral no excluye la penalización *antitrust*.

4. La existencia del conflicto a pesar de la introducción de exenciones en las normas de la competencia.

Del conjunto de la jurisprudencia posterior se desprende la amplia repercusión del caso señalado en todo el campo de las exenciones laborales,

²⁰⁷ HANDLER, M., ZIFCHAK, W.C., "Collective bargaining and the Antitrust law...", cit., p. 486-489. Los autores indican como esta opinión mayoritaria del Tribunal no tuvo en cuenta los debates parlamentarios de la época, de los mismos se deduce claramente la voluntad de situar los ilícitos laborales al margen de las sanciones *antitrust*. Un recorrido por las distintas iniciativas presentadas ante el congreso que demuestran esta opinión lo encontramos en la opinión disidente a esta sentencia redactada por el Magistrado Stewart, en su opinión argumenta que la voluntad del Congreso con la introducción de ambos conjuntos de enmiendas fue proveer a los empresarios de acciones privadas por daños causados por los sindicatos, sujetando el control de la acción sindical a las normas laborales.

²⁰⁸ SULLIVAN, L.A., *Antitrust...*, cit., p. 730.

siendo objeto de dura crítica por parte de la doctrina laboralista dada la incertidumbre que aportaba a la cuestión. En particular, GOLDBERG ha afirmado que con *Connell* se reduce la amplitud de la exención laboral, de manera que, cualquier actividad concertada entre trabajadores podría quedar fuera de la misma, eliminándose totalmente cualquier rastro de la exención *per se*, que parecía derivarse de *Hutcheson*. Además, tras este caso, se difumina la protección asentada en *Apex* para las acciones sindicales orientadas a eliminar la competencia basada en salarios y condiciones de trabajo, al reducir la cobertura para la negociación colectiva. Los acuerdos entre empresarios y trabajadores, aun cuando los objetivos del sindicato sean legales y las materias negociadas sean las típicamente laborales, pueden ser sujetos a la normativa *antitrust*. Su legalidad dependerá del grado de afectación a la competencia comercial en cada caso concreto. Por añadidura, con el razonamiento del Tribunal parece eliminarse la necesidad de la prueba de la complicidad con los intereses del empresario para sujetar al sindicato a la normativa de la competencia, bastando que los efectos de la acción repercutan a la misma. Como última cuestión de fundamental relevancia, cabe resaltar que en *Connell* el Tribunal Supremo afirmó la no exclusividad de las sanciones previstas en las normas laborales para los ilícitos cometidos por los sindicatos.

La importancia de las anteriores conclusiones fue tal que, aun cuando en *Connell* no se tratara finalmente la cuestión de la exención de un convenio colectivo de la aplicación de la normativa *antitrust*²⁰⁹, los casos resueltos posteriormente por los tribunales inferiores norteamericanos siguieron esta doctrina, aplicando de manera preferente la normativa *antitrust*²¹⁰. La lectura conjunta de los dos casos anteriores, *Allen y Pennington* junto con *Connell* revela la falta de coherencia entre la política

²⁰⁹ HANDLER, M., ZIFCHAK, W.C., "Collective bargaining and the Antitrust law...", cit., p. 464.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 481 y ss.

de promoción de la negociación colectiva y la actuación judicial²¹¹. Así, al eliminarse la exención *per se* de los convenios colectivos, incluso de aquellos que se circunscriban a las materias de negociación obligatoria, puede producirse la situación de que la misma conducta se encuentre a la vez prohibida y promovida.

No ha existido en los casos posteriores a los mencionados un nuevo posicionamiento jurisprudencial que modifique o aclare la cuestión anterior. Sin embargo, en el ámbito estricto de las relaciones entre sindicatos de deportistas profesionales y empresarios²¹² se ha producido un giro interesante, cuyo primer exponente fue el caso *Brown v. Nacional Football League*²¹³. En este asunto fue la asociación de empresarios la que apeló a la inmunidad *antitrust* contra las acusaciones del sindicato, que consideraba que la fijación unilateral de condiciones salariales por parte de los empresarios violaba la normativa *antitrust*. Los propietarios de los equipos de fútbol habían pasado a negociar entre ellos sin contar con los sindicatos tras la paralización del procedimiento de negociación colectiva por la negativa de los representantes de los trabajadores a aceptar la última oferta lanzada por los empresarios.

En la resolución del caso, el Tribunal Supremo partió de su doctrina anterior, afirmando la necesidad de la exención no estatutaria para el mantenimiento del sistema de relaciones industriales y considerando que la misma puede ser aplicada si es necesaria para que funcione el proceso de negociación colectiva. En este asunto, el problema de fondo radica en el alcance subjetivo de la exención, ya que la cuestión material está resuelta

²¹¹ Sobre el desarrollo realizado del concepto de “mandatory bargaining” y la extensión del mismo y la interpretación realizada por la NLRB vid HANDLER, M., ZIFCHAK, W.C., “Collective bargaining and the Antitrust law...”, loc. cit., p. 500.

²¹² Los casos relativos a la industria del deporte fueron tardíos, comenzando a trasladarse la conflictividad ante los tribunales de justicia entre las normas *antitrust* y la regulación de la relación laboral de los deportistas profesionales a finales de la década de los 80. TYRAS, J.C., “Players V. Owners: collective bargaining and antitrust after *Brown v. Pro Football, INC*”, U. Pa., *Journal of Labor and Employment Law*, 1997-1998, p. 320.

²¹³ *Brown v. Pro Football, INC*, 518 U.S. 231.

por tratarse de una cuestión salarial, materia claramente propia de los convenios colectivos. El sindicato de jugadores consideró que la exención sólo podía amparar a los convenios negociados entre empresarios y representantes de los trabajadores. En cambio el Tribunal aplicó la inmunidad *antitrust* al acuerdo empresarial, afirmando que el ámbito de la exención no estatutaria incluye conductas empresariales como la adoptada por los clubes de fútbol. Dicha conducta se orientó a regular una materia sustancial para las relaciones de trabajo y tuvo lugar inmediatamente después de un proceso de negociación colectiva celebrado totalmente de acuerdo con la ley. El posterior acuerdo se relaciona directamente con el mencionado proceso de negociación, teniendo idéntico objetivo y partes implicadas. El Tribunal Supremo consideró que tras el fracaso en la negociación supraempresarial el deber de negociar no subsiste por lo que los empresarios pueden optar por convenir sin la avenencia de los sindicatos. Lo contrario implicaría la facultad de los sindicatos de paralizar la unidad de negociación y por tanto vulneraría el mencionado deber de negociar.

La repercusión de la decisión es evidente, la negativa del sindicato se convierte en un arma de doble filo pues otorga a los empresarios la posibilidad de ampararse en la exención sin contar con ellos. De esta manera los acuerdos entre empresarios pueden escapar de las normas *antitrust* por el hecho de haber estado envueltos en un proceso de negociación colectiva²¹⁴. No faltaron en su momento las manifestaciones de los agentes de los jugadores que habrían preferido la disolución del sindicato a la negativa, pues, una vez disuelto, cualquier posibilidad de ampararse en la exención desaparecería.

En definitiva y como conclusión fundamental puede afirmarse que la necesidad de integrar la política promotora de la sindicación y de la

²¹⁴ TYRAS, J.C., “Players v. Owners...”, cit., p. 340.

negociación colectiva con la defensa de la competencia impuso en la experiencia estadounidense el establecimiento de exenciones tanto normativas como pretorianas. Como se ha comprobado, estos reductos de inmunidad han ido estrechándose con el paso del tiempo y de manera paralela a una progresiva disminución de la potencia de las organizaciones de trabajadores. Así, la existencia de estas exenciones, tal y como se han perfilado finalmente por la acción del Tribunal Supremo, no conlleva la inaplicación de la normativa *antitrust* en el ámbito laboral.

De esta manera, tras el análisis realizado, es posible afirmar que las normas *antitrust* estadounidenses han impuesto, a pesar de haberse evidenciado la voluntad de una coordinación entre éstas y el fenómeno sindical, un control sobre cualquier actividad que pudiera suponer una restricción en la competencia comercial, sin realizar finalmente una distinción clara en función del sujeto o de la materia. En este sentido, se ha constatado que las actuaciones sindicales, en particular la negociación colectiva, aun cuando sean directamente permitidas o incluso declaradas obligatorias por una norma laboral, entran en el ámbito de aplicación de las normas de la competencia.

Una de las cuestiones que se demuestra más problemática es la coordinación de la aplicación de ambas normativas. Así, en el caso de que una conducta sindical sea ilícita tanto desde el prisma laboral como desde el punto de vista *antitrust*, la experiencia jurisprudencial recogida parece indicar que las normas de la competencia son de aplicación preferente, aunque se trate de sujetos y materia laboral. Por añadidura, la determinación y cuantía de las sanciones imponibles también ha planteado un problema considerable, pues las sanciones previstas por las normas *antitrust* no parecen acordes con una política promotora de la actividad sindical. Dadas las peculiaridades del sujeto en cuestión podría afirmarse la necesidad de matizar las herramientas, utilizando, por ejemplo, una *rule of reason*

matizada. Sin embargo, no parece ser esta la voluntad del Tribunal Supremo²¹⁵.

En definitiva, y como ha señalado la doctrina estadounidense, es necesaria una adecuación de las normas laborales y *antitrust* acompañada de la adopción de criterios jurisprudenciales claros que respeten la voluntad articular de ambos conjuntos normativos y no de priorizar uno sobre otro. Una de las líneas de solución más plausibles, sugerida por HANDLER y ZIFCHAK²¹⁶ es la división clara de los ilícitos, de manera que una conducta sólo sea sancionable por una de las vías. Como indican los autores, si se considera que la normativa laboral permite la comisión de irregularidades por los sindicatos, la solución es la reforma de dicha normativa, no la utilización de reglas extrañas a los sujetos sancionados.

Esta propuesta, que reivindica un respeto del control de los fenómenos sindicales por la vía laboral, también ha sido manifestada en la experiencia europea. En este ámbito, si existe una conclusión sobre la cual la doctrina se manifiesta de manera unánime, es en la apreciación de la tendencia al alza del conflicto, ligado al desarrollo del mercado interior comunitario²¹⁷.

²¹⁵ HANDLER, M., ZIFCHAK, W.C., “Collective bargaining and the Antitrust law...”, cit., pp.510-513.

²¹⁶ Ibidem, p. 514.

²¹⁷ Cuestión que se refleja claramente en el estudio que constituye la referencia fundamental para abordar esta cuestión en el ámbito europeo, conocido como informe COLCOM (*Collective Agreements on the Competitive Common Market. A study of Competition Rules and Their Impact on Collective Labour Agreements*) de 2000. Éste fue el fruto de un proyecto de investigación cuyo objetivo principal fue examinar la interacción entre los convenios colectivos y el derecho de la competencia, desde un prisma comunitario y comparado. Para ello, además de analizar la jurisprudencia del TJCE, particularmente el caso *Albany*, el estudio se basó en la realización de informes por países, para analizar el estado de la cuestión en el ámbito de los Estados miembros (Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Italia, Holanda, España, Suiza y el Reino Unido). Este informe fue publicado en la obra BRUUN, N., HELLSTEN, J., *Collectives agreements and Competition law...*, cit. En el momento del estudio, en todos los Estados menos en dos (Austria e Italia) existía alguna referencia jurisprudencial (una o dos) sobre la cuestión. Los casos más relevantes se han producido, según el informe, en Suecia y Finlandia debido a un especial activismo de las autoridades administrativas encargadas de la defensa de la competencia.

PARTE I. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DEL MERCADO INTERIOR COMUNITARIO Y EL DERECHO DEL TRABAJO DE LOS ESTADOS MIEMBROS.

Las peculiaridades del ordenamiento comunitario han sido retratadas a la perfección en uno de los párrafos más célebres y fundamentales de la jurisprudencia del TJCE. Señalaba el Tribunal en la sentencia *Costa/Enel* que “(a)l instituir una Comunidad de duración indefinida, dotada de Instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y más en particular, de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía, aunque en materias específicas, y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos”. Añadía el Tribunal que, a este ordenamiento, nacido de una fuente autónoma como son los Tratados originarios “... no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea esta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad”²¹⁸.

La interacción entre las normas que disciplinan el mercado comunitario y los ordenamientos laborales estatales se impregna de las notas que caracterizan la relación entre el derecho comunitario y los ordenamientos jurídicos nacionales²¹⁹. Esta cuestión se configura como uno

²¹⁸ STJCE de 15 de julio de 1964 *Costa/ENEL*, 6/64; en el mismo sentido se pronunció el TJCE en su sentencia de 13 de noviembre 1964, *Comisión c/ Luxemburgo y Bélgica*, 90 y 91/63. Como constató ISAAC el Derecho comunitario se instituye de esta manera como un derecho propio de cada uno de los Estados miembros, aplicable en su territorio al igual que su derecho nacional y con la cualidad suplementaria de coronar la jerarquía de los textos normativos de cada uno de ellos. ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, 3ª Edición, Madrid, 1997, p. 182.

²¹⁹ Cabe recordar que esta relación se basa, como es bien conocido, en dos principios básicos. Por un lado, el llamado “efecto directo”, que determina las modalidades de

de los nudos gordianos de la integración europea. En torno a ella se ha producido un importante pulso jurídico²²⁰ y un enconado debate doctrinal, siendo ya una opinión extendida entre nuestros autores que el ordenamiento jurídico comunitario ha venido produciendo una “erosión del constitucionalismo nacional”, común a todas las ramas del derecho²²¹, y que ha supuesto la negación de derechos que constituyen parte fundamental del Estado Social²²² (art. 1 CE), siendo inherentes al mismo y, por tanto, necesarios para su adecuado funcionamiento.

Esta relación entre la construcción del mercado interior y del desarrollo de las competencias sociales de los Estados miembros ha sido una de las cuestiones que más debate ha suscitado a lo largo de la integración comunitaria²²³. Tal y como ha señalado D'ANTONA, existe

penetración del Derecho comunitario en los ordenamientos jurídicos internos. Por otro, el principio de primacía que resuelve los posibles conflictos de normas jurídicas. Aun cuando el ordenamiento comunitario no contiene ninguna norma que, explícitamente, afirme la primacía de las normas comunitarias sobre las nacionales esta característica ha derivado de la propia concepción del mismo desarrollada a lo largo de la jurisprudencia del TJCE hasta el punto de ser considerada como una cualidad *existentielle* del mismo. Sobre la cuestión vid., PESCATORE, P., *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Liège, Presses universitaires, 2ª Ed., 1973, pp. 227 y ss ; SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, Puf, Droit, 2001, pp. 385 y ss.

²²⁰ Uno de los diálogos entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia de mayor alcance ha sido la discusión entre las Cortes constitucionales alemana e italiana respecto a la relación entre el derecho comunitario y la protección de los derechos fundamentales realizada en el seno de sus Normas Constitucionales. El TJCE fue taxativo al respecto en las sentencias *Internationale Handelsgesellschaft* (STJCE de 17 de diciembre de 1970, 1/70) y *Comisión c/ Italia*, (STJCE, 13 de julio de 1972, 48/71) afirmando que, ni la invocación de vulneraciones sobre derechos fundamentales, tal y como están formulados en las constituciones de los Estados miembros ni razones derivadas de la organización constitucional de los mismos pueden afectar la validez de un acto de la Comunidad o su efecto sobre el territorio de un Estado ni exonerarán a dicho estado de sus responsabilidades por el incumplimiento de una obligación comunitaria.

²²¹ Cuestión ya afirmada por MUÑOZ MACHADO, S., *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución Española*, Civitas, Madrid, 1980, p. 20

²²² APARICIO TOVAR, J., *Introducción al Derecho Social...* cit., p. 9. Ahondando en la cuestión MAESTRO BUELGA afirmó que la evolución de la Comunidad Europea compromete “tanto la forma de Estado que se generaliza en el occidente europeo como los derechos sociales, elemento integrante de la misma”, MAESTRO BUELGA, G., “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, RDC, nº7, 2000, p.124.

²²³ BARNARD, C. DEAKIN, S., “In search of coherence: social policy, the single market and fundamental rights”, IRJ, 2000, Vol 31, Nº 4, p. 331; de hecho, como ha señalado

desde el nacimiento de las Comunidades una preponderancia de los objetivos económicos²²⁴, quedando la política social en un segundo plano, como competencia confinada esencialmente al espacio de acción de los Estados miembros²²⁵.

Sin embargo, a pesar de esta división competencial, las tensiones entre las cuestiones sociales y los objetivos económicos se han multiplicado, especialmente a partir de los ochenta. La ampliación de los ámbitos de aplicación de las libertades de circulación y de las disposiciones que regulan la competencia ha provocado un sucesivo cuestionamiento de los ordenamientos sociales nacionales. Aun reconociendo las competencias estatales en materia laboral, el Tribunal de Justicia ha sido rotundo al

BALANDI, la dimensión social y la libre competencia han sido los polos que han atraído el debate sobre el Tratado por el que se instituye una Constitución Europea, que se encuentra todavía en proceso de ratificación. BALANDI, G. G., "La Constitución Europea...", cit., p. 133

²²⁴ D'ANTONA, M., "Sistema giuridico comunitario" en BAYLOS, CARUSO, D'ANTONA, SCIARRA, *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi, Bologna, 1996.

²²⁵ Aun cuando el derecho comunitario carece de una división competencial expresa, del art. 137 del Tratado CE, se deduce que el papel de la Comunidad en el campo social es únicamente apoyar y complementar la acción de los Estados miembros en lo relativo, entre otras cuestiones relacionados con la política social, a las condiciones de trabajo. La cuestión de la división competencial es fundamental pues debe recordarse que el ámbito de acción de la Comunidad está dominado por el principio de atribución de competencias. Dicho principio de atribución es la base para la definición del reparto de competencias en la CE. El mismo se establece de manera vaga en el art. 2 TCE y claramente en el art. 5 TCE (ex-art. 3-B) e indica que la regla nacional es el principio y la competencia comunitaria la excepción, o, en otras palabras, que las competencias comunitarias son limitadas y enumeradas. De esto se derivaría la necesidad de que las Instituciones comunitarias sólo actúen en aquellas materias que se les atribuyen expresamente en los Tratados. Sin embargo, la evolución de la integración comunitaria ha puesto en entredicho la vigencia de este principio, primando en ocasiones el carácter funcional, al establecerse las competencias de la Comunidades función de los objetivos fijados en el Tratado, fundamentalmente los de carácter económico. De hecho, en el momento actual, no se establece en el texto de los Tratados una definición de cada una de las competencias sino que se explican en función de los objetivos y la definición de los poderes que permiten su consecución. Como obra de referencia sobre la cuestión vid., CONSTANTINESCO, V., *Competences et pouvoirs dans les CE., contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, LGDJ, Paris, 1974, pp. 70 y ss. Entre nuestra doctrina destaca la contribución crítica de MAESTRO BUELGA, G., "El sistema de competencias en la Constitución económica europea: Unión y estados miembros", *ReDCE*, N°5, Enero-Junio de 2006, pp. 68 y ss.

manifestar que “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”²²⁶. De esta manera, el principio de atribución competencial que informa el derecho comunitario se diluye, permitiendo la extensión de la acción de la Comunidad hacia esferas ajenas a sus competencias cuando se trata de cuestiones concernientes al establecimiento del Mercado interior²²⁷. Por ello, retomando lo afirmado por G. LYON-CAEN, puede constatarse que en estos momentos importa poco que la competencia de actuación sobre las cuestiones sociales continúe recayendo en el marco estatal, ya que la acción de la Comunidad está ganando “insidiosamente” y poco a poco, terreno en este ámbito por diversas vías²²⁸.

Como ha sugerido PUTMAN, dadas las especiales características del Derecho comunitario no es esta una cuestión que debiera sorprender al jurista. Según este autor, la autonomía de lo social predicable en el nivel jurídico estatal no se encuentra en el ámbito comunitario, por la unicidad del mismo y por su carácter homogéneo, estando orientadas el conjunto de sus disposiciones a la consecución del objetivo fundamental que es la

²²⁶ Se trata de una afirmación reiterada. La muestra más reciente es la STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05, apartado 40.

²²⁷ RACLET, A., *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, p. 293.

²²⁸ LYON-CAEN, G., “La concurrence par la réduction...”, cit., p. 263 y LYON-CAEN, G., *Le droit du travail...*, cit., pp. 88-92; a *sensu* contrario es interesante la postura mantenida por BARON, en contra de la mayoría doctrinal. Este autor coincide con la opinión general al afirmar que la jurisprudencia reciente revela que el establecimiento del mercado interior puede conducir a “verificar” la compatibilidad de ciertas disposiciones de Derecho Social interno con las normas del mercado. Sin embargo, sostiene como pilar fundamental de su tesis la existencia de una convergencia entre los objetivos económicos y sociales de la Comunidad en la vía de la consideración de los Derechos de los trabajadores. Así, y siendo la finalidad social de la construcción europea una realidad, la realización del mercado interior debe ser compatible con el progreso social. Por ello, y tras el examen de la jurisprudencia (hasta 1999) el autor concluye que la evidente contestación del derecho social nacional ligada a la realización del mercado interior no ha conducido a un desmantelamiento de las disposiciones sociales internas. BARON, F., *Marché intérieur et Droit social...*, cit., p. 41.

construcción del mercado interior²²⁹. Se trata de una matización de fundamental importancia pues explica por qué los conflictos fundamentales se plantean entre Derecho comunitario de la competencia y Derecho social estatal y no entre el primero y el Derecho social comunitario.

A diferencia de la experiencia estadounidense apuntada en la introducción, no existe en el derecho originario ningún intento de articulación entre las normas que disciplinan el mercado y las disposiciones sociales, sean estas comunitarias o estatales. Así, las libertades de circulación comunitarias y el derecho de la competencia encorsetan los sistemas nacionales de derecho del trabajo, teniendo capacidad para limitar tanto las normas nacionales heterónomas como las autónomas.

Se presenta así una interacción complicada y múltiple. La evaluación de la misma, abarcando las relaciones derivadas de la acción estatal y colectiva en materia social con las normas que disciplinan el mercado es el objetivo de esta Primera Parte. El punto necesario de partida, mediante el cual se enmarca la cuestión, es la valoración de la relación de los objetivos sociales y los económicos en el marco *constitucional* comunitario²³⁰.

²²⁹ PUTMAN, E., “Les rapports entre le droit social ...”, cit., p. 113.

²³⁰ La utilización del apelativo “constitución” en referencia al Tratado CE ha sido una cuestión debatida desde los principios de la construcción comunitaria. En efecto, el debate acerca de la existencia de una Constitución europea no está cerrado, todo lo contrario, parece haberse avivado durante el proceso de ratificación, en estos momentos todavía inacabado, del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Roma 2005). Parte de la doctrina ha entendido como “constitución europea”, el conjunto de Tratados constitutivos y sus modificaciones ulteriores (GUAYO CASTIELLA, I., MELLADO RUIZ, L., “Derecho económico de la Unión Europea, (Constitución Económica Europea)”, en MONEREO PÉREZ, J.L., *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Comares, 2002, pp. 38-40). Tal delimitación del concepto tiene su apoyo en la jurisprudencia del TJCE, que ha calificado el Tratado de Roma como “carta constitucional de una Comunidad de derecho” (STJCE, 23 de abril de 1986, *Los Verdes c/ Parlamento Europeo*, 294/83). Esta afirmación fue realizada tras un largo camino jurisprudencial en el que la Corte comunitaria fue acentuando progresivamente el carácter constitucional del Derecho originario. Sin embargo, para otro sector doctrinal, siguen existiendo carencias que impiden la adopción de esta denominación. Como ha señalado DIEZ PICAZO, “hoy por hoy, las principales lagunas que impiden caracterizar los Tratados constitutivos como una Constitución en el sentido pleno del término son la

limitación de los fines de la Comunidad en el terreno *lato sensu* económico...”, DÍEZ PICAZO, L.M., “Reflexiones sobre la idea de Constitución europea”, *Revista de instituciones europeas*, Vol.20, núm. 2, mayo-agosto 1993, p. 533. A lo largo del presente trabajo, como ya se indicó, se utiliza el concepto “derecho constitucional comunitario” para referirnos al conjunto de “principios y reglas fundamentales –y fundacionales- que inspiran y modelan el desarrollo institucional, normativo y decisonal de la Comunidad Europea” y que se encuentran en los Tratados

Capítulo I. El marco del encuentro: objetivos económicos y sociales en el ordenamiento jurídico comunitario.

Como se desprende de la formulación original del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, el principal objetivo de la incipiente integración era el desarrollo económico de los Estados miembros. En este sentido, el art. 2 del Tratado de Roma²³¹ establecía tres parámetros que iban a definir la acción comunitaria: desarrollo, crecimiento y estabilidad del sistema económico. El instrumento para conseguir estos objetivos era la creación del mercado común²³². Junto con esta finalidad, la Comunidad Europea se planteó la integración en otros planos, como el social, tan sólo en la medida en que lo exigiera la creación del mencionado mercado²³³.

Sección I. La balanza entre lo social y lo económico en la construcción del mercado interior comunitario.

Comparando la actual redacción de los arts. 2 y 3 del TCE con su redacción originaria es evidente el enriquecimiento de los objetivos comunitarios²³⁴. Sin embargo es una afirmación ampliamente compartida que la existencia de ciertos valores o principios sociales no han modificado

²³¹ Art. 2 del Tratado Fundacional:

- Promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas de la Comunidad.
- Una expansión continua y equilibrada.
- Una estabilidad creciente.
- Una elevación acelerada del nivel de vida.
- Relaciones más estrechas entre los Estados que la integran.

²³² MAESTRO BUELGA, G., “Constitución económica y derechos sociales...”, cit., p. 130.

²³³ Refuerza esta idea BAQUERO citando el contenido de la declaración Schuman, BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...*, cit., p. 87. Esta declaración, realizada el 9 de mayo de 1950, es el documento constitucional esencial de la Comunidad al contener los valores y principios fundamentales de carácter tanto político como económico del proceso de integración europea, los cuales pasarán al Tratado CECA, al informe Spaak y al Tratado CEEE.

²³⁴ BARON, F., *Marché intérieur et Droit social...* cit., p. 25.

la preponderancia de los objetivos de integración del mercado, tanto en el plano normativo como jurisprudencial²³⁵. Esto es así por cuanto la totalidad de los objetivos y fines se encuentran todavía enmarcados por el obligatorio “respeto al principio de una economía de mercado, abierta y no falseada”, siguiendo la línea del Tratado de Roma de 1957.

En este marco se ha desarrollado un conjunto de disposiciones conocido como “derecho social comunitario”²³⁶ que ha provocado una “europeización parcial” del derecho del trabajo estatal²³⁷. Aun así, el

²³⁵ RODIÈRE, P., “Le juge et les appréciations économiques : opposition de deux approches”, en JEAMMAUD, A., (dir.), *Le droit du travail confronté...*, cit., p.130.

²³⁶ La crítica principal a este conjunto normativo es su “adjetividad” o “instrumentalidad”, dado que su evolución se ha ligado a las exigencias de la integración económica. Por añadidura, quedan al margen de este conjunto de normas elementos esenciales como son la sindicación, los salarios o los conflictos colectivos, por ello no parece plausible identificar en el ámbito social una auténtica rama del derecho comunitario comparable a otras con vocación de efectiva complitud. Estas características han llevado a SIMITIS y LYON-CAEN a calificarlo de “orden parcial superpuesto”, en SIMITIS, S., LYON-CAEN, A., “Community labour law...”, cit., p. 3.

²³⁷ Es bien sabido que los orígenes del Derecho social comunitario son completamente distintos a los del Derecho laboral estatal lo cual se evidencia claramente por la subordinación de los objetivos sociales a los económicos en la construcción comunitaria. Así, el Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE) al limitar su ámbito de actuación al plano económico, dejó al margen los elementos propios del Estado social que se entendían ligados de manera indisoluble a la esfera estatal. De esta manera, el TCEE realizó un reparto competencial según el cual “lo social” radicaba, básicamente, en la esfera decisional de los Estados miembros mientras “lo económico” se trasladaba al ámbito supranacional. Por tanto, tan sólo se elevaron al plano supranacional las cuestiones necesarias para la efectiva realización de las libertades de circulación, como son la igualdad salarial o la coordinación de sistemas de seguridad social. Sin embargo, el avance de la integración comunitaria y la evidente potencialidad de la diversidad de normas laborales para crear distorsiones en la construcción del mercado único ha conllevado una intervención comunitaria directa en materia social, de evolución paulatina y limitada. Así, los objetivos sociales entraron a formar parte del Tratado de Roma en las sucesivas reformas, mientras que, a través del derecho derivado, se conformaba Derecho social comunitario que tuvo por origen exclusivo la realización del mercado común dada la influencia de las condiciones sociales sobre las condiciones de competencia. Sobre esta cuestión vid. con carácter fundamental las contribuciones de SIMITIS, S., LYON-CAEN, A., “Community labour law: A critical introduction to his History”, en *European Community labour law: principles and perspectives*, Liber Amicorum Lord Wedderburn, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 4 y ss.; DEAKIN, S., “Labour law as a market regulation, the economic foundations of European social policy”, en *European Community labour law...*, cit., pp. 63 y ss.; JOERGES, C. “The Market without the State? The 'Economic Constitution' of the European Community and the Rebirth of Regulatory Politics”, *European Integration on line Papers* (EIoP), Vol. 1, N°19,1997, <http://eioip.or.at/eiop/texte/1997-019a.htm>, p.3; MAESTRO BUELGA, G., “Constitución

tratamiento en profundidad de esta interacción excede del ámbito del presente estudio por una cuestión fundamental señalada por A. LYON-CAEN: su influencia en los derechos laborales estatales es menor que la provocada por las normas de la competencia y las libertades de circulación²³⁸. Esta vía indirecta y de repercusión más potente, conlleva la sumisión de las normas e instituciones sociales estatales a las disposiciones orientadas a la construcción del mercado interior²³⁹.

1. La evolución de las disposiciones de carácter social en el Tratado de Roma.

La preponderancia de lo económico no ha implicado una despreocupación del derecho comunitario por las cuestiones sociales y por las posibles repercusiones de la construcción del mercado interior sobre las mismas. De hecho, el Tratado de París, fundador de la desaparecida CECA

económica y derechos sociales en la Unión Europea”, RDC, Nº 7, 2000, p. 128; COLINA ROBLEDO, M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., y SALA FRANCO, T., *Derecho Social Comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª Ed., 1995, p. 70; MANCINI, V.G., “Labour law and community law”, 20 *The Irish jurist*, 1985, p. 1; SZYSZCAK, E., “The new paradigm for social policy: a virtuous circle?”, CMLR, 38, 2001, p. 1127.

²³⁸ LYON-CAEN, A., “Droit social et droit de la concurrence...”, cit., p. 338. En cambio, algunos autores han argumentado que las dos vías señaladas tienen una incidencia equiparable, lo que les ha llevado a concluir que, para estudiar la relación entre la construcción comunitaria y los derechos sociales de los Estados miembros, es necesario analizar a priori el impacto de las normas sociales comunitarias en los ordenamientos laborales estatales. Así lo hace BARON, F., *Marché intérieur et Droit social...*, cit.

²³⁹ Esta cuestión también puede detectarse en el plano normativo, siendo varias las manifestaciones del necesario respeto que las competencias sociales deben a la realización del mercado interior, entre otros pueden señalarse los siguientes: el artículo 136 TCE), “A tal fin, la Comunidad y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad. Consideran que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en el presente Tratado y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas”; el artículo 140, “Con el fin de alcanzar los objetivos expuestos en el artículo 136, y sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado...”. Por lo que respecta al antiguo Acuerdo sobre la política social, en el preámbulo del Protocolo se afirmaba expresamente que “el presente Protocolo y el Acuerdo mencionado se entienden sin perjuicio de lo dispuesto en el (...) Tratado (...)”.

establecía, con un “grado de liberalismo menos dogmático que el Tratado de Roma”²⁴⁰, una suerte de “cláusula de protección de las disposiciones sociales nacionales”. Así, su art. 68.1, afirmaba que la aplicación de las disposiciones del Tratado no podían afectar a las modalidades de fijación de los salarios y a las prestaciones sociales en vigor en los diferentes Estados miembros²⁴¹.

Con esta previsión se reconocía y preservaba la plena “soberanía social” nacional²⁴², limitada por las medidas *antidumping* establecidas en los apartados 2 y 3 del mismo artículo²⁴³. En ellos se legitimaba la acción de la Comunidad en materia social para evitar que fueran llevadas a cabo

²⁴⁰ LYON-CAEN G. y LYON-CAEN, A., *Droit social international et européen*, Dalloz, Paris, 7ª Ed., 1991, p. 160. Señala BAQUERO como tanto el TCECA como el EURATOM estaban influidos especialmente por el *dirigisme* francés, que se matizó considerablemente en el TCEE de influencia más netamente liberal, en BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...*, cit., p. 140. En el mismo sentido, GIUBBONI califica a la CECA como un experimento de *welfare economics*, que osciló entre el dirigismo y la competencia, GIUBONNI, S., *Diritti sociale e mercato*, cit., p. 57

²⁴¹ Artículo 68.1 Sin perjuicio de las disposiciones siguientes, la aplicación del presente Tratado no afectará, por lo que respecta a las industrias del carbón y del acero, a las modalidades de fijación de los salarios y de las prestaciones sociales en vigor en los diferentes Estados miembros

²⁴² LYON-CAEN G. y LYON-CAEN, A., *Droit social international et européen*, cit., p. 162

²⁴³ 2. Cuando la Alta Autoridad reconociere que los precios anormalmente bajos practicados por una o varias empresas resultan de salarios fijados por estas empresas a un nivel anormalmente bajo, habida cuenta del nivel de salarios practicados en la misma región, dirigirá a dichas empresas, previo dictamen del Comité Consultivo, las recomendaciones necesarias. Si los salarios anormalmente bajos resultan de decisiones gubernamentales, la Alta Autoridad procederá a celebrar consultas con el Gobierno interesado al que, a falta de acuerdo, podrá, previo dictamen del Comité Consultivo, dirigir una recomendación.

3. Cuando la Alta Autoridad reconociere que una reducción de los salarios entraña un descenso del nivel de vida de la mano de obra y es al mismo tiempo utilizada como medio de ajuste económico permanente de las empresas o de competencia entre las empresas, dirigirá a la empresa o al Gobierno interesado, previo dictamen del Comité Consultivo, una recomendación con objeto de asegurar, a cargo de las empresas, beneficios a la mano de obra que compensen esta reducción (el apartado continua con una serie de excepciones a esta previsión de intervención).

prácticas competitivas basadas en el descenso de los salarios o del nivel de vida²⁴⁴.

El Tratado de Roma volvió a reconocer la competencia de los Estados miembros en las cuestiones sociales, pero no incluyó ninguna previsión autolimitadora semejante a la del Tratado CECA. La misma no se consideraba necesaria bajo el argumento de que la naturaleza sectorial de la integración económica no podía crear situaciones de desestabilización de las políticas nacionales, pues los Estados miembros continuaban teniendo las competencias en materia social²⁴⁵. La integración del mercado no debía por tanto ser causa de inquietud, todo lo contrario, se confiaba plenamente en su capacidad para producir el progreso social²⁴⁶. Esta idea, que guió la primera fase de la integración comunitaria, no era originaria de los redactores de los Tratados fundacionales, que pretendieron plasmar en el texto las consideraciones acerca de los aspectos sociales de los fenómenos de integración económica recogidos en el Informe Ohlin de 1956.

1.1. La separación inicial entre lo social y lo económico en la construcción comunitaria.

²⁴⁴ GIUBONNI, S., *Diritti sociale e mercato*, cit., pp. 44-57; como señala el autor la preocupación por el mantenimiento del nivel de ocupación y de las garantías sociales de los trabajadores fue una constante en el TCECA.

²⁴⁵ GIUBONNI, S., loc. cit., p. 27

²⁴⁶ El precario compromiso que el Tratado de Roma incluía respecto de las cuestiones sociales es un lugar común en la doctrina. Es especialmente relevante la sintética justificación de esta afirmación realizada por BARNARD, C. DEAKIN, S., “In search of coherence...”, cit., p. 332.

La influencia del informe Ohlin de la OIT²⁴⁷ en el informe Spaak²⁴⁸ y de ambos documentos de 1956 en el Tratado de Roma, ha sido señalada por numerosa doctrina²⁴⁹. En el primer informe los expertos de la OIT rechazaron la necesidad de una armonización general de la normativa laboral y de la seguridad social, sobre la base de que las diferencias internacionales en costes laborales y especialmente en cargas sociales no constituían un obstáculo para el establecimiento de mercados internacionales liberalizados. Coherentemente con este postulado, la política social en general y la regulación de la relación de trabajo en particular se consideraban marginales e instrumentales en relación con la creación del mercado interior, quedando relegadas al nivel estatal²⁵⁰.

De manera paralela a esta afirmación y como *conditio sine qua non* para la consecución de la integración económica europea, los expertos resaltaron la importancia del mantenimiento y la progresiva expansión de los sistemas de tutela social nacionales. Así, del informe Ohlin se desprende claramente que la consecución de las ventajas económicas derivadas de la liberalización del comercio depende de la preservación de unos estándares laborales estatales²⁵¹.

El contenido de este documento tuvo una influencia fundamental en la redacción del Informe *Spaak*. Este segundo documento, aun asumiendo los postulados del primero, denota una mayor voluntad armonizadora. Así, en relación con las cuestiones de seguridad social, el informe considera que, aun cuando no sea una condición absoluta del funcionamiento del mercado

²⁴⁷ *Social aspects of European Economic Co-operation. Report by a Group of Experts*, Ginebra, 1956. Conocido como Informe Ohlin, a lo largo del presente trabajo se utilizará como referencia la síntesis de dicho informe publicada en la ILR, vol. LXXIV, N° 2, pp. 99 y ss

²⁴⁸ Comité intergubernamental creado por la Conferencia de Mesina, Informe de los Jefes de Delegación a los Ministros de Asuntos Exteriores, Bruselas, 21 de abril de 1956, en adelante Informe *Spaak*

²⁴⁹ Destacan particularmente DEAKIN, S., “Labour law as a market regulation...”, cit.; y GIUBONNI, S., *Diritti sociale e mercato*, cit.

²⁵⁰ GIUBONNI, S., *Diritti sociale e mercato*, cit., p. 59.

²⁵¹ DEAKIN, S., “Labour law as a market regulation...”, cit., p. 67.

interior, la unificación de los sistemas de seguridad social “eliminaría serios obstáculos a la circulación de mercancías y de personas”²⁵². Sin embargo, a pesar de esta afirmación, no es posible encontrar en este documento previo al TCEE, una previsión orientada a la armonización en materia social, lo cual se reflejó directamente en el Tratado de Roma²⁵³.

En el art. 117 del Tratado de Roma se plasmó la teoría que guió el primer periodo de la realidad social comunitaria²⁵⁴. El mismo, hoy parcialmente recogido en el apartado 3 del art. 136 TCE, afirmaba la relación directa entre la consecución del mercado común y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, considerando que la armonización de los sistemas sociales derivaría de la integración del mercado. Como ha señalado DEAKIN²⁵⁵, este artículo sólo recogió las teorías del informe de la OIT de manera parcial, ignorando que las condiciones para que la integración económica y la liberalización del comercio derivaran en una mejora de condiciones de vida y de trabajo, eran estrictas: las competencias sociales permanecían en el ámbito estatal y los Estados miembros mantenían o mejoraban los estándares socio-laborales.

Con el Tratado de Roma se cumplió la primera condición, optando como ya dijimos por una separación entre los dos planos, dejando las competencias sociales en el ámbito estatal. De esta manera, la construcción de un fuerte mercado supraestatal integraba las economías de los Estados miembros dejando la “soberanía social nacional” intacta. Se efectuó así el llamado *decoupling*, elevando al ámbito supranacional únicamente las cuestiones necesarias para la efectiva realización de las libertades de

²⁵² Informe Spaak, p. 64.

²⁵³ GIUBONNI, S., *Diritti sociale e mercato*, cit., p. 69.

²⁵⁴ SIMITIS, S., LYON-CAEN, A., “Community labour law...”, cit.; DEAKIN, S., “Labour law as a market regulation...”, cit, p. 66; VOGUEL-POLSKY, E., “L’Acte Unique ouvre-t-il l’espace social européen ?”, DS, 1989, N°2, p. 179.

²⁵⁵ DEAKIN, S., “Labour law as a market regulation...”, cit., p. 70.

circulación, entre la que se incluía la de los trabajadores, y el mantenimiento de la competencia en el mercado interior²⁵⁶.

Como ha señalado la doctrina, las incipientes normas sociales tuvieron un fundamento eminentemente económico, cumpliendo una función opuesta a la de los derechos sociales en el plano constitucional interno²⁵⁷. Así, la voluntad de evitar que las diferencias en cuanto a condiciones laborales de los distintos Estados Miembros entorpecieran la creación de economías de escala y el desarrollo de la libre competencia, colocó como necesario un proceso de aproximación de las diversas legislaciones laborales internas, los llamados “oasis de socialidad del tratado de Roma”²⁵⁸, relacionados directamente con la proyección de la libertad de circulación. La consagración de la libertad de circulación de trabajadores, regulada en los artículos 48 a 51 TCEE, se dirigía a fomentar el movimiento de la mano de obra y a eliminar la discriminación en el acceso al mercado de trabajo²⁵⁹. Junto con esta disposición y de manera igualmente funcional a

²⁵⁶ Los Estados miembros eran reticentes a abandonar sus competencias en el terreno de lo social, convencidos de que sus modelos sociales eran el resultado de una evolución histórica propia, inherente a sus rasgos más característicos y directamente ligados a sus elementos fundamentales. Por añadidura, a esta voluntad de celo de los Estados miembros debe añadirse una justificación del *decoupling* más genérica, e influenciada por la teoría ordoliberal alemana. Esta teoría germana planteaba una estructura política doble: por un lado, un nivel supranacional en el que se acometieran los razonamientos económicos y el sistema de competencia no distorsionada; por otro, un nivel nacional, en el que las políticas redistributivas (sociales) pueden ser continuadas y desarrolladas. Sobre esta cuestión ver, en extenso: JOERGES, C. “What is left of the European Economic Constitution”, cit.; LYON-CAEN, A., SIMITIS, S., “L’Europe sociale à la recherche de ses références”, *Revue du Marché Unique Européen*, 4/1993; DEAKIN, S., “Labour law as a market regulation...”, cit.

²⁵⁷ MAESTRO BUELGA, G., “Los derechos sociales en la Unión Europea...”, cit., p. 128; Señala el autor que ninguno de estos dos preceptos tenía la intención de configurar derechos sociales similares a los existentes en el plano nacional, así mientras en el ámbito estatal estos derechos habían introducido un grado de desmercantilización del trabajo, en el Derecho comunitario acentúan el proceso inverso, produciendo una mercantilización paulatina.

²⁵⁸ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “El proceso legislativo comunitario y el derecho social europeo”, *RMTAS*, N° 12, 1998, p. 13.

²⁵⁹ Sobre el particular ver en extenso GIUBONNI, S., *Diritti sociale e mercato*, cit., p. 73 y ss.

la integración económica, el art. 119 del TCEE reconoció la paridad salarial entre sexos²⁶⁰.

A pesar de esto, la evolución de la interpretación jurisprudencial de ambas disposiciones evidencia una profundización en sus aspectos sociales²⁶¹. Así, tanto la libre circulación de los trabajadores como la igualdad salarial del antiguo 119 TCEE han sido “socializadas”²⁶² y desarrolladas por la vía de la jurisprudencia del TJCE, lo cual no debe ocultar las limitaciones que supone el que la libre circulación de las personas siga ligada a la ejecución de una actividad económica y no se predique con carácter general para todos los individuos²⁶³.

El mencionado reparto competencial entre la actividad estatal y la comunitaria en los campos de la economía y de la política social fue desde el inicio precario²⁶⁴. Pronto, la remoción de las barreras para la consecución del mercado común devino incompatible con el mantenimiento de la autonomía de los Estados miembros en el área de la política social. Así, asumiendo que la construcción del mercado interior exigía una cierta base común en materias laborales y de seguridad social, se ha ido introduciendo en sede de Tratado un conjunto de disposiciones englobadas en la rúbrica “política social”. Éstas han sido desarrolladas por un amplio conjunto de

²⁶⁰ Esta disposición tuvo su origen en la necesidad de estandarizar las condiciones de competencia. Impuesta por Francia, la prohibición de discriminación por razón de sexo en materia salarial estaba fundamentalmente orientada a evitar el *dumping* social y la distorsión de las condiciones de competencia por la vía de las retribuciones. El objetivo era evitar que este país se viera perjudicado por las legislaciones de otros Estados miembros menos avanzadas en el reconocimiento de derechos derivado de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, COLINA ROBLEDO, M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., y SALA FRANCO, T., *Derecho Social Comunitario*, cit., p. 241.

²⁶¹ BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...*, cit., p. 169

²⁶² Señala BAQUERO la evolución entre la sentencia *Defrenne* de 1976 (43/75) que afirmaba el doble objetivo, económico y social del art. 119 y la sentencia *Deutsche Post*, de 2000 (C-270/97 y C-271/97) donde el Tribunal prima el objetivo social sobre el económico, considerando que la finalidad del artículo es la expresión de un derecho humano fundamental.

²⁶³ BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...*, cit., p. 170.

²⁶⁴ DEAKIN, S., “Labour law as a market regulation...”, cit., 204; GIUBONNI, S., *Diritti sociale e mercato*, cit., p. 78.

derecho derivado que hoy conforma lo comúnmente conocido como “Derecho social comunitario”, cuyo tratamiento doctrinal ha sido acometido en numerosas obras de carácter general²⁶⁵.

1.2. La paulatina introducción de las cuestiones sociales en el Tratado de Roma.

Como ha destacado la doctrina, durante la fase inicial de la integración toda intervención en materia social se justificó en la realización

²⁶⁵ Deben destacarse entre otras muchas y además de las ya citadas las siguientes obras: LYON-CAEN G. y LYON-CAEN, A., *Droit Social internacional europeo*, Dalloz, París, 7.^a Ed., 1991; RODIÈRE, P., *Droit social de l'Union Européenne*, L.G.D.J., Paris, 2002 ; BLANPLAIN, R., JAVILLIER, J., *Droit du travail communautaire*, L.G.D.J., Paris, 1995; TEYSSIE, B. *Droit européen du travail*, Litec, Paris, 2001 ; AAVV, *Labor law and industrial relations in the European Union*, Kluwer Law International, The Hague, 1998; BLANPLAIN, R., (ed.), *Labour law and industrial relations in European Union*, The Hague, Kluwer Law International, 1998; BLANPLAIN, R., (ed.), *Labour Law, Human Rights and Social Justice*, Kluwer Law International, The Hague, 2001; SHAW, J., *Social law and Policy in an involving European Union*, Hart, Oxford-Portland, 2000; SZÉLL, G., *European labour Relations, Volume I: Common Features*, Gower Publishing Limited, Hampshire, 2001; BANARD, C., DEAKIN, S., “Negative and positive harmonization of labor law in the European Union”, *Col. Journ. Eur. Law*, vol. 8, summer 2002; ROCELLA, M., y TREU, T., *Diritto del lavoro nella Comunità Europea*, Cedam, Padova, 1995; AA.VV. *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi, Bologna, 1996. Entre nuestra doctrina pueden destacarse, COLINA ROBLEDO, M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., y SALA FRANCO, T., *Derecho Social Comunitario*, cit.; APARICIO TOVAR, J., *Introducción al Derecho Social...* cit; SEMPERE NAVARRO, A., y CANO GALÁN, C., “La Constitución Española y el Derecho Social Comunitario” en AAVV, *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comares, Granada, 2002; CRUZ VILLALÓN, J., y PÉREZ DEL RÍO, T. (Coord.) *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Tecnos, Madrid, 2000; SEMPERE NAVARRO y PEREZ CAMPOS; “El lugar de la política social comunitaria”, *Noticias de la Unión Europea*, N° 186, 2000, p. 128; SEMPERE NAVARRO, “El Tratado de Ámsterdam y el Derecho Social Europeo”, *AS*, N° 2, 1998, p. 10; BAQUERO CRUZ, J. “La protección de los derechos sociales en la Comunidad Europea tras el Tratado de Ámsterdam”, *RDCE*, N° 4, 1998, p. 648; MONTOYA MELGAR, GALIANA MORENO, SEMPERE NAVARRO: *Derecho Social Europeo*, Tecnos (Madrid), 1995; MONTOYA MELGAR, “Dimensión social de la Unión Europea”, *Jornadas sobre la armonización legislativa de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 173; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., CASAS BAAMONDE, M.^a E., “El reconocimiento de los derechos sociales en la Unión Europea”, *RL*, N° 1, 1995, p. 103 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., CASAS BAAMONDE, M.^a E., “Las incertidumbres de lo social en el Mercado Único”, *RL*, N° 1, 1993, p. 3 y ss.; ZUFIAUR, “Luces y sombras de la nueva dimensión social comunitaria”, *Economía y Sociología del Trabajo*, N° 17, 1992, p. 61; MTSS, *Política Social de la Comunidad Europea*, vol. I, Espacio Social Europeo, Madrid, 1989; BORRAJO DACRUZ, “De las Comunidades Europeas a la Unión Europea: El Acta Única y la Europa social”, *AL*, Tomo I, 1986, pp. 1011 y ss.

del mercado interior, sin que entraran otros valores en juego, manteniéndose la visión del derecho del trabajo como algo ligado a cada uno de los Estados miembros²⁶⁶. Entre el nacimiento del Tratado de Roma y su primera reforma, en 1986, se produjo una evolución de la cuestión social marcada por la actividad de dos instituciones, Comisión y Tribunal de Justicia, que desarrollaron las exiguas bases existentes en el Tratado. En este periodo inicial pueden ser diferenciadas tres fases: una primera, hasta 1974, caracterizada por la inacción comunitaria y marcada por las desavenencias institucionales y por el consenso generalizado de *ne pas faire* en política social; una segunda etapa, de toma de conciencia de la necesidad de articular una política social comunitaria, que finalizó con una considerable actividad en la materia; por último, a esta fase de desarrollo le siguió un tercer periodo, marcado por la crisis económica y por la ralentización del avance en materia social²⁶⁷.

El verdadero desarrollo de la política social comunitaria comenzó en la segunda de las fases mencionadas, con el Programa de acción social de 21 de enero de 1974²⁶⁸. Los objetivos del programa fueron ambiciosos, incluyendo dos cuestiones fundamentales. La primera dirigida a la armonización de determinadas cuestiones sociales que se consideraron de particular importancia para la consecución de la integración del mercado²⁶⁹. La segunda línea de trabajo se orientó a fomentar el diálogo social a escala comunitaria, promoción que se ha continuado hasta la actualidad²⁷⁰. Esta

²⁶⁶ SIMITIS, S., LYON-CAEN, A., "Community labour law...", cit., p. 4 y ss.

²⁶⁷ Sobre esta cuestión vid. VOGUEL-POLSKY, E., "L'Acte Unique...", cit., p. 177.

²⁶⁸ Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, relativa a un programa de acción social, publicada en el DOCE C 13, de 12 de febrero de 1974.

²⁶⁹ Dos fueron los conjuntos normativos surgidos a partir de esta iniciativa, el llamado "derecho comunitario de la reestructuración empresarial" y las normas relacionadas con la igualdad entre sexos.

²⁷⁰ Tras el programa de 1974, las referencias a la participación de los actores sociales en la realización de la política social comunitaria se convirtieron en una constante. La cuestión aparece de nuevo en el Programa de Acción Social Comunitaria a medio plazo de 22 de junio de 1984 (DOCE C, núm. 175, de 4 de julio) que invitaba a la Comisión a favorecer el establecimiento de relaciones paritarias en el seno de la Comunidad. En esta

segunda línea reviste una fundamental importancia para el ámbito de estudio del presente trabajo ya que, como ha señalado el TJCE²⁷¹, la promoción de la participación de los actores sociales en la organización de las relaciones de trabajo debe cohonestarse con la defensa de la competencia, actuando como límites, aun cuando inciertos, al ámbito de aplicación de las mismas.

A partir de este momento, las distintas reformas de los Tratados constitutivos fueron introduciendo nuevas bases para el desarrollo de la política social comunitaria. La primera reforma del derecho originario, el Acta Única Europea de 1986²⁷², insertó en el preámbulo del Tratado CE la mención del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Carta Social Europea, lo cual supuso un importante avance en relación con el reconocimiento de los derechos sociales en el ámbito europeo. Sin embargo, este progreso no se vio reflejado en un desarrollo de la materia social en el articulado. Esto provocó una fuerte crítica doctrinal elevándose la afirmación de que “los logros sociales se siguieron asentando sobre la máxima de que lo social sirve a lo económico”²⁷³.

línea, la Comisión, en la figura de su presidente Jaques Delors, impulsó los encuentros de *Val Dúchese* de 1985, considerados la primera experiencia de diálogo social comunitario a nivel centralizado e interprofesional. Celebrados en la Abadía de Val Duchesse, el 31 de enero de 1985, los encuentros reunieron a los actores sociales más importantes. Por el banco social la CES (Confederación Europea de Sindicatos) y por el banco empresarial la UNICE (Unión de Industrias de la Comunidad Europea) y la CEEP (Centro Europeo de Empresas Públicas). En los encuentros se abordaron temas generales con una fuerte iniciativa institucional por parte de la Comisión que utilizó la ocasión para guiar su actuación en materia social.

²⁷¹ STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, párrafo 60.

²⁷² Para una valoración del contenido social de esta reforma vid. VOGEL-POLSKY, E., “L’Acte Unique ouvre-t-il l’espace social européen?” DS, 1989, Nº 2, pp. 177 y ss.

²⁷³ SEMPERE NAVARRO, A., y CANO GALÁN, C., “La Constitución Española y el Derecho Social Comunitario” cit., p. 8. Como recuerdan los autores la reforma de 1986 no dio respuesta a las expectativas generadas por los Programas de acción social comunitarios aprobados en los años anteriores (“Resolución sobre un programa de acción social” de 21 de enero de 1974 y “Conclusiones sobre un nuevo programa de acción social comunitario a medio plazo” de 22 de junio de 1984, ambos aprobados por el Consejo).

Aun a pesar de esta parca incidencia, el AUE fue la puerta de entrada al papel de los actores sociales en el ámbito comunitario, evidenciando un cambio de actitud del derecho comunitario respecto a la creación de un espacio para la autonomía colectiva a nivel europeo²⁷⁴. Con esta reforma, el artículo 118 B del TCEE estableció el mandato a la Comisión de procurar “desarrollar el diálogo entre las partes sociales a nivel europeo, que podrá dar lugar, si éstas lo considerasen deseable, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre dichas partes”. A pesar de lo prudente de la redacción, y de que ésta no fue acompañada de un mínimo desarrollo normativo, la importancia de esta primera mención radica en la mención conjunta del diálogo social y la posibilidad de establecer relaciones convencionales²⁷⁵, anuncio de la posterior configuración de los artículos 138 y 139 TEC²⁷⁶

²⁷⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La negociación colectiva europea hasta Maastricht”, RL., Nº 2, 1992, p. 42. La muestra de voluntad en este sentido no evitó una considerable crítica doctrinal derivada de la redacción del precepto. La principal objeción se refería a la ambigüedad del precepto. Mientras para algunos éste se orientaba a la ampliación del espacio social europeo, excitando la aparición de la autonomía colectiva mediante el reconocimiento de la posibilidad de pactos entre los actores sociales. Para otros del texto también podía extraerse una voluntad de promover el diálogo social como un fenómeno de sustitución que dejaba a las partes sociales tareas que, de otro modo, deberían ser realizadas por los instrumentos comunitarios y con la participación de Instituciones como el Parlamento Europeo. En esta línea se sitúa la afirmación de que este genérico diálogo social tenía la voluntad de sustituir a la fracasada (y no deseable para el bloque empresarial y algunos gobiernos) política de armonización. Así, el impulso de este nuevo diálogo social europeo respondería a la búsqueda de una solución a la crisis que en ese momento afectaba a la acción legislativa de las autoridades comunitarias, prueba de ello es que en el período entre 1980 y 1989 las Directivas de armonización en materia social fueron prácticamente inexistentes. Sobre esta cuestión ver LYON-CAEN, G., “La négociation collective dans ses dimensions internationales”, *Droit social*, Nº 4, 1997, p. 352 y ss. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., CASAS BAAMONDE, M. E., “Las incertidumbres de lo social en el Mercado Único” cit., p. 3 y ss.

²⁷⁵ CABEZA PEREIRO J., “La cuestión social en el derecho originario de la Unión Europea”, *Documentación Laboral*, Nº 63, 2000, p. 33.

²⁷⁶ Para un análisis en profundidad sobre la historia y el momento de esta cuestión vid., además de las ya citadas, las aportaciones de: GUARRIELLO, F., *Ordinamento Comunitario e autonomia collettiva. Il dialogo sociale*, Franco Angeli, Milano, 1992; LO FARO, A. *Regulating social Europe. Reality and myth of collective bargaining in the EC legal order*, Hart, Oxford, 2000; FRANSSEN, E., *Legal aspects of the European Social Dialogue*, Antwerp, Intersentia, 2002 ; LYON-CAEN, A., “Le rôle des partenaires

En la siguiente reforma de los tratados se produjo, como es bien sabido, un paso importante para la construcción de la política social comunitaria, con la aprobación del Acuerdo de Política Social (en adelante APS) anexo al Tratado de Maastricht, donde se plasmó el contenido básico del capítulo de política social actualmente vigente y se desarrolló el papel de los actores sociales en el proceso normativo comunitario. Nacía de esta manera la negociación colectiva europea, incorporándose la misma “al catálogo de los procedimientos comunitarios de producción jurídica”²⁷⁷. Por

sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire”, DS, N° 1, 1997, pp. 69 y ss.; VIGUEAU, C., “Partenaires sociaux européens et nouveaux modes communautaires de régulation: la fin des privilèges”, DS, N° 9/10, pp. 883. Entre nuestra doctrina, *inter alia*: MOLINA GARCÍA, M., *La negociación colectiva europea: entre el acuerdo colectivo y la norma negociada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; PÉREZ DE LOS COBOS, F., “Aporías de la negociación colectiva europea”, en PÉREZ DE LOS COBOS, F., GOERLICH PESET, J.M., (Coord.), *El régimen jurídico de la negociación colectiva*, cit.; CASAS BAAMONDE, M.^a E, “Organización del sistema europeo de negociación colectiva y desarrollo convencional del derecho social comunitario”, RL, N° 22, 1999, pp. 1 y ss.; GORELLI HERNÁNDEZ, “El diálogo social en la Unión Europea: incidencia en el sistema de fuentes del Derecho”, TL, N° 55, 2000, pp. 65 y ss.; MONEREO PÉREZ, J. L., «La participación de los agentes sociales en la construcción de la Comunidad Europea y el diálogo social», AL, N° 29, 1989; NAVARRO NIETO, F. “La negociación colectiva en el Derecho comunitario del Trabajo”, REDT, 102, 2000, pp. 409 y ss. OJEDA AVILÉS, A., “La negociación colectiva europea”, RL, N° 15, 1993, pp. 77 y ss.

²⁷⁷ VALDÉS DAL-RE, F. “La contratación colectiva europea: más que un proyecto y menos que una realidad consolidada”, RL, Tomo 2, 1997, p. 68; La regulación se contenía en los arts. 3 y 4 que derivaron de los trabajos realizados en el seno de un grupo *ad hoc* impulsado por la comisaría para asuntos sociales y en el que participaron las organizaciones europeas CES, CEEP y UNICE. En primer lugar, el art. 3 establecía un sistema de consulta de la Comisión que la obligaba, al ejercer su iniciativa en materia social, a demandar opinión y en su caso colaboración a los actores sociales. El artículo 4 del Protocolo estableció otra modalidad de intervención afirmando que “el diálogo de los interlocutores sociales en el ámbito comunitario podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos”; dado que el reconocimiento del diálogo social se había realizado en el artículo anterior, este artículo 4 se consideró como un expreso reconocimiento de la negociación colectiva europea. Respecto de la aplicación de los acuerdos celebrados a nivel comunitario el artículo 4.2 estableció dos vías. En primer lugar a través de la negociación colectiva estatal y conforme a las normas de cada estado miembro. La segunda vía de aplicación establecida fue la intervención normativa del Consejo, mediante la adopción de una decisión a propuesta de la Comisión, en los ámbitos sujetos al artículo 2 APS. Dada la parquedad de esta regulación, la Comisión elaboró la Comunicación para la aplicación del Protocolo sobre la Política Social, de 14 de diciembre, en la que se abordaban los puntos más problemáticos, es decir, la naturaleza de la decisión del Consejo y la legitimidad negocial, ligada a la representatividad de los interlocutores sociales europeos. Sobre estas dos cuestiones vid. CASAS BAAMONDE, M. E., “Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las directivas: el permiso parental”, RL, N° 2, 1996, p. 88 y CASAS BAAMONDE, M. E.,

otro lado, y en el estricto ámbito de los derechos fundamentales, de la reforma de Maastricht cabe destacar tanto la inclusión del CEDH en sede de Tratado, Art. F y K.2, como la exclusión de la mención a la CSE que sería de nuevo incorporada con la reforma efectuada mediante el Tratado de Ámsterdam. En 1996, con la tercera modificación del Derecho originario, se consiguió insertar el APS en el seno del TCE. Esta reforma ha sido considerada como el momento fundamental para el reconocimiento de los derechos sociales. Tras la misma, además de acoger el contenido del APS, el TCE incluye la mención a los derechos fundamentales en su preámbulo²⁷⁸ e incorpora la referencia tanto a la Carta Social Europea como a la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989. Ambas se recogen en el artículo 136 TCE, pórtico del capítulo de política social.

Desde la reforma de Ámsterdam, los artículos 138 y 139 TCE acogen lo dispuesto por el APS en cuanto a la intervención de los agentes sociales en el proceso normativo²⁷⁹ y en cuanto a su capacidad para negociar y adoptar

“La negociación colectiva europea como institución democrática (y sobre la representatividad de los interlocutores sociales europeos)”, RL, N° 21, 1998, p. 71 y ss.

²⁷⁸ El Tratado de Ámsterdam modifica el Tratado de la Unión Europea añadiendo tras el tercer considerando de su preámbulo lo siguiente: “CONFIRMANDO su adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989. Sobre el Tratado de Ámsterdam: GALIANA MORENO, J “Aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam”, REDT, N° 88, 1998, pp. 189 y ss; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “El proceso legislativo comunitario y el Derecho Social Europeo”, RMTAS, N° 12, 1998, pp. 13 y ss.; SEMPERE NAVARRO y PEREZ CAMPOS, “El lugar de la política social comunitaria”, Noticias de la Unión Europea, N° 186, 2000, pp. 127 y ss; SEMPERE NAVARRO, A., “El Tratado de Ámsterdam y el Derecho Social Europeo”, AS, N° 2, 1998, pp. 27 y ss; TORRENTS MARGALEF, J., “La merecida normalización de la política social comunitaria”, DL, N° 61, 2000, pp. 105 y ss.

²⁷⁹ La parquedad del articulado sigue presentando interrogantes que han sido objeto de una abundante producción doctrinal. Cabe así preguntarse cuál es el procedimiento para negociar, si las partes implicadas tienen una obligación de negociar o podrían paralizarlo por la simple inacción y, en este caso, cuál sería la capacidad de reacción de la Comisión, o si los actores pueden extralimitarse en la materia fijada por la propuesta institucional. El debate en relación con el instrumento normativo que debe utilizar el Consejo ha sido abordado por la doctrina, argumentándose mayoritariamente a favor de la Directiva, sobre

convenios colectivos de manera autónoma²⁸⁰. Por su parte, el art. 139.2 establece las vías de implementación de los acuerdos, abriendo la puerta a la acción de los actores sociales estatales y reconociendo su papel en esta fase de implementación del acuerdo. Sin embargo esta negociación colectiva trasposicional²⁸¹ va a necesitar, como han puesto de relieve numerosos autores, de una acción normativa nacional para que los acuerdos alcanzados gocen de eficacia *erga omnes*²⁸². Por último, el art. 137.4 TCE refleja la posibilidad de realizar la transposición de Directivas por medio de la negociación colectiva estatal. La reforma efectuada por el Tratado de Ámsterdam fue la última importante en lo relativo a las cuestiones sociales

esta cuestión ver: DEINERT, O., “Modes of implementing European collective agreements and their impact on collective autonomy”, *Ind. Law J.*, 2003, vol. 32, n° 4, p. 319; en cuanto a la posibilidad de modificación o rechazo del acuerdo por parte del Consejo, parece comúnmente aceptado que las instituciones son libres de rechazar el acuerdo, sobre la cuestión ver FRANSSEN, E., *Legal aspects of the European Social Dialogue*, cit., p. 282. Un tratamiento de estas cuestiones puede encontrarse en MARTÍNEZ SIERRA, J.M., GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “Fuentes del Derecho y acuerdos colectivos: en torno al contexto y texto del artículo II-88 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, *Ágora*, N°12, 2005, pp. 119 y ss.

²⁸⁰ El artículo 139 regula los llamados “acuerdos europeos”, reconociendo la capacidad de los actores sociales de negociar y adoptar convenios colectivos, afirmando que los mismos gozan de capacidad de iniciativa en materia social al margen de la Comisión y que pueden llegar a acuerdos colectivos de contenido libre que, por versar sobre materia ajena a la competencia comunitaria no podrán ser reforzados por un acto del Consejo. En este plano nos encontramos obstáculos añadidos, principalmente con el problema de la eficacia, no existiendo en principio más obligación para el Estado que la de facilitar el desarrollo del acuerdo comunitario cuando sea técnicamente posible en el marco del sistema nacional de negociación, quedando derivada la obligación de desarrollo a la negociación colectiva estatal. Respecto de las materias que pueden ser objeto de negociación y del procedimiento a seguir, el silencio de la norma es absoluto. Así parece claro que del acuerdo colectivo *extra legem* no tiene por qué quedar sometido a la iniciativa de la Comisión dado que no va a integrarse en el *iter* legislativo comunitario, Tampoco puede quedar condicionado a las materias del artículo 137 TCE. De esta manera la llamada “negociación colectiva autónoma” se constituiría en una especie de “laissez faire eurocolectivo”, que se encuadraría en la autonomía colectiva negocial amparada por los Tratados pero sin normativa propia de desarrollo. La Declaración número 27 recogida en el Acta final del Tratado de Ámsterdam establece que este tipo de acuerdos se desarrollarán mediante la negociación colectiva, esto ha provocado la afirmación de la función preparatoria de estos acuerdos

²⁸¹ OJEDA AVILÉS, A., “La negociación colectiva europea”, cit., p. 75.

²⁸² LO FARO, A., *Regulating social Europe. Reality and myth of collective bargaining in the EC legal order*, Oxford: Hart Publishing 2000, p.66; FRANSSEN, E., *Legal aspects of the European Social Dialogue*, cit., p. 139.

pues el Tratado de Niza del año 2000 no introdujo modificaciones relevantes en la materia.

Con esta breve y esquemática caracterización de la evolución de las disposiciones que se orientan a regular las cuestiones sociales en el TCE se ha evidenciado la parquedad de las mismas. Como señala gran parte de la doctrina, a pesar de la reseñada evolución, las notas características del derecho social en la CE siguen siendo dos: su carácter residual en el derecho originario, con la ya mencionada instrumentalidad respecto de los objetivos de integración del mercado y la funcionalidad de las normas relacionadas con el mercado de trabajo y la protección social a estos objetivos económicos²⁸³. Esta cuestión ha motivado continuas denuncias del déficit social de la UE, fundamentadas tanto por la insuficiencia competencial todavía existente como por lo escasamente ambicioso de sus objetivos actuales²⁸⁴.

De esta manera es posible afirmar que aun en la actualidad el llamado Derecho social comunitario, se encuentra plenamente integrado y funcionarizado a los objetivos económicos, sin que la existencia de ciertos valores o principios sociales cambien la preponderancia de los objetivos de integración del mercado, tanto en el plano normativo como jurisprudencial²⁸⁵.

²⁸³ MAESTRO BUELGA, G., “Los derechos sociales en la Unión Europea...”, cit., p. 126.

²⁸⁴ En esta línea crítica se sitúan las contribuciones de: JOERGES, C. “What is left of the European Economic Constitution”, cit.; POIARES MADURO, M., “Europe Social Self: ‘the sickness unto Death’”, *Constitutionalism Web-Papers*, <http://les1.manac.uk/conweb>, ConWeb, N° 2/2000; SZYSZCAK, E., “Future directions in European Social Policy”, *Ind. Law J.*, Vol. 24, No.1, March 1995; SZYSZCAK, E., “The new paradigm for social policy: a virtuous circle? CMLR, 38, 2001, pp. 1125-1170; BARNARD, C., *EC employment law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 20 y ss.

²⁸⁵ RODIÈRE, P., “Le juge et les appréciations économiques : opposition de deux approches”, en JEAMMAUD, A., (dir.), *Le droit du travail confronté...*, cit., p.130

El ejemplo más significativo de la debilidad de las disposiciones sociales comunitarias es el asunto *Sloman Neptum*²⁸⁶. En este caso se planteó una cuestión prejudicial en la que el juez de reenvío se preguntaba sobre la compatibilidad de una ley alemana con los artículos 117 TCEE (política social) y 92 TCEE (ayudas de Estado), compatibilidad que fue afirmada por el TJCE. El Tribunal rechazó la posibilidad de utilizar el 117 del Tratado para evaluar la política social de un Estado miembro y considerar una norma como contraria al Derecho comunitario. Respecto a este artículo el Tribunal afirmó, como base de su argumentación, que su contenido tiene un carácter “eminente programático”²⁸⁷, considerando que los objetivos sociales expresados en el artículo deben resultar de la acción de la Comunidad y de la colaboración entre los Estados miembros. Por tanto, según la interpretación del TJCE, la importancia del artículo 117 del TCE radicaba más bien en sus efectos jurídicos sobre la interpretación de otras disposiciones del Tratado y del derecho comunitario derivado en el ámbito social. A continuación el TJCE recordó que, en todo caso, la definición de la política social corresponde a las autoridades competentes. Por consiguiente, ni las orientaciones generales de la política social

²⁸⁶ STJCE de 17 de marzo de 1993, *SLOMAN NEPTUN*, asuntos acumulados C-72/91 Y C-73/91. En este asunto de 1993, el TJCE se encontraba ante el llamado problema del “pabellón de conveniencia”. En el momento de la sentencia era una realidad que la matriculación de buques comunitarios bajo el pabellón de terceros Estados permitía a los armadores el contratar marineros nacionales de estados no comunitarios con estándares laborales más bajos. Evidentemente esto generaba una doble repercusión, el descenso del número de marineros comunitarios empleados y el descenso en las condiciones laborales en los buques. A simple vista, en un supuesto ideal, el problema exigiría una regulación de ámbito internacional que impusiera un suelo común de derechos suficientemente alto como para evitar el escandaloso *dumping* social. Huelga decir que esto no sucedió y que se optó por la vía contraria: la acción estatal de rebaja de estándares laborales para evitar el *dumping* social. Así, el Estado alemán decidió introducir en su “ley del registro internacional de navegación marítima”, una cláusula que permitía el sometimiento de los contratos de trabajo celebrados con marineros nacionales de países terceros, sin domicilio habitual o residencia en dicho Estado, a condiciones de trabajo y de retribución a las que no se aplicaba el Derecho alemán²⁸⁶. El comité de empresa de la compañía *Sloman Neptum* negó su conformidad para la aplicación de esta norma en la contratación de nuevos trabajadores, esta negativa dio lugar a un litigio que llevó al *Arbeitsgericht Bremen* a plantear una cuestión prejudicial.

²⁸⁷ En esta afirmación se apoya en sus sentencias de 15 de junio de 1978, *Defrenne*, 149/77 y de 29 de septiembre de 1987, *Giménez Zaera*, 126/86.

definidas por cada Estado miembro ni las medidas específicas, como las contempladas en las resoluciones de remisión, pueden ser objeto de un control jurisdiccional en lo que se refiere a su conformidad con los objetivos sociales enunciados en el artículo 117 del Tratado. Como ha señalado la doctrina, con esta sentencia se evidencia el desequilibrio existente en el ordenamiento jurídico comunitario entre los aspectos económico-comerciales y los aspectos sociales²⁸⁸. A diferencia de las disposiciones de política social, las cuestiones relativas a las libertades de circulación o a la defensa de la competencia han sido utilizadas para marcar los límites de la acción estatal en materia social²⁸⁹.

Existe sin embargo un punto de inflexión en la doctrina del TJCE que, con ciertos matices, ha colocado como límite a la aplicación de las normas de la competencia el respeto a las previsiones del Tratado que regulan la acción normativa de los agentes sociales. En la ya mencionada sentencia *Albany*²⁹⁰, el Tribunal ha realizado una “admisión implícita de un dualismo de las esferas normativas del derecho de la competencia y del Derecho social en el seno del orden jurídico comunitario”²⁹¹. Así, al basar la inmunidad relativa de los convenios colectivos en los objetivos de política social existentes en el Tratado, el Tribunal parece estar reconociendo la subjetividad propia de la esfera social, situándola en igualdad de condiciones respecto al objetivo de asegurar una competencia no distorsionada²⁹². De esta manera los casos mencionados se han convertido en los primeros en los que el TJCE ha impuesto por si mismo una

²⁸⁸ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Ayudas públicas para el empleo...”, cit., p. 5.

²⁸⁹ DAVIES, P., “Market integration and Social Policy...”, cit., p. 77.

²⁹⁰ STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, párrafo 60.

²⁹¹ VIGNEAU, C. “De la soustraction des accords collectives...”, cit., p. 1035.

²⁹² BARNARD, C. DEAKIN, S., “In search of coherence...”, cit., p. 335.

limitación, muy matizada, al campo de aplicación de las normas de la competencia²⁹³.

Dejando el análisis del alcance de esta jurisprudencia fundamental para el capítulo correspondiente, es necesario abordar la otra vertiente del déficit social comunitario. Junto con la caracterizada insuficiencia de las previsiones del capítulo de política social, la falta de integración de una declaración de derechos, incluyendo evidentemente los sociales, ha sido una de las cuestiones que evidencian con mayor claridad la descompensación entre la vertiente económica y social en el ámbito comunitario y sus diferencias con el plano estatal.

2. El reconocimiento de los derechos sociales fuera del TCE.

El primer texto comunitario relativo específicamente a los derechos sociales fue la Carta Comunitaria sobre los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, adoptada el 9 de diciembre de 1989, firmada por los Jefes de Estado o de Gobierno de once Estados miembros, sin contar con la aprobación del Reino Unido²⁹⁴. Como destacaron en su momento RODRÍGUEZ-PIÑERO y CASAS BAAMONDE²⁹⁵, la Carta fue la vía utilizada para plasmar con claridad la orientación de la política social

²⁹³ DE VOS, M., *A decade beyond Maastricht...*, cit., p. 68.

²⁹⁴ Este “instrumento atípico de colaboración europea de carácter paracomunitario o metacomunitario” ha sido objeto de cuantiosas críticas, tanto por su contenido de mínimos, como por su naturaleza únicamente política y no jurídica. Así el texto recoge un conjunto de derechos menor que el plasmado en la Carta Social Europea, confiando el desarrollo de los mismos a los Estados miembros y a los actores. Por otro lado, su presencia en sede de Tratado, que no fue plena hasta la reforma de Ámsterdam. En efecto, la Carta aparece mencionada en el Acuerdo de Política Social (APS) anexo al Tratado de Maastricht (TUE), pero no fue hasta la reunificación de la política social, vía el Tratado de Ámsterdam, cuando se incluyó la referencia a la Carta comunitaria. Sobre el particular ver especialmente MONEREO PEREZ, J.L. “La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores”, REDT, N° 56-57, 1993, pp. 853-854; LYON-CAEN, A., SIMITIS, S., “L’Europe sociale à la recherche de ses références”, cit., p.121 y por RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M, CASAS BAAMONDE, M^a. E., “El reconocimiento de los derechos sociales en la Unión Europea”, RL, 1995-I, p. 7.

²⁹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., CASAS BAAMONDE, M^a. E., “In support of a European Social Constitution”, cit., p. 32 y ss.

comunitaria, adoptándose un objetivo poco ambicioso, como lo es la aproximación de los sistemas laborales de los Estados miembros desde la perspectiva de la equivalencia de resultados. También apareció en el texto la idea del establecimiento de unos estándares mínimos comunitarios en materia laboral así como el reconocimiento, en el ámbito comunitario, de un número de derechos fundamentales de naturaleza social. Como es sabido, la virtualidad de este texto fue muy limitada. Adoptada como un acuerdo político, su mención en los Tratados no se realizó hasta el Tratado de Ámsterdam, sin grandes repercusiones en la configuración de la política social comunitaria.

El último paso en la construcción social comunitaria lo ha protagonizado la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada el 7 de diciembre de 2000 en Niza, con la inclusión de un elenco de derechos sociales²⁹⁶. La inclusión de los derechos sociales en la Carta fue un tema debatido. La “...acuciante necesidad de la plasmación de derechos fundamentales en el ámbito social”, había sido puesta de manifiesto en el contenido del informe SIMITIS²⁹⁷, elaborado como

²⁹⁶ Sobre la Carta ver especialmente: SCIARRA, S. “Derechos sociales. Reflexiones sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales”, TL, N°62, 2001, p. 18; BRAIBANT, G., “La charte des droits fondamentaux”, *Droit social*, N°1, Janvier, 2001; DE SCHUTTER, O., “La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l’ordre juridique communautaire”, RDUH, 2000; DE SCHUTTER, O., “Réflexions sur les transformations du droit de l’Union Européenne”, DE SCHUTTER, O., NIHOUL, p. (coord.) *Une Constitution pour l’Europe*, Larcier, 2004, Bruselas; BERCUSSON, B., (ed.) *European Labour Law and the Charter of Fundamental Rights*, ETUI, Bruselas, 2002; MARTÍNEZ SIERRA, J.M., “La Carta de Derechos fundamentales”, cit.

²⁹⁷ En este informe se evaluó la situación de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico comunitario, afirmándose que “(e)l actual sistema de referencias es confuso y contraproducente. Mientras que, por ejemplo, en el Tratado de la UE se cita dos veces el Convenio para la protección de los derechos humanos, en el Tratado CE no hay ni una sola mención. En cambio, tanto la Carta Social Europea como la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales son citadas en cada uno de estos documentos, pero su mención explícita en el preámbulo del Tratado de la UE no es seguida por una referencia igualmente clara en el artículo 6, donde sólo se cita el Convenio para la protección de los derechos humanos. En el caso del artículo 136 del Tratado CE ocurre lo contrario, pues cita la Carta social europea y la Carta comunitaria pero no el Convenio para la protección de los derechos humanos, a pesar de la importancia que determinados derechos

documento de trabajo previo a la Carta, que plasmó a su vez la voluntad de mostrar los Derechos de forma indivisible²⁹⁸. En opinión de gran parte de la doctrina, el texto podía significar una inflexión en la construcción comunitaria, operándose el esperado “reequilibrio” entre las libertades económicas fundamentales y los derechos sociales. Con la Carta podría solventarse la ausencia de los mismos en los Tratados²⁹⁹, sin embargo, tal y como fue finalmente redactada la Carta, estos anhelos no se vieron totalmente satisfechos³⁰⁰.

En realidad se adoptó una postura intermedia, frente a los que se negaban a la inclusión de un elenco de derechos de carácter socio-laboral, se consiguió la inclusión de los mismos, siguiendo el principio de indivisibilidad, pero utilizando fórmulas cautas a efectos de lograr el consenso. Así, en la plasmación definitiva no se contemplaron algunos derechos defendidos por las posiciones “maximalistas”, como el derecho a un salario mínimo. Por otro lado la redacción de alguno de los derechos consagrados adolece de recortes. Un claro ejemplo se encuentra en la utilización de recetas aligeradas como el reconocer el “derecho a trabajar” y

fundamentales como la libertad de asociación, el respeto de la vida privada y familiar, o la libertad de expresión tienen sobre las relaciones laborales. Por otra parte, si bien las referencias generales sugieren que los derechos fundamentales se sitúan en el mismo nivel con independencia del documento en el que se encuentren definidos, las principales fuentes de derechos sociales fundamentales, esto es, la Carta social europea y la Carta comunitaria, sólo son consideradas como una base para las políticas comunitarias; el resultado que se desprende es, inevitablemente, la sensación de un planteamiento selectivo de los derechos fundamentales, lo que implica su importancia igualmente selectiva”, SIMITIS, S., *Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar*, Comisión Europea (Empleo, relaciones laborales y asuntos sociales), Bruselas, Comisión Europea, febrero de 1999, p. 9.

²⁹⁸ Ibidem, pp. 15-16. La Carta sigue la línea del informe, prueba de ello es lo innovador del título “Solidaridad”, en el cual no se incluyen la totalidad de derechos sociales recogidos en la Carta, estando el derecho al trabajo ubicado en el Título I bajo la rúbrica de “Libertades”.

²⁹⁹ DE SCHUTTER, O., “L’affirmation des droits sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne” en LYON-CAEN, A., et LOKIEC, P. (dir) *Droits fondamentaux et Droit social*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 145-187.

³⁰⁰ En este sentido vid., FITA ORTEGA F., GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “Algunas cuestiones en torno a la construcción social europea. El reconocimiento del derecho a trabajar: entre la protección del libre mercado y la tutela de los derechos sociales”, DS, N° 33, 2006, pp. 101 y ss.

no “al trabajo” y el derecho a una “ayuda de vivienda” y no a una “vivienda digna”. Finalmente, como señala BRABANT³⁰¹, en respuesta a ese pacto en la redacción entre posturas enfrentadas, se utilizaron fórmulas poco vinculantes (del tipo “podrán beneficiarse” o “la Unión reconoce y protege”).

Por añadidura, y como es bien sabido la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue adoptada como un acuerdo con valor político. El Tratado por el que se establece una constitución para Europa la incluyó en su Título II³⁰². Si bien la inclusión de la Carta en el Tratado Constitucional ha preservado la integridad de las cláusulas sustanciales (Capítulos del I al VI), el Capítulo VII, sobre la interpretación y aplicación de la Carta, ha sido modificado con el objetivo de encuadrar el futuro desarrollo de la misma³⁰³, destacando las modificaciones realizadas en los arts. 51 y 52, (arts. II-111 y II-112 en el texto del Tratado). Estos preceptos fueron modificados respecto a su redacción original en respuesta, básicamente, a dos preocupaciones. La primera de ellas derivaba del patente desajuste entre los derechos afirmados y el correlato competencial plasmado en el Tratado, por ello, y para impedir que la integración de la Carta pudiera dar pie a una modificación de dichas competencias, se cerró la cuestión mediante el art. II-111.2³⁰⁴. Por otro lado y en cuanto al alcance e interpretación de la Carta, el art. II-112 acotó los márgenes de los

³⁰¹ BRAIBANT, G., “La charte des droits fondamentaux”, cit., p. 74.

³⁰² El incierto futuro del Tratado, que en el momento de la redacción del trabajo se encuentra en fase de ratificación, obliga a reseñar su contenido sin profundizar más en el mismo.

³⁰³ Sobre la cuestión ver entre otros, DE SCHUTTER, “Réflexions sur les transformations...”, cit. p. 99.

³⁰⁴ Es necesario traer a colación el punto 5 del informe SIMITIS, “La restricción de las competencias de la Unión Europea por lo que se refiere a los derechos fundamentales contrasta con la importancia primordial de estos derechos. Combinar su reconocimiento con una cláusula que restringe expresamente su aplicación afecta a la credibilidad del compromiso de la Unión respecto a los derechos fundamentales”, SIMITIS, cit., p. 13.

derechos reconocidos, asegurando así que la labor jurisprudencial no iba a suponer un acrecentamiento del radio de acción de los mismos³⁰⁵.

Además de las cuestiones señaladas, la doctrina ha criticado particularmente el contenido de la Carta. Por un lado, la selección de los derechos incluidos, por dejar fuera algunos tan fundamentales como el derecho a un salario mínimo, puede provocar una congelación del listado de “derechos e intereses sociales considerados suficientemente importantes para que la preocupación por su protección justifique una restricción de las libertades económicas de circulación o de competencia”³⁰⁶. Por otro, es necesario destacar que la “neutralidad” de la Carta no es adecuada con la situación de los derechos, civiles, políticos y sociales, en la esfera comunitaria. Aun cuando con la unificación de los mismos se aspiraba a equilibrar un nivel de protección, esta actuación ha desembocado en una cristalización de la desigualdad al estar, *de facto*, en distinta posición respecto a la acción de las libertades impuestas por la creación del mercado común. Por ello, las obligaciones positivas, que siempre acompañan a la totalidad de los derechos fundamentales, son especialmente acuciantes en relación con los sociales. Derechos cuya protección y promoción, no puede olvidarse, sigue recayendo muy especialmente en los ordenamientos nacionales que carecen de poder de reacción contra la extensión de las normas del mercado supranacional. Por estos motivos, apunta DE SCHUTTER, la neutralidad manifestada por la Carta en cuanto al reparto

³⁰⁵ Esta limitación por la vía interpretativa se establece claramente atendiendo al papel otorgado a las denominadas “Consideraciones del Presidium”, que acompañaban a la Carta de Niza, se han convertido en un parámetro interpretativo. Así lo indica el art. II 112.7 del mencionado Tratado en fase de ratificación donde se establece que “Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros”. Por otro lado, la importancia de estas “explicaciones” ha sido también recogida en el posterior derecho derivado. Así, en el considerando 15 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, se afirma que las mismas reconcilian los Derechos fundamentales recogidos en el texto con las libertades fundamentales establecidas en los arts. 43 y 49 del TCE.

³⁰⁶ DE SCHUTTER, O., “L’affirmation des droits sociaux...”, cit., p. 181.

competencial no se adecua a la necesidad de una protección efectiva de los derechos sociales³⁰⁷.

La actuación del TJCE en relación al reconocimiento de los derechos sociales tampoco ha sido de excesiva ayuda. El estatus otorgado por el Tribunal a los derechos sociales no puede compararse con el reconocido a los derechos civiles y políticos³⁰⁸, a los que no ha dudado en reconocerles de manera temprana la condición de “principios generales del Derecho comunitario”³⁰⁹. No se ignora el que, en ocasiones, determinados derechos específicos de los trabajadores han sido especialmente protegidos por el TJCE, aunque debe señalarse que se ha tratado fundamentalmente de derechos que implican una inacción estatal y no una prestación³¹⁰. Por añadidura, ese reconocimiento ha sido realizado sin la consideración de los derechos sociales como objetivos legítimos que justifican opciones de política legislativa estatal o comunitaria sino como prerrogativas ligadas al individuo, lo cual les ha restado capacidad para oponerse a la extensión de las normas derivadas de la construcción del mercado interior a los sistemas sociales nacionales.

³⁰⁷ Ibidem, p. 184.

³⁰⁸ No es necesario señalar que estos derechos han sido consagrados en el derecho originario. Así, cabe tan solo mencionar el art. 6 del TUE, que en su apartado 2 menciona expresamente el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, considerando los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario.

³⁰⁹ Resumía su doctrina el Tribunal en el asunto de 12 de marzo de 2002, *Omega*, C-27/00, apartado 33, afirmando que “los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que, para ello, éste se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reviste en este contexto un significado particular”.

³¹⁰ Justificando su postura señala DE SCHUTTER las SSTJCE de 28 de octubre 1975, *R. Rutili*, 36/75, apartado 32 y de 14 de mayo de 1974, *Nold*, 4/73; DE SCHUTTER, O., “L’affirmation des droits sociaux...” cit., nota 68.

En definitiva, del recorrido realizado puede observarse cómo, desde sus inicios hasta la actualidad, la dimensión social en la construcción comunitaria ha experimentado un desarrollo paulatino. Sin embargo, aun hoy en día, esta dimensión social se encuentra plasmada en disposiciones del Tratado CE que no tienen la fuerza de las normas de competencia y libre circulación³¹¹.

Sección II. Los dos pilares de la integración comunitaria: la defensa de la competencia y las libertades de circulación.

Es una opinión comúnmente aceptada que, a diferencia de lo que ocurre en el plano estatal, el ordenamiento comunitario se encuentra eminentemente funcionalizado desde una perspectiva económica, estando al servicio de los fines y objetivos políticos-económicos de la construcción del mercado interior³¹². De esta manera, el objetivo de la construcción del mercado interior se ha constituido, desde el principio de la integración, en una referencia normativa disciplinante del ordenamiento comunitario³¹³. Por ello, mientras en el ámbito de los Estados miembros los grandes principios del sistema económico son recogidos en las normas constitucionales siendo la legislación la encargada de desarrollar y concretar el modelo económico³¹⁴, el Tratado configura un marco general en materia económica y determina un modelo concreto, cuyos pilares son las libertades de circulación y el derecho de la competencia³¹⁵.

³¹¹ BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...*, cit., p. 121.

³¹² GONDRÁ ROMERO, “Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., Y MUÑOZ MACHADO, S., (dir.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1986, p. 227.

³¹³ MAESTRO BUELGA, G., “Los derechos sociales en la Unión Europea...”, cit., p. 126.

³¹⁴ BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...cit.*, p. 133.

³¹⁵ FONT GALAN, *La libre competencia en la Comunidad Europea*, cit., pp. 22-23.

A diferencia de las Constituciones estatales, el TCE no sólo contiene los principios básicos (mercado común, libertades de circulación y competencia) sino también el desarrollo de los mismos, concretando un modelo específico de economía de mercado asentada sobre los mismos³¹⁶. Como han afirmado PAZ-ARES y ALFARO, la “constitución económica europea”³¹⁷ encomienda a la Unión la garantía de las libertades económicas, el mercado interior y el mantenimiento de un sistema económico que funcione con arreglo a una competencia no falseada. En la realización de estas funciones, continúan los autores, el Derecho comunitario prevalece sobre los nacionales, incluidas las normas constitucionales³¹⁸. Por esto, el marcado carácter liberal del modelo económico del TCE ha influenciado notablemente tanto en los sistemas económicos nacionales³¹⁹ como en la ordenación de las relaciones laborales y la seguridad social.

³¹⁶ Es esta una cuestión pacífica en la doctrina, ver entre otros: ALONSO UREBA, A., “El marco constitucional económico español y la adhesión a las Comunidades Europeas”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZALEZ CAMPOS, J.D., Y MUÑOZ MACHADO, S., (dir.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo...*, cit., p. 255; GUAYO CASTIELLA, I., MELLADO RUIZ, L., “Derecho económico de la Unión Europea...”, cit., p. 54

³¹⁷ Cabe señalar, de nuevo, que el término *Constitución económica europea* ha provocado más desencuentros que beneficios por lo que se considera más apropiado acoger la denominación *Derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, acuñado por BAQUERO. De hecho, como recoge VICIANO, la doctrina especializada ha señalado las dificultades de aplicar este concepto al Tratado de Roma puesto que en el mismo “falta una de las piezas actualmente necesaria en todo texto constitucional: la cláusula social, cláusula que, por otra parte, era y es propia en una u otra medida a todos los sistemas jurídicos de los países miembros”. Aun así, señala la misma doctrina que tampoco sería posible una interpretación de los Tratados en clave exclusivamente económica o de mercado, “puesto que no hay que olvidar que el Tratado no recogió entre sus disposiciones cláusulas sociales, precisamente porque en el reparto de competencias operado éstas quedaron en manos de los Estados”. Sobre la cuestión ver DE LA CUADRA SALCEDO, *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*, col. Cuadernos y Debates, nº 56, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.995, pp. 12 a 16, citado por VICIANO PASTOR, J., *Proyecto docente*, texto inédito, p. 60

³¹⁸ De esta manera la libertad, que el constituyente español habría dejado para desarrollar políticas diversas que limitaran la libre iniciativa privada en la economía, habría sido recortada por la entrada en la Unión Europea, PAZ-ARES, C., ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El derecho a la libertad de empresa y sus límites...”, cit., p. 382

³¹⁹ BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...*, cit., p. 138. Considera el autor que este carácter económico liberal se ve agravado en la práctica por la dinámica

Por añadidura, existe una diferencia clara en los objetivos perseguidos por las normas que regulan la economía en el plano estatal y comunitario y en los intereses protegidos por las mismas. Mientras en el sistema español, es el reconocimiento de las libertades económicas el que da carta de naturaleza al mercado como garantía institucional, en el modelo económico comunitario ocurre lo contrario, porque las libertades fundamentales de circulación y el derecho de la competencia se reconocen para conseguir la finalidad de la Comunidad Europea que es la integración económica mediante la construcción de un mercado interior³²⁰.

De esta manera, la diferencia fundamental entre el marco *constitucional* del conflicto analizado en la Parte II y el presente es que, en el plano comunitario el Tratado CE impone a la estructura y procesos económicos límites más fuertes y precisos que los establecidos en los ordenamientos nacionales. Esta diferencia se debe a dos factores fundamentales, la naturaleza fundamental de las normas de libre circulación y competencia y su especial vínculo y el principio de primacía. Ambas cuestiones, fundamentales para el tema que nos ocupa, deben entenderse

legislativa de la Comunidad; Se trata de una cuestión debatida. Para los autores que consideran que la evolución del modelo económico comunitario ha derivado en una economía social de mercado, no existe tal contradicción, dado el carácter abierto de los sistemas económicos previstos en los Estados miembros y los condicionamientos socio-culturales que ha introducido la evolución de la construcción comunitaria en su modelo económico. En este sentido GUAYO considera que el sistema económico comunitario no es “un núcleo indisponible de principios económicos básicos que se imponen de forma vinculante sobre el haz de opciones socioeconómicas de los Estados miembros, sino más bien un marco global y uniforme que (...), actúa como límite supraestatal viabilizando cualesquiera modulaciones o aplicaciones internas del, cada vez más complejo, sistema económico de libre mercado” (GUAYO CASTIELLA, I., MELLADO RUIZ, L., “Derecho económico de la Unión Europea...”, cit., p. 58). En cambio, ciertos autores se han situado en el lado contrario, afirmando las claras repercusiones que el modelo económico comunitario ha tenido sobre los sistemas estatales. En este sentido PAZ-ARES y ALFARO no han dudado en afirmar que el sistema económico español, plasmado de manera abierta en nuestra norma constitucional, se ha definido finalmente por las normas comunitarias (PAZ-ARES, C., ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El derecho a la libertad de empresa y sus límites...”, cit., p. 382)

³²⁰ PAZ-ARES, C., ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El derecho a la libertad de empresa y sus límites...”, cit., p. 392.

combinadas con las limitadas competencias y medios institucionales comunitarios para perseguir los objetivos de carácter social³²¹.

1. La estrecha relación entre las normas que disciplinan el mercado comunitario.

La creación de este mercado integrado presupone el establecimiento, en el marco de un espacio económico que une a varios Estados, de las condiciones básicas inherentes a un sistema de mercado (libertad e igualdad) de modo tal que se haga posible el desenvolvimiento de relaciones económicas de intercambio, análogas a las que se producen en el interior de un mercado nacional³²².

³²¹ Señala BAQUERO que “La especificidad del derecho constitucional económico comunitario aparece con mayor claridad en comparación con el de los Estados miembros, que ha quedado tradicionalmente relegado a un segundo plano, careciendo de una influencia efectiva en la estructura de la economía. En el derecho económico de los Estados la legislación suele ser más importante que la constitución (...). En cambio, la orientación económica del Tratado CE es mucho más específica y precisa en cuanto a sus límites y a los límites que impone a la esfera económica. Lo es hasta tal punto que podría interpretarse que una de sus funciones o consecuencias es la de colmar las lagunas económicas de las constituciones estatales”. BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...*, cit., p.144

³²² Las nociones de mercado común o único e interior tienen un contenido un tanto difuso y marcado por la progresividad que hace necesaria una precisión. El concepto de mercado común fue definido por el TJCE, de la siguiente manera “espacio económico comprendido por el territorio de los Estados miembros en el que los diferentes factores de producción están liberalizados en unas condiciones análogas a las de un mercado interno de un Estado, comprendiendo la eliminación de todos los obstáculos nacionales en un mercado único, realizando tanto como sea posible las condiciones similares a las de un mercado interior”, (STJCE de 5 de mayo de 1982, *Schul/Inspecteur des droits d'importation et des accises*, 15/81); Mientras, la noción de mercado interior que entró en los Tratados con la reforma del Acta Única Europea de 1986, se define como un espacio “caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales” (Art. 3 TCE). Como es evidente esta última noción concretiza la primera, dándole forma jurídica referida expresamente al ámbito comunitario, habiendo sido utilizada habitualmente como sinónima de la expresión mercado único. Sobre la cuestión ver, *inter alia*: JORDAN GALDUF, J.M., *Economía de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 5º Edición; CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado interior y libre competencia en la Unión Europea*, COLEX, 2003, p. 29; SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, cit, p. 47; GOLDMAN, B., LYON-CAEN, A., VOGEL, L., *Droit commercial européen*, cit., p. 15

Para ello fue necesaria una intervención en dos planos: el primero en el sentido liberalizador del tráfico económico en el mercado (estableciendo las cuatro libertades y prohibiendo las discriminaciones por razón de origen, nacionalidad o domicilio); el segundo, organizando un régimen de competencia no falseado por la actuación de los Estados ni por las prácticas restrictivas de los propios particulares, régimen que tendrá un primer desarrollo normativo en el mismo TCE. Las cuatro libertades implican así cuatro esferas de libre cambio y libre competencia.

La integración supranacional naciente quedó basada en estos dos pilares fundamentales, ambos grupos normativos presuponen y se orientan a preservar una economía de mercado abierta y de libre competencia, en la cual predomina la propiedad privada y el contrato³²³. Las libertades se dirigen directamente a la consecución de la libre circulación de mercancías (arts. 23 a 31 TCE), de personas (arts. 39 a 48 TCE), de servicios (arts. 49 a 55 TCE) y de capitales (arts. 56 a 60 TCE). La defensa de la competencia comprende las disposiciones orientadas a controlar los acuerdos de empresa, los abusos de posición dominante y las ayudas de Estado³²⁴.

Se trata de disposiciones esenciales del ordenamiento jurídico comunitario³²⁵, con indiscutible eficacia directa³²⁶, que vinculan al propio legislador comunitario³²⁷ y cuya *vis* expansiva alcanza a cuestiones que se

³²³ BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...*, cit., p. 151; JOERGES, C. "The Market without the State?...", cit., p. 2-3

³²⁴ En el plano comunitario, la exigencia de la igualdad en la competencia supuso un esfuerzo normativo mayor que en el estatal, puesto que las normas reguladoras de la misma tuvieron como misión asegurar la no reconstrucción de las barreras que habían sido eliminadas por la aplicación de las cuatro libertades. BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...*, cit., p. 129

³²⁵ Dictamen 1/91 (EEE); en el mismo sentido y en relación a las normas de la competencia la STJCE de *Eco Swiss China Time*, C-126/97.

³²⁶ Entre otros muchos pronunciamientos en este sentido, el efecto directo de los artículos 30, 59 y 60.3 y 85-86 TCEE fue reconocido en la SSTJCE de 2 de marzo 1977, *Iannelli*, 74/76, apartado 13; de 14 de diciembre de 1974, *Van Binsbergen*, 33/74 y en la STJCE de 30 de abril de 1974, *Sacchi*, 155/73, apartado 18, respectivamente.

³²⁷ Que deben ser respetados tanto por los Estados miembros como por las instituciones comunitarias, así lo afirmó el TJCE en su Sentencia de 29 de febrero de 1984, *Rewe-Zentrale*, 37/83, párrafo 18.

encuentran dentro y fuera del ámbito competencial comunitario. Así, no se trata de dos conjuntos de normas que desarrollan unos objetivos de similar rango a los demás incluidos en el art. 2 TCEE, sino que se dirigen a la consecución de lo que PESCATORE ha definido como “objetivo inmediato” de la integración comunitaria³²⁸. Por ello, competencia y libre circulación constituyen, junto con la unión económica y monetaria y la política comercial común, la base del derecho constitucional económico de la Comunidad Europea³²⁹.

2. La complementariedad de ambos conjuntos normativos.

Tanto por sus objetivos como por sus efectos ambos grupos normativos aparecen ligados e incluso solapados, dado su objetivo común de construcción del mercado interior³³⁰. El ligamen entre ellos aparecía claramente señalado en el texto del informe Spaak, que afirmaba la necesidad de controlar el comportamiento de las empresas por medio de las normas de la competencia para evitar que se reconstruyeran las barreras y restricciones eliminadas³³¹. En la actualidad, la relación es más evidente si

³²⁸ Ha señalado PESCATORE que, entre todos los objetivos que se incluyen en el TCE, puede distinguirse uno de carácter “inmediato”: la construcción del mercado común entre los Estados miembros, PESCATORE, V.P., *Le droit de l'intégration: émergente d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Brullant, Bruxelles, 2005.

³²⁹ BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...*, cit., p. 120; JOERGES, C. “What is left of the European Economic Constitution”, cit., p. 470. Como ha recordado el TJCE, las normas de la competencia y las disposiciones relativas a las libertades de circulación, son susceptibles de ser invocadas ante los órganos jurisdiccionales estatales y se consideran disposiciones fundamentales del orden jurídico comunitario y para el funcionamiento del mercado interior. En este sentido ver las SSTJCE de 14 de diciembre de 1995, *Peterbroeck y Van Schijndel*, C-312/93, C-430/93, C-431/93 y de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China*, C-126/97.

³³⁰ Sobre esta cuestión ver, en extenso, BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...*, cit., pp. 153 y ss.

³³¹ “Des règles de concurrence qui s'imposent aux entreprises sont donc nécessaires pour éviter que des doubles prix aient le même effet que des droits de douane, qu'un dumping mette en danger des productions économiquement gaines, que la répartition des marchés se substitue à leur cloisonnement”, Comité intergouvernemental créé par la Conférence

se atiende al rango y objetivos generales de los dos grupos de normas, cuestiones que ya tratamos en los epígrafes anteriores.

Las similitudes de ambos grupos no deben conducir, sin embargo, a la unificación de sus objetivos particulares y de sus ámbitos material y personal. Efectivamente, cada uno de ellos tiene objetivos propios, más precisos, que pueden chocar entre sí. Tomamos el ejemplo señalado por BAQUERO: el autor afirma que, en la práctica, la creación de un mercado único puede afectar a la competencia nacional, de esta manera y hasta que la economía se adapte al nuevo marco supranacional, los efectos de las libertades de circulación pueden redundar en una disminución de la competencia en algunos sectores. Así, continua el autor, la defensa de la eficiencia económica, objetivo de las normas de la competencia, y la defensa de los intereses de las personas no representadas en el proceso político, objetivo de las libertades de circulación, pueden presentar manifestaciones incluso opuestas³³².

Otro de los puntos que evidencian las diferencias entre los dos grupos normativos es el juego del criterio de “afectación al comercio”³³³. Mientras que en relación a las libertades de circulación la afectación al comercio intracomunitario es un elemento objetivo necesario para la aplicación de la norma, con respecto a las reglas de la competencia esta cuestión se convierte en un límite jurisdiccional. De esta manera, cuando una determinada actuación no afecta al comercio intracomunitario, no se descarta el examen de su adecuación a las normas de la competencia, pues entran en juego las regulaciones estatales. La posibilidad de este doble examen, especialmente importante para la cuestión que nos ocupa, se circunscribe al ámbito de la competencia y no de las libertades de circulación.

de Messine, *Rapport des Chefs de Délégation au Ministres des Affaires Étrangères*, Bruxelles, 21 avril 1956, en lo sucesivo Informe Spaak, p. 16

³³² BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...*, cit., p. 160

³³³ Ibidem, p. 158

De las diferencias existentes entre la regulación de las libertades de circulación y las normas de la competencia nos interesa particularmente la división estructural entre sus campos de aplicación personal. Es este, según BAQUERO, el principal punto problemático de la articulación de ambos grupos normativos³³⁴. En principio, los artículos 81-86 TCE se orientan al control del comportamiento empresarial. Mientras, la vigilancia de la actividad estatal se realiza mediante las normas reguladoras de las libertades de circulación. Sin embargo, tal división se ha desdibujado al haberse sancionado conductas privadas por vulnerar las libertades de circulación y al extenderse el ámbito de aplicación de las normas de la competencia sobre instituciones y reglas estatales. El TJCE, responsable de esta “privatización de las normas de la libre circulación y publicitación de las normas de la competencia”³³⁵, ha adoptado una doble estrategia: por un lado ha pivotado la aplicación de los conjuntos de normas antedichos ya no en el sujeto que actúa sino en la conducta o actividad en concreto realizada; por otro ha utilizado la obligación de lealtad presente en el art. 10 del TCE. De este artículo se derivan deberes especiales respecto a las obligaciones emanadas del Derecho comunitario y de la realización de los fines del Tratado.³³⁶ Relacionando esta norma con las libertades de circulación y con

³³⁴ Ibidem, p. 154

³³⁵ BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...*, cit., p. 154; al respecto no pude dejar de señalarse ya en este momento y sin perjuicio de un posterior desarrollo, que es jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia que los artículos 81 y 82 en relación con el artículo 10 del Tratado, obligan a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas, incluso legales o reglamentarias que puedan desvirtuar la eficacia de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas, STJCE de 2 de junio de 1994, *Tankstation` t Heukske y Boermans*, asuntos acumulados C-140/92 y C-402/92, apartado 16.

³³⁶ El principio de lealtad comunitario aparece en el art. 10 TCE, estructurando una obligación positiva y una negativa. La primera que impone a los Estados miembros la adopción de todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. En el mismo sentido este artículo impone la obligación genérica de facilitar el cumplimiento de la misión de la Comunidad. En el polo opuesto, junto a las obligaciones de hacer, el Tratado contiene una imposición negativa, por la que conmina a los Estados miembros a abstenerse de realizar todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines que en él se contienen. Como puede

las normas de la competencia el TJCE ha ampliado el campo de aplicación de las mismas³³⁷.

En ausencia de una articulación normativa expresa entre las cuestiones sociales y las normas que disciplinan el mercado interior, los límites de la interacción los ha fijado el TJCE, que se ha ocupado de mediar entre los valores presentes en un conflicto que, nacido en el seno de la libre circulación de mercancías, se ha extendido hacia el conjunto de las libertades y de las normas de la competencia³³⁸.

observarse el artículo no hace discriminación en función del carácter de la competencia ejercida, por lo que afecta de manera general a la totalidad de las acciones de los Estados miembros. Sobre esta cuestión, vid., SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, cit., p.149.

³³⁷ Parte de la doctrina ha entendido justificado este enfoque del TJCE, considerando que ha permitido la efectividad de las normas de libre circulación y competencia. Sin embargo, debe señalarse que, aun cuando la división estricta entre público y privado genera problemas, es necesario tener en cuenta el elemento subjetivo. Así, como señala BAQUERO, “la distinción (entre público y privado) tiene raíces profundas en las funciones y legitimidad de ambas esferas, de modo que a pesar de (que) la línea divisoria se haya difuminado, la calificación de un actor o de una conducta como pública o privada puede ser pertinente para no imponer a los operadores económicos obligaciones excesivas y poco prácticas en materia de libre circulación, o a la hora de tener en cuenta la legitimidad democrática de ciertas restricciones al libre juego de la competencia debidas a los Estados”. BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...*, cit., p. 156.

³³⁸ En una gran mayoría de los casos, a excepción de algunos recursos por incumplimiento, el TJCE se ha pronunciado sobre estas cuestiones en el marco de una cuestión prejudicial sobre la interpretación del derecho comunitario. Según ha señalado la doctrina, en el ámbito de aplicación del art. 234 TCE, el Tribunal debe limitarse a ofrecer una interpretación abstracta que no comporte una aplicación directa de este ordenamiento jurídico, lo cual compete al juez nacional. Sin embargo, aun cuando es éste último el que debe utilizar la interpretación del TJCE para la resolución directa del asunto, el respeto de estos límites es complicado y el Tribunal de Justicia ha sobrepasado en numerosas ocasiones el grado de abstracción referido, estrechando considerablemente las facultades de los jueces nacionales. Tampoco puede el TJCE en el ejercicio de su competencia prejudicial pronunciarse sobre la interpretación de disposiciones legales o reglamentarias nacionales o sobre su compatibilidad con el derecho comunitario, pues esta acción significaría una aplicación directa de éste (STJCE de 13 de marzo de 1984, *Prantl*, 16/83, apartado 10, entre muchas otras). No obstante, en esta cuestión se plantean idénticas dificultades de autolimitación, siendo habitual que el juez comunitario de una solución que no deje lugar a dudas acerca de la validez de una norma nacional, recordando con asiduidad la prevalencia del derecho comunitario en caso de incompatibilidad entre ambos ordenamientos. En palabras de ISAAC, el reenvío prejudicial de interpretación desempeña un papel sustituto del recurso por incumplimiento en provecho de los particulares, con resultados muy similares en numerosas ocasiones. (ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, cit., pp. 338-340). Teniendo presente estos principios de actuación del Tribunal, en lo sucesivo se hablará en ocasiones de “juicio de

A través de su competencia prejudicial, y teniendo en cuenta la centralidad de las libertades económicas en el edificio de la Comunidad Europea, la tendencia del Tribunal ha sido la de ampliar el ámbito de aplicación de las normas de libre circulación y competencia considerando dentro de dicho ámbito a determinadas normas laborales estatales³³⁹.

En los siguientes capítulos se analiza la interacción entre los conjuntos señalados, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La cuestión de fondo es dilucidar hasta que punto las normas comunitarias relativas a la integración de los mercados nacionales constituyen un corsé que constriñe tanto la potestad legislativa estatal en el ámbito social como las acciones sindicales.

compatibilidad o adecuación”, para referirse a la acción del TJCE respecto de las normas estatales.

³³⁹ Debe tenerse en cuenta la autoridad de las decisiones prejudiciales, afirmada por el propio TJCE. Resumiendo la jurisprudencia al respecto señala ISAAC cómo las sentencias prejudiciales han devenido vinculantes con autoridad de “cosa juzgada” y efecto general para el conjunto de órganos jurisdiccionales de la Comunidad, sin que esto constituya un obstáculo para posteriores requerimientos al Tribunal sobre cuestiones similares. Acerca de esta cuestión, vid. *inter alia*, ISAAC, G., loc. cit., pp. 341 y 142; SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, cit, pp. 699-706.

Capítulo II. El control de las normas e instituciones sociales estatales bajo el prisma de las libertades de circulación.

El art. 14. 2 del TCE 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 asalariado³⁴⁰. Aun así, la puesta en práctica del conjunto de las mismas, especialmente la de mercancías y sobretodo la de servicios, ha incidido en las normas laborales de los Estados miembros.

La libertad de circulación de mercancías fue el primer pilar de la construcción comunitaria³⁴¹. Su regulación 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. 25 TCE). En segundo lugar, el art. 28 del TCE establece la prohibición de las medidas nacionales de cualquier tipo que sean susceptibles de obstaculizar el comercio intracomunitario, ya sean restricciones cuantitativas o medidas de efecto equivalente. El art. 29 del mismo Tratado establece una prohibición similar para las restricciones a

³⁴⁰ Este objetivo no limita los sujetos protegidos por la libre circulación de trabajadores. Como ha afirmado el TJCE en una de sus más recientes sentencias esta libertad también ampara a los prestadores de servicios cuya actividad se centra en la cesión de mano de obra. Estas empresas gozan así de la posibilidad de actuar contra las normas estatales que consideren restrictiva no ya sólo por la vía de la libre circulación de servicios sino también mediante la libre circulación de trabajadores. STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05, apartados 44 y 62.

³⁴¹ STJCE, 9 de diciembre de 1981, *Comisión contra Italia*, 193/80; El concepto de mercancía ha sido definido por el TJCE de manera pragmática. Se considera mercancías “todo bien apreciable en dinero, susceptible de ser objeto de una transacción comercial”, GAVALDA, C., PARLEANI, G., *Droit des affaires de l’Union Européenne*, 4ª Ed., Litec, Paris, 2002, p. 75; Resaltando la importancia de la libre circulación de mercancías se ha llegado a calificar al art. 28 TCE (ex art. 30) como la piedra angular de la constitución económica comunitaria, en este sentido se orienta la obra de POIARES MADURO, M., *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A critical reading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart, Oxford, 1998.

la exportación³⁴². Como complemento a estas prohibiciones el art. 30 TCE 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.

Junto con la libre circulación de mercancías, la libertad comunitaria que más ha interactuado con el derecho laboral estatal ha sido la libre circulación de servicios. Ésta se regula en los arts. 49 a 54 del TCE³⁴³, siéndole además de aplicación, *ex art.* 55 del TCE, los arts. 45 a 48, relativos a la libertad de establecimiento³⁴⁴. La regla general es la

³⁴² Las restricciones cuantitativas han sido definidas como “medidas que tienen el efecto de restringir de manera total o parcial las importaciones, las exportaciones o el tránsito de mercancías, según el caso”, STJCE de 12 de julio de 1973, *Geddo*, 2/73; en cambio, el Tratado no contiene una definición de lo que debe entenderse por “medidas de efecto equivalente”. La Directiva 70/50 de 22 de diciembre de 1969 contenía un conjunto de orientaciones respecto a lo que debían considerarse medidas de efecto equivalente. Resume BARON los términos de la directiva apuntando que se consideran en la misma medidas de efecto equivalente “las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, las prácticas administrativas así como todos los actos que emanan de una autoridad pública, comprendiendo las incitaciones, que constituyen un obstáculo a las importaciones que pudieran tener lugar en su ausencia, al igual que las medidas que hacen las importaciones más difíciles u onerosas que la circulación de la producción nacional”, BARON, F., *Marché intérieur et Droit social...* cit., p. 431.

³⁴³ Esta libertad tiene carácter residual respecto de las otras reguladas en el Tratado. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha afirmado que las disposiciones del capítulo referente a los servicios son subsidiarios respecto a las del capítulo relativo al derecho de establecimiento en la medida en que, en primer lugar, el tenor del apartado primero del artículo 59 TCE presupone que el prestador y el destinatario del servicio de que se trate estén establecidos en dos Estados miembros diferentes y en que, en segundo lugar, el apartado primero del artículo 60 TCE especifica que las disposiciones relativas a los servicios son de aplicación únicamente en caso de que no lo sean las relativas al derecho de establecimiento. STJCE de 30 noviembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, apartado 22.

³⁴⁴ A pesar de esta interrelación las dos libertades deben ser diferenciadas. La primera implica la integración económica y jurídica en el Estado receptor, es decir “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*, 2/74, apartado 21; Al prestador de servicios, en cambio, no le serán de aplicación todas las normas del Estado receptor. La libre prestación de servicios implica

prohibición de las restricciones a la circulación (art. 49 TCE), afirmándose que “...el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales” (art. 50 TCE). Según ha interpretado el TJCE, con estas disposiciones el Tratado “no sólo exige eliminar toda discriminación por razón de la nacionalidad en perjuicio de quien presta servicios, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando la restricción puede prohibir u obstaculizar de otro modo las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos”³⁴⁵.

Esto implica que la libre prestación de servicios no requiere una aplicación simple del principio de igualdad de trato³⁴⁶. La plena realización del art. 49 TCE exige un paso más, con evidentes consecuencias para las relaciones de trabajo: que al prestador de servicios no le serán de aplicación todas las normas del Estado receptor³⁴⁷, entre ellas determinadas disposiciones de carácter laboral. Más allá de la prohibición, el Tratado CE no contiene una definición de qué debe entenderse servicio³⁴⁸. La definición

un ejercicio de la actividad en un Estado miembro distinto al del establecimiento, realizada con carácter temporal. Esta temporalidad se valorará en función de su duración, frecuencia, periodicidad y continuidad, STJCE de 30 noviembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, apartado 26. Sobre esta distinción vid., PRIETO, C., “Liberté d'établissement et de prestation de services”, RTD eur. 39 (3), juill.-sept. 2003, p. 300.

³⁴⁵ STJCE de 5 de junio de 1997, *Syndesmos*, C-398/95, apartado 16. En el Programa General para la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios de 3 de febrero de 1982 ya se había explicitado que la discriminación puede resultar también de la aplicación de normas que, no haciendo distinción por nacionalidad o establecimiento, dificultan exclusivamente o principalmente la prestación de servicios por actores económicos extranjeros.

³⁴⁶ DRUESNE, G., “liberté de prestation des services et travailleurs salariés, (les arrêts *Webb* et *Seco* de la Court de justice des Communautés Européennes)”, RTD Eur., 1982, p. 76.

³⁴⁷ Cuestión que confirma con claridad el TJCE en la sentencia de 25 de julio de 1991, *Säger*, C-70/90, apartado 12.

³⁴⁸ El Art. 50 TCE incluye una lista, a título ilustrativo, de las actividades económicas que se consideran servicios: actividades de carácter industrial, artesanal, mercantil y las

del concepto ha quedado en manos del TJCE, que la delimitó en la sentencia *Webb* afirmando que “(a) tenor del párrafo primero del artículo 60 del Tratado, se consideran como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas”³⁴⁹.

La libre circulación de servicios ha recibido un nuevo impulso con la aprobación de la Directiva de servicios³⁵⁰. Esta norma, enmarcada en la Estrategia de Lisboa, persigue acelerar la eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros. Para ello, la Directiva establece un marco jurídico general para suprimir de forma prioritaria las barreras que pueden eliminarse fácilmente y comenzar un proceso de evaluación, consulta y armonización de determinados aspectos de las legislaciones nacionales que permitan una mayor libertad de circulación de los servicios. Entre las abundantes excepciones previstas en la norma, fruto del largo trámite y de las múltiples enmiendas debidas en gran medida al rechazo social que provocó la propuesta inicial, se encuentran las condiciones de trabajo y los Derechos Fundamentales (art. 1.6 y 1.7).

propias de las profesiones liberales; En sede doctrinal, la libertad de prestación de servicios ha sido definida como 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. La prestación debe tener finalidad económica, realizada de manera independiente, es decir, sin subordinación, siendo indiferente el sector económico del que se trate, GAVALDA, C., PARLEANI, G., *Droit des affaires de l'Union Européenne*, cit., p. 139.

³⁴⁹ STJCE *Webb* de 17 de diciembre de 1981, 279/80, apartado 8. En el apartado 9 de esta sentencia el Tribunal introdujo la cesión de mano de obra dentro del concepto de servicio.

³⁵⁰ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. El punto de partida de la redacción de esta Directiva fue el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo titulado “Estado del mercado interior de servicios”, COM (2002) 441. En este informe se puso de relieve el gran número de obstáculos que impedían la libre circulación de servicios entre los Estados miembros y sus efectos negativos en la economía europea.

Este es el marco general en el que se desarrollan las relaciones entre las normas laborales estatales y las libertades de circulación. Con estos mimbres el TJCE ha intervenido para delimitar las fronteras impuestas a la acción estatal en materia social por la vía de la construcción del mercado interior, utilizando de manera expansiva el concepto de restricción, que delimita el ámbito de aplicación de las mencionadas libertades.

Sección I. La prohibición de las restricciones a las libertades de circulación: alcance y excepciones.

Para analizar esta cuestión, que enmarca el objeto del estudio, se propone una exposición en dos pasos. En el primero de ellos se examina el concepto de restricción a las libertades³⁵¹ y las excepciones existentes. En el segundo, tras aclarar el cuadro jurídico de la relación, se trata el fondo de la misma, a través de la jurisprudencia del TJCE en la que se han fijado los parámetros de la interacción entre la libertad de circulación de mercancías y servicios y los derechos sociales estatales.

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 TCE que aludían a la discriminación³⁵². De esta manera, es restrictiva de las libertades de circulación toda medida que prohíba, obstaculice o haga

³⁵¹ Se trata de un concepto especialmente controvertido. En su estudio seguimos el análisis efectuado por SEGURA SERRANO, A., “Hacia la Unificación definitiva del concepto de restricción a las libertades de circulación. A propósito de la STJE de 5 de octubre de 2004, *Caixa Bank* (C-442/02), RGDE, N° 6, Enero 2005; Sobre la cuestión de la aplicación de un test de evaluación similar para el conjunto de libertades, tanto mercancías como personas, ver el artículo fundamental de BARNARD, C., “Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw”, *E.L.Rev.* 2001, 26 (1) 35-59.

³⁵² SEGURA SERRANO, A., “Hacia la Unificación definitiva...”, cit.; BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación*, cit., p. 121; POIARES MADURO, M., *We the Court...*, cit., p. 101.

menos atractivo su ejercicio³⁵³, incluyendo las disposiciones indistintamente aplicables, entre las cuales se ha englobado a las normas laborales. Sin embargo, esta prohibición de las restricciones a las libertades de circulación no es incondicional. Al contrario, el propio Tratado prevé las excepciones a la aplicación de las normas que desarrollan las mismas. De esta manera, se permite la pervivencia de las regulaciones nacionales que aun suponiendo un obstáculo, se encuentren justificadas, conforme a las disposiciones normativas o a las excepciones de carácter pretoriano.

1. La ampliación progresiva del concepto de restricción a las libertades de circulación.

El conjunto de jurisprudencia mediante el cual ha cobrado forma el concepto de restricción se encuentra profundamente ligado con los sucesivos encuentros entre las normas laborales, o regulaciones que persiguen un objetivo relacionado con la protección de los trabajadores y las libertades de circulación³⁵⁴.

En la sentencia *Dassonville* de 1974 el TJCE desarrolló el concepto de medida de efecto equivalente (MEE), considerando como tal "toda reglamentación comercial de los Estados miembros susceptible de obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario"³⁵⁵. Así, según esta definición, pueden ser consideradas MEE tanto las medidas nacionales discriminatorias como las no

³⁵³ STJCE de 11 de julio de 2002, *Gräbner*, C-294/2000, apartado 39; STJCE de 30 noviembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, apartados 35 a 37; tradicionalmente el TJCE había mantenido como criterio para evaluar la existencia de una restricción, el carácter discriminatorio, directo o indirecto, de la norma estatal. Sin embargo, a partir de los noventa, el TJCE ha sido más riguroso con las medidas estatales, tendiendo a la unificación del concepto, SEGURA SERRANO, A., "Hacia la Unificación definitiva...", cit.

³⁵⁴ En este sentido es particularmente relevante el reciente estudio de KOVAR, R., "*Dassoneville, Keck et les autres: de la mesure avant toute chose*", RTD eur. 42 (2), avr.-juin 2006, pp. 213-248.

³⁵⁵ STJCE de 11 de julio de 1974, *Dassoneville*, 8/74.

discriminatorias si reúnen dos características: ser imputables a un poder público³⁵⁶ y afectar al comercio intracomunitario. Como ha señalado la mayoría de la doctrina, con esta afirmación el Tribunal se alejaba del modelo de equilibrio entre libertad de comercio internacional y amplia autonomía estatal en las opciones de regulación interna, para dotar a la libre circulación de mercancías de una ilimitada capacidad invasora³⁵⁷. Cinco años más tarde, en el asunto *Cassis de Dijon*³⁵⁸ el TJCE ratificó su jurisprudencia, calificando como medida de efecto equivalente una norma estatal indistintamente aplicable³⁵⁹. En el mismo momento, y a efectos de limitar el impacto de esta afirmación, el Tribunal de justicia elaboró una vía de excepción, la llamada “doctrina de las exigencias imperativas”, que no impidió la continúa extensión del ámbito de aplicación de las libertades.

³⁵⁶ Esta limitación plantea problemas en supuestos donde la acción de particulares plantea un obstáculo a las libertades de circulación. Para controlar estas situaciones el TJCE ha considerado como medida de efecto equivalente tanto la acción como la omisión de actuaciones de los Estados miembros. El caso paradigmático fue el asunto de 9 de diciembre de 1977, *Comisión/Francia*, C-265/95, que tuvo su origen en los ataques de agricultores franceses a los productos agrícolas de otros Estados miembros ante la pasividad de las autoridades del país. Sobre este asunto volveremos posteriormente

³⁵⁷ Sobre esta sentencia ver el resumen de la doctrina más significativa realizado por GIUBONNI, S., *Diritti sociale e mercato*, cit., pp. 185 y ss

³⁵⁸ Sentencia de 20 de febrero de 1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, “*Cassis de Dijon*”, 120/78.

³⁵⁹ Entre las medidas de carácter neutro debemos distinguir tres tipos de categorías: aquellas que regulan las normas relativas al producto, es decir, las que regulan las características extrínsecas e intrínsecas del mismo; las que imponen la prohibición absoluta de fabricación, importación o comercialización de una determinada categoría de productos (estas medidas serían propiamente restricciones cuantitativas) y las medidas que regulan las condiciones de venta de las mercancías (donde se insertan ciertas normas de origen laboral o con consecuencias en las relaciones de trabajo).

Con la sentencia *Cinéthèque* de 11 de julio de 1985³⁶⁰, el TJCE amplió la consideración de MEE a las normas que establecen las modalidades de venta de las mercancías. Así, el TJCE inauguró una línea jurisprudencial que abría la puerta a la calificación como medidas de efecto equivalente de las regulaciones relativas a las modalidades de venta, de carácter neutro y no proteccionista³⁶¹. Con esta interpretación se dejaba expedita la vía para la consideración de las normas relativas a las condiciones de trabajo como MEE, sin que el origen laboral de las mismas, que las sitúa en la esfera competencial de los Estados miembros, fuera tenido en consideración como límite a la actuación del Tribunal de Justicia.

Así, en las medidas que regulan las condiciones de venta de las mercancías se han englobado disposiciones laborales o con una importante incidencia en la relaciones de trabajo asalariado, como son las regulaciones del tiempo de trabajo en particular o de horarios comerciales en general. Su inclusión en esta categoría se ha justificado porque, a pesar de su carácter

³⁶⁰ STJCE de 11 de julio de 1985, *Cinéthèque*, asuntos acumulados 60 y 61/84. En la sentencia el TJCE consideró que una normativa francesa relativa a la comercialización de cintas de vídeo, que prohibía la comercialización en Francia de las películas mediante cintas de vídeo hasta que no hubiese transcurrido un plazo de un año desde el comienzo de su proyección en salas de cine, era una MEE a pesar de su carácter neutro y no discriminatorio, de no tener como objeto la regulación de las corrientes de intercambio ni un efecto más favorable sobre la producción nacional. En el apartado 22 de la sentencia el TJCE consideró que “una prohibición de la explotación prevista por dicho régimen sólo es compatible con el principio de libre circulación de mercancías establecido en el Tratado si los eventuales obstáculos que ocasiona a los intercambios intracomunitarios no van más allá de lo que es necesario para garantizar el objetivo perseguido y si tal objetivo está justificado de conformidad con el Derecho comunitario”.

³⁶¹ Cuestión que se confirmó en el asunto *Pharmaceutical Society*. En este caso el Tribunal calificó como MEE una norma deontológica “neutra” que no tenía una relación probada con la importación de productos. STJCE de 18 de mayo de 1989, *Royal Pharmaceutical Society of Great Britain*, 26/87 y 167/87; Como acertadamente ha comentado LÓPEZ ESCUDERO, en tan amplia definición cabe cualquier reglamentación comercial pues todas ellas provocan, en alguna medida, un efecto restrictivo sobre los intercambios comerciales al someter la producción y comercialización de mercancías a normas jurídicas. El peligro, evidente, es que esta amplia concepción del efecto restrictivo del comercio abre la utilización del artículo 28 (ex art. 30) contra cualquier reglamentación comercial, “aunque no tenga carácter proteccionista y su incidencia en el comercio comunitario sea mínima”, LÓPEZ ESCUDERO, M., “La jurisprudencia sobre la prohibición...”, cit., pp. 47 a 94.

neutro, pueden obstaculizar el comercio dado que afectan a la comercialización de los bienes³⁶².

Como ha señalado la doctrina, con esta línea jurisprudencial se produjo de facto una extensión de la jurisdicción original de la Comunidad. Así, en la medida en que la aplicación de la libre circulación de mercancías se alejaba del “test de discriminación”, se reducían las barreras para la expansión de dichas normas en los ámbitos originariamente reservados a la acción estatal, especialmente, como se ha comentado, los espacios propios del derecho del trabajo y de la seguridad social nacional³⁶³

El cuestionamiento masivo de las normas estatales que incidían en las modalidades de venta de las mercancías, provocó un elevado número de críticas³⁶⁴. Consciente de los efectos negativos de esta expansión, el Tribunal abandonó de manera manifiesta la jurisprudencia iniciada en *Cinéthèque* con el asunto *Keck* de 24 de noviembre de 1993³⁶⁵. El viraje jurisprudencial fue explícito, afirmando el Tribunal en la sentencia que “..., procede declarar, en contra de lo que hasta ahora se ha venido juzgando,

³⁶² Señaladas por BARON, F., *Marché intérieur et Droit social...* cit., p. 435.

³⁶³ GIUBONNI, S., *Diritti sociale e mercato*, cit., p. 187; sobre la cuestión, como también señala el autor italiano, ver en extenso POIARES MADURO, M., *We the Court...*, cit, pp. 61 y ss.

³⁶⁴ Recogen estas opiniones críticas tanto GIUBONNI, S., *Diritti sociale e mercato*, cit., p. 184 y ss, como LÓPEZ ESCUDERO, M., “La jurisprudencia sobre la prohibición...”, cit., nota 53; en cambio, otro sector doctrinal destacó los rasgos positivos de esta línea jurisprudencial, en este sentido se ha afirmado que, “cada vez que el Tribunal aplicaba el artículo 30, quedase o no luego convalidada la medida nacional vía artículo 36 o por la regla de Cassis, se ampliaba el campo de aplicación de futuras medidas de armonización del mercado interior a esa área. En cuanto la legislación nacional caía bajo el ámbito de aplicación del artículo 30 y por lo tanto constituía una barrera, legal o no según el Derecho Comunitario, estaba perfectamente justificado que la Comisión hiciese una propuesta de legislación comunitaria para armonizar las distintas normas nacionales en ese ámbito”. DE AREILZA CARVAJAL, J.M., BECERRIL ATIENZA, B., “La nueva interpretación del artículo 30 del TCE: limitación de competencias por la puerta de atrás”, REDC, N° 51 (Septiembre-Diciembre 1997), pp. 189-205.

³⁶⁵ STJCE de 24 de noviembre de 1993, *Keck*, C-267/91 y C-268/91; En el apartado 14 de la sentencia el Tribunal expresa claramente la voluntad de proceder a un giro jurisprudencial: “Dado que cada vez es más frecuente que se invoque el artículo 30 del Tratado para impugnar cualquier tipo de normativa que, sin referirse a los productos de otros Estados miembros, limite la libertad comercial de los operadores económicos, este Tribunal considera necesario reexaminar y precisar su jurisprudencia en la materia.”.

que la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia *Dassonville* (...), siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros”³⁶⁶.

Tras esta sentencia la doctrina ha realizado una tipología de las medidas estatales de cara a su consideración como medidas de efecto equivalente. Las medidas distintamente aplicables a los productos nacionales y a las mercancías importadas de otros Estados miembros son consideradas por el TJCE como MEE, debido a su carácter discriminatorio, cabiendo la posible justificación de las mismas por las excepciones expresas en el art. 36 TCE. 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 art. 36 TCE o de la *rule of reason*³⁶⁷ 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 art. 30, siempre que no tengan efectos proteccionistas, es decir, que se apliquen sin distinción de nacionalidad y que esta aplicación

³⁶⁶ STJCE de 24 de noviembre de 1993, *Keck*, C-267/91 y C-268/91, apartado 16.

³⁶⁷ Sobre la aplicación de esta técnica, típica de la jurisprudencia norteamericana al caso comunitario ver, MARTÍNEZ LAGE, “La contribución de la jurisprudencia a la realización de la libre circulación de mercancías: la eliminación de las medidas de efecto equivalente”, en RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 71 y ss.

no produzca una diferenciación de hecho o de Derecho entre los productos nacionales y los no nacionales³⁶⁸.

En la actualidad, persiste la presunción de que las modalidades de venta quedan fuera del art. 28 TCE a no ser que existan argumentos convincentes para justificar lo contrario³⁶⁹. El efecto positivo más destacable de esta sentencia es, siguiendo lo afirmado por DE SCHUTTER, el haber dejado fuera de campo de aplicación del art. 28 TCE (*ex. art. 30 TCEE*) un amplio conjunto de disposiciones sociales estatales³⁷⁰. En cualquier caso, en términos generales y dadas las posteriores sentencias, los efectos de esta sentencia deben ser tomados en su justa medida, pues, como indica POIARES, con *Keck* no se procedió a una revolución sino a una reforma, con una repercusión desigual³⁷¹. Incluso se ha llegado a afirmar que el contenido de la misma no ha aumentado la seguridad jurídica respecto al ámbito de aplicación del art. 28 del Tratado ni reducido el campo de actuación del Tribunal³⁷², ya que el art. 28 TCE posee todavía, a

³⁶⁸ Encontramos esta clasificación en LÓPEZ ESCUDERO, M., “La jurisprudencia sobre la prohibición...”, cit.; el autor añade a las tres citadas las medidas con incidencia aleatoria e indirecta sobre el comercio intracomunitario, que el TJCE nunca clasificó, ni antes ni después de *Keck*, como MEE. Es necesario señalar que sobre esta sentencia existe una abundante doctrina que ha tratado de determinar la regla de aplicación del art. 30 del Tratado. No es objeto de este trabajo desarrollar los pormenores de una sentencia tan compleja como comentada, limitándonos a comentar sus efectos en la cuestión que nos ocupa.

³⁶⁹ Como ha señalado la doctrina, con el asunto *Keck* el TJCE devolvió al art. 30 TCE su función natural, es decir: “la eliminación de los obstáculos al comercio intracomunitario de mercancías generados por las reglamentaciones proteccionistas de los Estados miembros”. Así, es un lugar común que con esta sentencia se clarificaron cuestiones previas caracterizadas por una línea jurisprudencial “controvertida e incoherente”, cuyo ejemplo por excelencia es la regulación del trabajo en domingos. DAVIES, G., “Can selling arrangements be harmonised”, *E. L. Rev.* 2005, 30 (3), p. 371; Aun así, otros autores han seguido señalando la necesidad de aclarar los criterios de aplicación del art. 28 TCE, particularmente los que enmarcan el principio de proporcionalidad, para establecer una guía clara para la actuación de los órganos jurisdiccionales estatales, KOUTRAKOS, P., “On groceries, alcohol and olive oil: more on free movement of goods alter *Keck*”, *E. L. Rev.* 2001, 26(4), p. 400.

³⁷⁰ Así lo ha recordado DE SCHUTTER, O., “L’affirmation des droits sociaux...”, cit., p.176.

³⁷¹ POIARES MADURO, M., *We the Court...*, cit., p. 79.

³⁷² GIUBONNI, S., *Diritti sociale e mercato*, cit., p. 196; en idéntico sentido BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación*, cit., p. 165.

juicio de una mayoría doctrinal, una potencial capacidad para destruir regulaciones estatales³⁷³. Así, este precepto se presta directamente a ser un instrumento útil para controlar un amplio elenco de regulaciones estatales e, indirectamente a ser utilizado como un instrumento de redistribución de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros³⁷⁴.

Esta noción de restricción en materia de libre circulación de mercancías ha sido extendida al resto de las libertades³⁷⁵. Como señala BAQUERO, existen dos puntos básicos del proceso de convergencia entre las libertades de circulación. El primero devino con el reconocimiento del efecto directo de las mismas, a mediados de los años 70 del siglo pasado³⁷⁶. El segundo se ha producido con la generalización progresiva de los test contenidos en las sentencias *Dassonville* y *Cassis de Dijon*, desde el ámbito de la libre circulación de mercancías hasta la de servicios. Posteriormente, los principios asentados en la sentencia *Keck* se han afirmado igualmente, aun cuando de manera irregular, en el resto de libertades³⁷⁷.

³⁷³ DAVIES, P., "Posted workers: single market or protection of national labour system, en CMLR, 1997, p. 587.

³⁷⁴ GIUBONNI, S., *Diritti sociale e mercato*, cit., p. 188.

³⁷⁵ PRIETO, C., "Liberté d'établissement et de prestation de services", RTD eur. 39 (3), juill.-sept. 2003, p. 505.

³⁷⁶ BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...*, cit., p. 162 y nota al pie 241.

³⁷⁷ En este sentido vid. SEGURA SERRANO, A., "Hacia la Unificación definitiva...", cit.; Matizando esta opinión señala BAQUERO que en sucesivas ocasiones el TJCE parece haber evitado la aplicación directa de *Keck* en el ámbito de las otras libertades, aun cuando no ha negado en ninguna ocasión la posibilidad de extender esta jurisprudencia. Considera el autor que dicha extensión no plantearía problemas formales pues la distinción entre modalidades de venta y características del producto podría traducirse en condiciones de acceso a la actividad económica y condiciones relativas a su ejercicio, BAQUERO CRUZ, J., loc. cit., pp. 164-165; aun más cautelosa respecto a la aplicación de la jurisprudencia *Keck* a la libre prestación de servicios se mostró la Abogada General Stix-Hackl en sus Conclusiones presentadas el 18 de marzo de 2004 en el asunto OMEGA, C-36/02. En los apartados 36 y 37 la abogada consideró que: "la traslación de la distinción establecida en la sentencia *Keck* y *Mithouard* a la libre prestación de servicios no resulta convincente ya por el hecho de que, cuando existe una conexión suficiente con el extranjero, la regulación de una modalidad de prestación de cualquier servicio -con independencia del lugar donde se produzca- debe considerarse necesariamente como una restricción pertinente a efectos del Derecho comunitario precisamente en razón de la incorporeidad de los servicios, sin que en ese caso sea en modo alguno posible establecer una distinción entre las normas relativas a las

En relación con la libre circulación de servicios es básico el asunto *Säger*. En el mismo el Tribunal de Justicia consideró que “el artículo 59 del Tratado 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”³⁷⁸. Con el asunto *Webb*³⁷⁹, relativo a la cesión de mano de obra, el Tribunal entró en la interpretación del art. 50 TCE (*ex art. 60 TCEE*) considerando que “(e)l párrafo tercero del artículo 60 tiene por objeto, en primer lugar, posibilitar que el prestador ejerza su actividad en el Estado

modalidades de prestación y aquellas otras que afectan directamente al propio servicio.”; (37) “La aplicación por analogía de la jurisprudencia *Keck* y *Mithouard* a las normas del Estado destinatario de los servicios tampoco resulta convincente a la luz del principio del país de origen que subyace en el artículo 49 CE. Esto explica asimismo por qué razón el Tribunal de Justicia ha considerado, en una reiterada jurisprudencia -sin establecer una distinción como la de la sentencia *Keck* y *Mithouard*-, que el artículo 49 CE se aplica también a normas de ese tipo. En efecto, con arreglo a dicha jurisprudencia “la observancia del principio enunciado en el artículo 49 CE no sólo exige eliminar toda discriminación por razón de la nacionalidad, sino también suprimir *todas* las restricciones que impiden o dificultan de cualquier forma la actividad del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, en el que presta servicios análogos”.

³⁷⁸ STJCE de 25 de julio de 1991, *Säger*, C-70/90, apartado 12. Continúa en el apartado siguiente afirmando que “(e)n concreto, un Estado miembro no puede supeditar la prestación de servicios en su territorio a la observancia de todos los requisitos exigidos para el establecimiento, bajo pena de privar de eficacia las disposiciones del Tratado destinadas precisamente a garantizar la libre prestación de servicios”. La doctrina especializada ha considerado que con esta definición el TJCE ha aplicado a la libre circulación de servicios el concepto de “obstáculo al acceso al mercado”, que ya aparecía en el asunto *Keck*. BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación*, cit., p. 163 y ss. El Tribunal ha repetido el argumento anterior englobando tanto la libre prestación de servicios como la libertad de establecimiento. Así en la sentencia *Gräbner* el TJCE señaló que, respecto de ambas libertades, se consideran restricciones todas las medidas que prohíben, obstaculizan o hacen menos atractivo el ejercicio de dichas libertades. Como puede apreciarse, la aplicación del concepto de no discriminación varía respecto de la libertad de establecimiento. En el ámbito de la libre circulación de servicios no se puede aplicar de igual manera el principio de “trato nacional” pues significaría propiciar un trato igual a situaciones desiguales lo cual equivale a un trato discriminatorio. Por ello, como señala la doctrina, la libre prestación de servicios exige, antes bien, un tratamiento nacional edulcorado. GAVALDA, C., PARLEANI, G., *Droit des affaires de l’Union Européenne*, cit., p. 202.

³⁷⁹ STJCE *Webb* de 17 de diciembre de 1981, 279/80.

miembro destinatario de la prestación sin discriminaciones respecto a los nacionales de dicho Estado. No obstante, no implica que toda legislación nacional aplicable a los nacionales de este Estado y que, normalmente, contempla una actividad permanente de las empresas establecidas en él, pueda aplicarse íntegramente y de la misma manera a actividades de carácter temporal ejercidas por empresas establecidas en el Estado miembro”³⁸⁰.

2. La justificación de las restricciones a las libertades de circulación de mercancías y servicios.

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. 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 arts. 30 y 46 TCE.

Junto a estas disposiciones, y para dar cabida a otras razones, el TJCE ha construido la doctrina de las razones imperiosas de interés general³⁸¹, derivándola implícitamente de los arts. 28 TCE para mercancías y 49 TCE para servicios. Como ha señalado la doctrina, el Tribunal ha unificado el test de justificación de las restricciones a las libertades de circulación, especialmente en lo relativo a servicios y mercancías, consagrando una unificación del método³⁸².

³⁸⁰ STJCE *Webb* de 17 de diciembre de 1981, 279/80, apartado 16.

³⁸¹ Sentencia de 20 de febrero de 1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, “*Cassis de Dijon*”, 120/78.

³⁸² Se van a tratar las justificaciones a ambas libertades de manera conjunta. Para ello se toma como base la teoría de la generalización del test de justificación al conjunto de las libertades de circulación, defendida ente otros por: SEGURA SERRANO, A., “Hacia la Unificación definitiva...”, cit., nota 52; BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre*

2.1. Las excepciones previstas en el Tratado.

El art. 30 del TCE permite la existencia de medidas que obstaculicen de manera parcial o total, siendo o no discriminatorias, la libre circulación de mercancías. Tales medidas deben justificarse en una de las razones de interés general enumeradas en el mismo artículo: 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. El artículo contiene asimismo el límite expreso a la adopción de estas normas restrictivas, afirmando que las mismas no deben constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros. Para no ser consideradas arbitrarias las excepciones deben estar objetivamente justificadas, respetar el principio de proporcionalidad y de reconocimiento mutuo³⁸³.

En cuanto a la libre circulación de servicios, el art. 46 TCE, por remisión del 55 del mismo Tratado, afirma que las medidas orientadas a la consecución de la libertad no prejuzgan la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los no nacionales y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas. Con estas disposiciones el Tratado permite que los Estados adopten medidas, con respecto a nacionales de otros Estados

circulación, cit., p. 166; En extenso, HATZOPOULOS, V., "Exigences essentielles, impératives ou impérieuses: une théorie des théories ou pas de théorie du tout?", RTD eur. 34 (2), avr.-juin 1988, pp. 191-236; JAZOTTES, G., "La CJCE examine la justification de restrictions à la libre circulation simultanément au regard des articles 28 et 49 CE, (CJCE 22 janv. 2002, *Canal Satellite Digital SL*, aff. C-390/99, Rec. p. I-607)", RTD Com. 2003 Chron. p. 597;

³⁸³ La doctrina ha resumido las exigencias jurisprudenciales al respecto señalando que, si bien los Estados son libres, cuando no existe armonización, para determinar el nivel de satisfacción de los intereses generales presentes en el art. 30, la actividad estatal debe escoger la medida de protección menos restrictiva para los intercambios y respetar el principio de reconocimiento mutuo. GAVALDA, C., PARLEANI, G., *Droit des affaires de l'Union Européenne*, cit., pp. 99 y 139.

miembros, diferentes de las que pueden adoptar en relación con sus propios nacionales, restringiendo así las libertades de circulación siempre que se fundamenten en las razones antedichas³⁸⁴.

Estas excepciones necesitaron de un desarrollo de derecho derivado (*ex art. 46.2 TCE*). La directiva 2004/38/CE³⁸⁵ prevé en su título VI las limitaciones del derecho de entrada y residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. El texto de la directiva no define las nociones de orden público o de seguridad pública. El contenido, las condiciones de aplicabilidad y el alcance de esas restricciones han sido objeto de desarrollo jurisprudencial³⁸⁶.

El art. 27.1 de la directiva 2004/38/CE³⁸⁷ establece los parámetros de aplicación de la excepción. Como límite general a las medidas de orden público se impone el requisito de la proporcionalidad³⁸⁸, habiendo afirmado

³⁸⁴ STJCE de 18 de mayo de 1981, *Adoui*, asuntos acumulados 115 y 116/81, apartado 7.

³⁸⁵ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros refunde todas las medidas anteriores. Esta norma derogó la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964 que preveía las medidas especiales para extranjeros en materia de desplazamiento y residencia justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública. Las limitaciones del derecho de entrada y estancia establecidas en la nueva norma son similares a las anteriormente establecidas.

³⁸⁶ Sobre esta cuestión revisten particular importancia la STJCE de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, 41/74 y la STJCE de 27 de octubre de 1977, *Régina*, 30/77.

³⁸⁷ Artículo 27. Principios generales

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente capítulo, los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos.

2. Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas.

La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general.

³⁸⁸ VALLEJO LOBETE, E., “Las excepciones a las libertades de establecimiento, circulación de personas y servicios motivadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas”, GJ, Serie D-30, 1999, p. 157.

el Tribunal que el control por parte de las Instituciones de la Comunidad de la aplicación estatal de la excepción es necesario, dado que el carácter restringido de la excepción impide que cada Estado miembro determine unilateralmente su alcance³⁸⁹. Todo ello no implica, como recordó posteriormente en la sentencia *Omega*, eliminar cualquier margen de apreciación de las autoridades nacionales, aceptándose que las circunstancias específicas que pueden justificar el recurso al concepto de orden público pueden variar de un país a otro, siempre que se respeten los límites del Tratado³⁹⁰.

Como ha podido apreciarse, la protección del orden social o de los derechos ligados al fenómeno del trabajo no se menciona expresamente en las disposiciones señaladas. Por añadidura, el Tribunal ha remarcado que estas excepciones no amparan normas restrictivas que persigan objetivos económicos, entre los que el TJCE ha incluido la paz social y laboral³⁹¹. 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.

2.2. La doctrina de las razones imperativas de interés general.

Como complemento a las anteriores justificaciones, el TJCE desarrolló la doctrina de las exigencias imperativas o razones de interés público, derivándola directamente de la prohibición de las restricciones a cada una de las libertades de circulación presentes en el TCE³⁹². La

³⁸⁹ Respecto de la libre prestación de servicios el TJCE realizó esta afirmación en la Sentencia de 12 de marzo de 2002, *Omega*, C-27/00, apartado 30; en relación a la libertad de circulación de trabajadores encontramos idéntica precisión en la STJCE de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, 41/74, apartado 18, y la STJCE de 27 de octubre de 1977, *Régina*, 30/77, apartado 33.

³⁹⁰ STJCE de 14 de octubre de 2004, *Omega*, C-36/02, apartado 31.

³⁹¹ STJCE de 5 de junio de 1997, *Syndesmos*, C-398/95.

³⁹² SEGURA SERRANO, A., "Hacia la Unificación definitiva...", cit.

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 sociales³⁹³.

Con la sentencia *Cassis de Dijon*³⁹⁴ el Tribunal matizó el concepto de restricción acuñado en *Dassonville*³⁹⁵. El TJCE afirmó que “los obstáculos a la circulación intracomunitaria que sean consecuencia de disparidades entre legislaciones nacionales relativas a la comercialización de los productos controvertidos deben aceptarse en la medida en que estos preceptos sean necesarios para cumplir las exigencias imperativas relativas, en particular, a la eficacia de los controles fiscales, a la salvaguardia de la salud pública, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la protección de los consumidores”³⁹⁶. De manera paralela, con respecto a la libre prestación de servicios, el Tribunal consideró que la especial naturaleza de determinadas prestaciones podría justificar determinadas exigencias específicas impuestas a los prestadores³⁹⁷.

No obstante, las normas estatales fundamentadas en estas exigencias imperativas deben cumplir una serie de condiciones: carácter no discriminatorio³⁹⁸, ausencia de armonización de la materia³⁹⁹, coherencia,

³⁹³ PRIETO, C., “Liberté d'établissement et de prestation de services”, RTD eur. 39 (3), juill.-sept. 2003, p. 491.

³⁹⁴ STJCE de 20 de febrero de 1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, “*Cassis de Dijon*”, 120/78.

³⁹⁵ STJCE de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, C-8-74.

³⁹⁶ STJCE de 20 de febrero de 1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, “*Cassis de Dijon*”, 120/78, apartado 8.

³⁹⁷ STJCE *Webb* de 17 de diciembre de 1981, 279/80, apartado 17. En este asunto la actividad de especial naturaleza a la que se refería el tribunal era la cesión de mano de obra.

³⁹⁸ En cambio, debe recordarse que una medida que se fundamente en las excepciones expresas del Tratado sí que puede contener una discriminación, siempre que la misma cumpla los requisitos marcados en la norma, esto es: no arbitrariedad y ausencia de objetivos proteccionistas.

³⁹⁹ Cuestión ya recalcada en numerosas sentencias, por todas STJCE de 9 de julio de 1997, *De Agostini*, C-34 a 36/95. Sobre la cuestión y para un análisis en profundidad de la jurisprudencia ver BARNARD, C., *The substantive law of the EU. The four freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 108 y ss.

fundamentación objetiva⁴⁰⁰ y proporcionalidad⁴⁰¹. Por añadidura, en relación con la libre circulación de servicios, el Tribunal, continuando la afirmación anterior, consideró que la específica naturaleza de determinadas prestaciones sólo puede justificar una restricción si cumple los requisitos anteriores y “...en la medida en que este interés no esté protegido por las normas a las que se halle sometido el prestador en el Estado miembro en que esté establecido”. De esta manera, el Tribunal introdujo una exigencia adicional para la aplicación de la doctrina de las exigencias imperativas a la libre prestación de servicios: la comparación con las normas del país de origen⁴⁰².

Como señala BARNARD, con esta construcción el Tribunal de Justicia ha permitido un control de la actividad estatal con carácter *residual*, cuando se pruebe la existencia de un interés importante de un Estado miembro⁴⁰³. Así, al ser examinado bajo el prisma de la prohibición de obstáculos a los intercambios, el legislador nacional se ve obligado a enunciar los objetivos que persigue y a adaptar su actuación a las exigencias de los principios de proporcionalidad y no duplicidad⁴⁰⁴.

Es conveniente desarrollar las bases del control de proporcionalidad dado el especial protagonismo que ha tenido en los asuntos relacionados con la aplicación de las libertades de circulación, tanto de mercancías como de servicios, a las normas con objetivos de carácter socio-laboral⁴⁰⁵. La

⁴⁰⁰ STJCE de 28 de abril de 1998, *Decker*, C-120/95.

⁴⁰¹ Entre todas puede señalarse la STJCE de 25 de octubre de 2001, *Finalarte*, asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98.

⁴⁰² STJCE *Webb* de 17 de diciembre de 1981, 279/80, p. 17.

⁴⁰³ BARNARD, C., *The substantive law of the EU...*, cit., pp. 106-107.

⁴⁰⁴ FALLON, M., “Libertés communautaires et règles de conflit de lois”, en A. FUCHS, A., MUIR WATT, H., PATAUT, E., (Eds), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris, éd 2004, p. 79.

⁴⁰⁵ Sobre el control de proporcionalidad ver, con carácter general, GAVALDA, C., PARLEANI, G., *Droit des affaires de l'Union Européenne*, cit., pp. 95 a 98 y 206 a 209; BARNÉS VAZQUEZ, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, RAP, N° 135 (Septiembre-Diciembre 1994), pp. 495-535; BARNARD, C., *The substantive law of the EU...*, cit., pp. 112 y ss.; ROBIN-

estructura del control de proporcionalidad comprende esencialmente dos fases, comunes a la libre circulación de mercancías y servicios: un test de adecuación y un test de necesidad⁴⁰⁶, A estas dos fases el Tribunal ha añadido, en algunos casos, la exigencia de una “proporcionalidad en sentido estricto”⁴⁰⁷.

El primero de los parámetros se refiere a la relación entre los medios y los fines perseguidos. Como indicó el Tribunal de Justicia en el asunto *United Foods*, debe demostrarse una “relación razonable” entre el instrumento utilizado y el fin perseguido⁴⁰⁸. Por su parte, el segundo test se basa en la balanza entre intereses contrapuestos. Señala BARNARD, que en esta balanza el Tribunal valora las consecuencias adversas que la medida tiene en el ejercicio de la libertad de circulación, para analizar si estas consecuencias están justificadas a la vista de la importancia del objetivo perseguido. Así, la necesidad de la medida se examina cuestionando si existen medias alternativas menos restrictivas que puedan producir iguales resultados y si la medida no va más allá de lo necesario para conseguir el resultado esperado⁴⁰⁹. El examen de la “proporcionalidad estricta” de la

OLIVIER, S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, PU Aix-Marseille, 1999, especialmente pp. 190 y ss.

⁴⁰⁶ Ambos requisitos se encontraban presentes en el art. 3 de la derogada Directiva 70/50 de 22 de diciembre de 1969 que rezaba de la siguiente manera:

Article 3. Sont également visées par la présente directive les mesures régissant la commercialisation des produits, et portant notamment sur la forme, la dimension, le poids, la composition, la présentation, l'identification, le conditionnement, applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, dont les effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce. Tel est notamment le cas:

- lorsque ces effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises sont hors de proportion par rapport au résultat recherché;

- lorsque le même objectif peut être atteint par un autre moyen qui entrave le moins les échanges.

⁴⁰⁷ STJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-369/96 y C-376/96, apartado 75; STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98, apartado 34; 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, apartados 49 y 53.

⁴⁰⁸ STJCE de 7 de abril de 1981, *United Foods*, 132/80.

⁴⁰⁹ BARNARD, C., *The substantive law of the EU...* cit., pp. 243-244. Como señala la autora, mientras la primera cuestión requiere únicamente un control marginal de la aptitud

medida va todavía más lejos que las precedentes pues exige que la restricción a la libertad de prestación de servicios no sea demasiado importante en comparación con el beneficio que reporta la medida a la protección de los trabajadores⁴¹⁰.

En principio, la tarea de probar si la medida es proporcional recae en los Estados miembros⁴¹¹ y su evaluación, al menos así lo afirma en principio el propio TJCE, corresponde a los órganos jurisdiccionales estatales. Sin embargo, a pesar de esta afirmación, en un elevado número de casos el Tribunal de Justicia o bien ha valorado él mismo la proporcionalidad de la medida⁴¹² o bien ha encarrilado prácticamente por completo la labor del órgano jurisdiccional estatal⁴¹³.

La doctrina ha sido particularmente crítica con la aplicación del principio de proporcionalidad, especialmente en los asuntos relacionados con normas laborales. Como ha sido señalado, en el examen de la aplicación del principio de proporcionalidad por el Tribunal de Justicia es posible apreciar que la intensidad de sus pronunciamientos varía según la sensibilidad de la materia en cuestión. Así, cuando se trata de normas estatales que se refieren a cuestiones delicadas, como la regulación del trabajo nocturno⁴¹⁴ o el salario mínimo⁴¹⁵, el Tribunal ha tendido a mantenerse en una línea poco incisiva. Sin embargo, en otros casos, como el establecimiento normativo de la obligación de establecer una relación

de la legislación nacional para obtener el objetivo perseguido, la segunda requiere que los tribunales determinen si el interés puede ser satisfecho por otra medida menos restrictiva.

⁴¹⁰ Un ejemplo de la utilización lo encontramos en: SJTCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-369/96 y C-376/96, apartado 75; STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98, apartado 34; STJCE de 25 de octubre de 2001, *Finalarte*, asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, apartados 49 y 53.

⁴¹¹ En relación con la libre circulación de mercancías ver STJCE de 23 de noviembre de 1989, *Torfaen*, C-145/88.

⁴¹² De nuevo respecto de la libre circulación de mercancías, ver SSTJCE de 28 de febrero de 1991, *Conforama* C-312/89 y de 28 de febrero de 1991, *Marchandise*, C-332/89.

⁴¹³ STJCE de 25 de octubre de 2001, *Finalarte*, asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98.

⁴¹⁴ STJCE de 14 de julio de 1981, *Oebel*, 155/81.

⁴¹⁵ STJCE de 12 de octubre de 2004, *Wolff & Müller*, C-60/03, apartado 35; STJCE de 24 de enero de 2002 *Portugaia Construções*, C-164/99, apartado 20.

laboral para desarrollar determinadas actividades⁴¹⁶, el Tribunal ha aplicado el control de proporcionalidad de manera estricta⁴¹⁷. Como ha indicado ROBIN-OLIVIER, la variabilidad del control de proporcionalidad es desconcertante pues no parece deberse ni a los elementos de apreciación de los que ha dispuesto el Tribunal en cada momento ni al carácter más o menos evidente de la violación del principio⁴¹⁸.

Mediante la doctrina de las razones imperativas el Tribunal ha admitido restricciones a las libertades de circulación producida por normas justificadas en la “protección de las condiciones de trabajo”⁴¹⁹, en la “protección de las características socio-culturales estatales o nacionales”⁴²⁰ y de forma general, en la “protección de los trabajadores”⁴²¹. Igualmente, el

⁴¹⁶ STJCE de 5 de junio de 1997, *Syndesmos*, C-398/95; STJCE de 15 de junio de 2006, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, C-255/04.

⁴¹⁷ Esto es mucho más evidente en la STJCE de 24 de marzo de 1994, *Schindler*, C-275/92. En este asunto el TJCE se pronunció sobre una norma del Reino Unido que prohibía, salvo excepciones que ella misma contemplaba, la celebración de loterías en su territorio, impidiendo así, de manera absoluta, la actividad de los organizadores de loterías de otros Estados. En este caso, en el que se analiza regulación de una actividad legal en un Estado miembro pero ilegales o parcialmente limitada en otro, el control de proporcionalidad es extremadamente superficial, reenviando la cuestión a los órganos jurisdiccionales estatales. Explica BARNARD que la diferencia de actitud del Tribunal en estos casos se debe fundamentalmente a las dudas que le plantea la posibilidad de imponer los valores de una mayoría de Estados a la minoría que no los comparten. BARNARD, C., *The substantive law of the EU...*, cit., pp. 353. En un sentido similar, se ha criticando que, a pesar de reconocer que la verificación de la proporcionalidad de la medida corresponde a los jueces nacionales, el TJCE ha realizado este control con intensidad muy variable, ROBIN-OLIVIER, S., *Le principe d'égalité en droit communautaire...*, cit., p. 195.

⁴¹⁸ Considera ROBIN-OLIVIER, que el recurso al control de proporcionalidad permite al Tribunal verificar que la justificación invocada no tiene por objetivo proteger el mercado nacional o limitar la libre circulación o la competencia. Tal voluntad permite al TJCE apreciar el objetivo de las normas estatales, y su propia coherencia interna. Evidentemente, esto puede plantear un problema de legitimidad, pues conduce al juez comunitario a valorar la obra del legislador nacional más allá del ámbito competencial *stricto sensu* del propio Derecho comunitario. ROBIN-OLIVIER, S., *Le principe d'égalité en droit communautaire...*, cit., pp.198-190.

⁴¹⁹ STJCE de 14 de julio de 1981, *Oebel*, 155/81, apartado 12.

⁴²⁰ STJCE de 23 de noviembre de 1989, *Torfaen*, C-145/88.

⁴²¹ Se trata de una afirmación constante en la jurisprudencia del Tribunal de justicia, sometida a multitud de matizaciones. Puede encontrarse la misma, entre otras sentencias en las siguientes relativas al desplazamiento temporal de trabajadores: STJCE de 12 de octubre de 2004, *Wolff & Müller*, C-60/03, apartado 35; STJCE de 24 de enero de 2002, *Portugaia Construções*, C-164/99, apartado 20; STJCE de 15 de marzo de 2001,

TJCE ha considerado que pueden ser entendidas como razones imperiosas de interés general la existencia de un riesgo grave de perjuicio al equilibrio financiero de un sistema de seguridad social⁴²². Las dos primeras cuestiones han sido acuñadas en asuntos relativos a la libre circulación de mercancías, validando diversas normas estatales relacionadas con las condiciones de venta de un determinado producto derivadas directamente de la organización del tiempo de trabajo. La amplia mención de la “protección de los trabajadores” como justificación de normas obstaculizadoras y las cuestiones de seguridad social se han tratado fundamentalmente en el marco de la libre prestación de servicios.

En cambio, otras cuestiones como el mantenimiento de la paz social no han sido valoradas como exigencias imperativas. Así, en el asunto *Syndesmos*⁴²³ el TJCE afirmó claramente que el mantenimiento de la paz laboral encubría un interés económico por lo que la restricción no podía considerarse justificada. Por otro lado, la potestad de los Estados miembros de organizar su mercado de trabajo también ha sido tratada por el TJCE, que en la sentencia *ITC* procedió a aplicar el control de proporcionalidad a una normativa alemana orientada a mejorar la colocación de los trabajadores y a disminuir el desempleo. En este asunto el Tribunal afirmó que sólo en determinadas circunstancias y con determinados requisitos es posible justificar restricciones a las libertades de circulación mencionadas en los objetivos de la organización del mercado de trabajo y la protección de la mano de obra cualificada⁴²⁴.

Al estudio de la jurisprudencia del TJCE en la cual se aplican estas excepciones a cuestiones sociales se dedican los siguientes apartados, con el

Mazzoleni, C-165/98, apartado 27; SJTCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-369/96 y C-376/96, apartado 36. En relación con la cesión de mano de obra el Tribunal ha realizado una afirmación equivalente, en el apartado 19 de la STJCE de 17 de diciembre de 1984, *Webb*, 279/80.

⁴²² STJCE de 28 de abril de 1998, *Kohll* C-158/96, apartado 51.

⁴²³ STJCE de 5 de junio de 1997, *Syndesmos*, C-398/95, apartado 23.

⁴²⁴ STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05, apartados 44 y 62.

objetivo de delimitar las fronteras marcadas por las libertades de circulación a las competencias estatales en las cuestiones relativas a la organización y protección de la mano de obra y a las actuaciones de los agentes sociales.

Sección II: la actuación de la libre circulación de mercancías sobre la esfera social.

Para proceder al análisis de la primera interacción se han dividido las sentencias del TJCE en dos conjuntos. En el primero de ellos se ubican los asuntos en los que el Tribunal no ha considerado las normas estatales cuestionadas, relativas todas ellas al tiempo de trabajo, contrarias al contenido del Tratado. En el segundo apartado del análisis se han englobado los asuntos en los que el TJCE ha aplicado efectivamente el art. 28 para considerar no acordes con el TCE ciertas normas estatales de carácter social.

1. Las disposiciones estatales que regulan el tiempo de trabajo son consideradas compatibles con la libre circulación de mercancías.

Como señaló POIARES, los casos relativos a la apertura de comercios en domingo (los casos *Sunday Trading I* y *II*) son ejemplos característicos del conflicto entre las reglas de la integración de mercado y las normas estatales con contenido social, así como del uso estratégico del derecho comunitario. La especial relevancia que han tenido estos asuntos se debe a la importancia de los derechos que se encontraban en el centro de esta controversia puesto que las previsiones relativas al tiempo de trabajo son temas fundamentales de política pública que implican decisiones profundamente enraizadas en las normativas nacionales⁴²⁵.

⁴²⁵ POIARES MADURO, M., “Never on Sunday...”, cit., p. 273.

La Carta Comunitaria de Derechos Sociales de los Trabajadores afirmó que la mejora de las condiciones de vida y trabajo en la Comunidad Europea debía conllevar una aproximación, por la vía del progreso, de dichas condiciones, especialmente de lo relativo a la distribución del tiempo de trabajo, estableciendo el principio del descanso semanal⁴²⁶. En el Derecho derivado la cuestión fue regulada por primera vez en 1993, estando en vigor en la actualidad la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁴²⁷. Antes y después de la promulgación de la primera Directiva, las normas nacionales relativas al tiempo de trabajo, especialmente las prohibiciones del trabajo nocturno y el descanso dominical, han sido examinadas por el TJCE a efectos de evaluar su compatibilidad con el actual art. 28 TCE. Evidentemente, ambas prohibiciones afectan al comportamiento de la empresa, lo cual ha dado pie a sucesivas iniciativas tendentes a conseguir un pronunciamiento del

⁴²⁶ Carta Comunitaria de Derechos Sociales de los Trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, apartados 7 y 8; sobre la cuestión ver RODIÈRE, P., *Droit social de l'Union Européenne*, cit., p. 483-484 y SAVATIER, J., "L'assouplissement des règles sur le repos dominical", DS, 1994, p. 180.

⁴²⁷ El texto anterior fue la Directiva 93/104/CE del Consejo relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. El texto de la Directiva fue objeto de un recurso de anulación presentado por el Reino Unido en el que, tras confirmar la base jurídica de la misma (art. 118 A del Tratado CE), el TJCE procedió a anular el apartado 2º del art. 5, que daba preferencia al domingo como día de descanso semanal, (STJCE de 8 de noviembre de 1996, *Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte contra Consejo de la Unión Europea*, C-84/94). Posteriormente la mencionada norma fue modificada por la 2000/34/CE para incluir los sectores y actividades excluidos de dicha Directiva. El 4 de noviembre de 2003, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea aprobaron una "codificación" de las anteriores disposiciones comunitarias relativas a la ordenación del tiempo de trabajo. Con la promulgación de la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo se derogó la disposición del 93, consolidándose su contenido. Aun a pesar de esta nueva norma, la regulación del tiempo de trabajo en el ámbito de los Estados miembros sigue caracterizándose por la diversidad, permitida por una regulación comunitaria que prevé prescripciones mínimas y autoriza derogaciones. Para un comentario en extenso sobre su contenido ver, RODRÍGUEZ CRESPO, M.J., "La función codificadora de la nueva directiva en materia de ordenación del tiempo de trabajo. Comentario sobre la directiva 2003/88/ce relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo", RGDE, Nº 5 (Octubre 2004) y LOKIEC, P., ROBIN-OLIVIER, S., et al., "Points de vue nationaux sur l'harmonisation communautaire du temps du travail", RDT, Juillet-Août 2006, pp. 123 y ss.

Tribunal para declarar que el cierre dominical constituye una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas.

Como ha afirmado M. RODRIGUEZ-PIÑERO, el TJCE, aun considerando compatibles con el mercado interior las regulaciones del tiempo de trabajo, ha afirmado que las mismas pueden tener, a pesar su naturaleza socio-laboral, efectos restrictivos sobre los intercambios⁴²⁸. De esta manera, el Tribunal las sitúa dentro del ámbito de aplicación de las libertades de circulación comunitarias.

1.1. La regulación del trabajo nocturno como obstáculo a la exportación: la apreciación de la finalidad social en el asunto *Oebel*.

El TJCE entró por primera vez en la cuestión con la sentencia *Oebel*, de 14 de julio de 1981⁴²⁹. Las cuestiones prejudiciales se suscitaron en el marco de un conflicto por la infracción de la ley alemana sobre la duración del tiempo de trabajo en las panaderías y pastelerías. En esta norma se prohibía la producción y el transporte nocturno de los productos de pastelería y panadería en días laborables, manteniendo algunas excepciones. La justificación de la prohibición, según el Gobierno alemán, era evitar el trabajo nocturno permanente de los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas del mencionado sector que carecen de capacidad para organizar el trabajo por turnos. Evidentemente, esta prohibición debía extenderse a la totalidad del sector para evitar una distorsión de las condiciones de competencia entre las grandes empresas y las pequeñas⁴³⁰.

⁴²⁸ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Derecho del trabajo y disciplina de mercado”, cit., p.4.

⁴²⁹ STJCE de 14 de julio de 1981, *Oebel*, 155/81.

⁴³⁰ STJCE de 14 de julio de 1981, *Oebel*, 155/81, apartado 4.

En el marco de un proceso por un incumplimiento de esta prohibición el juez alemán encargado del caso interrogó al Tribunal de Justicia acerca de la posibilidad de calificar la antedicha restricción de horarios como una medida de efecto equivalente o una restricción cuantitativa a la importación o a la exportación. La respuesta fue negativa. El TJCE no consideró que las prohibiciones de producción y transporte constituyeran un obstáculo a la libre circulación de mercancías porque el régimen en cuestión no podía dar lugar a una restricción de las importaciones y exportaciones entre Estados miembros⁴³¹. Esta ausencia de nexo causal fundamentó la resolución del Tribunal. Además, el TJCE tuvo en consideración los criterios que enmarcaban la aplicación de la prohibición, considerando que los mismos eran objetivos y no discriminatorios por que se aplicaban a la totalidad de las empresas del sector establecidas en el territorio nacional. Junto a esta motivación, que sustentaba fundamentalmente el fallo, el TJCE apuntó varios argumentos de particular importancia. En primer lugar valoró los objetivos de la norma, considerándola como una opción legítima de política económica y social, acorde a los objetivos del Tratado⁴³². En segundo lugar el TJCE sustentó la

⁴³¹ Así se interpreta esta sentencia en las Conclusiones del Abogado General Van Gerven presentadas el 29 de junio de 1989, asunto *Torfaen*, C-145/88 y las presentadas el 16 de marzo de 1994, asunto *Tankstation't*, C- 140/92 y C-402/92. Se aprecia claramente en esta interpretación del Abogado General lo indiferente que resulta para el caso el que se trate de medidas restrictivas a la importación o a la exportación, de hecho, el TJCE da una respuesta conjunta, afirmando en el apartado segundo del fallo de la sentencia que “Los artículos 30 y 34 del Tratado CEE no se oponen a una normativa nacional que prohíbe la fabricación de productos de panadería y pastelería durante la noche, hasta cierta hora de la mañana, así como el transporte y suministro de dichos productos a los consumidores individuales y a los puntos de venta al por menor”. (Conclusiones del Abogado General Van Gerven presentadas el 29 de junio de 1989, asunto *Torfaen*, C-145/88).

⁴³² Según afirmó el Tribunal “No se puede poner en duda que la prohibición de fabricación antes de las cuatro de la mañana en el sector de la panadería y pastelería, considerada como tal, constituye una opción legítima de política económica y social, conforme con los objetivos de interés general perseguidos por el Tratado. En efecto, dicha prohibición tiene por objeto mejorar las condiciones de trabajo en un sector particularmente sensible...”, STJCE de 14 de julio de 1981, *Oebel*, 155/81, apartado 12. Sobre este particular son de especial relevancia las consideraciones realizadas por el Abogado General Capotorti, al considerar que en dicho texto internacional se plasmaba claramente el ligamen entre “la prohibición del trabajo nocturno en las panaderías y la

legitimidad del objetivo perseguido por la ley alemana en la Convención de la OIT N° 20 de 8 de junio de 1925, relativa al trabajo nocturno en las panaderías.

Este asunto apareció en un momento en el que el TJCE realizaba la interpretación más exigente de la libre circulación de mercancías (periodo entre 1973 y 1993, entre *Dassonville* y *Keck*). Sin embargo, con el caso *Oebel*, el Tribunal se apartó de la línea expansiva marcando unos límites a la misma fundamentados en el interés estatal de asegurar el bienestar de sus trabajadores⁴³³.

Las sentencias que siguieron a *Oebel* sobre la cuestión del tiempo de trabajo no fueron tan claras. En ellas, el TJCE mantuvo las regulaciones estatales sobre la materia dentro del ámbito de aplicación de la libre circulación de mercancías durante largo tiempo.

1.2. El descanso dominical ante la libre circulación de mercancías.

Tras la sentencia *Cinéthèque*, el Tribunal entró de lleno en el examen de la compatibilidad de la regulación estatal, directa o indirecta, del tiempo de trabajo con la libre circulación de mercancías. Pueden distinguirse dos momentos en la jurisprudencia del TJCE, teniendo como frontera la sentencia *Keck*. En el primero de ellos, las disposiciones estatales mencionadas fueron sometidas al test de compatibilidad con la libre circulación de mercancías por el TJCE. En este primer grupo englobamos

protección de la salud y del bienestar de los trabajadores”. Conclusiones del Abogado General Capotorti presentadas el 27 de mayo de 1981 al asunto *Oebel*, apartado 5.

⁴³³ Así lo ha recordado DE SCHUTTER, O., “L’affirmation des droits sociaux...”, cit., p. 175; NIELSEN, R., SZYSZCZAK, E., *The Social Dimension of the European Union*, Business School Press, Copenhagen, 3ª Ed. 1997, pp. 223-225. Para otro sector doctrinal este asunto es tan sólo la muestra de una jurisprudencia residual respecto del conjunto de la línea mantenida por el TJCE en esos momentos. En este sentido ver LÓPEZ ESCUDERO, M., “La jurisprudencia sobre la prohibición...”, cit., pp. 47 a 94 y las referencias citadas en este artículo.

los asuntos *Torfaen*⁴³⁴ (*Sunday Trading I*), *Conforama*⁴³⁵, *Marchandise*⁴³⁶, y los casos *Sunday trading II*⁴³⁷. En un segundo momento el TJCE rectificó su línea jurisprudencial considerando dichas normas fuera del ámbito de aplicación de dicha libertad con los asuntos *Tankstation*⁴³⁸, *PuntoCasa*⁴³⁹ y *Semeraro*⁴⁴⁰.

1.2.1. La calificación de una regulación relativa al tiempo de trabajo como una MEE y la justificación de la misma con arreglo a la *rule of reason*.

En la llamada Saga *Sunday Trading* y en los asuntos *Conforama* y *Marchandise*, 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 domingo⁴⁴¹, bien por contener disposiciones prohibiendo el trabajo dominical⁴⁴².

En aras de una clarificación definitiva de la situación, el Abogado General Van Gerven, que actuó en todos estos procesos, sugirió la posibilidad de que el Tribunal delimitara el campo de aplicación del art. 28

⁴³⁴ STJCE de 23 de noviembre de 1989, *Torfaen*, C-145/88.

⁴³⁵ STJCE de 28 de febrero de 1991, *Conforama* C-312/89.

⁴³⁶ STJCE, de 28 de febrero de 1991, *Marchandise*, C-332/89.

⁴³⁷ 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*, 306/88.

⁴³⁸ STJCE de 2 de junio de 1994, *Tankstation*, asuntos acumulados C-140/92 y C-402/92.

⁴³⁹ STJCE de 2 de junio de 1994, *Punto Casa* y *PPV*, asuntos acumulados C-9/93 y C-258/93.

⁴⁴⁰ STJCE de 20 de junio de 1996, *Semeraro*, asuntos acumulados 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.

⁴⁴¹ La *Shops Act* británica, sometida a examen en el asunto *Torfaen* y en los casos “*Sunday trading I* y *II*”. Los arts. 47 y 59 de la misma prohibían, con numerosas excepciones, el ejercicio de actividades comerciales en domingo y despertaron una considerable polémica en el Reino Unido, tal como recogió el Abogado General Van Gerven en sus Conclusiones acumuladas presentadas el 8 de julio de 1992 a los asuntos *Reading Borough Council*, C-304/90; *Council of the City of Stoke-on-Trent* y *Norwich City Council*, C-169/91 y *Rochalde Borough Council*, 306/88. Como afirmó el Abogado, en el momento de los asuntos precitados la normativa era frecuentemente infringida y no siempre se sancionaban los incumplimientos.

⁴⁴² El Código de trabajo francés en el asunto *Conforama* y la Ley belga de 16 de marzo de 1961 sobre el trabajo en el asunto *Marchandise*.

TCE (ex 30)⁴⁴³, excluyendo del mismo a las normas que regularan, directa o indirectamente, el trabajo en domingo. El Tribunal, en cambio, eludió este camino optando por analizar la adecuación de los objetivos de las normas al texto del Tratado CE y por evaluar la proporcionalidad de las medidas estatales a la luz de las consecuencias que producían en el mercado de bienes y servicios.

La primera constatación realizada en todos los asuntos fue la ausencia de discriminación. El cierre dominical, ya fuera determinado por una norma laboral o por una disposición comercial, era indistintamente aplicable a los productos importados y a los nacionales y no dificultaba en mayor medida la comercialización de los primeros con respecto a los segundos. Sin embargo, las disposiciones que lo preveían producían, *de facto*, una disminución del volumen de ventas y por tanto una potencial restricción de la circulación de mercancías.

Atendiendo a este efecto restrictivo, el Tribunal buscó la posible justificación del mismo. En esta operación, el TJCE aplicó la jurisprudencia *Cinéthèque*, examinando las dos condiciones derivadas del asunto de 1985: la justificación del objetivo de la norma con arreglo a Derecho comunitario y la proporcionalidad de la misma. De esta manera el Tribunal confirmó que era posible extender la doctrina de las exigencias imperativas a otros motivos, más allá de los apuntados en la mencionada sentencia, añadiendo una nueva causa justificativa de las medidas restrictivas⁴⁴⁴.

En relación con la primera cuestión el Tribunal se mantuvo invariable en todos los asuntos. Tomando como base una de las consideraciones realizadas *obiter dictum* en el asunto *Oebel*, el Tribunal reiteró que las normas encausadas, ya fueran de naturaleza laboral o

⁴⁴³ Conclusiones acumuladas del Abogado General Van Gerven presentadas el 16 de marzo de 1994, en el asunto *Tankstation*, C-140/92 y C-402/92, apartado 36.

⁴⁴⁴ Conclusiones del Abogado General Van Gerven presentadas el 22 de noviembre de 1990, asuntos *Conforama* y *Marchandise*, 312/89 y 332/89, apartado 10.

mercantil, constituían “...efectivamente, la expresión de determinadas opciones políticas y económicas porque tienen por objeto garantizar una distribución de horas de trabajo y de descanso adaptada a las particularidades socioculturales nacionales o regionales, cuya apreciación corresponde, en el estado actual del Derecho comunitario, a los Estados miembros. Además, dichas normativas no tienen por objeto regular las corrientes de intercambios entre dichos Estados miembros”. Por el contrario, el razonamiento del Tribunal en relación al examen de la proporcionalidad de la medida fue evolucionando de un asunto a otro.

El primero de la saga *Sunday Trading* fue el caso *Torfaen* de 1989⁴⁴⁵. Tras encontrar justificado el objetivo de la norma, el Tribunal afirmó que para considerarla adecuada a Derecho comunitario, era 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 intercambios⁴⁴⁶. Contrariamente a lo esperado, el Tribunal decidió no entrar en el examen de esta condición en el caso concreto, remitiendo la cuestión a los órganos jurisdiccionales estatales⁴⁴⁷. De esta manera, la solución del caso se derivó a un juicio de proporcionalidad en sede nacional⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ El Consejo municipal de Torfaen sancionó a una empresa (B&Q) por abrir sus tiendas en domingo realizando actividades distintas a las permitidas en las excepciones previstas en *Shops Act*. La empresa consideró que esta norma contenía una medida de efecto equivalente no justificada ni con arreglo a las excepciones del art. 36 del Tratado CEE ni con arreglo a ninguna “exigencia imperativa”. El Consejo se opuso a esta afirmación. El Tribunal del Reino Unido comprobó, antes de elevar la cuestión prejudicial, que la medida en cuestión provocaba una efectiva reducción de las importaciones procedentes de otros Estados miembros, la existencia de esta restricción fue asumida como probada por el TJCE.

⁴⁴⁶ No aparece en el razonamiento del Tribunal la referencia expresa a un juicio de proporcionalidad. Esto, según el Abogado General, no significa que el TJCE lo considere poco oportuno, sino que se deriva de la escasa importancia de los eventuales obstáculos que la normativa en cuestión provocaba a la libre circulación de mercancías. Conclusiones del Abogado General Van Gerven presentadas el 22 de noviembre de 1990, asuntos *Conforama* y *Marchandise*, C-312/89 y C-332/89, apartado 14.

⁴⁴⁷ Se apartó así el TJCE de las consideraciones del Abogado General Van Gerven que afirmó que los efectos de la norma, aun cuando efectivamente restrictivos sobre las importaciones, no tenían entidad suficiente para obstaculizar los intercambios

Esto supuso el cierre en falso de la problemática y la apertura de numerosos frentes⁴⁴⁹. El Abogado General Van Gerven ya había advertido de los peligros de esa interpretación expansiva, y para muchos abusiva, del art. 30 (art. 28 TCE). En este sentido, predijo que tal interpretación podía provocar, como así fue, que en el marco de este artículo se volvieran a plantear una y otra vez ante el TJCE cuestiones prejudiciales respecto a decisiones nacionales de carácter político para evaluar su posible consideración al amparo de la doctrina de las cuestiones imperiosas de interés general⁴⁵⁰. Para evitar esta situación el Abogado consideraba preferible que el Tribunal evaluara por si mismo la segunda condición que tenía que cumplir la medida.

No actuó así el Tribunal y, efectivamente, esta sentencia fue interpretada de distinto modo por los Tribunales nacionales, hasta el punto que la *High Court of Justice* de Gran Bretaña suspendió varios procedimientos penales iniciados por las autoridades locales británicas por varios incumplimientos de la *Shops Act*, para pedir al TJCE una aclaración de la sentencia comentada y, particularmente, de la aplicación del requisito de proporcionalidad. Antes de que estas nuevas cuestiones prejudiciales fueran resueltas, el Tribunal se pronunció en otros dos asuntos, igualmente relativos al tiempo de trabajo pero con una variante fundamental respecto a los casos *Sunday training*: las medidas se contenían en normas laborales

comunitarios hasta el punto de dar lugar a una aplicación del art. 30 del Tratado; Conclusiones del Abogado General Van Gerven presentadas el 29 de junio de 1989, asunto *Torfaen*, C-145/88.

⁴⁴⁸ “Sunday Trading: at last a clear answer”, E.L.Rev. 1993, 18 (1), 1-2.

⁴⁴⁹ La resolución del Tribunal fue acogida como una victoria de los comerciantes que querían abrir los domingos y provocó una amplia crítica doctrinal. *Inter alia*: ARNULL, A., “What shall we do on Sunday”, E.L.Rev. 1991, 16 (2), pp. 112-124; en nuestra doctrina DE AREILZA CARVAJAL, J.M., BECERRIL ATIENZA, B., “La nueva interpretación del artículo 30 del TCE...”, cit., pp. 189 a 205.

⁴⁵⁰ Conclusiones del Abogado General Van Gerven presentadas el 29 de junio de 1989, asunto *Torfaen*, C-145/88.

En 1990 el Tribunal aplicó la jurisprudencia *Torfaen* a los asuntos *Conforama*⁴⁵¹ y *Marchandise*⁴⁵² sin realizar diferenciación alguna basada en la naturaleza de las disposiciones que pertenecían respectivamente al código de trabajo francés y a la ley de trabajo belga⁴⁵³. A diferencia del asunto anterior, el TJCE decidió afirmar directamente la proporcionalidad de la medida, evitando así la remisión a los órganos jurisdiccionales estatales, pero sin justificar su decisión⁴⁵⁴.

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, fue necesario un nuevo pronunciamiento, con los casos *Sunday Trading II*⁴⁵⁵, para aclarar la cuestión.

La segunda parte de la saga inglesa está conformada por tres asuntos cuyos supuestos de hecho son idénticos al de *Torfaen*. El Tribunal confirma 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

⁴⁵¹ STJCE, de 28 de febrero de 1991, *Marchandise*, C-332/89.

⁴⁵² STJCE de 28 de febrero de 1991, *Conforama* C-312/189.

⁴⁵³ En ambos asuntos el litigio se produjo tras el incumplimiento por una empresa de la prohibición de abrir sus locales, y con ello ocupar a trabajadores, en domingo. Tanto la norma francesa como la belga preveían la interdicción y una serie de excepciones. Los demandados consideraron tal interdicción como contraria al art. 30 del Tratado. El TJCE afirmó que la prohibición de emplear trabajadores en domingo “no es compatible con el principio de libre circulación de mercancías previsto por el Tratado sino con la condición de que los obstáculos eventuales que ella causa a los intercambios comunitarios no vayan más allá de lo que es necesario para asegurar el objetivo perseguido y que este objetivo sea justificado con arreglo a Derecho comunitario”, STJCE de 28 de febrero de 1991, *Conforama* C-312/89, apartado 10 y STJCE, de 28 de febrero de 1991, *Marchandise*, C-332/89, apartado 11.

⁴⁵⁴ Criticando la amplitud de las anteriores decisiones del Tribunal, el Abogado le recomienda la precisión de los elementos necesarios para permitir a los órganos jurisdiccionales nacionales realizar una interpretación conforme. Conclusiones del Abogado General Van Gerven presentadas el 22 de noviembre de 1990, asuntos *Conforama* y *Marchandise*, C-312/189 y C-332/89, apartados 6 y 7.

⁴⁵⁵ 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 efectuar por sí mismo el juicio de proporcionalidad. En esta ocasión, a diferencia de los casos *Conforma* y *Marchandise*, procedió al desarrollo del mismo, afirmando que “(e)l control de la proporcionalidad de una normativa nacional que persigue un objetivo legítimo respecto al Derecho comunitario sopesa el interés nacional por la consecución de dicho objetivo y el interés comunitario de la libre circulación de mercancías. A este respecto, para verificar que los efectos restrictivos de la normativa de que se trata sobre los intercambios comunitarios no exceden de lo necesario para conseguir el objetivo propuesto, procede examinar si dichos efectos son directos, indirectos o simplemente hipotéticos y si obstaculizan la comercialización de los productos importados en mayor medida que la de los productos nacionales”.

Esta explicación del razonamiento no varió el fallo de sus anteriores pronunciamientos. El TJCE consideró que “el artículo 30 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que la prohibición que establece no es aplicable a una normativa nacional que prohíbe a los comercios minoristas abrir en domingo”. Con esta respuesta dio por zanjada la cuestión de los criterios de aplicación del art. 30 del Tratado (actual 28 TCE) a la regulación del trabajo dominical, hasta que tras la sentencia *Keck* cambió de opinión, situando fuera del ámbito del mismo tales regulaciones.

1.2.2. La regulación del tiempo de trabajo está fuera del ámbito del art. 28 TCE: la influencia de la jurisprudencia *Keck*.

En 1994 el TJCE se pronunció de nuevo por duplicado sobre la cuestión de los horarios comerciales en relación al art. 30 del Tratado, aplicando en los mismos la jurisprudencia *Keck*. En esta ocasión se trataba de la ley holandesa sobre horarios del comercio, asunto *Tankstation 't*⁴⁵⁶, y

⁴⁵⁶ STJCE de 2 de junio de 1994, *Tankstation 't*, asuntos acumulados C-140/92 y C-402/92. La norma holandesa permitía a las gasolineras situadas en una autopista o

la normativa italiana relativa al cierre dominical de los comercios minoristas, asunto *Punto Casa*⁴⁵⁷.

En ambos asuntos el TJCE siguió un razonamiento similar, aplicando conjuntamente *Dassonville* y *Keck*. Tras el análisis de la cuestión, el Tribunal concluyó que las medidas encausadas cumplían las condiciones establecidas en el último de estos asuntos. Es decir, se trataba de disposiciones nacionales reguladoras de modalidades de venta aplicables a todos los operadores afectados que ejercían su actividad en el territorio nacional, y que afectaban del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros⁴⁵⁸. Medidas de este tipo, afirmó el TJCE, no pueden impedir su acceso al mercado o dificultarlo en mayor medida que dificultan el de los productos nacionales, por lo que no son susceptibles de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente el comercio entre los Estados miembros, quedando fuera del ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado⁴⁵⁹.

autovía y fuera del casco urbano, así como a las tiendas anexas, abrir día y noche y vender productos relacionados con la circulación vial, como gasolina y artículos para fumadores. En cambio, a los demás productos les seguía siendo de aplicación la normativa general y únicamente podían ser vendidos en el horario general de apertura de los comercios. Evidentemente este caso se aleja relativamente del supuesto de hecho examinado en los anteriores y del problema que interesa al presente estudio. Tal y como afirmó Van Gerven, la normativa encausada no se refería a la obligación de cierre dominical sino a la forma en que un régimen general de cierre de comercio es aplicada a una categoría determinada de agentes económicos. Sin embargo, el asunto es de especial relevancia porque el TJCE aplica en él, por primera vez, la jurisprudencia *Keck* a modalidades de venta de las características señaladas. Como también señala el Abogado General, tal es la razón principal por la cual no se puede aplicar al caso en cuestión la jurisprudencia anterior. Al respecto ver en extenso las Conclusiones del Abogado General Van Gerven, presentadas el 16 de marzo de 1994, asunto *Tankstation*, especialmente los apartados 14 y ss.

⁴⁵⁷ STJCE de 2 de junio de 1994, *Punto Casa*, asuntos acumulados C-9/93 y C-258/93. En este caso, la cuestión prejudicial se elevó en el curso de un litigio derivado de las sanciones que las autoridades locales impusieron a dos centros comerciales. Las multas se fundamentaron en el art. 2 de la ley italiana relativa al cierre dominical de los comercios minoristas, que establecía el cierre total de los comercios los domingos y festivos.

⁴⁵⁸ STJCE de 24 de noviembre de 1993, *Keck*, C-267/91 y C-268/91, apartados 16 y 17.

⁴⁵⁹ STJCE de 2 de junio de 1994, *Punto Casa*, asuntos acumulados C-9/93 y C-258/93, apartado 12 y STJCE *Tankstation*, apartado 15.

La aplicación de la ley italiana que había dado lugar al asunto *Punto Casa* fue igualmente el origen de una serie de cuestiones prejudiciales que quedaron suspendidas hasta el fallo de la sentencia anterior. Tras el mismo, el TJCE preguntó al órgano jurisdiccional nacional remitente si habían quedado resueltas las cuestiones planteadas, dado lo conflictivo de la cuestión, el tribunal italiano decidió mantenerlas. Por este motivo, el TJCE volvió a pronunciarse sobre la misma ley italiana el 20 de junio de 1996 en el asunto *Semeraro*⁴⁶⁰. En esta ocasión el Tribunal indicó que “el mero hecho de que una legislación nacional restrinja de forma general el comercio de un producto y, por consiguiente, su importación, no permite considerar que limite el acceso de dichos productos al mercado en mayor medida que a los productos nacionales similares”⁴⁶¹. Como cierre el Tribunal retomó parte de la jurisprudencia asentada en *Torfaen* al considerar justificado, con arreglo a Derecho comunitario, el objetivo de una legislación nacional como la discutida.

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”. 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

⁴⁶⁰ STJCE de 20 de junio de 1996, *Semeraro*, asuntos acumulados 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.

⁴⁶¹ *Ibidem*, apartado 24.

horarios de apertura de los almacenes con la normativa sobre horarios de trabajo de las personas que ejercen una actividad profesional”⁴⁶².

2. Aplicación del art. 28 TCE sobre diversas normas de carácter social.

Las diferentes regulaciones del tiempo de trabajo y de horarios comerciales no han sido las únicas disposiciones laborales, o con repercusión directa en las condiciones de trabajo, examinadas a luz de la libre circulación de mercancías. Otras normas estatales, con menor trascendencia pública pero con una clara relación con los objetivos de protección de los trabajadores, han sido consideradas contrarias a los objetivos del Tratado por obstaculizar el comercio intracomunitario de bienes. Son dos los asuntos de referencia que van a tratarse, ambos bien conocidos. El asunto *Merci*⁴⁶³, relativo a los trabajadores portuarios y el asunto *Decker*⁴⁶⁴ que trata la cuestión del reembolso de gastos médicos realizados en otro Estado miembro. Junto a este último, y dadas las similitudes con el mismo, se analiza la sentencia *Kholl*⁴⁶⁵.

2.1. El asunto *Merci* como ejemplo de la acción de la libre circulación de mercancías sobre las normas estatales con incidencia en la esfera laboral.

En el asunto *Merci*⁴⁶⁶, el TJCE consideró incompatible con la libre circulación de mercancías ciertas disposiciones del Código de navegación italiano. En éstas se reservaba la organización de las actividades portuarias por cuenta de terceros a determinadas empresas, las cuales debían emplear

⁴⁶² Resolución del Parlamento sobre Trabajo Dominical, de 12 de diciembre. DO C 20 de 20.1.1997.

⁴⁶³ STJCE de 10 de diciembre de 1991, *Merci*, C-179/90.

⁴⁶⁴ STJCE de 28 de abril de 1998, *Decker*, C-120/95.

⁴⁶⁵ STJCE de 28 de abril de 1998, *Kohll*, C-158/96.

⁴⁶⁶ Sobre este asunto ver, entre el abundante número de comentarios, HERMITTE, M.-A., JDI, 1992, p.477-479; GYSELEN, L., CMLR, 1992, p.1229-1245; BOLZE, C., RTD eur., 1993, p.436-439; TAYLOR, S. M., ECLR, 1994, p.322-334.

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 portuarias⁴⁶⁷. 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 sufrido⁴⁶⁸, lo que dio origen al litigio. El procedimiento fue suspendido por el Tribunal de Génova que elevó una cuestión prejudicial, interrogando al TJCE acerca de la compatibilidad de la mencionada disposición con la libre circulación de mercancías y con las disposiciones del TCE relativas a la defensa de la competencia.

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 art. 86 TCE, en relación con el art. 82 y los arts. 28 y 39 del mismo Tratado⁴⁶⁹. En su razonamiento, el Tribunal afirmó la

⁴⁶⁷ Como indicó el Abogado General, en el supuesto de hecho existían dos monopolios profundamente ligados: el de la “compañía portuaria” y el de la empresa *Merci*. Únicamente los trabajadores italianos miembros de la compañía portuaria podían efectuar los trabajos relativos al movimiento de mercancías en el puerto, trabajos que, por disposición del código de navegación, sólo podían ser organizados por la empresa portuaria a la que se le había otorgado la concesión. Para una lectura detallada del supuesto de hecho ver las Conclusiones presentadas por el Abogado General Van Gerven el 19 de septiembre de 1991 al asunto *Merci*, C-179/90. Es especialmente interesante el desarrollo realizado por el Abogado de la cuestión de la quiebra del principio de no discriminación por la imposición de la nacionalidad italiana para desarrollar las actividades de carga y descarga.

⁴⁶⁸ En su defensa, *Merci* sostuvo su falta de responsabilidad respecto de la demora por dos cuestiones: en primer lugar, por no tratarse de su propio personal ya que la norma le obligaba a recurrir a la mano de obra puesta a disposición por la “compañía portuaria”; en segundo lugar, por encontrarse estos trabajadores encargados en huelga. En todo momento *Merci* partió de la consideración, como la empresa demandante, de que la normativa italiana era contraria al Derecho comunitario.

⁴⁶⁹ Dada la evidente mayor implicación en el asunto de las disposiciones relativas a la competencia, es común analizarla desde esta perspectiva y no desde el prisma de las libertades de circulación. Sin embargo, la dureza de la aplicación del art. 30 TCEE y su contraste con la aplicación realizada en las anteriores sentencias hacía

aplicabilidad del art. 30 TCE⁴⁷⁰, desoyendo la opinión del Abogado General y de la Comisión, que consideraban la cuestión fuera del ámbito de la libre circulación de mercancías. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal estimó probado que la descarga de las mercancías podría haberse realizado con menores costes por la tripulación del buque. De tal manera que, los costes complementarios que implicaba la reserva normativa del trabajo de carga y descarga a unos trabajadores determinados, podían influir en las importaciones, por lo que dicha norma no era compatible con el antiguo art. 28 TCEE⁴⁷¹.

Como ha señalado la doctrina, 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 determinados⁴⁷². 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

metodológicamente más interesante traerla a colación en el apartado de la libre circulación de mercancías.

⁴⁷⁰ STJCE de 10 de diciembre de 1991, *Merci*, C-179/90, apartado 21.

⁴⁷¹ Puede apreciarse la similitud de este razonamiento con el desarrollado por el TJCE en las sentencias *Höfner y Job Centre*, en las que consideró contrarios a los arts. 86 y 82 TCE los derechos exclusivos concedidos a las agencias públicas de colocación de mano de obra, elaborando la llamada “teoría del monopolio deficiente”, STJCE de 23 abril de 1991, *Höfner*, C-41/90, apartado 25; STJCE de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre*, C-55/96, apartados 33 y 34.

⁴⁷² Considera DE SCHUTTER que esta falta de atención a la dimensión social del asunto pudo deberse a la mencionada aquiescencia entre las dos empresas respecto de la incompatibilidad de la norma en cuestión con el Derecho comunitario, DE SCHUTTER, O., “L’affirmation des droits sociaux...”, cit., nota 73.

de las legislaciones nacionales orientadas al mantenimiento de ciertos niveles de protección social⁴⁷³.

2.2. Los asuntos *Decker* y *Kholl*, paralelismos en la interacción entre las disposiciones nacionales de seguridad social y las libertades de circulación de mercancías y servicios.

Los asuntos de 1998 *Decker*⁴⁷⁴ y *Kholl*⁴⁷⁵ son un claro ejemplo tanto de los paralelismos en el razonamiento del Tribunal a la hora de enjuiciar los obstáculos a las libertades de circulación de mercancías y servicios⁴⁷⁶, como de la *vis* expansiva del ámbito de aplicación de estas libertades, dada la rotunda inclusión en el mismo de las cuestiones relacionadas con la seguridad social⁴⁷⁷.

⁴⁷³ Se sigue de nuevo a DE SCHUTTER, O., “L’affirmation des droits sociaux...”, cit., p. 174 que recoge las apreciaciones de DEAKIN, S., “Labour Law as Market Regulation...”, cit., pp. 75-76.

⁴⁷⁴ STJCE de 28 de abril de 1998, *Decker*, C-120/95.

⁴⁷⁵ STJCE de 28 de abril de 1998, *Kohll*, C-158/96.

⁴⁷⁶ En este sentido HUGLO, J-G, “Liberté d’établissement et libre prestation de services”, RTD eur. 34 (4), oct-déc. 1998, p. 584.

⁴⁷⁷ Debe considerarse que se trata de pronunciamientos de sobra conocidos y comentados hasta la saciedad, dadas las inquietudes que en su momento despertaron respecto a la suerte que podían correr los regímenes estatales de seguridad social frente a las libertades de circulación. La existencia de múltiples intervenciones doctrinales al respecto enerva la necesidad de tratar en profundidad los supuestos, remitiendo para ello a los comentarios específicos. Entre otros deben destacarse GONZÁLEZ VAQUÉ, L. “Aplicación del principio fundamental de la libre circulación al ámbito de la Seguridad Social: la Sentencia “Decker”, RDCE, Año N° 3, N° 5, 1999, pp. 129-140; GRAU PINEDA, M.C., “La incidencia de las sentencias Decker y Kohll sobre el reembolso de los gastos médicos producidos en otro estado miembro en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de ciencias jurídicas*, N° 4, 1999, pp. 151-172; GRAU PINEDA, M.C., “Reembolso de los gastos médicos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios ajenos a la Seguridad Social española: las sentencias Decker y Kohll del TJCE”, RMTAS, N° 19, 1999, pp. 55-80; FURET, M.-D., “Les conséquences en termes de santé publique des arrêts Kohl et Decker sur la construction de l’Europe de la santé”, *Revue du marche*

Las dos cuestiones prejudiciales tenían como objetivo la obtención de un pronunciamiento del TJCE sobre la compatibilidad de una normativa luxemburguesa con el Derecho comunitario. La misma supeditaba el reembolso de los gastos médicos efectuados fuera del territorio nacional al requisito de que el tratamiento médico o la adquisición de los productos o accesorios médicos estuvieran debidamente autorizados por el organismo de Seguridad Social competente. La adecuación de esta norma se cuestionó tanto en relación con la libre circulación de mercancías, en el caso *Decker*⁴⁷⁸, como respecto a la libre prestación de servicios médicos, caso *Kohll*⁴⁷⁹.

En ambos asuntos, las alegaciones de los Gobiernos de los Estados miembros persiguieron la no aplicación de las normas relativas a las libertades de circulación, dada la pertenencia de la disposición luxemburguesa cuestionada a una esfera específica de la Seguridad

commun et de l'Union Européenne, N° 487, 2005, pp. 253-262; ROFES PUJOL, M.I., “Los regímenes nacionales de Seguridad Social y la libre prestación de servicios sanitarios en la Comunidad: el estado de la cuestión. Las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictadas en los asuntos *Decker*, *Kohll*, *Vanbraeckel* y *Smits* y *Peerbooms*. El asunto *Müller-Fauré*”, *Noticias de la Unión Europea*, N° 222, 2003, pp. 65-75; VAN RAEPENBUSCH, S., “La libre choix par les citoyens européens des produits médicaux et des prestataires de soins, conséquence sociale du marché intérieur. Note sous les arrêts du 28 avril 1998, *Decker*, C-120/95 et *Kohll*, C-158/96”, *CDE*, Vol. 34, N° 5-6, 1998, pp. 683-698.

⁴⁷⁸ La controversia que dio origen al pronunciamiento del Tribunal tuvo lugar entre el Sr. Decker y la *Caisse des maladies des employés privés*, a la que el pertenecía como asegurado. El demandante compró unas lentes en Bélgica, solicitando el reembolso al mencionado organismo de la Seguridad Social que se lo denegó por no haber cursado, de manera previa, una solicitud de autorización para proceder a la compra. La denegación se basaba en el art. 60 del Código de Seguros Sociales de Luxemburgo y en diversas disposiciones normativas y convencionales. Al albergar dudas acerca de la compatibilidad de dichas disposiciones con la normativa comunitaria relativa a la libre circulación de mercancías, art. 28 y 30 TCE (ex arts. 30 y 36), el Tribunal luxemburgués elevó una cuestión prejudicial.

⁴⁷⁹ En este caso, sometido a la misma legislación, el Sr. Kohll, solicitó de manera efectiva y con carácter previo al organismo competente la autorización para que su hija recibiera un tratamiento en Alemania. La *Union des caisses de maladie* le denegó tal autorización por dos motivos principales: la falta de urgencia del tratamiento y la posibilidad de proceder al mismo en Luxemburgo. El Sr. Kohll impugnó la resolución, tras recurrir los distintos pronunciamientos desestimatorios el asunto llegó ante la *Cour de Cassation* que elevó la cuestión prejudicial, en términos muy parecidos a la anterior.

Social⁴⁸⁰. Haciendo caso omiso de esta pretensión, que evidentemente perseguía el establecimiento de una excepción social de carácter material, el Tribunal acogió la tesis del Abogado General Tesauro afirmando que “el hecho de que la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal esté comprendida dentro del ámbito de la Seguridad Social no puede bastar para excluir la aplicación del artículo 30 del Tratado”⁴⁸¹.

Tras esta consideración el TJCE aplicó la jurisprudencia *Dassonville*. En los dos casos el Tribunal afirmó que la norma en cuestión obstaculizaba ambas libertades, bien por incitar a los asegurados a realizar la compra de productos médicos en su Estado de origen, con lo que era susceptible de frenar la libre circulación de mercancías; bien por disuadir a los beneficiarios de la Seguridad Social de dirigirse a los prestatarios de servicios médicos establecidos en otro Estado miembro, constituyendo para éstos y para sus pacientes un obstáculo a la libre prestación de servicios⁴⁸².

Reconociendo la restricción, el Gobierno luxemburgués consideró que las restricciones derivadas de la normativa controvertida se justificaban en tres pilares básicos para el Estado: el control del gasto sanitario, la garantía del mantenimiento de un servicio médico-hospitalario equilibrado

⁴⁸⁰ Incluso el gobierno del Reino Unido se pronunció en este sentido en el caso *Decker*

⁴⁸¹ El Tribunal recuerda en primer lugar que, según reiterada jurisprudencia, el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social. Así, a falta de una armonización a escala comunitaria, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar, por una parte, los requisitos del derecho o de la obligación de afiliarse a un régimen de Seguridad Social y por otra parte, los requisitos que confieren derecho a las prestaciones. Sin embargo, en el ejercicio de esta competencia los Estados deben respetar el Derecho comunitario, por este motivo, las medidas adoptadas por los Estados miembros en materia de Seguridad Social, que pueden tener una incidencia sobre la comercialización de productos médicos e influir indirectamente en las posibilidades de importación de dichos productos, están sujetas a las normas del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, STJCE de 28 de abril de 1998, *Decker*, C-120/95, apartados 20 a 25 y STJCE de 28 de abril de 1998, *Kohll*, C-158/96, apartados 17 a 21; esta cuestión está especialmente desarrollada en las Conclusiones acumuladas del Abogado General Tesauro presentadas el 16 de septiembre de 1997, asuntos *Decker* y *Kohll*, apartados 18 y ss.

⁴⁸² STJCE de 28 de abril de 1998, *Kohll*, C-158/96, apartado 35; sobre esta cuestión ver los apartados 35 y siguientes de las Conclusiones acumuladas del Abogado General Tesauro, loc. cit.

y accesible a todos y la protección de la salud⁴⁸³. Sin acoger esta opinión, el Tribunal no consideró justificable la disposición⁴⁸⁴, recordando que los objetivos meramente económicos no pueden justificar un obstáculo al principio fundamental de la libre circulación. Por este motivo, el TJCE afirmó la incompatibilidad de la medida con los arts. 28 y 30 TCE⁴⁸⁵.

⁴⁸³ Frente a esta alegación el Tribunal recordó que los requisitos de acceso y ejercicio de las profesiones reguladas habían sido objeto de un conjunto de derecho derivado, siendo equivalentes las garantías del servicio prestado en el ámbito comunitario, STJCE de 28 de abril de 1998, *Decker*, C-120/95, apartado 42 y 43

⁴⁸⁴ La consideración de las posibles justificaciones varía de un asunto a otro. En el asunto *Decker* no consideró aplicables ni las presentes en el Tratado ni las razones imperiosas de interés general. En cambio en el asunto *Kohll* introdujo la posibilidad de utilizar la excepción de salud pública del art. 46 TCE (*ex art.* 56 TCEE). Así Afirmó el Tribunal que “(...) se debe destacar que el artículo 56 del Tratado permite a los Estados miembros restringir la libre prestación de servicios médicos y hospitalarios, en la medida en que el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional es esencial para la salud pública, e incluso para la supervivencia de su población”, STJCE de 28 de abril de 1998, *Kohll* C-158/96, apartado 51. Lo incoherente de esta diferencia ha sido señalada por BARNARD, que reivindica así la necesidad de elaborar un test común, el acceso al mercado, que clarifique la aplicación de la totalidad de las libertades de circulación BARNARD, C., “Fitting the remaining pieces...”, cit., p. 54.

⁴⁸⁵ La normativa fue considerada igualmente incompatible con la libre prestación de servicios en el asunto *Kohll*, con una afirmación que también ha devenido común en los argumentos del Tribunal de Justicia: “la naturaleza particular de ciertas prestaciones de servicios no las excluyen de la aplicación del principio fundamental de la libre circulación”. En realidad, la sentencia *Kohll* fue la primera de una larga serie de pronunciamientos en los que el TJCE abordó la compatibilidad entre disposiciones relativas a la organización de los regímenes nacionales de seguridad social y la libre prestación de servicios. Los principios sentados en *Kohll* fueron desarrollados en las SSTJCE de 12 de julio de 2001, *Vanbraeckel*, C-368/98 y *Smitis y Peerbooms*, C-157/99; así como en la STJCE de 13 de mayo de 2003, *Müller-Fauré y van Riet*, C-385/99 y la STJCE de 16 de mayo de 2006, *Watts*, C- 372/04. En todas ellas el TJCE afirmó que las prestaciones médicas dispensadas a cambio de una remuneración están comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios y que tales prestaciones no pierden su calificación de prestación de servicios a efectos del artículo 49 CE porque el paciente solicite a un servicio nacional de salud que se haga cargo de los gastos después de que él haya pagado el tratamiento recibido al prestador de servicios extranjero. Encontrándose el ámbito de la seguridad social y la asistencia sanitaria dentro del ámbito de aplicación de esta libertad, los Estados miembros no pueden mantener disposiciones que restrinjan o dificulten de manera injustificada la libre prestación de servicios. Sin embargo, a partir de la sentencia *Kohll* el TJCE perfeccionó el análisis de las justificaciones a la restricción provocada por las normas del estilo de las comentadas. Así, el Tribunal de Justicia ha considerado que el riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social es una razón imperiosa de interés general, de igual manera, el objetivo de mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos también puede estar comprendido en las excepciones por razones de salud pública previstas en el artículo 46 CE. Este artículo

A continuación, y con la voluntad de delimitar las consecuencias del asunto, el Tribunal incluyó una cláusula que matizaba la dureza de la anterior afirmación: “...no puede excluirse que un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social constituya una razón imperiosa de interés general que pueda justificar esta clase de obstáculo”⁴⁸⁶.

El Abogado General había plasmado esta doble afirmación de manera más elaborada y coherente con la jurisprudencia anterior. En palabras de TESAURO, “la salvaguardia del equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social, que constituye asimismo el objetivo esencial de la medida de referencia, no es un fin en sí mismo, sino un instrumento que (al menos) contribuye a garantizar a los asegurados prestaciones cuantitativas y cualitativas de un cierto nivel. En efecto, la quiebra del equilibrio financiero del sistema podría provocar una reducción de la protección sanitaria, con evidentes e inevitables consecuencias negativas, sobre todo, para los asegurados pertenecientes a las clases más débiles. A esto se añade que el Tribunal ya ha reconocido, por ejemplo en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social,

permite a los Estados miembros restringir la libre prestación de servicios médicos y hospitalarios, “en la medida en que el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional es esencial para la salud pública, e incluso para la supervivencia de su población”. Tal afirmación es desarrollada en la sentencia *Watts*, en la que el Tribunal propone dos soluciones para valorar el requisito de autorización previa. En primer lugar, para las medidas no hospitalarias, consideraba el TJCE que es preciso verificar si la restricción controvertida puede justificarse efectivamente a la vista de dichas razones imperiosas y pasa el test de proporcionalidad. En segundo lugar, respecto de las prestaciones hospitalarias, el Tribunal ha eliminado esta necesidad de verificación, considerando, siguiendo el razonamiento anunciado por el Abogado General Tesauro en la primera sentencia, que el requisito de someter a autorización previa la cobertura financiera por parte del sistema nacional de la asistencia hospitalaria prevista en otro Estado miembro resulta una medida a la vez necesaria y razonable. Para un resumen de esta jurisprudencia ver la Sentencia de 16 de mayo de 2006, *Watts*, C- 372/04 y las Conclusiones del Abogado General Geelhoed presentadas el 15 de diciembre de 2005 al referido asunto. Sobre la cuestión ver PRIETO, C., “Liberté d’établissement et libre prestation de services”, RTD eur. 40 (3), juill.-sept. 2004, p. 551.

⁴⁸⁶ Para valorar esta cuestión el Tribunal había dirigido una pregunta al Gobierno luxemburgués que había reconocido que la cuestión no tenía una incidencia grave en el sistema de seguridad social.

así como en el marco de la interpretación de las normas pertinentes del Estatuto de los Funcionarios, que el equilibrio financiero de los regímenes de Seguridad Social constituye un objetivo legítimo y, por ende, que merece de protección”. Abre de esta manera el Abogado una vía indirecta para ampliar la justificación por razones imperiosas de interés general. Sin rectificar la afirmación de que los motivos económicos no pueden ser considerados dentro de este tipo de justificaciones, el Abogado invita a la búsqueda del fin último de la norma, para aplicar a continuación sobre la misma el análisis de proporcionalidad habitual⁴⁸⁷.

Con *Decker y Kohl* se afirma, como ha mencionado abundante doctrina y de manera particularmente clara GIUBONNI, el final de la autonomía y de la discrecionalidad formalmente reconocida a los Estados miembros en el ámbito social⁴⁸⁸. De esta manera, el antiguo *decoupling* competencial, (lo social en los Estados miembros y lo económico en la Comunidad) deviene sobrepasado por las necesidades cada vez más acuciantes del mercado interior.

3. Las restricciones a la libre circulación de mercancías derivadas de la acción sindical.

Con carácter general debe afirmarse que las libertades de circulación se orientan al control de la actividad pública. Sin embargo, como ha

⁴⁸⁷ El Abogado aplica el test de proporcionalidad a la norma luxemburguesa, tomando como punto de referencia la no obligatoriedad del reembolso. Así, en un supuesto de reembolso obligatorio, la exigencia de previa autorización sería proporcionada como medio para controlar el gasto y mantener la estabilidad del sistema. Sin embargo, al no ser obligatorio el abono de los gastos médicos realizados en otro país, la medida deviene desproporcionada pues la cuantía finalmente reembolsada no parece susceptible de distorsionar el equilibrio mencionado. Tras afirmar este extremo el Abogado matiza de nuevo, diferenciando entre las prestaciones en estructuras hospitalarias, que implican la necesidad de una planificación y un gasto mayor y las prestaciones menores, como visitas médicas o compra de unas gafas. La obligación de obtener una autorización respecto de las primeras sería proporcional al objetivo perseguido pero no en el caso de las segundas. Conclusiones acumuladas del Abogado General Tesauro presentadas el 16 de septiembre de 1997, asuntos *Decker y Kohll*, apartados 57 y ss.

⁴⁸⁸ GIUBONNI, S., *Diritti sociale e mercato*, cit., p. 198.

señalado la doctrina, una aplicación estricta de este criterio, según el cual un comportamiento de actores privados que limitara las libertades de circulación no sería controlable, podría ir en detrimento del objetivo fundamental de la construcción comunitaria, esto es, en perjuicio de la integración económica⁴⁸⁹. A la inversa, la ampliación del ámbito de aplicación subjetivo, aun cuando reforzara la efectividad de estas normas, podría redundar en un recorte excesivo de libertades, causando, por ejemplo, la sujeción de las actividades de un sindicato a las libertades de circulación.

Esta cuestión ha sido una de las principales preocupaciones expresadas en la doctrina, especialmente a raíz del asunto *Comisión c. Francia*⁴⁹⁰. En la conocida sentencia de 9 de diciembre de 1997, relativa al conflicto transfronterizo entre los agricultores franceses y los transportistas españoles, el TJCE entró en el examen de los obstáculos a la libre circulación resultantes de la acción de los particulares. En este asunto el Tribunal consideró que la República Francesa había incumplido las obligaciones que se derivan del art. 28 (ex. 30) del TCE y del art. 10 (ex. 5) del mismo Tratado, al no adoptar “todas las medidas necesarias y proporcionadas para que determinadas acciones de particulares no obstaculicen la libre circulación”⁴⁹¹. Esta decisión recibió la crítica doctrinal no tanto por la directa aplicación de la doctrina *Dassonville* como por la

⁴⁸⁹ BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...*, cit., p. 184.

⁴⁹⁰ STJCE de 9 de diciembre de 1997, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, C-265/95. Este asunto tuvo su origen en los ataques de agricultores franceses a los productos agrícolas de otros Estados miembros ante la pasividad de las autoridades del país. Como señaló el Abogado General Lenz en sus conclusiones al asunto, presentadas el 9 de julio de 1997, en este caso el TJCE debía enfrentarse por vez primera a la cuestión de si puede considerarse a un Estado miembro responsable de un comportamiento de particulares.

⁴⁹¹ STJCE de 9 de diciembre de 1997, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, C-265/95, apartado 66.

rotunda manifestación de la *vis expansiva* de las libertades económicas comunitarias⁴⁹².

De manera indirecta, con este asunto se había abierto 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 natural. Así, ante un posible conflicto entre las libertades de circulación y los derechos colectivos, parecía evidente que el TJCE haría primar los primeros.

La gravedad de la cuestión y la profunda raigambre de los derechos de huelga y negociación colectiva en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros provocó una alarma entre los Estados miembros que tuvo como resultado una reacción normativa comunitaria. El Reglamento 2679/1998 de 7 de diciembre sobre funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías, si bien es una ratificación de la ampliación del ámbito subjetivo, implica un cierto freno a la posibilidad de extensión de las normas de libre circulación sobre la acción sindical. En esta norma, se parte de la consideración de que las acciones realizadas por particulares que perturben gravemente el buen funcionamiento del mercado interior y que puedan ocasionar pérdidas muy graves a los particulares perjudicados constituyen un atentado a la libre circulación de mercancías. Así, se considera que los Estados miembros se encuentran doblemente obligados. Por un lado en un sentido negativo, pues deben evitar mantener o adoptar medidas que puedan obstaculizar el comercio intracomunitario; por otro en un sentido positivo, procurando “todas las medidas necesarias y proporcionadas con el fin de facilitar la libre circulación de mercancías en su territorio”. De esta manera, cuando existe un obstáculo o la amenaza de una limitación a la libre circulación de mercancías en el seno de un Estado

⁴⁹² GIUBONNI, S., *Diritti sociale e mercato*, cit., p. 197.

miembro, éste debe informar a la Comisión de la existencia del obstáculo así como explicar cuáles son sus actuaciones para removerlo. Por su parte, la Comisión puede exigirle al Estado en cuestión la puesta en práctica de medidas en este sentido. En todo caso, el límite de estas obligaciones impuestas a los Estados es el respeto a los derechos fundamentales, incluido el derecho o la libertad de huelga⁴⁹³.

La doctrina ha señalado la importancia de este texto en el que se reconoce que los derechos fundamentales pueden justificar una acción (o inacción) del Estado contraria a la libre circulación de mercancías. La mención del derecho de huelga es particularmente relevante, pues es la primera, y hasta el momento la única mención, que existe de este derecho en un acto normativo comunitario. Con este reconocimiento parece haberse cerrado la puerta a la aplicación de las libertades de circulación a las acciones sindicales, aun por la vía indirecta de la obligación del Estado⁴⁹⁴.

Sección III: Los efectos de la libre circulación de servicios sobre las normas sociales estatales.

La articulación entre la libre prestación de servicios y las políticas sociales de los Estados miembros ha sido una cuestión todavía más sensible que la anterior acerca de la cual se ha producido un amplio debate⁴⁹⁵. A tenor de la jurisprudencia del TJCE sobre la cuestión pueden diferenciarse dos tipos de enfrentamiento. El primero de ellos lo protagonizan las normas estatales que, con el objetivo de proteger a los trabajadores impiden

⁴⁹³ Artículo 2. El presente Reglamento no deberá interpretarse en el sentido de que afecta en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros, incluido el derecho o la libertad de huelga. Estos derechos podrán incluir asimismo el derecho o libertad de emprender otras acciones contempladas por los sistemas específicos de relaciones laborales en los Estados miembros.

⁴⁹⁴ SZYSZCZAK, E., *EC labour law*, cit., p. 148 ; BARON, F., *Marché intérieur et Droit social...* cit., pp. 419-479.

⁴⁹⁵ PRIETO, C., “ Liberté d’établissement et de prestation de services ”, *RTD eur.* 39 (3), juill.-sept. 2003, p. 514.

directamente una determinada prestación de servicios o la someten a determinadas condiciones. Los ejemplos más evidentes son las disposiciones que obligan a recurrir a un contrato de trabajo para determinadas prestaciones y en circunstancias definidas o las previsiones normativas que impiden o dificultan el desarrollo de ciertas actividades como la cesión de trabajadores. Entre estas disposiciones y la libre circulación de servicios se produce una colisión directa⁴⁹⁶ y *ex ante*, que ha sido dirimida por el TJCE⁴⁹⁷ con una primacía general de la libertad fundamental.

El segundo tipo de restricción se produce en los fenómenos de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. En estos casos el obstáculo deriva de las normas estatales dirigidas a regular las relaciones laborales, especialmente aquéllas que fijan las condiciones de trabajo o los salarios. Estas disposiciones pueden obstaculizar la prestación de servicios de empresas establecidas en otros Estados miembros si, en su aplicación, se incluye a los trabajadores desplazados por las mencionadas empresas haciendo menos atractiva la prestación transnacional. Es esta una colisión en *itinere*, objeto de repetidas cuestiones prejudiciales mediante las cuales los Estados miembros han interrogado al TJCE acerca de cual es la norma laboral aplicable a los trabajadores desplazados.

Al examen de los dos tipos de interacción se dedican los siguientes apartados. De manera previa es necesario señalar que la preocupación por las repercusiones que el desarrollo de esa libertad puede conllevar respecto al Derecho laboral o con respecto al ejercicio de los Derechos fundamentales ha encontrado recientemente acomodo en el Derecho derivado. Así, la Directiva de Servicios, popularmente conocida como

⁴⁹⁶ BARON, F., *Marché intérieur et Droit social...* cit., p. 469.

⁴⁹⁷ STJCE de 5 de junio de 1997, *Syndesmos*, C-398/95 y STJCE de 15 de junio de 2006, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, C-255/04.

Directiva *Bolkestein*⁴⁹⁸ establece (entre muchos otros no relacionados con la materia social) los siguientes límites a su objeto: las normas sociales comunitarias⁴⁹⁹; el Derecho laboral estatal, la legislación nacional en materia de seguridad social⁵⁰⁰; y el ejercicio de los Derechos Fundamentales, con especial mención a la acción sindical⁵⁰¹.

Es necesario señalar que este cúmulo de intentos de acotar el alcance de la Directiva deriva de sus continuas modificaciones motivadas por el impacto y el rechazo social de la primera propuesta del texto, presentada en enero de 2004. La adopción del texto definitivo tras más de dos años de debate ha requerido de variaciones sustanciales. En primer lugar, la eliminación de la mención al principio del país de origen, sustituyéndolo por el ya existente y genérico principio de libre circulación; en segundo lugar, la reducción del ámbito de aplicación de la norma, mediante la introducción de 118 “considerandos” entre los que se encuentran los antes señalados; por último, la exclusión, con los mencionados defectos, del ámbito de aplicación de la Directiva del derecho del trabajo,

⁴⁹⁸ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

⁴⁹⁹ Considerando 13: “Es igualmente importante que la presente Directiva respete plenamente las iniciativas comunitarias basadas en el artículo 137 del Tratado con miras a alcanzar los objetivos de su artículo 136 relativos al fomento del empleo y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo”.

⁵⁰⁰ Art. 1.6 (en el mismo sentido, Considerando 14): “La presente Directiva no afecta al Derecho laboral, es decir, a cualquier disposición legal o contractual relativa a las condiciones de empleo o de trabajo, incluida la salud y seguridad en el trabajo, o las relaciones entre empleadores y trabajadores, que los Estados miembros apliquen de acuerdo con la legislación nacional conforme al Derecho comunitario. Tampoco afecta a la legislación nacional en materia de seguridad social de los Estados miembros.”. Cabe señalar que, como puede comprobarse, el texto repite hasta en dos ocasiones el necesario respeto de las disposiciones sociales estatales al Derecho comunitario, cuestión que no deja de sorprender por se incluyen determinadas materias sobre las cuales la competencia es exclusivamente estatal, como la determinación del salario mínimo o los derechos sindicales.

⁵⁰¹ Art. 1.7 (en el mismo sentido, Considerando 15): “La presente Directiva no afecta al ejercicio de los derechos fundamentales tal y como se reconocen en los Estados miembros y en el Derecho comunitario. Tampoco afecta al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y a emprender acciones sindicales de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales conformes al Derecho comunitario”. Al igual que en el apartado anterior, con esta redacción se ratifica de nuevo que las acciones sindicales y la regulación estatal de las mismas deben respetar las libertades de circulación.

particularmente en lo relativo a las relaciones colectivas. Aun a pesar de estas modificaciones, sigue prevaleciendo el temor entre la doctrina ante los posibles efectos de esta Directiva sobre las condiciones de trabajo. Así, recordando que “la libre circulación de servicios tiene implicaciones sobre las condiciones de los trabajadores mucho más marcadas e inmediatas que la libre circulación de mercancías”, ha señalado CANTARO que el peligro continúa recayendo en una posible interpretación más laxa del Tribunal de Justicia⁵⁰².

Efectivamente, los límites mencionados se refieren al objeto de la Directiva y no al desarrollado por el TJCE como ámbito general de aplicación de las disposiciones del TCE relativos a la libre prestación de servicios. Sin embargo, la preocupación manifestada por el legislador parece exigir hacia el futuro una coordinación con la aplicación que el Tribunal ha venido haciendo de esta libertad, que, como se analiza a continuación, no ha respetado en todos los casos las normas laborales estatales.

1. Normas laborales que condicionan o restringen el acceso a la actividad y libre circulación de servicios.

Determinadas normas laborales estatales, al imponer requisitos para el ejercicio de una determinada actividad, pueden generar una restricción a la libre circulación de servicios. El ejemplo paradigmático y sobradamente conocido ha sido el conflicto entre esta libertad y las normas estatales que prohibían la cesión de la mano de obra o la sometían a determinadas restricciones. Sin embargo, otras disposiciones, como la obligación de establecer una relación laboral para prestar determinados servicios, han sido objeto de análisis bajo el prisma de la libertad comunitaria.

⁵⁰² Sobre este tema ver el sugerente artículo de CANTARO, A., “El trabajo en la Constitución Europea. De Toqueville a Bolkestein”, *ReDCE*, N°5, Enero-Junio de 2006, pp. 31-64.

1.1. Libre prestación de servicios v. regulación estatal de la intermediación privada.

Desde el asunto *Van Wesemael*⁵⁰³ de 1979, 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

⁵⁰³ STJCE de 18 de enero de 1979, *Van Wesemael*, asuntos acumulados 110 y 111/78. En este caso el Tribunal se pronunció sobre la compatibilidad del Real Decreto belga relativo a la explotación de las oficinas de colocación privadas para artistas de espectáculos y la libre prestación de servicios. La norma belga preveía la necesidad de que estas oficinas contaran con una licencia del Ministro de trabajo. En caso de ser empresas extranjeras se les exigía pasar por la intermediación de una oficina belga con licencia. La cuestión prejudicial se elevó en el curso de un litigio provocado por las actividades en Bélgica de una empresa de colocación francesa, que había obtenido la autorización en su país, pero que no había cumplido con las previsiones del Real Decreto belga.

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*⁵⁰⁴. En este asunto el Tribunal afirmó taxativamente que la cesión de trabajadores constituye un servicio a efectos de las disposiciones de libre circulación⁵⁰⁵. 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 trabajadores⁵⁰⁶. 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.

⁵⁰⁴ STJCE de 17 de diciembre de 1984, *Webb*, 279/80. La cuestión prejudicial que originó este asunto se elevó durante un proceso penal motivado por un incumplimiento de la Ley relativa a la cesión de mano de obra holandesa que exigía una autorización previa para ejercer dicha actividad. La empresa infractora, de nacionalidad británica, poseía como en el caso anterior una autorización de su país de origen. El Tribunal resolvió la cuestión interpretando las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios en el mismo sentido que en el caso anterior.

⁵⁰⁵ STJCE de 17 de diciembre de 1984, *Webb*, 279/80, párrafo 9.

⁵⁰⁶ STJCE de 17 de diciembre de 1984, *Webb*, 279/80, párrafo 19.

Tras la sentencia *Webb* el Tribunal ha retomado la cuestión en dos recursos de incumplimiento contra Alemania e Italia⁵⁰⁷. 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.

El último capítulo de esta serie de pronunciamientos relativos a la intermediación de mano de obra lo ha protagonizado la reciente sentencia *ITC*⁵⁰⁸, relativa a las agencias de colocación privadas. En este asunto el Tribunal 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.

Con esta cuestión el Tribunal parece romper con su línea de razonamiento anterior. En efecto, como se ha señalado, al considerar la actividad de colocación como una prestación de servicios, el Tribunal ha procedido tradicionalmente a aplicar las normas reguladoras de esta libertad⁵⁰⁹. Sin embargo en el último pronunciamiento, el TJCE ha indicado la entrada en juego de las normas reguladoras de la libre circulación de trabajadores, que pueden ser alegadas por estas empresas para eliminar determinadas restricciones a su actividad impuestas por las normas estatales. Así, en el asunto *ITC*, el Tribunal ha declarado que “para ser eficaz y útil, el derecho de los trabajadores a ser contratados y empleados sin sufrir discriminación debe tener necesariamente como complemento el derecho de los empresarios a contratarlos con arreglo a las normas que rigen en materia de libre circulación de trabajadores”. Por ello en aras del

⁵⁰⁷ 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.

⁵⁰⁸ STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05, apartados 44 y 62.

⁵⁰⁹ STJCE de 18 de enero de 1979, *Van Wesemael*, asuntos acumulados 110 y 111/78, párrafo 7.

efecto útil de la libre circulación de trabajadores, “no puede excluirse que una agencia privada de colocación pueda, en determinadas circunstancias, invocar derechos directamente reconocidos a los trabajadores comunitarios por el artículo 39 CE”⁵¹⁰.

El supuesto de hecho que ha llevado al Tribunal a las anteriores consideraciones reviste características peculiares. En este caso la cuestión prejudicial se planteó en un litigio entre una empresa alemana de colocación y su propio Estado de origen, por entender la primera que una determinada normativa estatal iba en detrimento de su libertad de prestar servicios en otros Estados miembros. La disposición cuestionada ante el Tribunal de Justicia era el artículo 421 g) del Código de la Seguridad Social alemán, que recoge la figura del llamado “bono de intermediación”, destinado a cubrir a determinados trabajadores desempleados los gastos de la intermediación realizada por empresas privadas de colocación. Entre las condiciones para la obtención de esta compensación se encontraba la cotización a la seguridad social. Por este motivo, se denegó el bono de intermediación en un supuesto en el que el trabajador había sido empleado por una empresa radicada en el territorio de otro Estado, entendiéndose que la norma imponía la cotización en sistema de seguridad social alemán.

Al afirmar la aplicabilidad de la libre circulación de trabajadores, el TJCE comenzó en análisis por ésta, reiterando que la misma no puede ser obstaculizada por disposiciones nacionales que impidan o disuadan a un trabajador nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación⁵¹¹. Tras concluir que la normativa alemana producía este efecto obstaculizador, el TJCE pasó a evaluar su posible justificación. Según el Gobierno germano, la norma constituía un instrumento de la política del mercado laboral, dirigida a la mejora de la colocación y a reducir el desempleo, además de orientarse a

⁵¹⁰ STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05, apartados 21-26.

⁵¹¹ STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05, apartados 33.

proteger la seguridad social nacional. Pese a reconocer que la promoción de la contratación es un objetivo legítimo de la política social y que los Estados miembros poseen un amplio margen para el desarrollo de la misma, el TJCE descartó la posible justificación, aplicando el examen de proporcionalidad, y considerando que la normativa estatal encausada iba más allá de lo que resultaría necesario para alcanzar los objetivos previstos.

Para justificar el sentido de su posición el Tribunal retomaba una aseveración ya típica, que evidencia una vez más el desequilibrio entre los objetivos sociales y los económicos en el ámbito comunitario: “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”⁵¹².

Tras esta afirmación el TJCE procedió a evaluar la incidencia de la normativa alemana en la libertad de prestar servicios. En este caso el Tribunal evitó las referencias habituales a las especiales características de la actividad, aplicando directamente su doctrina general sobre la libre prestación de servicios y recordando que la misma se ve obstaculizada igualmente por normas que, pese a no ser discriminatorias, suponen un desincentivo a la movilidad transnacional⁵¹³. Este es el efecto producido por la norma alemana sobre propias empresas, recordando el Tribunal que la libertad comunitaria puede ser invocada por una entidad frente a su Estado miembro. Por todo ello, el Tribunal ha considerado la disposición alemana como restrictiva y contraria a la libre prestación de servicios, desestimando las posibles justificaciones por las mismas razones utilizadas respecto de la libre circulación de trabajadores.

A pesar del fallo, debe destacarse una apreciación *obiter dictum* que, como ya es habitual en la jurisprudencia del TJCE, suaviza los efectos a

⁵¹² STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05, apartados 40.

⁵¹³ STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05, apartado 55.

futuro de la sentencia. Advierte el Tribunal que la organización del mercado de trabajo, incluida la prevención de la pérdida de mano de obra cualificada puede, en ciertas circunstancias y con determinados requisitos, justificar restricciones a la libre circulación de los trabajadores (y de los servicios)⁵¹⁴. Evidentemente, una afirmación en sentido contrario sería incongruente con una de las políticas comunitarias que mayor fomento han recibido, como es el fomento del empleo⁵¹⁵.

1.2. La imposición del carácter laboral de la prestación como contraria a la libre circulación.

No son abundantes las situaciones en las que se ha producido una confrontación de este tipo, destacando fundamentalmente dos asuntos, el caso *Syndesmos*⁵¹⁶ de 1997 y el caso Comisión contra Francia, de 2006⁵¹⁷. En ambos asuntos, la norma estatal que se reputó contraria a la libre circulación imponía la laboralidad de la prestación.

En el caso *Syndesmos*, el Consejo de Estado griego elevó una cuestión prejudicial interrogando al Tribunal de Justicia sobre dos cuestiones. En primer lugar, si era posible considerar restrictiva de la libre circulación de servicios una disposición estatal que imponía un vínculo laboral para determinados guías turísticos. En segundo lugar, y sólo pertinente si la primera pregunta era respondida de manera afirmativa, el organismo remitente interrogaba acerca de la posibilidad de considerar el mantenimiento de la paz laboral como una razón de interés general.

⁵¹⁴ STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05, apartado 44.

⁵¹⁵ Política comunitaria recogida en los arts. 125 a 130 TCE. En particular, las Directrices el empleo (2005-2008) recogen la aplicación de políticas dirigidas al pleno empleo y a la reducción del paro. Estas directrices se recogen en el Anexo de la Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005 relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros, (2005/600/CE), DOUE L-205/21.

⁵¹⁶ STJCE de 5 de junio de 1997, *Syndesmos*, C-398/95.

⁵¹⁷ STJCE de 15 de junio de 2006, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, C-255/04.

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. Se perseguía con ella solucionar una cuestión que había devenido habitual ante los tribunales griegos. Éstos, al examinar la relación entre los guías turísticos y las agencias, ya habían afirmado reiteradamente la existencia de una relación laboral⁵¹⁸. La imposición de la laboralidad respondía pues, a una realidad fáctica y a la voluntad de mantener la paz social en un ámbito, el turismo, de vital importancia para la economía del país⁵¹⁹.

El Tribunal de Justicia comenzó el examen afirmando que, a pesar del carácter neutro de la norma, la misma 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. Al entender probado el obstáculo, el Tribunal procedió a examinar la posible justificación de la norma.

La mención de la vital importancia del sector turístico para la economía del país sirvió como punto de partida para que el TJCE desestimara el argumento justificativo, señalando que "... el mantenimiento de la paz laboral, como medio para poner término a un conflicto colectivo y evitar así que un sector económico, y por consiguiente la economía de un país, sufra las consecuencias negativas de tal conflicto, debe ser considerado un objetivo de naturaleza económica que no puede constituir

⁵¹⁸ El órgano jurisdiccional remitente justificó este punto señalando que las prestaciones de los guías adoptan habitualmente la forma de contrato de trabajo, citando las condiciones típicas de dependencia y ajeneidad que caracterizan la prestación.

⁵¹⁹ En realidad, los guías turísticos sujetos por la disposición problemática eran aquellos que querían acceder a una autorización para el ejercicio de la profesión, no exigible a los guías extranjeros. De la autorización se derivaban determinadas prerrogativas por lo que estos últimos podían solicitarla. Una vez autorizados, se encontraban dentro del ámbito de la disposición mencionada y se veían obligados a establecer relaciones laborales por cuenta ajena con las agencias turísticas griegas y extranjeras.

una razón de interés general que justifique una restricción de una libertad fundamental garantizada por el Tratado⁵²⁰”.

Con esta afirmación el Tribunal desoía las consideraciones del Abogado General. Éste le había sugerido afirmar, con carácter general, que la paz laboral es un objetivo que puede ser admitido como “razón de interés general”. Tras esta sugerencia el Abogado procedió a aplicarle el test de proporcionalidad a la norma concluyendo que, en el caso concreto, parecía probado que el objetivo último de la medida era el buen funcionamiento de un sector económico⁵²¹. La falta de justificación de la necesidad de la norma griega también fue apuntada por el TJCE para considerarla contraria a la libre prestación de servicios.

En sus razonamientos ninguna de las autoridades comunitarias 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 situación⁵²². Con este asunto se aprecia un refuerzo extraordinario del peso de la libertad de circulación de los guías extranjeros frente a la protección de carácter laboral de los nacionales⁵²³. Peso que parece haberse

⁵²⁰ STJCE de 5 de junio de 1997, *Syndesmos*, C-398/95, apartado 23. Esta afirmación ha sido reiterada en numerosas ocasiones a lo largo de la jurisprudencia, convirtiéndose en una cláusula de estilo presente en sentencias tan fundamentales como la STJCE de 25 de octubre de 2001, *Finalarte y otros*, asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, apartado 39.

⁵²¹ Conclusiones del Abogado General Lenz presentadas el 4 de marzo de 1997 al asunto *Syndesmos*, C-398/95, apartado 62.

⁵²² El Tribunal pudo haber evaluado esta cuestión aun cuando no fuera alegada por las partes implicadas. Se trata de una práctica realizada habitualmente por el TJCE que, en otros asuntos como el ya revisado caso *Decker* o como se verá en el asunto *Wolff*, ha examinado con minuciosidad tanto las alegaciones de las partes, como los objetivos expresos e implícitos de las normas, a efectos de valorar la adecuación de la norma nacional a las libertades de circulación (STJCE de 12 de octubre de 2004, *Wolff*, C-60/03).

⁵²³ Debe notarse que, entre ellos y por los datos aportados por el organismo remitente, sólo una minoría desearía acceder a la mencionada autorización. De esta manera, la libertad de circulación de un reducido número de prestadores de servicios, que en todo caso tenían otra vía para ejercer, provocó la eliminación de una norma que protegía a la

moderado en un asunto que presenta características similares, el caso Comisión contra Francia, de 15 de junio de 2006⁵²⁴. En este caso, el Tribunal declaró que el Estado francés había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE en dos aspectos. Por un lado, por limitar la concesión de una licencia a los agentes de colocación de los artistas establecidos en otro Estado miembro a las necesidades del mercado francés. Por otro lado, por imponer una presunción de percepción de salario para determinados artistas. Sólo va a tratarse esta última cuestión.

La norma cuestionada en este caso era el art. L. 762-1 del *Code du travail*, que establecía una presunción de laboralidad para las relaciones de trabajo de los artistas de espectáculos⁵²⁵. El contenido de dicho artículo llevó a la Comisión a dirigir un dictamen señalando que consideraba que determinados aspectos del mismo, y de otras normas francesas relativas a la actividad de colocación de artistas y la actividad de artista, eran incompatibles con los artículos 43 y 49 TCE. La Comisión consideró que, en la medida en que dicha norma laboral se aplica también a artistas procedentes de otros Estados miembros, la misma constituía un obstáculo no justificado a la libre prestación de servicios. En defensa de su normativa el Gobierno francés apuntó en primer lugar que para los artistas no

totalidad de trabajadores de un sector frente a la voluntad de la patronal de convertir los contratos de trabajo en prestaciones de servicios.

⁵²⁴ STJCE de 15 de junio de 2006, *Comisión contra Francia*, C-255/04. En realidad el TJCE ya había visitado tratado un tema similar en el asunto 9 de septiembre de 2004, *Comisión contra Austria*, C-81/03. En este caso, el Estado miembro impidió el ejercicio en su territorio de ciertas profesiones médicas técnicas, alegando motivos de interés general. Tras ser advertido por la Comisión, el Estado austriaco se plegó a las exigencias comunitarias y reformó su normativa, lo que no impidió una condena por TJCE dado el retraso de las actuaciones.

⁵²⁵ “Se presumirá que todo contrato en mérito del cual una persona física o jurídica tiene a su disposición, mediante retribución, un artista de espectáculos, con miras a su producción artística, es un contrato de trabajo siempre que ese artista no desarrolle la actividad, objeto de dicho contrato, en circunstancias que impliquen su inscripción en el registro de comercio. Subsistirá dicha presunción cualesquiera que sean la forma y el importe de la retribución, así como la calificación que las partes hayan dado al contrato. No prevalece contra tal presunción la prueba de que el artista conserva la libertad de expresión de su arte, que es propietario en su totalidad o en parte del material utilizado o que cuenta con la asistencia de una o más personas contratadas por él mismo, siempre que participe personalmente en el espectáculo”.

franceses basta con presentar un impreso para desvirtuar la presunción. En segundo lugar, y como base fundamental de su argumentación, el Gobierno afirmó la justificación de la medida por los motivos de interés general relativos a la protección social de los artistas y a la lucha contra el trabajo encubierto.

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 artistas⁵²⁶. Por ello, la misma suponía un obstáculo a la libertad de circulación que no quedaba justificado. El TJCE consideró que, aun cuando la necesidad de preservar la protección social de los prestadores de servicios pudiera eventualmente ser considerada como una “razón imperiosa de interés general”, la existencia de instrumentos de coordinación comunitaria enmarcaba la actividad del Estado miembro que no podía adoptar normas como la cuestionada⁵²⁷. Por todo ello el TJCE consideró que Francia incumplía el art. 48 del TCE⁵²⁸. Sin embargo, para limitar el

⁵²⁶ En el apartado 38 de la Sentencia el TJCE desarrolla el razonamiento afirmando que “...debe señalarse que la presunción de percepción de salario controvertida constituye, independientemente de su carácter más o menos difícil de refutar, un obstáculo a la libre prestación de servicios a efectos del artículo 49 CE. En efecto, aunque *stricto sensu* no prive a los artistas de que se trata de la posibilidad de desarrollar su actividad en Francia de forma independiente, entraña para éstos un inconveniente que puede interferir en sus actividades como prestadores de servicios. A fin de evitar que su contrato se califique de contrato de trabajo, lo cual implicaría algunos costes adicionales debido a la obligación de pagar, en Francia, las cotizaciones o contribuciones adeudadas por motivo de la afiliación al régimen de la seguridad social de los trabajadores por cuenta ajena, así como la sujeción al régimen de vacaciones retribuidas, deben probar que no actúan en cumplimiento de un trabajo por cuenta ajena, sino, por el contrario, con carácter independiente. Por lo tanto, la presunción de percepción de salario controvertida puede desanimar, por una parte, a los artistas de que se trata en cuanto a la prestación de sus servicios en Francia y, por otra, a los organizadores de espectáculos franceses a contratar tales artistas”.

⁵²⁷ STJCE de 15 de junio de 2006, *Comisión contra Francia*, C-255/04, apartados 48 y 49.

⁵²⁸ El Tribunal recomendó una vía de acomodación entre el régimen francés y el art. 49 TCE: “En estas circunstancias, como sugiere la Comisión, basta establecer un régimen de control a posteriori que lleve aparejadas sanciones disuasorias para evitar e identificar casos individuales de utilización de falsos estatutos de aficionado o de voluntario para

alcance de su decisión procedió a señalar que este incumplimiento se producía tan sólo respecto de los prestadores de servicios procedentes de otros Estados miembros⁵²⁹.

Como en el caso *Syndesmos*, la actividad que la norma pretende situar bajo una suerte de presunción de laboralidad, está caracterizada por desarrollarse con prestaciones cortas e intermitentes, lo que conlleva en numerosas ocasiones a una elusión del contrato de trabajo para acoger figuras contractuales menos onerosas para el empleador y menos protectoras para el prestador de servicios. El equilibrio es delicado, parece evidente que las estrategias estatales de lucha contra fenómenos como el trabajo encubierto pueden contener medidas legislativas que impliquen una presunción de laboralidad. La sentencia anterior y particularmente el asunto *Syndesmos* sitúa estas medidas en la cuerda floja, pendientes de que el TJCE las considere o no contrarias a la libre circulación de servicios. Habría sido deseable, cuanto menos, que el Tribunal admitiera que la lucha contra el trabajo encubierto puede ser considerada como una medida de interés general. Bien es cierto que esta sería una victoria pírrica, en tanto en cuanto la medida tendría que sobrepasar, en todo caso, el test de proporcionalidad, pero tal afirmación constituiría, al menos, un punto de apoyo para la defensa de medidas similares. Lo que estas sentencias demuestran es la capacidad de las libertades de circulación para incidir en las normas laborales, desestabilizando las garantías que las mismas imponen para el adecuado funcionamiento del mercado de trabajo.

luchar eficazmente contra el trabajo encubierto.”, STJCE de 15 de junio de 2006, *Comisión contra Francia*, C-255/04, apartado 53.

⁵²⁹ Es importante señalar que el TJCE ya había establecido el alcance del recurso con carácter preliminar recordando que la Comisión sólo había cuestionado el Derecho francés en tanto resulta de aplicación a los artistas prestadores de servicios procedentes de otro Estado miembros. STJCE de 15 de junio de 2006, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, C-255/04, apartado 36.

2. Los efectos específicos sobre las normas sociales estatales y las acciones sindicales derivados de las situaciones de desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios.

¿La movilidad de los trabajadores en el interior de un espacio social diversificado no es, en si misma, susceptible de producir una nivelación a la baja de los derechos sociales nacionales?, ¿los desplazamientos temporales de trabajadores desde establecimientos situados en Estados con legislaciones menos protectoras no son las vías de una “competencia normativa”?, ¿el derecho comunitario acepta esta competencia, la favorece o tiende a evitar una “desregulación competitiva”?⁵³⁰ En la práctica: ¿las empresas establecidas en los países de coste salarial débil pueden pretender hacer trabajar a su personal a este coste en lugar de adecuarse al propio del país donde están efectuando su prestación?⁵³¹ Estas cuestiones son algunas de las más visitadas en el debate, tanto político⁵³² como doctrinal⁵³³, acerca de la integración comunitaria.

La construcción del mercado interior ha multiplicado los interrogantes al aumentarse los supuestos de prestaciones transfronterizas de servicios para las cuales las empresas desplazan a trabajadores con carácter temporal. Esta forma de movilidad es un supuesto distinto a los

⁵³⁰ ROBIN-OLIVIER, S., “La mobilité internationale du salarié” *Droit social*, N° 5, Mai, 2005, p. 495. Como ha señalado otra autora, “Cette problématique du détachement des travailleurs dans le cadre de la prestation de service transfrontalière est un véritable morceau d’anthologie dans l’interprétation de l’article 49 CE de la Cour”, PRIETO, C., “Liberté d’établissement...”, cit., p. 882-883.

⁵³¹ RODIÈRE, P., *Droit social de l’Union Européenne*, cit., pp. 546.

⁵³² El reciente debate producido durante la gestación de la Directiva *Bolkestein* es el ejemplo más evidente de la relevancia pública de las cuestiones planteadas. La intensidad de la polémica y las múltiples enmiendas han retrasado la aprobación del texto, finalmente adoptado como Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, con una abundante cantidad de exenciones.

⁵³³ Buena muestra de ello es el informe general del Tema I, “Liberalización del comercio y derecho del trabajo”, elaborado por Lance Compa, para el XVIII Congreso de derecho del trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en París del 5 al 8 de septiembre de 2006; sobre la cuestión, con carácter de estudio general ver, MOREAU, M-A., *Normes sociales, droit du travail et mondialisation...*, cit., especialmente p. 298-304.

fenómenos migratorios tradicionales ligados a la búsqueda de trabajo, ya que en este caso se produce una movilidad “en el empleo”⁵³⁴, por voluntad y bajo la dirección del empresario⁵³⁵, durante un tiempo determinado. Se trata, como ha recordado RODRIGUEZ-PIÑERO, de “contratos extranjeros de trabajo”, ejecutados temporalmente en el país receptor de servicios y que, en principio, siguen sometidos al ordenamiento laboral de origen⁵³⁶. Dos son las notas que caracterizan a estas situaciones: el carácter temporal del desplazamiento al territorio de otro Estado miembro y la persistencia de un nexo entre el trabajador y el empresario de origen.

La proliferación del fenómeno antedicho en un espacio integrado, tanto en relación con el mercado de bienes y servicios como respecto del mercado de trabajo, no plantearía problemas. Sin embargo, en el ámbito comunitario existe una situación asimétrica, pues la consecución del mercado interior de trabajo es una realidad lejana del avanzado estado de integración económica. Por ello, el desplazamiento temporal de trabajadores sigue teniendo una característica de “internacionalidad”, al implicar la coexistencia de sistemas jurídicos distintos y, por tanto, de niveles de protección distintos⁵³⁷.

⁵³⁴ Por todos, ver. LYON-CAEN, G., “La mise à disposition internationale de salarié”, *Droit Social*, 1981, p. 747.

⁵³⁵ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., “Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo”, *R.L.*, N° 2, 1993, p. 283.

⁵³⁶ RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “El desplazamiento temporal de trabajadores y la directiva 96/71”, *RL*, N° 2, 1999, p. 79.

⁵³⁷ ROBIN-OLIVIER, S., “La mobilité internationale du salarié...”, *cit.*, p. 495; sobre la cuestión ver especialmente BARNARD, C., DEAKIN, S., “Market access and regulatory competition”, *Jean Monnet Working Paper 9/01*, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/012701.rtf>. Evidentemente, se trata de un fenómeno de alcance internacional aunque las posibles soluciones en este ámbito son mucho más complejas. Como señala PALAO, en la actualidad ha quedado demostrada tanto la incapacidad de los Estados para enfrentarse en solitario a las repercusiones que sobre los sistemas de relaciones laborales está teniendo la mundialización económica como la inoperancia de la Comunidad internacional, incapaz de construir un marco jurídico adecuado para regular la cuestión. Por ello, este autor afirma que la respuesta ha partido de los fenómenos de integración regional y muy especialmente de la CE. PALAO MORENO, G., “Las normas de Derecho Internacional Privado...”, *cit.*, pp. 312-314.

Esta diversidad de ordenamientos jurídicos laborales se convierte en un factor de especial sensibilidad por el aumento de los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de prestaciones transnacionales de servicios⁵³⁸. La conjugación de ambos factores ha multiplicado las situaciones de *dumping* social⁵³⁹ como estrategia de expansión industrial⁵⁴⁰. En la actualidad se trata ya de un fenómeno constante, que evidencia la voluntad de las empresas de considerar la “continuidad jurídica” de la relación de trabajo⁵⁴¹. Esto permite utilizar las diferencias de costes derivadas de la existencia de distintos ordenamientos laborales como factor de competencia⁵⁴², colocándose las empresas situadas en Estados miembros con estándares sociales más bajos en una posición competitiva superior⁵⁴³,

⁵³⁸ Como señala A. LYON-CAEN, la diversidad en las normas laborales ha precedido al movimiento de liberalización pero “el movimiento transforma la percepción de la diversidad que ha cesado de constituir un tema académico seductor para devenir, también, un problema político preocupante”, LYON-CAEN, A., “Droit du travail et libéralisation...”, cit., p. 28; En el mismo sentido, GIESEN, R., “Posting: social protection of workers...”, cit., p. 143.

⁵³⁹ Por todos, ver. LYON-CAEN, A., “Le droit, la mobilité et les relations du travail: quelques perspectives”, RMCUE, 1991, N° 344, p. 108; Esta afirmación se ha convertido en un lugar común tanto en la doctrina laboralista como entre la dedicada al Derecho Internacional Privado. Así puede verse en idéntico sentido a RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “El desplazamiento temporal de trabajadores...”, cit., p. 80; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores (del asunto Arblade al Portugaia)”, RDCE, Año N° 6, N° 12, 2002, p. 442; PALAO MORENO, G., “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”, REDI, vol. XLIX (1997), I, p. 376; particularmente acerca del *dumping* social vid., BARNARD, C., “Social dumping and race to the bottom: some lessons for the European Union from Delaware”, E.L. Rev., 2000, 25 (1), 57-78.

⁵⁴⁰ MOREAU, M.-A., STAELENS, P., TRUDEAU, G., “Nouveaux espaces économiques et distorsions sociales (ALENA/CEE/EEE)”, Droit social, 1993, p. 689.

⁵⁴¹ Utilizando el término acuñado por A. LYON-CAEN. Según el autor, continuidad jurídica significa que el trabajador móvil continúa sometido a las reglas aplicables antes de su desplazamiento. LYON-CAEN, A., “De la mobilité des salariés à l’intérieur de la Communauté européenne”, DS, N° 6, junio 1989, p. 468.

⁵⁴² PALAO MORENO, G., “La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Un nuevo paso hacia la consolidación de un mercado de trabajo integrado en Europa”, GJ. N° 128, Julio/Agosto, 2000, p. 45.

⁵⁴³ LYON-CAEN G. y LYON-CAEN, A., *Droit social international et européen*, cit., p. 214.

lo que puede conducir al *race to the bottom* anunciado por diversos autores⁵⁴⁴.

Las razones del paulatino aumento de la conflictividad fueron señaladas por A. LYON-CAEN que ha distinguido una triple motivación⁵⁴⁵. En primer lugar la ya mencionada falta de paralelismo entre la evolución de la convergencia en las condiciones de explotación de las actividades económicas y de las condiciones de utilización de la mano de obra. En segundo lugar, las propias características de los sectores que protagonizan mayoritariamente las prestaciones de servicios transnacionales. Entre ellos, como ocurre por ejemplo en el sector de la construcción, las condiciones de empleo de la mano de obra constituyen un factor determinante de competitividad. Por último, el autor señalaba que la posibilidad de recurrir al traslado, considerado como la modalidad de utilización de mano de obra que requiere la prestación internacional de servicios, se ha convertido en una ventaja para las empresas.

La posibilidad de que la imposición de normas laborales estatales a la mano de obra desplazada en el marco de una prestación de servicios transnacional pueda ser contraria a la libre circulación, advierte de una tensión doble. Por un lado, entre el derecho de las empresas a prestar libremente servicios en el territorio de otros Estados miembros y los derechos de los trabajadores de estas empresas a que se les reconozcan los estándares laborales impuestos por las normas del Estado de recepción. Por otro lado, junto a esta primera cuestión debe tenerse en cuenta las posibles repercusiones que el ejercicio de esta libertad implica respecto de las

⁵⁴⁴ Este fenómeno se produce cuando, en un mercado interno desregularizado, un Estado rebaja de manera unilateral sus estándares sociales intentado atraer empresas de otros Estados. Las empresas que desplazan sus operaciones en respuesta a esta rebaja realizan un *dumping* social. Frente a este fenómeno, los Estados que pierden volumen de negocios se ven inducidos a rebajar sus propios estándares para atraer operaciones o al menos retener los negocios existentes. BARNARD, C., “Social dumping and race to the bottom...”, p. 57.

⁵⁴⁵ LYON-CAEN, A., “Le travail dans le cadre de la prestation...”, cit., p. 504.

condiciones de competencia entre las empresas, fijadas tanto por las normas de defensa de la competencia como por el derecho del trabajo⁵⁴⁶.

Aun a pesar de esta situación y de la continua denuncia doctrinal⁵⁴⁷, fue necesario esperar a 1996 para que se regulara la cuestión mediante una norma comunitaria, con la aprobación Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios⁵⁴⁸. Hasta ese momento, la única mención de la norma aplicable al contrato de un trabajador desplazado se encontraba en el art. 6 del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, pero esta norma no permitía solucionar la cuestión de los desplazamientos temporales de manera adecuada.

2.1. Síntesis del marco normativo de los desplazamientos temporales de trabajadores.

Como se ha señalado, las carencias del proceso de armonización comunitario en materia social conjuntamente con la profundización de las libertades de circulación ha hecho necesario recurrir a diversas soluciones normativas para gestionar los problemas derivados de la diversidad de normas laborales. Dejando de lado las cuestiones relativas a la jurisdicción competente, interesa en este momento el examen de las soluciones existentes para determinar la ley aplicable.

⁵⁴⁶ Señala ambas cuestiones ORDOÑEZ SOLÍS, D, “La libre prestación de servicios por las empresas y los derechos de los trabajadores desplazados en la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, Nº 2001, 2000, p. 85.

⁵⁴⁷ Entre los autores españoles que reivindicaron la necesidad de una intervención normativa para solucionar la cuestión ver, especialmente: CASAS BAAMONDE, M.A., “Desplazamientos temporales de trabajadores en el interior de la Comunidad y libertades comunitarias de los empresarios”, en VV.AA., *El espacio social europeo*, Valladolid, 1991, p. 118; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., “Desplazamientos temporales de trabajadores...”, cit., p. 386, RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “El desplazamiento temporal de trabajadores...”, cit., p. 80.

⁵⁴⁸ 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.

La determinación de la norma aplicable al contrato de trabajo en el ámbito comunitario requiere atender a dos parámetros. Por un lado al Derecho internacional privado, es decir, al Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980⁵⁴⁹. Esta norma contiene en su art. 6 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. Por otro a la Directiva 96/71 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

La disposición fundamental para determinar la ley aplicable a las situaciones de movilidad transnacional de trabajadores es el mencionado artículo 6 del Convenio de Roma⁵⁵⁰. Éste impide en primer lugar y de

⁵⁴⁹ Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980, 80/934/CEE. La propuesta de Reglamento “Roma I”, de 15 de diciembre de 2005, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, llamada a reemplazar el mencionado convenio de 1980, se encuentra en tramitación. De manera paralela, se ha presentado la Propuesta modificada de Reglamento “Roma II”, de 21.2.2006, sobre ley aplicable a las obligaciones no-contractuales. La Propuesta Roma I reproduce y moderniza el antiguo convenio. Una de sus propuestas más innovadoras es la supresión de la autonomía de la voluntad en los contratos concluidos por consumidores, como medida de protección. Estos contratos pasan a regularse únicamente por la ley del domicilio del consumidor. Este cambio no se sigue en lo tocante a los contratos de trabajo, respecto a éste la propuesta mantiene la coherencia con la directiva 96/71, introduciendo una mayor claridad en los conceptos, especialmente con la concreción de la noción de desplazamiento temporal de trabajadores. Sobre la cuestión vid, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Ley aplicable a los contratos internacionales en la propuesta de Reglamento Roma I, de 15.12.2005”, Indret 3/2006, www.indret.com. No se abordará el tratamiento de la competencia judicial en la materia, acerca de esta vid. PALAO MORENO, G., “Las normas de Derecho Internacional Privado de origen comunitario en materia de contrato individual de trabajo, ante los retos de la integración europea y de la globalización”, AEDIPr., t., V, 2005, pp. 317-325.

⁵⁵⁰ Artículo 6. Contrato individual de trabajo.

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 3, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que fuera aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo.

2. No obstante lo dispuesto en el artículo 4 y a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato de trabajo se regirá :

a) por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal esté empleado en otro país, o
b) si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga lazos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país.

manera general que la libertad de elección, principio fundamental del Convenio, permita privar al trabajador de la protección mínima prevista por el ordenamiento objetivamente aplicable al contrato. Según el apartado segundo del art. 6, esta norma aplicable, a falta de pacto entre las partes, será la del lugar de trabajo habitual o la del establecimiento del empleador. Junto a estas dos soluciones el Convenio establece una cláusula de escape común a ambas, que exceptúa las respuestas anteriores cuando el contrato tenga vínculos más estrechos con otro país⁵⁵¹.

Por su parte, el art. 7 del Convenio de Roma establece la posibilidad de que se apliquen las posiciones imperativas de terceros Estados vinculados con el contrato. Señala el mismo precepto que para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, debe tenerse en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que pueden derivarse de su aplicación.

Como puede observarse, los mencionados preceptos del Convenio de Roma no asignan al desplazamiento temporal ninguna consecuencia jurídica específica. Los problemas derivados de los contratos de trabajo que no se encuentran claramente vinculados a un lugar único, no encuentran solución en el articulado del convenio pues se basa en una idea de trabajo “habitual” que ha sido del todo sobrepasada con el aumento de los traslados temporales de trabajadores por empresas que se benefician de la libre circulación de servicios⁵⁵². Esta cuestión ha sido especialmente criticada por la doctrina que, en particular a partir de la STJCE *Rush Portuguesa*⁵⁵³, no ha cesado de denunciar las estrategias de las empresas tendentes a obtener

⁵⁵¹ PALAO MORENO, G., “Las normas de Derecho Internacional Privado...”, cit., p. 329.

⁵⁵² ROBIN-OLIVIER, S., *Le principe d'égalité en droit communautaire...*, cit., p. 198, en el mismo sentido PALAO MORENO, G., “Las normas de Derecho Internacional Privado...”, cit., p. 329.

⁵⁵³ STJCE de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89. Comentada por: CALVET, V.H., DINTILHAC, F., “Droit d'établissement et libre prestation des services », RTD eur, 1991, p. 59 ; RODIÈRE, P., RTD eur, 1990, p. 638.

beneficios ligando los contratos de trabajo a los ordenamientos laborales menos protectores, demandando una norma comunitaria sobre la materia⁵⁵⁴.

La Directiva 96/71 de 16 de diciembre de 1996, que parte de la base de los arts. 6 y 7 del Convenio de Roma, fue un intento de solucionar estos interrogantes. Esta norma se aprobó en el marco del Programa de acción para la aplicación de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de 1989. En ella se delimita el conjunto materias que constituye el núcleo duro intangible de condiciones laborales. Sin embargo, lejos de configurarse como una disposición social, se orienta principalmente a permitir la libre circulación de servicios y a evitar las distorsiones en la competencia derivadas del *dumping social*⁵⁵⁵.

La estrategia adoptada en la norma comunitaria es la modulación de la regla de la extraterritorialidad del contrato. Como ha señalado PALAO⁵⁵⁶, la Directiva no sustituye al art. 6 del Convenio de Roma sino que actúa complementando el Convenio al concretar para las situaciones de desplazamiento de trabajadores el contenido de las “leyes de policía” a las que se refería el art. 7 de la norma de 1980. Para ello, en su art. 3, la Directiva 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 limitativo⁵⁵⁷. Las condiciones de

⁵⁵⁴ Sobre los límites de la articulación prevista en el Convenio de Roma ver especialmente CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., “Desplazamientos temporales de trabajadores...”, cit., p. 395.

⁵⁵⁵ La predominante finalidad económica se demuestra en la base jurídica utilizada por la Directiva, el actual art. 47.2 por remisión del 55 TCE, relativos a la libre prestación de servicios y orientados a las “prestaciones no asalariadas”. Así lo han señalado, PALAO MORENO, G., “Directiva 96/71/CE...”, cit., p. 378; RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “El desplazamiento temporal...”, cit., p. 82.

⁵⁵⁶ PALAO MORENO, G., “Directiva 96/71/CE...”, cit., p. 379.

⁵⁵⁷ Las materias son las siguientes: los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso; la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias; las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino; la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; las medidas de protección

trabajo relativas a estas materias deben ser aseguradas por los Estados miembros para todas las personas que trabajen en su territorio. Los mismos se han visto así impelidos a dotarse de un conjunto de normas imperativas mínimas, un núcleo duro indisponible, que será aplicable a todas las empresas que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la Directiva⁵⁵⁸.

De esta manera, durante el periodo del traslado de los trabajadores para efectuar la prestación del servicio, queda impuesto el respeto a las disposiciones que cada Estado considere como normas imperativas junto con los derechos resultantes de su contrato y de la ley aplicable al mismo. Para cerrar el sistema la propia Directiva, en su art. 7, prevé una derogación *in meius* de las normas del país de acogida⁵⁵⁹. Según este precepto, la concurrencia normativa debería resolverse aplicando la norma más favorable al trabajador.

En todo caso, la Directiva de 1996 presenta diversos problemas para poder ser considerada como una solución óptima a las distorsiones

aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes; la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación. El propio apartado 10 del mismo artículo establece el listado referido no es limitativo, dando igualmente entrada a las condiciones de trabajo contenidas en convenios colectivos o laudos arbitrales.

⁵⁵⁸ En su art. 1 la Directiva 96/71/CE circunscribe su aplicación a las empresas establecidas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen a trabajadores. La norma entiende como tal desplazamiento una de las siguientes medidas transnacionales: a) desplazar a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en dicho Estado miembro, al territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento; b) desplazar a un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento; c) en su calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra, desplazar a un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el período de desplazamiento.

⁵⁵⁹ Art. 7. Lo dispuesto en los apartados 1 a 6 no impedirá la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores.

generadas por los desplazamientos temporales. Dos cuestiones fueron evidentes desde el principio. Por un lado, el amplio margen de libertad dejado a los Estados miembros para determinar el núcleo duro de materias, lo cual mantenía en cierta manera la disparidad normativa. Por otro lado, la indefinición del concepto “desplazamiento temporal”, cuestión fundamental para la aplicabilidad de la norma⁵⁶⁰.

Por añadidura, el problema más grave no ha derivado de las mencionadas inconsistencias del texto sino de la aplicación del mismo que ha realizado el TJCE. En efecto, hasta su entrada en vigor, en 1999, el TJCE fue el principal protagonista en la tarea de la determinar la ley aplicable a las situaciones de desplazamiento temporal de trabajadores, aplicando a estas situaciones el análisis general establecido para los conflictos entre la libre prestación de servicios y las normas estatales.

Así, en el ámbito comunitario, la aplicación de los artículos de Convenio de Roma se ha enmarcado por el principio de primacía de las libertades comunitarias, que impone el control de cualquier restricción de las mismas bajo los parámetros ya señalados de la doctrina de las exigencias imperativas⁵⁶¹. En este sentido el Tribunal había reiterado que “(l)a pertenencia de las normas nacionales a la categoría de leyes de policía y de seguridad no las exime del respeto a las disposiciones del Tratado, so pena de vulnerar la primacía y la aplicación uniforme del Derecho comunitario. Éste sólo puede tomar en consideración los motivos en que se sustentan dichas legislaciones nacionales a la luz de las excepciones a las libertades comunitarias expresamente previstas por el Tratado y, en su caso, como razones imperativas de interés general”⁵⁶².

⁵⁶⁰ PALAO MORENO, G., “Las normas de Derecho Internacional Privado...”, cit., p. 330.

⁵⁶¹ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE...”, cit., p. 449.

⁵⁶² El Tribunal de Justicia definió el concepto de “leyes de policía” como “aquellas disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia

Como ha señalado la doctrina, con la Directiva se esperaba un cambio en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecto a la materia de desplazamiento temporal de trabajadores. Tras la “europeización” de la cuestión y la plasmación en Derecho derivado del listado de materias que forman parte de ese núcleo duro, se esperaba una autolimitación del TJCE⁵⁶³. En este sentido, QUIÑONES recordaba que la Directiva era el resultado de una decisión de política legislativa que tanto el TJCE como los jueces nacionales debían respetar, controlando su margen de apreciación⁵⁶⁴. Sin embargo, no ha sido esta la actitud adoptada por el Tribunal de Justicia, que ha mantenido los principios fundamentales de su jurisprudencia incluso en los supuestos posteriores a la entrada en vigor de la Directiva.

Tras constatar estas carencias, debe igualmente señalarse que la Directiva 96/71 se ha reconocido como un límite de necesario respeto para el avance en la liberalización de los servicios en el mercado interior. Así lo demuestra el art. 3.1 a) de la reciente Directiva de servicios⁵⁶⁵, que afirma la primacía de la aplicación de la Directiva relativa a las situaciones de desplazamiento transnacional de trabajadores en caso de conflicto con la anterior.

2.2. Parámetros generales de la construcción jurisprudencial del régimen de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios.

de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él”, SJTCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-369/96 y C-376/96, apartado 31.

⁵⁶³ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE...”, cit., p. 449. En el mismo sentido PATAUT, E., “Lois de police et ordre juridique communautaire”, en A. FUCHS, A., MUIR WATT, H., PATAUT, E., (Eds), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, éd 2004, p. 127.

⁵⁶⁴ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE...”, cit., p. 449.

⁵⁶⁵ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

El TJCE ha construido su jurisprudencia alrededor de una serie de supuestos con un denominador común. En todos los asuntos, 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 conocían de los distintos litigios han ido elevando cuestiones prejudiciales ante el TJCE.

El Tribunal de Justicia ha enfocado la cuestión desde la perspectiva de la libre prestación de servicios, sin admitir la concurrencia de la libre circulación de trabajadores⁵⁶⁶. Las repercusiones de esta diferenciación son evidentes. La libre circulación de trabajadores supone, según el art. 39.2 TCE, 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 arts. 49 y ss. TCE.

Fue el asunto *Rush Portuguesa*⁵⁶⁷ la ocasión aprovechada por el Tribunal para determinar con claridad las razones que le llevaban a considerar a los trabajadores desplazados dentro del ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios. La sociedad *Rush Portuguesa*, empresa de construcción establecida en Portugal, fue subcontratada para la realización de obras de gran envergadura en Francia, servicio para cuya

⁵⁶⁶ Hasta la ya mencionada sentencia *ITC* en la que el Tribunal admite que una empresa de cesión de mano de obra puede ampararse en la libre circulación de trabajadores para considerar contrario a la misma una norma estatal que obstaculice de alguna manera sus actividades, STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05.

⁵⁶⁷ STJCE de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89.

ejecución desplazó trabajadores portugueses. En el momento de los acontecimientos, estos trabajadores no podían beneficiarse todavía de los derechos derivados de la libre circulación de trabajadores pues el Acta de Adhesión de España y Portugal preveía la aplicación inmediata de la libre circulación de servicios pero no la de trabajadores. Por este motivo, la oficina nacional de inmigración francesa, considerando a los asalariados portugueses como trabajadores de terceros Estados, estimó que la empresa había violado el art. L 341-9 del Código de trabajo francés que establece el derecho exclusivo de la mencionada oficina para reclutar mano de obra extranjera. Así, dicho organismo se dirigió a la empresa para reclamarle el pago de una contribución especial por la violación de la mencionada disposición. La empresa recurrió la medida por considerarla contraria a su libertad de prestar servicios amparada por el Derecho comunitario.

Para la resolución del asunto el Tribunal tuvo que aclarar si era posible apreciar la incidencia de la libre circulación de trabajadores. El Gobierno francés propuso una disociación. Según su parecer, la empresa y ciertos trabajadores con cargos de confianza, debían enmarcarse en la primera, mientras que el resto del personal debía considerarse en el ámbito de la segunda. En cambio, el TJCE afirmó 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 origen⁵⁶⁸. El Tribunal tuvo oportunidad de ratificarse en su criterio en sentencias posteriores. En el asunto *Finalarte* de 2001 tanto el órgano jurisdiccional remitente como las partes implicadas consideraron aplicable la libre circulación de trabajadores, como justificación alegaron que las oportunidades de los trabajadores para ser empleados se reducen si las posibilidades de la empresa de prestar un servicio se ven afectadas por ciertas normas del país de acogida, por lo que, en realidad, deben jugar en estos supuestos las dos libertades. Esta

⁵⁶⁸ STJCE de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, apartado 15.

argumentación no fue aceptada por el TJCE que mantuvo, como única base aplicable para examinar la compatibilidad de la normativa a Derecho comunitario, los arts. 49 y ss. del TCE⁵⁶⁹.

Como ha señalado la doctrina, la evaluación de los pronunciamientos del Tribunal en los asuntos relacionados con los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios no demuestra ninguna variación en el razonamiento del Tribunal. El mismo ha utilizado el típico control en dos fases (determinación de la existencia de una restricción y estudio de la posible justificación de la misma) común a las libertades de circulación⁵⁷⁰.

En la sentencia *Rush Portuguesa* el Tribunal fijó los principios de la aplicación de la libre prestación de servicios a los casos de movilidad transnacional, repitiendo el examen habitual ya señalado en la introducción de este capítulo⁵⁷¹. En posteriores pronunciamientos, siempre respecto de normas estatales laborales, el TJCE afirmaba que “la aplicación a los prestadores de servicios de las normativas nacionales del Estado miembro de acogida puede prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las prestaciones de servicios, en la medida en que tal aplicación genera gastos adicionales y supone un aumento de las cargas administrativas y económicas”⁵⁷². Con estos pronunciamientos, como ha señalado la doctrina,

⁵⁶⁹ 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, apartados 21 y 22.

⁵⁷⁰ PATAUT, E., “Lois de police et ordre juridique communautaire”, en A. FUCHS, A., MUIR WATT, H., PATAUT, E., (eds), *Les conflits de lois...*, cit, p. 126.

⁵⁷¹ “Los artículos 59 y 60 del Tratado se oponen (...) a que un Estado miembro prohíba a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro desplazarse libremente por su territorio con todo su personal, o a que dicho estado miembro someta el desplazamiento del referido personal a condiciones restrictivas (...) En efecto, el hecho de imponer tales condiciones al prestador de servicios de otro Estado miembro lo discrimina respecto a sus competidores establecidos en el país de acogida, que pueden servirse libremente de su propio personal, y afecta además a su capacidad para llevar a cabo la prestación”, STJCE de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, apartado 12.

⁵⁷² 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

se establecía el llamado “principio del país de origen” o “cláusula del mercado interior”,⁵⁷³.

Afirmando la existencia de una restricción el TJCE acometió la segunda fase del control habitual. Para ello examinó el objetivo que perseguían las normas estatales, admitiendo en el mismo asunto *Rush Portuguesa* y en respuesta a las preocupaciones manifestadas por el gobierno francés, que “entre las razones de interés general se encuentra la protección de los trabajadores”⁵⁷⁴. Por ello, “el Derecho comunitario 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”⁵⁷⁵. Se trata de una consideración repetida en numerosas ocasiones y que el TJCE ha completado al considerar que el Derecho comunitario tampoco prohíbe a los Estados miembros imponer el cumplimiento de dichas normas por los medios adecuados⁵⁷⁶.

Sin embargo, este reconocimiento de la protección de los trabajadores como un objetivo justificado no es suficiente para justificar una restricción a la libre prestación de servicios, ni enerva su carácter fundamental. Por ello, el Tribunal de Justicia ha acompañado las

de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98, apartado 24; STJCE de 25 de octubre de 2001, de 24 de enero de 2003, *Portugaia Construções Ltda.*, C-164/99, apartado 21.

⁵⁷³ GAVALDA, C., PARLEANI, G., *Droit des affaires...*, cit., p. 200.

⁵⁷⁴ STJCE de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, apartado 18. Cuestión que ya había sido afirmada previamente en la STJCE de 3 febrero 1982, *Seco*, asuntos acumulados C-62/81 y C-63/81, apartado 14; 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 33; STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98, apartado 27.

⁵⁷⁵ STJCE de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, apartado 18.

⁵⁷⁶ STJCE de 3 febrero 1982, *Seco*, asuntos acumulados C-62/81 y C-63/81, apartado 14; SSTJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-369/96 y C-376/96, apartado 41; STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98, especialmente apartados 26 y ss; STJCE de 25 de octubre de 2001, de 24 de enero de 2003, *Portugaia*, C-164/99, apartado 21; STJCE de 12 de octubre de 2004, *Wolff & Müller*, C-60/03, apartado 37; STJCE de 14 de abril de 2005, *Comisión contra Alemania*, C-341/02, apartado, 24.

consideraciones anteriores con una precisión presente en todos los asuntos de referencia: 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 miembro en el que está establecido⁵⁷⁷ y siempre que sean necesarias y proporcionadas para la protección de los trabajadores afectados⁵⁷⁸.

A lo largo de los siguientes apartados van a desarrollarse los parámetros utilizados por el TJCE para determinar la aplicabilidad de las normas laborales en los casos de desplazamientos temporales de trabajadores, comparando sus respuestas antes y después de la entrada en vigor de la Directiva. Se utilizarán como asuntos de referencia los relativos a disposiciones estatales que fijan el salario mínimo⁵⁷⁹, así como aquellos asuntos en los que se cuestionaba la adecuación a Derecho comunitario de normas que fijaban determinadas cotizaciones patronales⁵⁸⁰. Todos ellos, menos el asunto *Mazzoleni*⁵⁸¹, se refieren al sector de la construcción⁵⁸².

⁵⁷⁷ STJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-369/96 y C-376/96, apartados 34-35; STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98, especialmente apartado 24; STJCE de 24 de enero de 2003, *Portugaia*, C-164/99, apartado 19; STJCE de 12 de octubre de 2004, *Wolff & Müller*, C-60/03, apartado 35.

⁵⁷⁸ STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98; STJCE de 24 de enero de 2003, apartado 34 y 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 49.

⁵⁷⁹ STJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-369/96 y C-376/96; STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98; STJCE de 24 de enero de 2003, *Portugaia*, C-164/99.

⁵⁸⁰ STJCE de 28 de marzo de 1996, *Guiot*, C-272/94, relativa al establecimiento de cotizaciones en concepto de derechos de “timbres de fidelidad” y de “timbres de mal tiempo”; 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, relativa a las cotizaciones a fondos de vacaciones.

⁵⁸¹ STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98.

⁵⁸² Respecto a este sector el Tribunal consideró, en una de sus sentencias más tempranas sobre la materia, que “debe admitirse que el interés general vinculado a la protección social de los trabajadores del sector de la construcción, a causa de las circunstancias específicas de este sector, puede constituir una razón imperiosa que justifique semejante

2.2.1. La determinación del objetivo de la norma.

Como ha señalado QUIÑONES, la determinación del objetivo de una norma es una cuestión harto complicada pues en todos los casos existe una diversidad de intereses en juego, no sólo los presentes en las relaciones laborales, a los que las disposiciones responden de una u otra manera⁵⁸³.

Simplificando el análisis, el Tribunal de Justicia ha omitido la referencia a una pluralidad de factores, reconociendo únicamente la protección de los trabajadores como objetivo que fundamenta las normas laborales que fijan los salarios mínimos o la protección de los trabajadores⁵⁸⁴. El TJCE no ha considerado determinantes, para delimitar los objetivos de normas que imponían el respeto del salario mínimo, las razones expresadas por los Gobiernos, ni tan siquiera las motivaciones argumentadas en las propias Exposiciones de motivos de disposiciones, considerando la intención declarada por el legislador como un indicio sobre el objetivo perseguido, y no como un dato determinante⁵⁸⁵. El Tribunal ha adoptado así un enfoque pragmático, ensayando una “búsqueda objetiva” de la finalidad de la norma y recomendando al órgano jurisdiccional del Estado miembro la consideración del contenido de la norma, más allá de los motivos de la misma⁵⁸⁶.

Los asuntos relativos a la Ley alemana sobre desplazamiento de trabajadores, proporcionan el ejemplo por excelencia del razonamiento

restricción a la libre prestación de servicios”, STJCE de 28 de marzo de 1996, *Guiot*, C-272/94, apartados 16.

⁵⁸³ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE...”, cit., pp. 441-443.

⁵⁸⁴ Debe excepcionarse un supuesto. En el asunto *Wolff & Müller* el TJCE considera que una norma que extiende la eficacia obligatoria de un convenio colectivo en el que se establece el salario mínimo beneficia a los trabajadores y de manera simultánea evita la competencia desleal por parte de empresas que retribuyan a sus trabajadores a un nivel inferior al correspondiente al salario mínimo, STJCE de 12 de octubre de 2004, *Wolff & Müller*, C-60/03, apartados 40 y 41.

⁵⁸⁵ STJCE de 24 de enero de 2002, *Portugaia Construções Ltda.*, C-164/99.

⁵⁸⁶ PRIETO, C., “Liberté d’établissement...”, cit., p. 512.

seguido por el Tribunal para valorar la cuestión. Esta disposición, declara aplicable un convenio colectivo del sector de la construcción a toda relación laboral que vincule a un empresario establecido en el extranjero con un trabajador suyo que preste servicios en el ámbito de aplicación territorial de la norma colectiva. La obligatoriedad abarca tanto al salario mínimo, cuestión debatida en las sentencias *Portugaia*⁵⁸⁷ y *Wolff & Müller*⁵⁸⁸ como a determinadas condiciones de trabajo, asunto *Finalarte*⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ STJCE de 24 de enero de 2002, *Portugaia*, C-164/99. El conflicto que dio origen al asunto se produjo cuando una oficina de empleo alemana inspeccionó las condiciones de trabajo de la empresa *Portugaia* que, con domicilio social en Portugal, había desplazado trabajadores para realizar unas obras en Alemania. Mediante la inspección se comprobó que la empresa portuguesa abonaba a los trabajadores inspeccionados un salario inferior al salario mínimo que debe pagarse de conformidad con el convenio colectivo, ordenando que se abonara la diferencia. En el fallo el Tribunal reenvió a las autoridades nacionales competentes la responsabilidad de comprobar si la normativa, “considerada de manera objetiva”, garantizaba la protección de los trabajadores desplazados. Sobre este asunto ver los comentarios: QUIÑONES ESCÁMEZ, A., RDCE, 2002 p.435-453; MINET, C., *Recueil Dalloz*, 2002, p.3303-3306; DAVIES, P., *Ind. Law J.*, 2002, p.298-306.

⁵⁸⁸ STJCE de 12 de octubre de 2004, *Wolff & Müller*, C-60/03. En este supuesto, al cual ya le era aplicable la Directiva, el señor Pereira, de nacionalidad portuguesa, demandó a la empresa alemana *Wolff & Müller*, en calidad de fiadora, el pago del salario mínimo que le debía su empresario, con domicilio social en Portugal. La demanda se apoyaba en una disposición de la ley alemana de desplazamiento de trabajadores según la cual toda empresa que le encargue a otra la realización de obras de construcción será responsable en calidad de fiador de esta empresa del pago del salario mínimo del trabajador. El asunto llegó hasta el TJCE por una cuestión prejudicial en la que un órgano jurisdiccional alemán cuestionaba la compatibilidad de esta última norma con la libre circulación de servicios. En los apartados 43 y 44 de la sentencia el TJCE vuelve a reenviar el control de proporcionalidad al órgano jurisdiccional remitente, aun señalando en el Fallo que no encuentra oposición entre el art. 5 de la Directiva y las disposiciones estatales cuestionadas. Sobre este asunto ver los comentarios, IDOT, L., “Détachement des travailleurs”, *Europe*, 2004, Décembre, Comm. N° 406 p.19; PATAUT, E., *Revue critique de droit international privé*, 2005, p.344-351; MEYER, F: *Droit communautaire du travail*, *Recueil Dalloz*, 2005, p.2783-2789.

⁵⁸⁹ 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. En este caso, se cuestionaron determinadas disposiciones de sendos convenios colectivos alemanes del sector de la construcción. En ellas se establecía un sistema de fondos de vacaciones retribuidas, orientado a asegurar los derechos de los trabajadores y a realizar un reparto equitativo de las cargas financieras entre los empresarios afectados. El convenio había sido declarado aplicable, con determinadas matizaciones, a las empresas que estando domiciliadas fuera de Alemania trasladaran trabajadores para desempeñar tareas en el sector de la construcción. El TJCE consideró que las previsiones del convenio no vulneran 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

En los tres casos el juez remitente había observado que la norma mencionada perseguía objetivos distintos a la protección de los trabajadores, ligados a intereses claramente económicos como la protección de las pequeñas y medianas empresas o la del mercado de empleo. En *Portugaia*, el órgano jurisdiccional estatal señaló que el objetivo de la norma, como se desprende de su propia exposición de motivos, es proteger el mercado de trabajo nacional -en especial ante el *dumping* provocado por la afluencia de trabajadores dispuestos a trabajar por una retribución menor-, reducir el desempleo nacional y posibilitar la adaptación de las empresas alemanas al mercado interior⁵⁹⁰. En *Wolff & Müller*, el Tribunal remitente señaló además que la norma desincentivaba la subcontratación de empresas de países en los que se considera que los salarios son bajos y, así, estimular el mercado nacional, protegiendo a las pequeñas empresas y contribuyendo a la lucha contra el paro. Por añadidura, a su juicio, tales consideraciones se apoyaban tanto en la propia exposición de motivos de la ley como del examen objetivo de esta⁵⁹¹.

Con respecto a la justificación de las normas con objetivos económicos, como se mencionó en el análisis del asunto *Syndesmos*⁵⁹², el Tribunal ha reiterado que “no cabe justificar medidas que constituyan una limitación de la libre prestación de servicios en aras de objetivos de carácter económico, como la protección de empresas nacionales”. Sin embargo, en estos asuntos y apartándose tanto de sus afirmaciones en la mencionada sentencia como de la intención claramente declarada por la propia norma, el TJCE afirmó que “aunque es cierto que la intención del legislador manifestada en la exposición de motivos de una ley puede constituir un

contribuye, de manera significativa, a su protección social, y si dicha aplicación es proporcionada respecto al objetivo de interés general que se persigue.

⁵⁹⁰ STJCE de 24 de enero de 2002, *Portugaia*, C-164/99, apartado 25; se encuentra el mismo argumento en la 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 38.

⁵⁹¹ STJCE de 12 de octubre de 2004, *Wolff & Müller*, C-60/03, apartado 18.

⁵⁹² STJCE de 5 de junio de 1997, *Syndesmos*, C-398/95.

indicio del objetivo que se persigue con ésta, tal intención no puede ser determinante”.⁵⁹³, Por ello, el Tribunal procedió a derivar al juez estatal el examen de los objetivos de la normativa controvertida, imponiendo un análisis objetivo de la norma⁵⁹⁴, 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 afectados⁵⁹⁵ o una verdadera protección adicional⁵⁹⁶.

2.2.2. Del principio de no-duplicación a la “ventaja significativa”.

Las limitaciones a la libre prestación de servicios derivadas de normas justificadas por razones imperiosas de interés general sólo son posibles si cumplen, entre otros requisitos, el principio de no-duplicación, 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 establecido⁵⁹⁷.

Este principio de no duplicación implica comparar las normas laborales en conflicto⁵⁹⁸. 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.

⁵⁹³ En cambio, “la intención declarada del legislador puede suscitar un examen más detallado de las ventajas que supuestamente ofrecen a los trabajadores las medidas que este adoptó”. STJCE de 24 de enero de 2002, *Portugaia*, C-164/99, apartados 28 y 29 y STJCE de 12 de octubre de 2004, *Wolff & Müller*, C-60/03, apartado 38.

⁵⁹⁴ PRIETO, C., “Liberté d’établissement...”, cit., p. 512.

⁵⁹⁵ STJCE de 24 de enero de 2002, *Portugaia*, C-164/99, apartados 26-28 y 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, apartados 41 y 42.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, apartados 29 y 45 respectivamente.

⁵⁹⁷ STJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-369/96 y C-376/96, apartados 34-35; STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98, especialmente apartado 24; STJCE de 24 de enero de 2003, *Portugaia*, C-164/99, apartado 19; STJCE de 12 de octubre de 2004, *Wolff & Müller*, C-60/03, apartado 35.

⁵⁹⁸ STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98, apartado 26.

Para examinar el método aplicado por el Tribunal se toman dos asuntos de referencia. En el asunto *Finalarte* 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”⁵⁹⁹ y de “protección adicional”, indicando las vías para que los órganos jurisdiccionales nacionales determinen la existencia de ambas. En relación a la primera, los tribunales estatales debían valorar si el régimen alemán de vacaciones retribuidas de los trabajadores del sector de la construcción otorgaba a los mismos determinadas mejoras que suponen en principio una ventaja potencial, como un mayor número de días de vacaciones o una retribución por día de vacaciones superior a la que le correspondería en virtud de la legislación del Estado miembro de establecimiento de su empresario. Para realizar esta tarea se imponía, sin duda, una labor comparativa, atendiendo a los términos concretos de las dos legislaciones.

Tras este primer examen, señalaba el Tribunal que era necesario determinar si esas ventajas potenciales deparan a los trabajadores desplazados una verdadera protección adicional. Para ello el órgano jurisdiccional remitente debía comprobar si era frecuente que los trabajadores en cuestión permanecieran en el país de acogida tras el servicio y si estos trabajadores, al regresar al territorio del Estado miembro de establecimiento de su empresario, pueden hacer valer realmente su derecho a que el fondo les abone la retribución de las vacaciones⁶⁰⁰. Como puede apreciarse el TJCE le exige a los Tribunales de los Estados miembros una labor no ya de apreciación del propio texto de las normas en conflicto, sino de su puesta en práctica en el caso preciso, lo cual es evidentemente complicado.

⁵⁹⁹ 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 43.

⁶⁰⁰ STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98, apartado 48.

Idéntica hercúlea tarea exige de los tribunales estatales la sentencia *Mazzoleni*⁶⁰¹. En este caso el TJCE consideró que, para verificar si se cumple el objetivo del Estado miembro de acogida, es decir garantizar a los empleados de tales prestadores de servicios el mismo nivel de protección social que se aplica en su territorio a los trabajadores del mismo sector, debía comprobarse la equivalencia de la situación de los trabajadores en términos globales. La valoración de esta cuestión requeriría un examen no ya sólo de la cuantía de las retribuciones en relación a la duración del trabajo sino también de la fiscalidad y de las cotizaciones a la seguridad social en ambos Estados.

Como señala ROBIN-OLIVER a raíz de este asunto, este método impone una comparación global entre las distintas normativas de los Estados miembros, cuestión que no puede contener mayor complejidad⁶⁰². Aun así, considera la autora que este método es el más adecuado pues se sitúa en medio de las dos alternativas extremas: la aplicación de la norma del país de acogida que obstaculizaría evidentemente la libre prestación de servicios y el triunfo del principio de país de origen que supondría una

⁶⁰¹ STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98, apartados 35 y 39. STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98. Este asunto reviste unas características particulares pues se trataba de trabajadores fronterizos, que, habitando en una zona próxima a una frontera, trabajaban en distintos Estados miembros. En este caso, una empresa establecida en Francia trasladaba a un grupo de trabajadores a Bélgica, manteniendo el salario de origen, que resultaba inferior al salario mínimo del Estado de acogida pactado en el convenio colectivo aplicable. La empresa consideró inaplicable el convenio pues parte de los trabajadores se desplazaban sólo a tiempo parcial, realizando también prestaciones en Francia. Las razones para mantener este tipo de organización se basaban en la necesidad de rotar al personal para efectuar las tareas de vigilancia y seguridad de manera más efectiva. Por ello, para no ser reconocidos por la clientela, los trabajadores de la empresa trabajaban “a tiempo parcial”, en Bélgica, cambiando de país en la misma jornada o en la misma semana o mes. El Tribunal consideró que la aplicación de las normas belgas sobre el salario mínimo podría resultar desproporcionada por las especiales características de los trabajadores. El análisis de la necesidad y de la proporcionalidad de la imposición del salario mínimo correspondía, de nuevo, a las autoridades competentes del Estado miembro.

⁶⁰² ROBIN-OLIVIER, S., “La mobilité internationale du salarié”, cit., p. 501; sobre la comparación y la competencia entre los sistemas jurídicos ver, muy especialmente, MUIR WATT, H., “La concurrence entre systèmes juridiques”, Le Group de prospective du Sénat, disponible en http://www.prospective.org/gps_front/index.php?rubrique_id=13-&tpl_id=2&contenu_id=385&id=913&lettre=.

desenfrenada carrera a la baja de los estándares laborales. Por ello, este “intento de conciliar la diversidad de los derechos con el ejercicio de las libertades económicas” parece la única solución. Ahora bien, si la voluntad no es criticable, el método utilizado por el TJCE, no ofrece ningún tipo de seguridad y está siendo utilizado como vía indirecta para modificar normas estatales en materia laboral.

Así, la legislación del país de acogida debe perseguir un objetivo considerado como una razón imperiosa de interés general e implicar una ventaja real para los trabajadores desplazados. Toda regla que cumpla estos dos requisitos pasa a continuación un control de proporcionalidad.

2.2.3. La proporcionalidad de la medida estatal.

El último paso del examen nos remite al control de la proporcionalidad de la medida. Este examen, como los anteriores, corresponde a los Tribunales de los Estados miembros. De hecho, en ninguno de los asuntos utilizados como referencias principales el TJCE ha efectuado por sí mismo este control. Sin embargo, en alguno de ellos el Tribunal ha dado una explicación pormenorizada de cómo debe realizarse dicho control, encarrilando casi completamente la labor de los órganos jurisdiccionales estatales.

La fórmula básica afirmada reiteradamente por el TJCE es la siguiente: “(l)a aplicación de las normas nacionales de un Estado miembro a los prestadores establecidos en otros Estados miembros debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo”. 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.

Revisten especial importancia por lo detallado de la guía ofrecida por el TJCE para la valoración de los órganos jurisdiccionales estatales los casos *Finalarte* y *Mazzoleni*. En el primero de ellos, el Tribunal afirmó que para verificar la proporcionalidad era necesario que la jurisdicción de reenvío procediera a ponderar, “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”⁶⁰³. Con ello debía examinarse si las ventajas potenciales se convertían en una real protección adicional en la práctica y si esta ventaja real era mayor que los perjuicios causados a la empresa por las cargas suplementarias⁶⁰⁴

En el caso *Mazzoleni* el TJCE consideró necesario ponderar “todos los elementos pertinentes”. En particular advertía el Tribunal que la aplicación de las normas del Estado de acogida “puede dar lugar, por un lado, a cargas administrativas adicionales desproporcionadas, como las que supone, en su caso, el cálculo, hora a hora, de la retribución correspondiente a cada trabajador según haya atravesado o no, durante su trabajo, la frontera de otro Estado miembro, y, por otro lado, al pago de salarios de diferente cuantía a trabajadores que dependen del mismo centro de operaciones y realizan idéntico trabajo. Esta última consecuencia podría, a su vez, generar tensiones entre los trabajadores e incluso poner en peligro la coherencia de los convenios colectivos vigentes en el Estado miembro de establecimiento”. Por todo ello considera el TJCE que en el examen de proporcionalidad debe tenerse en cuenta “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

⁶⁰³ 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 50.

⁶⁰⁴ PATAUT, E., “Lois de police ...”, cit., p. 128.

sigan estando vinculados al centro de operaciones de su empresario en el Estado miembro de establecimiento de éste”.⁶⁰⁵

Como puede observarse, el TJCE se vuelca en el examen de las cargas para la empresa, planteándose si la ventaja que pueden obtener los trabajadores de la aplicación de la medida es proporcionada a las cargas administrativas que pueden resultar de la misma para las empresas implicadas.

Este examen laborioso, y en parte precisamente por esta carga de complejidad, debe ser aplicado por los órganos competentes de los Estados miembros. Esto conlleva, además de las ya mencionadas dificultades para los jueces estatales, un peligro evidente para la aplicación uniforme del Derecho comunitario⁶⁰⁶, especialmente cuando la guía elaborada por el TJCE no ofrece una precisa determinación de los pasos a seguir y exige una operación de control que en muchas ocasiones se escapa de las posibilidades de los tribunales estatales.

2.2.4. La influencia de la Directiva 96/71 en la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios.

Entre el razonamiento del Tribunal en los asuntos a los que no les era aplicable la directiva y el dictado utilizando como referencia este texto normativo no puede apreciarse la diferencia de análisis que venía siendo demandada por la doctrina. En particular, respecto a la cuestión del salario mínimo, distintos autores habían afirmado que, considerando las precisiones que la norma comunitaria establece acerca de lo que debe ser

⁶⁰⁵ STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni*, C-165/98, apartados 35 y 39.

⁶⁰⁶ HUGLO, J-G, “Liberté d’établissement et libre prestation de services”, RTD eur., N° 4, 2001, p. 752; ROBIN-OLIVIER, S., *Le principe d’égalité en droit communautaire...*, cit., p. 198.

considerado como salario mínimo⁶⁰⁷, el análisis tradicionalmente impuesto por la jurisprudencia del TJCE debía ser modificado⁶⁰⁸. Según esta opinión, tras la finalización del plazo para transponer la directiva, los jueces involucrados deberían considerar directamente aplicable el salario mínimo del Estado de acogida, a no ser que el salario del Estado de origen derogue al primero *in meius*. Más allá de esta operación, “de cuantificación”, no habría lugar para una comparación en bloque entre la situación de los trabajadores del Estado miembro de origen y el de acogida, ni para el control de la proporcionalidad de la medida. Así, al precisar los aspectos que deben ser subsumidos en la noción de salario mínimo y determinar la elección de la ley mediante la cual debe definirse, la Directiva ha agotado la posibilidad de que el órgano jurisdiccional remitente acometa una comparación global de la situación del trabajador en las dos normativas en concurrencia. De esta manera, la Directiva debería haber impedido la utilización por parte del TJCE del examen típicamente aplicado a las normas restrictivas de las libertades de circulación⁶⁰⁹.

Sin embargo, el Tribunal ha seguido considerando pertinente el análisis de las “ventajas reales” de las disposiciones estatales que establecen

⁶⁰⁷ Respecto del salario mínimo, esta norma establece para los Estados miembros la obligación de garantizar el salario mínimo a los trabajadores desplazados en su territorio. Como salario mínimo debe entenderse la cuantía del mismo, incrementada por las horas extraordinarias, según se encuentren definido por la legislación y/o el uso nacional del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado. Los complementos correspondientes al desplazamiento se entenderán también como parte del salario mínimo, en la medida en que no se abonen como reembolso de los gastos efectivamente realizados originados por el desplazamiento, tales como gastos de viaje, alojamiento o manutención. Directiva 96/71, arts. 3.1. c) y 7 párrafo segundo

⁶⁰⁸ “El catálogo de cuestiones y el nivel mínimo que ofrece el EM de acogida no puede verse alterado por la libre apreciación del TJCE ni la del correspondiente tribunal nacional. El legislador comunitario ya ha valorado el interés general exigido por el derecho comunitario para obstaculizar justificadamente la libre prestación de servicios. Su opción de política legislativa permite preservar el derecho social del EM de acogida (contra el dumping salarial) y la nada menospreciable seguridad jurídica, un objetivo esencial del derecho comunitario”, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE...”, cit., pp. 447.

⁶⁰⁹ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Libre prestación de servicios y normas de policía sobre el salario mínimo: es oportuno el control de proporcionalidad”, *La Ley*, N° 4, 2002, p. 1966.

la obligatoriedad del salario mínimo. Examen que deriva a los dos controles típicos en la jurisprudencia relativa a las libertades de circulación: el “principio de no-duplicación”⁶¹⁰ y el control de proporcionalidad.

En términos generales, la Directiva 96/71 no ha solucionado la cuestión porque la restricción de la capacidad de los Estados miembros de someter a las empresas prestadoras de servicios a sus normas deriva simplemente de la propia prohibición de discriminaciones tanto directas como indirectas que existe en el Derecho comunitario⁶¹¹. Por añadidura, la definición de la restricción acuñada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Säger*⁶¹², no deja espacio para la aplicación de la norma del país de acogida desde el momento en que la misma, aun siendo neutra, pueda ser susceptible de impedir o restringir dicha libertad, a no ser que la misma sea adecuadamente justificada. En consecuencia, el “principio del país de origen” se deriva directamente de la jurisprudencia general del TJCE aun a pesar de la Directiva 96/71.

Por ello, siendo evidente que en este ámbito siguen aplicándose los parámetros jurisprudenciales analizados en anteriores apartados, no puede deducirse otra cosa que no sea la debilidad de la mencionada Directiva, que se convierte en una suerte de “compromiso frágil”⁶¹³. Así, pervive el problema de fondo que sigue siendo la capacidad para las empresas de “elegir” la norma aplicable al contrato de trabajo. Dicha posibilidad acaba, necesariamente, promoviendo la competencia entre los sistemas jurídicos del mercado integrado, produciéndose una especie de “competencia entre

⁶¹⁰ RADICATI DI BROZOLO, L.G., “L’influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de libre circulation”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1993, p. 406.

⁶¹¹ Un estudio en profundidad de la cuestión en, ROBIN-OLIVIER, S., *Le principe d’égalité en droit communautaire...*, cit., especialmente pp. 43-86.

⁶¹² STJCE de 25 de julio de 1991, *Säger*, C-70/90.

⁶¹³ LYON-CAEN, A., “Le travail dans le cadre de la prestation international de services, Quelques observations ”, *DS*, N° 5, Mai, 2005, pp. 352 y ss; ROBIN-OLIVIER, S., “La mobilité international du salarié”, cit., p. 945.

países por la vía del derecho”⁶¹⁴. Por añadidura, es también sabido que los sectores principalmente afectados son aquellos como la construcción de navíos o la ejecución de grandes trabajos. En la mayoría de casos se trata de servicios que se adjudican mediante una oferta, a la que las empresas concurren. La competencia entre las mismas será afectada por las cargas sociales derivadas de los derechos que la norma aplicable reconozca a los trabajadores⁶¹⁵.

3. Acción colectiva y libre prestación de servicios.

En ninguno de los casos reseñados en los epígrafes anteriores el Tribunal ha valorado directamente la adecuación de un convenio colectivo a la libre circulación de trabajadores. En todos los asuntos la norma cuestionada era una disposición derivada del poder estatal, que en ocasiones declaraba la aplicabilidad obligatoria de un determinado convenio. Sin embargo, en una ocasión el Tribunal ha entrado en la calificación de la propia estructura de la negociación colectiva alemana, dejando la puerta abierta a multitud de interrogantes. En el caso *Portugaia*, el órgano jurisdiccional remitente señaló que según el ordenamiento jurídico alemán en materia de convenios colectivos, los representantes de los trabajadores y de 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, aducía el Tribunal estatal, los empresarios de los demás Estados miembros carecen de la posibilidad de celebrar convenios colectivos de ámbito reducido con un sindicato alemán, y evitar de esa manera la aplicación del convenio colectivo de rango superior. Al analizar esta cuestión el TJCE consideró que esta diferencia

⁶¹⁴ JEAMMAUD, A., "La condition du travailleur...", cit., p. 375

⁶¹⁵ LYON-CAEN, A., "Le travail dans le cadre de la prestation international...", cit., p. 504

entre las posibilidades para un empresario nacional y otro extranjero constituía una restricción injustificada de la libre prestación de servicios⁶¹⁶.

De esta manera el Tribunal de Justicia parece cuestionar la estructura de la negociación por la vía de las libertades de circulación, la ausencia de otros pronunciamientos similares, a la espera de la resolución de los asuntos *Vaxholm* y *Viking*, hace imposible valorar exactamente el alcance de la cuestión. Aun así, la mera presentación de estas dos cuestiones prejudiciales durante el año 2005 ha suscitado una especial atención por el impacto que la decisión del TJCE puede tener sobre los sistemas estatales de negociación colectiva.

En estos casos, dos tribunales, sueco y británico, han planteado ante el Tribunal de Justicia diversas cuestiones de carácter fundamental: ¿Es compatible con las disposiciones del TCE relativas a la libre circulación de servicios, con el principio de no discriminación por razón de nacionalidad y con la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores, que los sindicatos, mediante medidas de conflicto colectivo consistentes en el bloqueo de actividades, intenten inducir a una empresa extranjera que presta servicios temporalmente a que firme en el Estado de acogida un convenio colectivo relativo a las condiciones de trabajo y empleo?⁶¹⁷ Cuándo un sindicato realiza una acción colectiva contra una empresa privada para instarla a celebrar un convenio colectivo que desincentiva la libre circulación de servicios, ¿constituye tal acción una restricción a efectos del art. 43 TCE?⁶¹⁸

⁶¹⁶ STJCE de 24 de enero de 2003, *Portugaia*, C-164/99, apartado 35

⁶¹⁷ Petición de decisión prejudicial planteada mediante resolución del Arbetsdomstolen, de 15 de septiembre de 2005, en el asunto entre *Laval un Partneri Ltd* y *Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, *Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1 Byggetan*, y *Svenska Elektrikerförbundet*, C-341/05. Los antecedentes de este asunto pueden encontrarse en EKLUND, R., "European Developments, the Laval Case", ILJ, Vol. 35, Nº 2, June 2006, pp. 202 y ss.

⁶¹⁸ Petición de decisión prejudicial planteada mediante resolución de la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division), de fecha 23 de noviembre de 2005, en el asunto entre 1) *The International Transport Workers' Federation* 2) *The Finnish Seamen's Union* y 1) *Viking Line ABP* 2) *OU Viking Line Eesti*, C-438/05. Sobre este caso vid. DAVIES,

La primera cuestión, ya conocido como “caso Laval”, fue elevada por un Tribunal sueco en el curso de un procedimiento cuyo origen fue un conflicto colectivo protagonizado por un sindicato sueco de la construcción⁶¹⁹. La segunda petición de decisión prejudicial, en el llamado asunto *Viking*, se elevó igualmente en el ínterin de un conflicto laboral⁶²⁰. En este caso, las acciones colectivas del sindicato fueron consideradas por la empresa como contrarias a las previsiones del TCE que regulaban la libre circulación de servicios. Por su parte los sindicatos argumentaron que dada una acción colectiva considerada legal en un Estado miembro y teniendo en cuenta que las competencias sobre la materia son estrictamente estatales, no podía considerarse de aplicación las normas comunitarias sobre libertades de circulación. Junto con esta opinión los sindicatos admitieron que sus acciones no tenían por que ser, en todo caso, cubiertas por esta excepción,

A.C.L., “The right to strike v. freedom of establishment in EC law: the battle commences”, ILJ, Vol. 35, Nº 1, March 2006, pp.75 y ss.

⁶¹⁹ Una empresa. (Laval), cuya sede central se encuentra ubicada en Lituania, ganó un concurso para la construcción de una escuela en dicho municipio. Para la ejecución de dicha obra así como para la realización de otras actividades de construcción en Suecia, la empresa desplazó a trabajadores lituanos. Las relaciones laborales de Laval se enmarcaban en dos convenios colectivos firmados con los sindicatos de la construcción de Lituania. El sindicato sueco de trabajadores de la construcción contactó con la empresa lituana y se iniciaron las negociaciones para la conclusión de un acuerdo colectivo, exigiendo que la empresa firmara las mismas condiciones que habitualmente se pactan en empresas suecas del sector, incluyendo la fijación de un salario acorde con el salario medio sueco en la construcción. La negativa de la empresa, argumentando que sus condiciones de trabajo y sus salarios eran acordes con los fijados en los convenios colectivos lituanos, provocó el comienzo de un boicot sindical, paralizando la obra y los trabajos en todos los centros de la empresa Laval. La empresa lituana consideró que esta acción sindical era contraria a derecho y presentó una demanda ante la Magistratura de Trabajo Sueca contra el sindicato. El 15 de septiembre de 2005 se presentó una cuestión prejudicial ante el TJCE.

⁶²⁰ El conflicto se suscitó entre un sindicato finlandés (FSU) y la empresa *Viking*, propietaria de un buque, de la misma nacionalidad, cuya tripulación se beneficiaba de un convenio colectivo negociado por el mencionado sindicato. *Viking* manifestó su voluntad de abanderar el barco en Estonia y aplicar las condiciones laborales, menos estrictas, vigentes en la normativa de este Estado. Las negociaciones para conseguir un nuevo convenio, instadas por la empresa, fueron infructuosas y el sindicato notificó el inicio de una serie de acciones colectivas contra el proceso de re-abanderamiento del buque. Para evitar estas acciones la empresa *Viking*, cuya sede principal se encuentra en el Reino Unido, presentó una demanda, iniciando un procedimiento en el curso del cual se elevó la cuestión prejudicial, por entender que las cuestiones suscitaban interrogantes en relacionados con el Derecho comunitario.

pero sí cuando se tratara de negociar cuestiones como los niveles salariales⁶²¹. El Tribunal británico decidió acudir al TJCE planteando diez cuestiones con carácter prejudicial de entre las cuales deben destacarse dos.

En su primer interrogante, la *Court of Appeal* plantea si la acción sindical debe escapar del ámbito de aplicación de las normas que regulan la libre circulación de servicios en virtud de la política social de la Comunidad. Justificando esta posibilidad el Tribunal remitente apuntaba la jurisprudencia *Albany*, como ejemplo de afirmación de la necesidad de coherencia las previsiones de política social con las normas relativas a la defensa de la competencia⁶²².

Sin embargo, en el ámbito de las libertades de circulación el referente podría ser igualmente el caso *Bosman* en el cual Tribunal de Justicia afirmó que "...la eliminación, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas correría peligro si la supresión de las barreras de origen estatal pudiera ser neutralizada con obstáculos derivados de actos realizados en ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones y organismos que no están sometidos al Derecho público"⁶²³. Se retoma en este asunto la afirmación realizada en el asunto *Walrave*⁶²⁴ en la que el Tribunal se refirió, además de a la libre circulación de trabajadores, a la libertad de prestar servicios. Evidentemente en estos casos el Tribunal no se estaba pronunciando acerca de un convenio colectivo sino a normas adoptadas por asociaciones deportivas. Sin embargo, la amplitud del pronunciamiento abre el campo a la introducción de otro tipo de

⁶²¹ Estas opiniones han sido plasmadas en el documento elaborado por la Confederación Europea de Sindicatos, estando disponibles en la dirección : http://www.etuc.org/IMG/pdf/Briefing_paper_-FINAL_VIKING_19.12.2005.pdf

⁶²² STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, apartados 52 a 64. En efecto, en este caso, el Tribunal consideró que los convenios colectivos estaban exentos del ámbito de aplicación de las normas de la competencia en razón de su naturaleza y de su objeto, justificando esta afirmación, entre otras cuestiones, en el reconocimiento comunitario de la negociación colectiva.

⁶²³ STJCE de 15 de febrero de 1995, *Bosman*, C-415/93, párrafo 85.

⁶²⁴ STJCE de 12 de diciembre de 1974, *Walrave*, 36/74, párrafo 18.

disposiciones, no derivadas del poder público y orientadas a la ordenación de las relaciones laborales, como son los convenios colectivos⁶²⁵.

La segunda cuestión se orienta a dilucidar si los sindicatos entran en el ámbito de aplicación subjetivo de las libertades de circulación, teniendo presente que las mismas se orientan a controlar el comportamiento de los Estados miembros. En este caso, parece probable que la respuesta del Tribunal se inspire en el ya comentado Reglamento 2679/1998 de 7 de diciembre sobre funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías. Aun cuando se trate del ámbito de la libre prestación de servicios parece evidente la relevancia de esta norma. En la misma, cabe recordar, se parte de la obligación estatal de promover “todas las medidas necesarias y proporcionadas con el fin de facilitar la libre circulación de mercancías en su territorio” para imponer como límite a estas obligaciones el respeto a los derechos fundamentales, incluido el derecho o la libertad de huelga⁶²⁶.

Sección IV. Valoración de la aplicación de las libertades de circulación a la ordenación estatal de las relaciones laborales.

De la experiencia normativa y jurisprudencial analizada puede concluirse que, en la actualidad, las condiciones en las que un Estado miembro puede hacer respetar su normativa en materia social frente a las libertades de circulación comunitarias son estrictas. El TJCE ha establecido con carácter general la afirmación de que la legislación estatal, aun cuando tenga naturaleza social o laboral, puede tener efectos restrictivos sobre los

⁶²⁵ Apuntaba esta cuestión RACLET, A., *Droit communautaire des affaires et prérogatives...*, cit., p. 263.

⁶²⁶ Artículo 2. El presente Reglamento no deberá interpretarse en el sentido de que afecta en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros, incluido el derecho o la libertad de huelga. Estos derechos podrán incluir asimismo el derecho o libertad de emprender otras acciones contempladas por los sistemas específicos de relaciones laborales en los Estados miembros.

intercambios en el mercado interior⁶²⁷, entrando en el campo de aplicación de las libertades de circulación. Esto le permite controlar los objetivos de la acción estatal, las vías utilizadas, la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las normas sociales estatales con respecto a sus objetivos y, fundamentalmente, su incidencia sobre la libertad de circulación del empresario⁶²⁸.

Como ha sido recordado por POIARES⁶²⁹, debe tenerse en cuenta que el origen de esta labor del TJCE se encuentra, en la mayoría de los casos, en una inquietud de las jurisdicciones nacionales, que elevan las cuestiones prejudiciales al respecto. Las distintas sensibilidades entre los mencionados tribunales explican en parte el por qué una mayoría de conflictos se ha producido respecto a normas e instituciones de los Estados miembros más antiguos y con más tradición comunitaria, siendo el conflicto menos frecuente en Estados de reciente incorporación⁶³⁰. Puede así afirmarse que “el impacto del Derecho comunitario puede ser más fuerte en áreas donde los tribunales nacionales requieren del mismo para la corrección de problemas nacionales que no pueden ser solventados mediante reglas estatales”⁶³¹.

Las repercusiones de esta línea jurisprudencial impulsada en numerosas ocasiones por la inquietud de diversos actores estatales, han sido diversas. En algunas ocasiones un Estado miembro se ha visto obligado a cambiar su legislación laboral por considerarse incompatible con las

⁶²⁷ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Derecho del trabajo y disciplina de mercado”, cit., p.5.

⁶²⁸ RODIÈRE, P., RTD eur. 2003, p. 542.

⁶²⁹ El autor acomete un estudio en extenso de la jurisprudencia del TJCE en algunas de sus obras. Destaca como análisis general, POIARES MADURO, M., *We the Court...* cit.

⁶³⁰ Como señala POIARES debe recordarse que “los tribunales nacionales no son instrumentos pasivos de la “Europeización” de los ordenamientos jurídicos estatales. Ellos han sido participantes activos de la construcción del ordenamiento jurídico comunitario y han entrado in un verdadero diálogo con el TJCE más allá de cualquier construcción jerárquica de la ley”, POIARES MADURO, M., “Never on Sunday-What has (EU) Law got to do with it?”, en SCIARRA, S., (Ed.), *Labour law in the Courts...*, cit p. 284.

⁶³¹ POIARES MADURO, M., “Never on Sunday...” cit., p. 283.

libertades de circulación⁶³²; en otras, la acción estatal considerada incompatible era la imposición de su normativa laboral a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros que actuaban en su territorio.

Es esta última una de las cuestiones más complejas y que han sido objeto de mayor tratamiento jurisprudencial y doctrinal. Como se afirmó en capítulos precedentes, el derecho del trabajo establece estándares que permiten la competencia equitativa entre empresas. Así, el régimen jurídico laboral fija unas condiciones para la explotación de la mano de obra que deben ser respetadas por la generalidad de los empresarios que compiten en el ámbito de aplicación de dichas normas laborales⁶³³. Cuando una empresa procedente de otro Estado miembro mantiene sus condiciones laborales de origen al prestar servicios en el Estado receptor, se produce una alteración de las condiciones de competencia fijadas por las normas laborales estatales, que acabarán siendo cuestionadas por los empresarios establecidos en el mismo, en reivindicación de una reducción de dicho nivel de protección para poder luchar en igualdad de condiciones⁶³⁴.

Las autoridades comunitarias, conscientes de estas repercusiones, han manifestado, en cierta manera, una voluntad de limitar la extensión del ámbito de aplicación de las normas que regulan el mercado interior. Ésta cuestión se detecta tanto en el plano normativo como, en menor medida, en la jurisprudencia del TJCE. En el Derecho derivado son varios los indicadores de la preocupación por delimitar la acción de las libertades de circulación respecto del ámbito laboral. Por un lado el Reglamento 2679/1998 de 7 de diciembre sobre funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías. El mismo reconoce que los

⁶³² STJCE de 5 de junio de 1997, *Syndesmos*, C-398/95.

⁶³³ LYON-CAEN, G. “L’infiltration du Droit du travail...”, cit., p. 313.

⁶³⁴ Conclusiones del Abogado General Misho, presentadas el 13 de julio de 2000, al asunto, *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 39.

derechos fundamentales pueden justificar una acción (o inacción) del Estado contraria a la libre circulación de mercancías, mencionando expresamente el necesario respeto del derecho de huelga. Por otro, y aun a pesar de las carencias argumentadas en los epígrafes anteriores, la Directiva 96/71, que ha tratado de establecer un clima de competencia leal mediante la garantía del respeto a los derechos de los trabajadores desplazados⁶³⁵. Por último, la Directiva de servicios de 2006⁶³⁶ impone como límites a su objeto los derechos laborales estatales y los Derechos fundamentales. A continuación esta norma sitúa de manera clara fuera de su ámbito de aplicación las condiciones de trabajo y empleo según quedan recogidas en la Directiva 96/71 para las situaciones de desplazamiento transnacional de trabajadores.

Por su parte, como ha señalado la doctrina, el Tribunal de Justicia ha mantenido una actitud variable con respecto a la aplicación de las libertades de circulación a las normas laborales de los Estados miembros. Dos son los rasgos que pueden destacarse del conjunto de la jurisprudencia del TJCE sobre la cuestión. En primer lugar, como ha señalado BARNARD, la marcada influencia de la repercusión política de la materia evaluada en la decisión del Tribunal⁶³⁷. Éste parece haber adoptado una suerte de “activismo mayoritario”, siendo especialmente cauteloso con determinadas cuestiones⁶³⁸, según la trascendencia de las mismas en los Estados miembros.

En segundo lugar, y más relevante, la jurisprudencia del Tribunal revela una clara indiferencia respecto del carácter laboral de la norma

⁶³⁵ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Derecho del trabajo y disciplina de mercado”, cit., p.4.

⁶³⁶ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

⁶³⁷ BARNARD, C., *The substantive law of the EU...* cit., p. 113.

⁶³⁸ POIARES MADURO, M., *We the Court...*, cit., p. 24.

estatal⁶³⁹. La pertenencia de una norma estatal al ámbito del derecho del trabajo no ha sido un factor tenido en cuenta por el Tribunal que ha fundamentado su análisis en la influencia de la disposición sobre el comercio intracomunitario⁶⁴⁰. Como ha podido apreciarse en determinadas ocasiones el TJCE ha aplicado un análisis similar a una norma laboral y a una regulación comercial⁶⁴¹. De hecho, aun cuando ambas regulaciones tenían carácter general, no producían una discriminación entre los productos nacionales y extranjeros e implicaban el cierre de un gran número de comercios en domingo, es innegable que los puntos de partida y los objetivos de las normas eran diversos. Recurriendo a la simplificación puede afirmarse que la norma laboral parte de una situación de desigualdad, siendo su objetivo la protección del trabajador. Así, para evitar los abusos del empresario, impone unos mínimos, relacionados con la dignidad del individuo, que no pueden ser utilizados como factor de competitividad. Por el contrario, las regulaciones comerciales parten de la igualdad de los sujetos en el mercado, creando unas condiciones básicas para ordenar la competencia empresarial, cuyo objetivo no es similar al perseguido por las normas laborales. La evaluación de ambas normativas con parámetros idénticos desatiende su razón de ser y sus funciones en la estructura de los ordenamientos jurídicos estatales.

Esta línea jurisprudencial variable del Tribunal a la hora de delimitar las fronteras del ámbito de aplicación de las libertades de circulación es la cuestión más preocupante, porque limita los intentos de articulación de las libertades de circulación y las normas laborales estatales acometidos por la

⁶³⁹ Como recuerdan las Conclusiones del Abogado General Van Gerven presentadas el 29 de junio de 1989, asunto *Torfaen*, C-145/88.

⁶⁴⁰ Conclusiones acumuladas del Abogado General Van Gerven presentadas el 22 de noviembre de 1990 en los asuntos *Conforama*, C-312/90 y *Marchandise* C-332/89; El Abogado amplió sus argumentos al respecto en sus Conclusiones acumuladas presentadas el 8 de julio de 1992 a los asuntos *Reading Borough Council*, C-304/90; *Council of the City of Stoke-on-Trent* y *Norwich City Council*, C-169/91 y *Rochalde Borough Council*, C-306/88, apartados 8 y 9.

⁶⁴¹ SSTJCE de 28 de febrero de 1991, *Conforama* C-312/189 y *Marchandise*, C-332/89.

vía del derecho derivado. En definitiva, 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. De igual manera, se presenta como fundamental un cambio en la línea jurisprudencial del TJCE, limitando las exigencias que la construcción del mercado interior impone a los ordenamientos laborales estatales. En caso contrario, la aplicación de las libertades de circulación sobre el derecho del trabajo estatal puede llegar a suponer la vulneración de una de las cuestiones básicas para la ordenación de las relaciones laborales, como es su papel ordenador de la competencia en el mercado.

Tomando en consideración lo antedicho se plantea una propuesta de *lege ferenda* a efectos de “inmunizar” las normas laborales estatales frente a la aplicación de las libertades de circulación. Para ello, se acoge lo sugerido por BAQUERO como disposición conjunta que regule el concepto de restricción para todas las libertades de circulación⁶⁴², introduciendo un aditivo (en cursiva) al apartado primero de la sugerencia del autor.

“1. Quedarán prohibidas entre los Estados miembros todas las restricciones a la libre circulación de los factores económicos. *No se considerarán restricciones las disposiciones legales o contractuales (individuales o colectivas) relativas a las condiciones de trabajo, incluida la salud y seguridad en el trabajo, las relaciones entre empleadores y trabajadores, los salarios y las materias de seguridad social que los Estados miembros apliquen de acuerdo con la legislación nacional. Tampoco pueden considerarse restrictivas las acciones derivadas del ejercicio de los derechos fundamentales, particularmente la acción sindical, incluyendo la negociación colectiva tal y como se reconocen en los Estados miembros y en el Derecho comunitario*”.

⁶⁴² BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...*, cit. p. 166.

2. Esta prohibición no será obstáculo para aquellas restricciones justificadas por razones de interés público tales como razones de orden público, moralidad y seguridad pública, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional, protección de las políticas industriales, ambientales o de defensa de los *trabajadores* y consumidores, o protección de la propiedad industrial o comercial.

3. No podrá justificarse ninguna restricción que constituya una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros, o si los niveles de protección alcanzados por los Estados miembros empleando medios distintos fueran equivalentes”.

Capítulo III: El control de la norma laboral por el Derecho comunitario de la competencia.

Afirmaba M. RODRIGUEZ-PIÑERO que “el principio de competencia libre y no falseada, elevado a base constitucional del ordenamiento jurídico comunitario, por su transversalidad, incide mediatamente en los Derechos del trabajo nacionales...”⁶⁴³. Efectivamente, y aun cuando el ámbito subjetivo de aplicación del Derecho comunitario de la competencia es la empresa⁶⁴⁴, las fronteras entre éste y las normas e instituciones estatales de carácter social se han venido difuminando parcialmente⁶⁴⁵, corroborándose en cierta medida el carácter invasor que le auguraban ciertos autores⁶⁴⁶.

No existe entre las normas de la competencia comunitarias del TCE una exención social que, al estilo de la norteamericana, limite el ámbito de aplicación de las mismas. La ausencia de tal previsión normativa ha convertido al TJCE en el protagonista de la articulación, pudiéndose derivar de su jurisprudencia la existencia de una interacción doble. Por un lado, las normas destinadas a organizar el comportamiento de las empresas en el mercado, establecidas en los artículos 81 y siguientes del TCE, están siendo utilizadas para cuestionar la acción colectiva de las organizaciones de trabajadores, particularmente la negociación colectiva. Por otro, las normas orientadas hacia el control de la actividad estatal, artículos 86 a 89 del TCE, están impactando sobre distintos tipos de normas e instituciones de carácter social.

⁶⁴³ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Ayudas públicas para el empleo v. libre competencia”, cit., p.1.

⁶⁴⁴ STJCE de 16 de septiembre de 1999, *Becu*, C-22/98, apartado 24.

⁶⁴⁵ PUTMAN, E., “les rapports entre droit social ...”, cit., p. 108.

⁶⁴⁶ IDOT, L. “Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence ? À propos de quelques développements récents...” *Europe*, janvier 1996, p. 1; también ROCELLA coincide con la afirmación de la interacción creciente entre las normas de la competencia y el derecho del trabajo, que demuestran una, ROCELLA, M., *La Corte de Giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 105.

La clasificación de estos distintos escenarios de la interacción así como el grado de fricción existente en cada uno de ellos ha sido objeto de distintos posicionamientos doctrinales. La sistematización propuesta por A. LYON-CAEN⁶⁴⁷ establece dos grandes grupos. El autor sitúa en un primer lugar los conflictos derivados del choque entre el derecho de la competencia y la acción colectiva. En un segundo grupo se encuentran las situaciones de encuentro entre el derecho de la competencia y la acción normativa estatal en materia social, diferenciando en otras tres vertientes: los servicios de empleo, las ayudas al empleo y la reglamentación de la relación laboral. Entre ambos conjuntos se situarían las cuestiones relacionadas con la organización de la protección social, donde intervienen distintos actores y existen distintos niveles de intervención pública y diferentes sistemas de organización.

Otra clasificación ha sido la aportada por BALANDI, que ha sistematizado los escenarios del conflicto en una suerte de círculos concéntricos, diferenciando lo que, a su juicio, evidencia realmente el conflicto entre el derecho del trabajo y las normas de la competencia y lo que son cuestiones adyacentes. Para este autor, las tres áreas de conflicto nuclear o *stricto sensu* son las relacionadas con la libertad sindical, los conflictos colectivos y la regulación normativa de las relaciones de trabajo⁶⁴⁸. En cambio, las cuestiones relativas a los monopolios en los servicios de empleo, a las ayudas de Estado y a las cuestiones relacionadas con la seguridad social se encuentran, atendiendo a la opinión del autor italiano, en la periferia del conflicto y tienen una solución que se aleja del enfrentamiento entre el derecho del trabajo y el derecho de la competencia. Estas fricciones no afectan estrictamente a la relación laboral, porque se

⁶⁴⁷ LYON-CAEN, A., "Droit social et droit de la concurrence...", cit., p. 335.

⁶⁴⁸ BALANDI, G. G., "La Constitución Europea...", cit., pp. 138 y ss.

refieren a la condición jurídica del ciudadano, entendido como tal y no como trabajador, en el mercado⁶⁴⁹.

Por su parte SCIARRA coincide parcialmente con ambos autores. Según la autora, las cuestiones relativas a los servicios de empleo y a los fondos de pensiones muestran claramente como el TJCE ha extendido el ámbito de aplicación de las normas de la competencia al ámbito social. Sin embargo, la cuestión de los convenios colectivos exige una mayor atención por ligarse a uno de los pilares fundamentales del derecho del trabajo y tratar un derecho fundamental a la negociación colectiva⁶⁵⁰.

En la doctrina española se ha apuntado otra triple clasificación, enunciada por RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO y RIVAS VAÑÓ⁶⁵¹. La competencia en el mercado de trabajo es un primer escenario del conflicto entre las normas laborales y las normas de la competencia, sean las primeras de origen estatal o convencional. El trabajo como factor de competencia es el segundo ámbito de colisión. Consideran los mencionados autores, que las diferencias entre los distintos ordenamientos estatales influyen en la competencia en el mercado interior, y que esto se manifiesta especialmente en los conflictos entre las ayudas de Estado al empleo y las normas de la competencia. Por último los mismos autores han distinguido los problemas derivados de la aplicación de las normas de la competencia a los servicios relacionados con el mercado de trabajo, incluyendo en este ámbito tanto los monopolios públicos de colocación como la protección social.

⁶⁴⁹ Ibidem. El autor finaliza el artículo afirmando que entre los conjuntos normativos que él coloca en la periferia y el derecho de la competencia puede existir desacuerdo entre las exigencias sociales y las económicas pero no un enfrentamiento valorativo.

⁶⁵⁰ SCIARRA, S., "Job Centre: An Illustrative Example of Strategic Litigation", en SCIARRA, S., (Ed.), *Labour law in the Courts, National judges and the European Court of justice*, Hart, Oxford, 2001, p. 246.

⁶⁵¹ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., y RIVAS VAÑÓ, A., "Relaciones laborales y libertad de empresa, algunas reflexiones", cit., p. 762 y ss.

De entre los escenarios mencionados, va a abordarse principalmente la interacción entre las normas que regulan la relación laboral, fundamentalmente las de origen colectivo, y el derecho de la competencia, examinado si y bajo que justificación un convenio colectivo puede ser considerado como un acuerdo entre agentes económicos que falsea la competencia en el mercado interior, contrario por lo tanto al art. 81 TCE. El resto de cuestiones apuntadas por la doctrina son aledañas al conflicto entre el derecho del trabajo, *stricto sensu*, y el derecho de la competencia, aunque tienen una indudable influencia sobre el mismo por lo que serán tratadas en la medida en que contribuyan al análisis de la cuestión central.

Como puede observarse, aun antes del análisis pormenorizado de la cuestión, el conjunto de cuestiones señaladas plasma, al igual que en la experiencia estadounidense, el conflicto entre dos políticas comunitarias: la social y la de defensa de la competencia. Señala BARON que, a diferencia del modelo norteamericano, la política europea de la competencia toma en consideración los valores económicos y sociales. Tal afirmación parece haberse corroborado tanto en sede de derecho derivado como en sede jurisprudencial. Por un lado, con la adopción del Reglamento de aplicación de los arts. 81 y 82 TCE⁶⁵² que en su preámbulo afirma que el mismo debe ser interpretado y aplicado respetando los derechos y principios recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por otro, y como se tratará en extenso a lo largo del presente Capítulo, con la sentencia *Albany*⁶⁵³, el Tribunal ha apuntado una limitación, aunque matizada, al campo de aplicación de las normas de la competencia⁶⁵⁴, considerando que los convenios colectivos quedan exentos de este ámbito en razón de su naturaleza y su objeto.

⁶⁵² Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

⁶⁵³ STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, párrafo 60.

⁶⁵⁴ DE VOS, M., *A decade beyond Maastricht...*, cit., p. 68.

La valoración del alcance de la “intromisión” y de la virtualidad de la incipiente “exención social” es el objetivo del presente Capítulo. Como en el anterior, el análisis de la relación entre la norma laboral estatal y el derecho comunitario de la competencia requiere entrar en el tratamiento de las condiciones de aplicación de este último. El concepto fundamental para el análisis de estas cuestiones, por ser la vía por la cual el TJCE ha procedido a ampliar las fronteras del ámbito de aplicación de las normas de la competencia, es la noción de empresa. A través de la misma se articula el desarrollo jurisprudencial de la relación entre las normas de la competencia y las disposiciones e instituciones estatales de carácter sociolaboral.

Sección I. Cuestiones fundamentales del modelo comunitario de defensa de la competencia.

El derecho de la competencia es un elemento consustancial a la construcción comunitaria. Cabe reiterar que con el Tratado de Roma, la política de la competencia y las cuatro libertades de circulación se convirtieron en los elementos constitutivos del mercado interior, configurándose como los pilares básicos de la constitución económica europea⁶⁵⁵.

Las normas de la competencia comunitarias se recogen en los arts. 81-89 TCE, son aplicables en la totalidad del mercado interior y a todos los sectores de la economía comprendidos en el TCE y no exceptuados expresamente⁶⁵⁶. Mediante las mismas se pretende preservar la construcción

⁶⁵⁵ BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...*, cit. p. 120; JOERGES, C. “What is left of the European Economic Constitution...”, cit., p. 470 ; Como ha recordado el TJCE, “...con arreglo a la letra g) del artículo 3 del Tratado [actualmente, tras su modificación, letra g) del apartado 1 del artículo 3 CE], el artículo 81 CE constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior”, STJCE de de 1 de junio 1999, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton*, C-126/97.

⁶⁵⁶ CALVO-CARAVACA, A-L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Política y derecho de la competencia en la C.E.E...” cit., pp. 3422- 3437.

del mercado interior de los peligros inherentes a ésta. En primer lugar, a través de la prohibición de ententes se impide la reconstrucción de las barreras nacionales, por la vía de los acuerdos de empresa. En segundo lugar, mediante la prohibición del abuso de la posición dominante se controla indirectamente el poder de mercado y el crecimiento económico de las empresas. Finalmente, mediante el control de las ayudas públicas, se estructura la lucha contra el neoproteccionismo, amparándose en la afirmación del principio de equidad⁶⁵⁷.

El ámbito subjetivo del derecho comunitario de la competencia viene expresamente determinado en las rúbricas de los apartados en los que se dividen los artículos mencionados. La sección primera se dirige a las empresas mientras la sección segunda se orienta al control de la actividad estatal.

1. Las normas de la competencia aplicables a empresas.

El primer subsistema, arts. 81-86 TCE, está conformado por las reglas que tienden a asegurar la libertad de elección de los agentes económicos, oferentes y demandantes de bienes o de servicios, mediante la interdicción de las concertaciones o situaciones de dominio que puedan obstaculizar esta libertad. Las normas de la competencia, aplicables a empresas, prohíben los acuerdos restrictivos de la competencia (art. 81), bajo reserva de excepción, y el abuso de posición dominante (art. 82). Las normas de aplicación de estos dos artículos han sido objeto de una reforma realizada mediante el Reglamento 1/2003⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ Ibidem, cit., p. 3397.

⁶⁵⁸ Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 TCE. Sobre esta reforma, entre muchos otros comentarios, vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El nuevo régimen de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE. El Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 TCE”, RGDE, N° 1, Mayo 2003; KOVAR, R., “Le règlement du

La adopción de este Reglamento ha variado sustancialmente el sistema de puesta en práctica de los artículos 81 y 82 TCE. Su entrada en vigor ha sido acompañada de un amplio “paquete de modernización” que incluye cuestiones procedimentales y líneas directrices⁶⁵⁹. Las modificaciones más relevantes se han orientado hacia la descentralización de la aplicación de las normas de la competencia, la extensión y preponderancia del análisis económico en la mencionada aplicación, el fomento de la resolución de conflictos concurrenciales entre operadores económicos ante los órganos jurisdiccionales, la agilización del sistema de control de las concentraciones, el aumento de la eficacia administrativa y analítica de la Comisión y la internacionalización del derecho de la competencia⁶⁶⁰.

Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE”, D. Chron. N° 7, 2003, pp. 478 y ss.; GARRIDO RUÍZ, F., “Novedades aportadas por el nuevo Reglamento n° 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 TCE”, GJ, N° 231, Mayo/Junio, 2004, pp. 71 y ss.

⁶⁵⁹ El paquete de modernización está compuesto por un reglamento de aplicación de la Comisión, Reglamento (CE) n° 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE y las siguientes disposiciones (todas ellas publicadas en el DOUE L 123, 27 abril, 2004): 2004/C 101/02, Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología; 2004/C 101/03, Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia; 2004/C 101/04, Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE; 2004/C 101/05, Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE; 2004/C 101/06, Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación); 2004/C 101/07, Comunicación de la Comisión — Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado; 2004/C 101/08, Comunicación de la Comisión — Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado; Por último cabe destacar el Reglamento (CE) n° 772/2004 de la Comisión, de 27 de abril de 2004, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, que ha sido completado por las Líneas directrices de 27 de abril 2004, DOUE C101, 27 abril, 2004. Sobre las novedades en la materia ver: IDOT, L., BLAISE, "Concurrence", RTD eur, 40 (4), oct.-déc. 2004, p. 670.

⁶⁶⁰ BENEYTO PÉREZ, J.M., (dir.), Tratado de Derecho de la Competencia..., cit., p. LXVII.

Como ha señalado la Comisión⁶⁶¹, la aplicación de las normas de la competencia conlleva dos pasos. El primero consiste en la evaluación de si el acuerdo entre empresas cumple tres requisitos: tiene como objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia⁶⁶²; afecta al comercio entre los Estados miembros⁶⁶³ y reviste una entidad tal que permite la afectación del comercio entre los Estados miembros. Esta última condición, conforme al aforismo latino *minimis Pretor non curat*, constituye la llamada “regla de *minimis*”. Según la misma, el apartado 1 del art. 81 TCE no es aplicable cuando los efectos sobre el comercio intracomunitario o sobre la competencia no son sensibles. Se trata de una regla de origen pretoriano que ha sido recogida por la Comisión en la Comunicación de 2001 relativa a los acuerdos de menor importancia⁶⁶⁴. Debe tenerse igualmente en cuenta que

⁶⁶¹ Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, (2004/C 101/08).

⁶⁶² Cuando un acuerdo tiene por objeto la restricción de la competencia deja de ser necesario proceder a examinar sus efectos para aplicarle el art. 81.1 TCE. Las restricciones por objeto son aquellas que, por su propia naturaleza, poseen un elevado potencial negativo para la competencia. A falta de una claridad tal en la producción de restricciones a la competencia debe pasarse al examen de los efectos del acuerdo, tanto reales como potenciales, para valorar si los mismos existen. Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, (2004/C 101/08), apartados 21 a 25.

⁶⁶³ Según ha recogido la Comisión en su Comunicación de 2004, el efecto interestatal existe si se dan un conjunto de circunstancias objetivas que muestran como suficientemente probable que el acuerdo restrictivo de la competencia o el comportamiento abusivo afecte o pueda afectar, directa o indirectamente, el comercio entre los Estados miembros, de manera que dificulte la consecución de los objetivos del Tratado. En la jurisprudencia comunitaria se encuentra una definición amplia de lo que puede ser considerado como “efecto interestatal”. Así, para que un acuerdo entre empresas o un abuso de posición dominante, pueda afectar al comercio entre Estados miembros, debe poderse presumir con un grado de probabilidad suficiente, con arreglo a una serie de elementos objetivos de hecho o de derecho, que puede ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, sobre las corrientes de intercambios entre Estados miembros, en un sentido que pueda perjudicar a la realización de los objetivos de un mercado único entre Estados. Es de esta manera indiferente, para considerar si existe o no este efecto interestatal, que el comportamiento se registre en el territorio de un solo Estado miembro, basta con que el mismo pueda tener repercusiones en los flujos comerciales y en la competencia entre Estados. Sobre esta cuestión vid., entre muchas otras la STPI de 14 de diciembre de 1999, *Kesko v. Commission*, T-22/97, apartados 103 y 105.

⁶⁶⁴ Es ésta una condición acumulativa a las anteriores, para su examen la Comisión ha establecido unos umbrales, según la cuota de mercado conjunta de las partes del acuerdo

en la jurisprudencia comunitaria se ha aplicado la doctrina norteamericana de las restricciones accesorias, *ancillary restraints*⁶⁶⁵. Este concepto comprende cualquier supuesta restricción de la competencia que esté directamente relacionada con una operación principal no restrictiva y sea necesaria y proporcionada⁶⁶⁶. Para que exista esta relación directa la segunda restricción debe estar subordinada a la realización de la operación principal e indisolublemente ligada a la misma.

El art. 81 TCE incluye en su apartado 3 un mecanismo de exención que atiende a los efectos económicos positivos que puede generar un determinado acuerdo⁶⁶⁷. El legislador comunitario había desarrollado este artículo optado por un sistema centralizado de autorización que exigía una notificación del acuerdo a la Comisión para lograr una exención a la prohibición general del art. 81.1 TCE⁶⁶⁸. El mencionado Reglamento 1/2003 ha establecido un nuevo sistema de exención legal, directamente aplicable para aquellos acuerdos entre empresas que cumplan las condiciones del artículo 81.3 del Tratado sobre mejora de la producción o distribución o fomento del progreso técnico o económico⁶⁶⁹. Con esta

que se determinará definiendo el mercado de referencia del mismo. Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del TCE (de minimis), 2001/C 368/07.

⁶⁶⁵ STPI de 18 de septiembre de 2001, *Métropole télévision (M6)*, T-112/99, apartados 104 -105.

⁶⁶⁶ Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, (2004/C 101/08), apartado 29.

⁶⁶⁷ STJCE de 27 de enero de 1987, *Verband der Sachversicherer v. Comisión de las Comunidades Europeas*, 45/85.

⁶⁶⁸ Reglamento N° 17, del Consejo, de 6 de febrero de 1962. Este procedimiento tuvo como consecuencia desbordar la capacidad de esta Institución. Para manejar esta situación la Comisión articuló medidas como la regla de *minimis*, los Reglamentos de exención por categorías y otras técnicas que le permitieron aligerar la carga administrativa existente.

⁶⁶⁹ Tales condiciones son: contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o fomentar el progreso técnico o económico; reservar a los usuarios una participación equitativa en el beneficio; no imponer más restricciones que las necesarias y no ofrecer a las partes del acuerdo la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. El cumplimiento de estas cuatro condiciones es suficiente, sin que sea necesaria una decisión previa para considerar exento el acuerdo. Esta cuestión se encuentra desarrollada en la Comunicación de la

modificación el control de los acuerdos, prácticas y decisiones de empresas ha pasado de un sistema de notificación, centralizado y *ex post* a un sistema de excepción legal⁶⁷⁰.

Por su parte el art. 82 tiene como objetivo el control del poder absoluto de mercado. Este precepto se refiere a las situaciones de posición dominante, entendiéndola como la posibilidad de que un actor pueda obstaculizar la competencia efectiva o actuar con independencia de sus consumidores. En este caso el Tratado no prohíbe la obtención o el mantenimiento de esta posición sino el abuso de la misma, sin establecer un régimen de excepciones⁶⁷¹.

Comisión, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, (2004/C 101/08).

⁶⁷⁰ Como ha señalado la doctrina, tras cuarenta años de actividad existe ya un cuerpo normativo y jurisprudencial que enerva la necesidad de este sistema centralizado. Con el paso a un sistema de exención legal, las conductas del apartado primero del art. 81 TCE se consideran prohibidas siempre y cuando las restricciones a la competencia que produzcan no sean necesarias y proporcionadas para alcanzar el fin legítimamente perseguido por las partes. En caso de que lo fueran no existe necesidad de notificarlas ni de obtener una autorización previa. La reforma, que no ha tocado la literalidad de ninguno de los apartados de los arts. 81 y 82 TCE también ha conllevado la creación de nuevas potestades para las autoridades nacionales de la competencia y las jurisdicciones estatales para permitir la aplicación conjunta de la excepción del art. 81.3 TCE. Sobre esta cuestión vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho antimonopolio”, *InDret*, N° 253, 2004, p. 6; RUIZ PERIS, I., “Normas sobre competencia aplicables a empresas: comentarios al Artículo III-50” en ÁLVAREZ CONDE, E., GARRIDO MAYOL, V., (Coord.) *Comentarios a la Constitución Europea*, cit., p. 356.

⁶⁷¹ En su apartado segundo el Art. 82 establece, de manera meramente ejemplificativa, la siguiente lista de conductas prohibidas: imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. Sobre este artículo vid. ESTEBAN DE QUESADA, C., “Normas sobre competencia aplicables a empresas: comentario al Art. III-162”, en ÁLVAREZ CONDE, E., GARRIDO MAYOL, V., (Coord.) *Comentarios a la Constitución Europea*, cit., p. 393.

2. La normas comunitarias de la competencia dirigidas a los Estados miembros.

Aun cuando la rúbrica que engloba los arts. 81 a 86 del TCE indica que los sujetos de las normas contenidas en esos artículos son las empresas, debe considerarse que la totalidad de las disposiciones comunitarias de defensa de la competencia implican a los Estados miembros. Especialmente a partir de 1985, el TJCE ha venido controlando la actividad estatal bajo el prisma de las normas de la competencia. Utilizando la obligación de lealtad el Tribunal afirmó que “(d)ebe recordarse que, considerados en sí mismos, los artículos 85 y 86 del Tratado se refieren únicamente al comportamiento de las empresas y no a medidas legales o reglamentarias de los Estados miembros. No obstante, es jurisprudencia reiterada que los artículos 85 y 86, considerados en relación con el artículo 5 del Tratado, obligan a los Estados miembros a no adoptar ni mantener en vigor medidas, ni siquiera legales o reglamentarias, que puedan anular el efecto útil de las normas sobre la competencia aplicables a las empresa”⁶⁷². Además, el Tribunal consideró que los Estados miembros no podrían retirar a su propia reglamentación su carácter estatal delegando a los operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica⁶⁷³.

El art. 86 TCE obliga a los Estados a no mantener ni adoptar medidas que eliminen el efecto útil de los arts. 81 y 82 TCE respecto de empresas públicas o de aquellas empresas a las que concedan derechos

⁶⁷² STJCE de 17 de junio de 1997, *Sodemare*, C-70/95, apartado 41. Sobre esta cuestión, entre otros muchos v. gr., CHEROT, J-Y., “L’article 90 § 1 du Traité CEE lu en combinaison avec l’article 86”, *Travaux de la CEDECE, L’entreprise dans le marché unique européen*, Doc. Française, 1995, p. 151.

⁶⁷³ Señalan GOLDMAN, LYON-CAEN y VOGEL los problemas que plantea esta interpretación puesto que “las medidas prohibidas al Estado son, por un lado, sólo aquellas que imponen, favorecen la conclusión de acuerdos o refuerzan sus efectos; no lo son las medidas que inutilizan dichos acuerdos. Por otro lado, las medidas deben tratar materias económicas, con todas las dificultades ligadas a esta fórmula, y, para decirlo todo, los peligros de su expansión”, GOLDMAN, B., LYON-CAEN, A., VOGEL, L., *Droit commercial européen*, cit., p. 388.

especiales o exclusivos. Como puede apreciarse, esta disposición, aun estando ubicada bajo la misma rúbrica que la prohibición de los acuerdos entre empresas y del abuso de la posición dominante, se dirige fundamentalmente al control de la potestad de los Estados miembros para configurar su sector público económico productivo⁶⁷⁴. En este sentido establece una obligación dirigida a los Estados de no adoptar ni mantener ninguna medida contraria a la normativa comunitaria respecto a las empresas, sean éstas públicas o privadas con derechos especiales o exclusivos.

En relación con las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal, el apartado segundo del art. 86 dispone que éstas quedarán sometidas a las normas del Tratado, y en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada⁶⁷⁵. Esta excepción aparece a su vez matizada por el último inciso del mismo párrafo que elimina su aplicación cuando se encuentre afectado el desarrollo de los intercambios de manera contraria al interés de la Comunidad.

Como han afirmado OLAVARRÍA y VICIANO, el art. 86 TCE tiene carácter constitucional pues limita la potestad de los Estados miembros para configurar el sector público económico productivo. Al introducir esta norma, señalan los mismos autores, el sistema comunitario de la

⁶⁷⁴ A pesar de este diferente ámbito subjetivo la doctrina ha considerado adecuada la ubicación del precepto dada su íntima conexión con las normas de la competencia contenidas en los artículos precedentes. OLAVARRÍA IGLESIA, J., VICIANO PASTOR, J., “Normas sobre competencia aplicables a Estados”, en ÁLVAREZ CONDE, E., GARRIDO MAYOL, V., (Coord.) *Comentarios a la Constitución Europea*, cit., p. 446.

⁶⁷⁵ Como ha señalado el Tribunal, “(a)l permitir, con sujeción a ciertos requisitos, algunas excepciones a las normas generales del Tratado, el artículo 90, apartado 2, del Tratado pretende conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas, en particular del sector público, como instrumento de política económica o social con el interés de la Comunidad en la observancia de las normas sobre la competencia y en el mantenimiento de la unidad del mercado común”, STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, apartado 103.

competencia ha incluido una cláusula de cierre que impide el falseamiento de la competencia por la actuación de las empresas públicas o de aquellas empresas públicas a las que se hayan concedido determinados derechos exclusivos por parte de los Estados miembros. Entre ellas, evidentemente, se encuentran entidades con una misión social, bien en el ámbito del empleo o en la esfera de la protección social de los trabajadores.

Dirigidos ya directamente a los Estados miembros, los arts. 87-89 TCE recogen el segundo subsistema de las normas de la competencia, que se oponen a toda intervención estatal no indispensable para el funcionamiento del mercado. Estas normas se basan fundamentalmente en el control de las ayudas. El Art.87 considera incompatibles con el mercado común, 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. Como en el caso anterior se prevé un régimen de excepciones a dicha prohibición.

La determinación del ámbito subjetivo de esta segunda sección no es una cuestión compleja, pues el mismo abarca el tanto el concepto estricto de Estado como las distintas instituciones que lo conforman⁶⁷⁶. Sin embargo, como ya se señaló, la delimitación del mismo ámbito respecto a las normas dirigidas a las empresas es más complicada. El concepto de empresa, fundamental para esta cuestión, ha sido utilizado con una amplitud tal que su definición se ha constituido como un lugar de debate habitual entre la doctrina especializada.

⁶⁷⁶ OLAVARRÍA IGLESIA, J., VICIANO PASTOR, J., “Normas sobre competencia aplicables a Estados”, cit., p. 446.

Sección II. El concepto de empresa y los límites de la expansión del ámbito subjetivo de las normas de la competencia.

Tanto en Derecho comunitario como en derecho estatal, el concepto de empresa se ha constituido como centro de referencia necesario para el estudio del derecho del trabajo⁶⁷⁷, tanto por sus implicaciones directas en el ámbito iuslaboral como por su utilización como presupuesto de aplicación de la normativa derivada de la construcción del mercado interior, en especial el derecho de la competencia comunitario. Así, es una cuestión comúnmente aceptada que para poder aplicar las disposiciones de los artículos 81, 82 y 86 TCE resulta imprescindible que el elemento obstaculizador de la libre competencia sea atribuible a una o varias empresas⁶⁷⁸.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia no ha utilizado la naturaleza de la entidad como punto de partida para determinar la aplicación de los mencionados artículos. Con el objetivo de ampliar el radio de acción de estas normas, el TJCE ha utilizado un concepto funcional de empresa⁶⁷⁹, derivado del de actividad económica, que le ha permitido integrar en el ámbito de actuación de las normas de la competencia a entidades de carácter socio-laboral, en plano de igualdad con el resto de actores en el mercado. De esta manera, como ha señalado la doctrina, la noción funcional de empresa se coloca en el mismo centro del reparto de las competencias estatales y comunitarias⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ MONEREO PÉREZ, J.L., *Teoría Jurídica de los grupos de empresas y derecho del trabajo*, Estudios de derecho del trabajo, COMARES, Granada, 1997, p. 18; IDOT, L., “La notion d’entreprise”, *Rev. Sociétés* (2) avr-juin 2001, p. 192.

⁶⁷⁸ Conclusiones del Abogado General Ruíz-Jarabo Colomer presentadas el 25 de marzo de 1998, *Becu*, C-22/98.

⁶⁷⁹ Se trata de una cuestión señalada por la generalidad de la doctrina, *inter alia* vid. IDOT, L., “La notion d’entreprise”, cit., p. 194; BRAAKMAN, A.J., (dir.), *La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE por los Tribunales nacionales en los Estados miembros*, Comisión Europea, Dirección General de Competencia, Bruselas, en http://europa.eu.int/comm/competition/publications/art8586_es.pdf, p. 54.

⁶⁸⁰ RACLET, A., *Droit communautaire des affaires et prérogatives...*, cit., p. 293.

Como punto de partida es necesario señalar que la noción de empresa en el Derecho comunitario tiene distintos significados. Como ha recordado el TJCE, existe un concepto de empresa propio del derecho de la competencia que no es utilizable para la solución de litigios vinculados a otros ámbitos del ordenamiento. Por ejemplo, en el ámbito del derecho social comunitario el TJCE ha adoptado una acepción más restrictiva, en la que se contempla principalmente el criterio de la organización. En este sentido el Tribunal ha considerado que “(e)l concepto de entidad remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio”⁶⁸¹. Esta acepción se aleja de la adoptada en el ámbito de la defensa de la competencia, cuestión evidente en el asunto *Allen*⁶⁸², en el cual el TJCE diferencia la noción de empresa utilizada para resolver un litigio enmarcado en la directiva 77/187/CEE⁶⁸³, de la utilizable dentro del ámbito de las normas de la competencia.

Frente a las dificultades mencionadas, abordar el estudio del concepto de empresa tiene ventajas para la materia tratada en este trabajo, pues va a permitir detectar y sistematizar los puntos de encuentro entre el

⁶⁸¹ STJCE de 11 marzo 1997, *Süzen*, C-13/95, párrafo 13.

⁶⁸² STJCE de 2 de diciembre 1999, *Allen y otros*, C-234/98, párrafo 18. En el supuesto en cuestión las relaciones entre las sociedades eran sumamente estrechas, llegando a formar una unidad económica, de manera que, al no tener independencia de actuación en el mercado, no podrían serle de aplicación las normas relativas a los acuerdos restrictivos de la competencia, ya que no se considerarían empresas distintas. Sin embargo, considera el Tribunal, esta afirmación no puede implicar la inaplicación de la directiva mencionada, que prevé las garantías para los trabajadores en el caso de traspaso de empresas, a riesgo de incumplir el objetivo de la misma. Así, el TJCE calificó como empresas diferenciadas, a estos efectos, a las sociedades del grupo haciendo prevalecer la separación formal y la personalidad jurídica distinta a efectos de calificarlas como empresas y aplicar la directiva.

⁶⁸³ Directiva del Consejo, de 14 de febrero de 1977, modificada por la Directiva 98/59/CE del Consejo de 29 de junio de 1998, y que ha sido objeto de un texto de consolidación, la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001 “sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad”.

derecho de la competencia y las normas e instituciones de Derecho social⁶⁸⁴.

1. Evolución histórica del concepto de empresa en el Derecho comunitario de la competencia.

Aun cuando el Tratado CECA contuviera abundantes disposiciones relacionadas con las empresas, la definición que contenía en su art. 80 era ambigua y ciertamente incompleta. Por su parte, el Tratado de Roma guardó silencio absoluto sobre la cuestión, aludiendo apenas al concepto “empresa”, sin ofrecer ninguna definición pero situándola en el corazón de las normas de la competencia y, por tanto, en el centro de la construcción del mercado interior. Esto obligó a las Instituciones comunitarias a acometer la elaboración del concepto de empresa. En particular, el TJCE y la Comisión han ido construyendo esta noción, con una metodología particular, sin adoptar criterios estrictos, y optando por un enfoque casuístico y puntual.

La primera definición data de una época temprana en la que el TJCE, utilizó una noción todavía no excesivamente amplia, considerando por empresa “una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales, ligada a un sujeto jurídicamente autónomo y persiguiendo de manera duradera un objetivo económico determinado”⁶⁸⁵. Esta definición conllevaba dos elementos de rigidez que serían eliminados posteriormente, en primer lugar la referencia a un “sujeto jurídicamente autónomo”, que parecía destinada a excluir del campo de aplicación las actividades realizadas por el Estado. En segundo lugar la cuestión del “objetivo económico determinado”, que podría dejar fuera de manera automática a las organizaciones que persiguieran objetivos sociales. Como es evidente, estas

⁶⁸⁴ Adoptando la línea de estudio marcada por BARON, F., *Marché intérieur et Droit social...*, cit., pp. 480 y ss.

⁶⁸⁵ STJCE, 13 de julio de 1962, *Mannesmann A.G. c/ Haute Autorité*, 19/61.

dos posibles “vías de escape” no cuadraban con la “perspectiva finalista y pragmática de un Derecho comunitario de la competencia con voluntad de sancionar todas las prácticas restrictivas de la competencia en el Mercado Común”⁶⁸⁶.

El abandono del criterio de organización, mediante el cual se había pretendido circunscribir los dominios del derecho de la competencia⁶⁸⁷ comienza a ser especialmente evidente a partir de los años noventa⁶⁸⁸, momento en el que la Comisión y el TJCE comienzan a cuestionar los monopolios públicos estatales utilizando tanto el principio de libre circulación como las normas *antitrust*. Se adopta así una noción funcional de empresa que permite a las Instituciones comunitarias conseguir un objetivo político añadido, como es someter el conjunto de actividades económicas al derecho comunitario de la competencia⁶⁸⁹.

Tres son las sentencias de especial importancia para la cuestión: los asuntos *Höfner, Poucet et Pistre et Eurocontrol*⁶⁹⁰. El primero de ellos marcó el momento de inflexión a partir del cual la forma jurídica de la entidad comenzó a perder relevancia frente a la actividad ejercida, con los

⁶⁸⁶ RACLET, A., *Droit communautaire des affaires et prérogatives...* cit., p. 238.

⁶⁸⁷ PUTMAN, E., “Les rapports entre le Droit social ...”, cit., p. 108.

⁶⁸⁸ IDOT, L., “La notion d’entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l’ordre concurrentiel”, en *L’Ordre Concurrentiel...*, cit., p. 524. La autora considera que esta ampliación revela un fenómeno doble, la invasión del mercado y la sumisión del mismo a las propias normas de la competencia.

⁶⁸⁹ RACLET, A., *Droit communautaire des affaires et prérogatives...*, cit., p. 238. En palabras del Abogado General Jacobs, “la postura general del Tribunal de Justicia sobre si una entidad determinada es una empresa a efectos de las normas comunitarias sobre la competencia puede definirse como funcional, en el sentido de que se centra en el tipo de actividad que desarrolla más que en las características de los agentes que la realizan, los objetivos sociales asociados a ella, o la regulación o las modalidades de financiación a las que se somete en un determinado Estado miembro. Siempre que una actividad tenga carácter económico, todos los que participen en ella estarán sujetos al Derecho comunitario de la competencia.”, “La situación de los agentes en el Derecho nacional no resulta por tanto relevante a la hora de apreciar si constituyen empresas de acuerdo con el Derecho comunitario”, Conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas el 22 de mayo de 2003, AOK, Asuntos acumulados C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01.

⁶⁹⁰ SSTJCE de 23 abril de 1991, *Höfner*, C-41/90; de 17 de febrero de 1993, *Poucet et Pistre*, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91; de 17 de febrero de 1993, *Poucet et Pistre*, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91 y STJCE de 19 enero 1994, *Eurocontrol*, C-364/92.

dos segundos el Tribunal puso los límites a la expansión del concepto de empresa que, en el ámbito del derecho de la competencia, alcanza su consolidación de la siguiente manera: será empresa toda entidad que ejerza una actividad económica, independientemente del estatus jurídico de esta actividad y de su modo de financiación⁶⁹¹. En este sentido resumía GYSELEN la jurisprudencia señalada, afirmando que: “toda entidad que utilice los factores de producción clásicos (personas y capitales) para prestar un servicio (o producto) debe ser considerada como una empresa (*Höfner*), salvo si ese servicio (o producto) derive del imperio de una autoridad pública nacional”⁶⁹².

En su voluntad de ampliar el concepto, el TJCE excluyó la aplicación de dos categorías de habitual importancia para determinar la existencia de una empresa: el estatuto jurídico de la entidad y el modo de financiación. Así, al eliminar la primera el TJCE abre la puerta a la consideración del Estado dentro de la categoría de empresa⁶⁹³. En esta misma línea, el Tribunal no ha acogido el criterio de autonomía jurídica o estructural, aunque sí la dependencia del ambiente económico, es decir, la

⁶⁹¹ Entre las jurisprudencia más reciente encontramos la STJCE de 16 de marzo de 2004, *AOK Bundesverband*, asuntos acumulados, C-264/02, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, en relación con el establecimiento de importes máximos fijos para la contribución de las cajas del seguro de enfermedad a los costes de los medicamentos y de los materiales sanitarios. En el apartado 46 el TJCE recuerda que en el contexto del derecho de la competencia, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación, citando los asuntos *Höfner* y *INAIL* (STJCE de 23 abril de 1991, *Höfner*, C-41/90, apartado 21 y STJCE de 22 de enero de 2002, *INAIL*, C-218/00, apartado 22).

⁶⁹² GYSELEN, L., “L’applicabilité des règles de concurrence communautaires à des régimes de protection sociale”, en *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruylant, Bruselas, 1999, p. 1081.

⁶⁹³ Cuestión que deja clara en la STJCE de 16 de junio de 1987, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana*, 118/85, apartados 7 y 8: “...el Estado puede actuar ya sea ejerciendo la autoridad pública ya sea ejerciendo actividades económicas de carácter industrial o comercial consistentes en ofrecer bienes y servicios en el mercado”... “no importa si el Estado ejerce dichas actividades económicas a través de una entidad distinta sobre la que puede ejercer directa o indirectamente una influencia dominante según los criterios enumerados en el artículo 2 de la Directiva, o las ejerce directamente a través de un órgano que forme parte de la Administración del Estado”. Afirmando esta cuestión, RODIÈRE, P., *Droit social de l’Union Européenne*, cit., p. 348.

sumisión a condiciones de mercado que permiten el juego normal de las normas de la competencia⁶⁹⁴. Al eliminar el segundo de los criterios, el TJCE ha entendido aplicables las normas de la competencia a todos los organismos encargados de un servicio público, sean estos subvencionados o financiados mediante cotizaciones obligatorias⁶⁹⁵.

En pocos años la jurisprudencia del Tribunal demostró que la definición se había ampliado considerablemente⁶⁹⁶, pudiendo ser aplicada a Estados o a individuos privados a condición de que estos ejerciten una actividad económica, concepto que deviene fundamental para esta nueva demarcación de los límites de la definición de empresa.

2. La actividad económica como criterio determinante para la aplicación de las normas de la competencia.

Al derivar el problema a la definición del concepto de actividad económica el TJCE nos aboca de nuevo a una solución complicada por lo indeterminado de la noción. La actividad económica se ha definido como “toda actividad consistente en ofrecer los bienes o servicios en un mercado dado”⁶⁹⁷. Para que la actividad de una organización entre en esta categoría al Tribunal utilizará como indicio clave que la misma pueda ser asegurada en el sector privado⁶⁹⁸.

Se considera así como una actividad económica toda aquella que pueda ser realizada por una entidad privada, lo que desdibuja el presupuesto subjetivo de aplicación de las normas de la competencia. Como señala la

⁶⁹⁴ RACLET, A., *Droit communautaire des affaires et prérogatives...*, cit., p. 242.

⁶⁹⁵ Ibidem, p 239.

⁶⁹⁶ GOYDIER, D.G., *E.C. Competition law*, cit., p. 60.

⁶⁹⁷ STJCE de 20 de marzo de 1985, *República Italiana contra Comisión de las Comunidades Europeas*, 41/83.

⁶⁹⁸ STJCE de 23 abril de 1991, *Höfner*, C-41/90, apartados 21 a 24; STJCE de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre*, C-55/96, apartado 22: “La circunstancia de que las actividades de colocación se confíen normalmente a oficinas públicas no puede afectar a la naturaleza económica de estas actividades. Las actividades de colocación no siempre han sido ni son ejercidas necesariamente por entes públicos”.

doctrina, en la actualidad la aplicación de las normas de la competencia “se ha fundamentado en la vinculación de la persecutoriedad al mero hecho de la participación de los perseguibles en las actividades del mercado sin adicional requerimiento. De tal modo, quien interviene en el mercado acaba siendo sometido al derecho de la competencia cualquiera que sea su configuración jurídico-personal: desde el empresario individual al empresario social, desde las cooperativas hasta las asociaciones empresariales. Incluso los organismos del sector público han visto aceleradamente incrementada su persecutoriedad y sumisión a las reglas procompetitivas”⁶⁹⁹. Configurando el concepto de empresa de manera tan amplia el TJCE ha excluido la aplicación de los indicadores tradicionales del no ejercicio de una actividad económica, como es la inexistencia de ánimo de lucro y el carácter solidario de la prestación.

Existen, sin embargo, límites a esta extensión. Por un lado, el Tribunal no considera como una actividad económica aquella derivadas directamente del ejercicio *típico* del poder público⁷⁰⁰, por otro lado, tampoco recaerán en este ámbito las actividades ligadas a funciones

⁶⁹⁹ ILLESCAS, R., “El campo de aplicación del derecho de la competencia. Los instrumentos jurídicos de la aplicación”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., (dir.), *Tratado de Derecho de la competencia...*, cit., p. 111.

⁷⁰⁰ En el caso *Eurocontrol* se cuestionaba la aplicación de las normas de la competencia a una entidad dotada de prerrogativas relativas al control y a la policía del espacio aéreo. El TJCE partió del concepto de empresa asentado en *Höfner* para pasar a examinar la naturaleza de las actividades realizadas por la entidad cuestionada. Del análisis de estas actividades el TJCE dedujo claramente que, “tomadas en su conjunto, las actividades de Eurocontrol, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, se vinculan al ejercicio de prerrogativas, relativas al control y a la policía del espacio aéreo, que son prerrogativas típicas del poder público. No tienen un carácter económico que justifique la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado” (STJCE de 19 enero 1994, *Eurocontrol*, C-364/92). Como ha señalado la doctrina, la jurisprudencia posterior ha rectificado esta consideración. Así, la “toma en conjunto” de las actividades de la entidad para valorar su posible calificación como empresa, no ha sido la tónica general. De hecho, parece haberse aceptado por el TJCE el camino opuesto, optando por la disociación como principio, cuestión que especialmente manifiesta en los asuntos relacionados con organizaciones encargadas de gestión de regímenes de protección social. Por otro lado, respecto a las prerrogativas públicas *típicas*, es necesario precisar siguiendo lo señalado por IDOT que dicha noción no abarca, en ningún caso, la totalidad de los servicios públicos y no pueden confundirse ambos términos. Sobre esta cuestión ver el análisis realizado por IDOT, L., “La notion d’entreprise”, cit., p. 197.

exclusivamente sociales⁷⁰¹, finalmente, el Tribunal atenderá al origen del acuerdo a efectos de considerarlo o no dentro del ámbito de aplicación del art. 81 TCE. Se trata en todo caso de límites a la consideración de actividad económica que han sido abundantemente matizados, admitiéndose de manera estricta y apelando siempre a los pronunciamientos del TJCE en el caso concreto, los cuales ofrecen una serie de “criterios de inclusión” especialmente útiles.

Para clarificar el estado de la cuestión la doctrina ha elaborado una cuádruple categoría de actividades diferenciándolas según su relación con las normas de la competencia: las actividades económicas totalmente sujetas a las normas de la competencia; las actividades relacionadas con el interés general sujetas al apartado segundo del art. 86 TCE; las actividades basadas exclusivamente en el principio de solidaridad y las actividades no económicas ligadas al ejercicio del *imperium*⁷⁰².

En los siguientes apartados se examinan las vías utilizadas por el TJCE para la construcción del concepto de empresa a través de la inclusión y exclusión en el mismo de determinados servicios sociales de interés general. Como ha recordado la Comisión Europea, la definición y la organización de los servicios sociales de interés general (sistemas de protección social, servicios de colocación de mano de obra, servicios sociales...) corresponden a los Estados miembros⁷⁰³. Sin embargo, las prerrogativas estatales deben ejercerse con el respeto del marco normativo comunitario, en particular en lo relativo a las normas de la competencia que

⁷⁰¹ STJCE de 17 de febrero de 1993, *Poucet et Pistre*, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91.

⁷⁰² WINTERSTEIN, A., “Nailing the jellyfish: social security and competition law”, E.C.L.R., 1999, 20 (6), p. 327.

⁷⁰³ Entre estos servicios se entienden comprendidos, entre otros, los sistemas legales y los sistemas complementarios de protección social, en sus diversas formas de organización (mutualidades o profesionales), que cubren los riesgos fundamentales de la vida como los relacionados con la salud, la vejez, los accidentes laborales, el desempleo, la jubilación o la discapacidad. Comunicación de la Comisión, “Aplicación del programa comunitario de Lisboa, Servicios sociales de interés general en la Unión Europea”, de 26 de abril de 2006, COM (2006) 177 final.

les serán de aplicación desde el momento en que estos servicios realicen una actividad económica⁷⁰⁴.

2.1. La colocación de la mano de obra como ejemplo de actividad económica y la aplicación de las normas de la competencia a los servicios públicos de empleo.

La amplitud y el carácter funcional de la acepción de empresa utilizada por el TJCE han permitido extender la misma a zonas habitualmente exentas de esta consideración, incluidas las actividades de las empresas públicas o privadas con objetivos sociales. En particular, los servicios públicos de empleo estatales han sido el objeto de una serie de sentencias en las que el Tribunal de Justicia ha constatado tanto la aplicabilidad de las normas de la competencia a estas instituciones. De entre los asuntos relativos a esta cuestión se toman como muestra los más significativos, los casos *Höfner*⁷⁰⁵ y *Job Centre II*⁷⁰⁶, en los que el TJCE sentó una jurisprudencia que ha consolidado en posteriores ocasiones⁷⁰⁷. En

⁷⁰⁴ Evidentemente, es esta una cuestión que se enmarca en un debate más amplio, relativo a la relación entre el derecho comunitario y los servicios públicos estatales, particularmente vivo en Francia. Sobre este debate vid. KOVAR, R., “Droit communautaire et service public: esprit d’orthodoxie ou pensée laïcisée”, RTD eur, 32 (3) 1996, pp. 215 y ss.

⁷⁰⁵ STJCE de 23 abril de 1991, *Höfner*, C-41/90. Este caso es uno de los asuntos clave para una cuestión que, dada su amplitud, trasciende del ámbito del presente estudio. Se trata del problemático equilibrio entre la construcción del mercado interior y los servicios públicos nacionales. Entre los años 1991 y 1992 un grupo de sentencias, entre las que destacan la ya mencionada *Merci* (STJCE de 10 de diciembre de 1991, C-179/90) y el asunto *Höfner* evidenciaron como el TJCE no sólo ponía en tela de juicio el ejercicio de los derechos monopolísticos de ciertas empresas públicas, sino también su propia existencia.

⁷⁰⁶ STJCE de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre*, C-55/96.

⁷⁰⁷ Con las SSTJCE de 8 de junio de 2000, *Carra*, C-258/98 y de 19 de junio de 2001, *Monnier et al.*, C-9/01 a C-12/01. Un repaso de todas estas sentencias puede encontrarse en el comentario de ROUSSEAU, Y., “Le service public de l’emploi et la jurisprudence de la CJCE”, DS, 2002, n.11, p. 974-998; entre nuestra doctrina, vid., PAZ-ARES, C., ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El derecho a la libertad de empresa y sus límites...”, cit., pp.389-390 y MIRANDA BOTO, J.M., “Los servicios públicos de colocación en el Derecho comunitario: ¿Derecho social o Derecho de la competencia?, AL, N° 2001, pp. 255 y ss.

estos asuntos 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.

En el asunto *Höfner* en 1991 el tribunal alemán remitente preguntó al TJCE, entre otras cuestiones, si la oficina de empleo público podía ser considerada dentro del ámbito de aplicación de los arts. 86.2 y 82 TCE (ex arts. 86 y 90.1)⁷⁰⁸. Según se relata en la sentencia, la Ley Alemana de Colocación establecía un monopolio a favor de la oficina pública de empleo. La actividad de la misma se cuestionaba en concreto en relación a la colocación de cargos directivos. La parte demandante en el litigio principal, una empresa insatisfecha por los servicios prestados, afirmó que la oficina de empleo debía ser examinada a la luz de las normas comunitarias de la competencia. La Comisión, por su parte, consideró que el mantenimiento de un monopolio de colocación de la mano de obra constituye una infracción de los arts. 82 y 86.1 TCE, cuando el organismo encargado de la actividad es incapaz de cumplir con la misma y si esta conducta es además, susceptible de afectar al comercio interestatal⁷⁰⁹. Contrario a este parecer, el gobierno alemán alegó que la actividad de colocación se encontraba fuera del ámbito de aplicación de las normas comunitarias de la competencia en función de dos razones fundamentales: la condición de organismo público de la oficina que realizaba la actividad y la gratuidad de la misma. Ninguna de las dos afirmaciones fue aceptada por el Tribunal.

Para contestar a las cuestiones del órgano remitente el TJCE examinó con detalle el ámbito subjetivo de las normas de la competencia. En primer lugar, su examen se orientó a verificar si la oficina de empleo en

⁷⁰⁸ En la cuestión prejudicial el órgano remitente pregunta primero por la compatibilidad de la actividad de la oficina con la libre circulación de servicios. El Tribunal no responde a esta cuestión argumentando que el comportamiento de todos los implicados se realiza en un solo Estado miembro, Alemania, por lo que no cabe alegar la libre prestación de servicios.

⁷⁰⁹ STJCE de 23 abril de 1991, *Höfner*, C-41/90, apartado 18.

cuestión podía ser considerada como una empresa. Su respuesta afirmativa se convirtió en un párrafo habitual en su jurisprudencia posterior. El Tribunal afirmó con carácter general que “debe observarse en primer lugar que, en el contexto del derecho de la competencia, el concepto de empresa abarca a cualquier entidad encargada de una actividad económica, independientemente del estatus legal del organismo o del modo de financiación de la actividad...”⁷¹⁰. En relación al caso concreto, consideró el TJCE que “el hecho de que la colocación de mano de obra está normalmente confiada a agencias públicas no puede afectar a la naturaleza económica de la actividad. La provisión de mano de obra no ha estado siempre, y no es necesario, realizada por entidades públicas...”. De esta manera el Tribunal consideró el art. 82 TCE aplicable a un servicio público de empleo. A continuación, afirmando que una oficina de empleo debía ser considerada como una empresa encargada de la prestación de un servicio económico de interés general, el TJCE valoró el juego del art. 86.2 TCE que exceptúa la aplicación de las normas de la competencia si la misma implica una obstrucción de las funciones asignadas a dicha empresa. Para resolver esta cuestión el Tribunal tuvo en consideración que la actividad de colocación se realizaba igualmente por entidades privadas, sometidas a las normas de la competencia, lo que evidenciaba a su juicio que estas disposiciones no obstruían la actividad de suministro de mano de obra.

Una vez constatada la aplicabilidad del art. 82 TCE y la imposibilidad de aplicar la exención el Tribunal pasó a examinar las condiciones en las que eran prestados los servicios de colocación de mano de obra, en particular, el suministro de cargos directivos, para determinar si existía un abuso de la posición dominante sustentada por el monopolio legal. Tras el análisis de los hechos, el TJCE dedujo que la oficina en cuestión era manifiestamente incapaz de satisfacer la demanda existente en

⁷¹⁰ STJCE de 23 abril de 1991, *Höfner*, C-41/90, apartado 21.

el mercado en materia de colocación de cargos directivos⁷¹¹. Por esta razón, al garantizar el monopolio para esta concreta actividad, el Estado miembro situaba a la empresa pública en una situación de posición dominante. Dicha acción, que no es *per se* contraria al art. 82 TCE, se convertía en incompatible con el mismo si la empresa no era capaz de satisfacer la demanda, pues el mantenimiento del monopolio la colocaba en una situación de abuso de dominio. Por añadidura, tal situación de monopolio legal evitaba el ejercicio efectivo de la actividad de colocación por empresas privadas.

Estas apreciaciones llevaron al Tribunal a considerar que la empresa pública alemana estaba sometida a las normas de la competencia y que el derecho exclusivo en materia de colocación de altos directivos la situaba forzosamente en una situación de abuso de posición dominante, por la incapacidad de satisfacer la demanda del mercado. De esta manera, y considerando que las actividades de colocación se ofertaban también a ciudadanos de otros Estados miembros, aplicando de nuevo su concepto amplio de afectación al comercio intracomunitario, el TJCE apreció que el monopolio era contrario al art. 82 del TCE. La única manera de superar esta situación, pues el art. 82 no admite excepciones, era la supresión del mencionado monopolio.

Con el asunto *Job Center II*⁷¹² el TJCE se mostró aun más contundente al examinar, a la luz de la argumentación establecida en la sentencia comentada, la legislación italiana en materia de intervención y mediación en la colocación de mano de obra. El Tribunal extendió sus

⁷¹¹ STJCE de 23 abril de 1991, *Höfner*, C-41/90, apartado 25.

⁷¹² STJCE de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre II*, C-55/96. Sobre este asunto existen multitud de comentarios. Cabe destacar el realizado por SCIARRA que imbrica el análisis jurídico del asunto con los movimientos políticos y legislativos que marcaron el devenir de la cuestión en Italia, SCIARRA, S., “Job Centre: An Illustrative Example of Strategic Litigation”, en SCIARRA, S (Ed.), *Labour law in the Courts...*, cit., pp. 241-259; es asimismo interesante la contribución de RICCI, G., “Il controverso rapporto fra principio comunitari della concorrenza e normative nazionali del lavoro, il caso Job Centre II”, DRI, N.2-1998, p. 145.

consideraciones anteriores, recogiendo el parecer de la Comisión y afirmando la incapacidad de las oficinas públicas de empleo para satisfacer la demanda en general, no sólo la de colocación de altos directivos. Entendía el Tribunal que “el mercado de las prestaciones relativas a la colocación de trabajadores es, por una parte, muy amplio y, por otra, altamente diversificado. La demanda y la oferta de trabajo en este mercado engloban a todos los sectores productivos y comprenden una gama de empleos que van desde la mano de obra no cualificada hasta las capacitaciones profesionales más elevadas y menos representadas” (...) “en un mercado tan vasto y diferenciado, que, por añadidura, está sujeto a grandes cambios debidos al desarrollo económico y social, las oficinas públicas de empleo pueden no ser capaces de satisfacer una parte significativa de la totalidad de las demandas de prestaciones”⁷¹³.

En la resolución del asunto el Tribunal desestimó las alegaciones del gobierno italiano con respecto a la finalidad social de la actividad, afirmando que “...el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de

⁷¹³ STJCE de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre*, C-55/96. La cuestión prejudicial tuvo su origen en la denegación de la solicitud por parte de *Job Centre*, empresa en creación, de la homologación de la escritura de constitución de la sociedad. Tal denegación se fundamentó en la incompatibilidad del objeto social, el ejercicio de la actividad de mediación entre la demanda y la oferta de trabajo por cuenta ajena y de suministro temporal a terceros de prestaciones de trabajo, con la legislación italiana. Ésta reservaba la actividad de mediación e intervención en la colocación de mano de obra a las agencias públicas de colocación. De manera previa a la denegación, *Job Centre* había solicitado en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, la calificación de sus estatutos para proceder a su inscripción en el registro. En este primer momento, el tribunal que conocía del asunto elevó una cuestión prejudicial para cuyo conocimiento el TJCE se declaró incompetente. (STJCE de 19 de octubre de 1995, *Job Centre*, C-11/94). El Tribunal comunitario fundamentó su decisión en la inexistencia de un litigio pendiente ante el organismo remitente, que en el procedimiento en cuestión no ejercía una función jurisdiccional, considerando que para justificar su intervención era necesaria la existencia de una controversia de carácter contencioso, que sólo podía surgir a partir de una denegación de la calificación. Cuando tal denegación se produjo y *Job Centre* procedió a recurrirla, el órgano jurisdiccional italiano competente elevó una segunda cuestión prejudicial interrogando al TJCE sobre la aplicación de las normas comunitarias.

dicha entidad y de su modo de financiación y, (...) la actividad dirigida a la colocación es una actividad económica”⁷¹⁴.

Como se desprende de los casos comentados, ni los objetivos sociales perseguidos por la oficina de empleo, ni su carácter gratuito ni la falta de vinculación entre las aportaciones de trabajadores y empresarios con los servicios prestados, fueron considerados por el Tribunal como argumentos para evitar calificarlas como empresas, sujetas a las normas de la competencia.

Respecto a estos asuntos la doctrina francesa ha señalado que lo sorprendente no es tanto la condena del monopolio como la aplicación del derecho de la competencia a una actividad que estaba tradicionalmente fuera de su ámbito de aplicación⁷¹⁵. Con estas sentencias, el TJCE rompía dos de los argumentos utilizados para mantener los monopolios de colocación de mano de obra. Por un lado desoía tanto la consideración de que la mano de obra no es una mercancía como la necesidad de proteger al trabajador en el momento de búsqueda de empleo; por otro lado, ignoraba el objetivo social de los servicios de empleo y su carácter de servicio público, rechazando considerarlos fuera del mercado de bienes y servicios. Así, la sentencia *Höfner* hizo saltar un cerrojo que protegía no solo a los servicios de empleo sino a todos los servicios de interés general, constituyéndose como “una de las piezas claves de la jurisprudencia del TJCE para desmantelar las prerrogativas que se les reconocen en algunos Estados miembros”⁷¹⁶. De hecho, en el trasfondo de la decisión del Tribunal se aprecia la voluntad de proteger la libre competencia y de permitir “un espacio de negocio para las empresas privadas en la intermediación en el mercado de trabajo, frente al monopolio en esa intermediación justificado

⁷¹⁴ STJCE de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre*, C-55/96, párrafo 21.

⁷¹⁵ ROUSSEAU, Y., “Le service public de l’emploi...”, cit., p. 975.

⁷¹⁶ *Ibidem*, p. 976.

históricamente al servicio del empleo y de la transparencia del mercado de trabajo y para evitar los abusos en el momento de la contratación”⁷¹⁷

Un amplio sector de la doctrina ha sido especialmente duro con estos pronunciamientos. Los profesores G. y A. LYON-CAEN señalaron las consecuencias de la infiltración del derecho de la competencia en los ámbitos sociales afirmando que con esta sentencia, en relación al caso *Höfner*, se afectaba a la totalidad de la política nacional de empleo⁷¹⁸. En cambio, para autores como BARON, la valoración de estos asuntos no puede limitarse a recalcar la utilización de concepciones liberales por parte del TJCE. En opinión de este autor, con sus pronunciamientos el Tribunal actuó de manera pragmática y movido por la voluntad de asegurar un servicio eficaz a los trabajadores y a las empresas. Así, con los asuntos señalados se puso fin a la actuación de las empresas privadas de colocación al margen de la legalidad y permitió la mejora del servicio, lo cual demuestra, siempre en opinión de BARON, que la actuación del Tribunal no se aleja de los objetivos sociales del Tratado sino que busca asegurar los mismos mediante la rebaja del número de personas desempleadas⁷¹⁹. Ante estas afirmaciones, un tanto voluntaristas, es necesario señalar que en ninguno de los apartados de la sentencia, el Tribunal de Luxemburgo menciona los intereses y los derechos de los trabajadores como destinatarios de las oficinas públicas de empleo, centrandó su argumentación en los intereses de las empresas usuarias y en las potenciales competidoras.

Debe igualmente señalarse la opinión de algunos autores que señalan como el caso *Job Centre* es un claro ejemplo de estrategia de litigación

⁷¹⁷ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Derecho del trabajo y disciplina de mercado”, cit., p.6.

⁷¹⁸ LYON-CAEN G. y LYON-CAEN, A., *Droit social international et européen*, cit., p. 261.

⁷¹⁹ BARON, F., *Marché intérieur et Droit social...*, cit., p. 510.

dirigida a aclarar el alcance del Derecho comunitario en un momento de cambio normativo estatal⁷²⁰.

2.2. Límites al concepto de empresa derivados de la realización de funciones *exclusivamente* sociales: los criterios de determinación según la jurisprudencia del TJCE

En el marco del concepto de empresa acuñado con el asunto *Höfner* el Tribunal ha marcado los límites del mismo con un conjunto de sentencias posteriores (*Poucet*⁷²¹, *CISAL*⁷²² y *AOK*⁷²³). En ellas, el TJCE no apreció la existencia de una actividad económica, excluyendo así del ámbito de aplicación de las normas de la competencia a las entidades que realizan una función *exclusivamente* social. De manera paralela a esta delimitación negativa del concepto de empresa, el Tribunal acometió la vía contraria, ampliando el mismo a través de una serie de sentencias igualmente relativas a instituciones de carácter social pero sin la nota de *exclusividad* que exige la exención (*FFSA*⁷²⁴, *Albany et al.*⁷²⁵ y *Pavlov*⁷²⁶)⁷²⁷.

Con estas sentencias, el Tribunal diferenciaba entre los regímenes obligatorios de seguridad social basados en el principio de solidaridad, que

⁷²⁰ La legislación italiana cambió entre el momento de los hechos y el de la publicación de la sentencia. Las actividades de mediación entre ofertas y demandas de empleo y el suministro a terceros de mano de obra temporal pasaron de ser prohibidas a ser admitidas bajo una reserva de autorización. Sobre la cuestión ver en extenso el trabajo de SCIARRA, S., “Job Centre: An Illustrative Example of Strategic Litigation”, en SCIARRA, S (Ed.), *Labour law in the Courts...*, cit.

⁷²¹ STJCE de 17 de febrero de 1993, *Poucet et Pistre*, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91.

⁷²² STJCE de 22 de enero de 2002, *INAIL*, C-218/00.

⁷²³ STJCE de 16 de marzo de 2004, *AOK Bundesverband*, asuntos acumulados, C-264/02, C-306/01, C-354/01 y C-355/01.

⁷²⁴ STJCE 16 de noviembre de 1995, *Federation Francaise des Societes d'Assurance*, C-244/94.

⁷²⁵ 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.

⁷²⁶ STJCE de *Pavlov*, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98.

⁷²⁷ En esta distinción se sigue la realizada por IDOT, L. “Nouvelle invasion ou confirmation...?.”, cit., pp. 1-5.

no entran en el concepto de empresa, y los regímenes de seguridad social complementarios. Estos últimos ejercen, según el parecer del TJCE, una actividad económica en competencia con entidades privadas por lo que les son de aplicación las normas *antitrust*. El interés fundamental de estos pronunciamientos recae en el análisis de los criterios considerados como determinantes para afirmar la existencia de una actividad económica y los que han sido descartados. Al examen de esta cuestión se orientan los siguientes apartados, no sin antes recordar que tanto el TCE como la jurisprudencia del TJCE han reservado la organización de los sistemas nacionales de seguridad social al ámbito competencial de los Estados miembros⁷²⁸. Una vez más, la afirmación de esta competencia no ha evitado la acción, indirecta, de la disciplina del mercado comunitario en los ámbitos normativos sociales estatales.

2.2.1. La exclusión de entidades con una “función de carácter exclusivamente social”.

En la sentencia *Poucet*⁷²⁹ el TJCE afirmó por primera vez que las entidades de protección social que realicen una “función de carácter exclusivamente social” deben ser consideradas fuera del ámbito de aplicación de las normas de la competencia⁷³⁰. Como ha señalado PUTMAN, de esta afirmación se deriva un problema fundamental, que es decidir a partir de qué momento puede considerarse que el principio de solidaridad está suficientemente presente en el funcionamiento de una

⁷²⁸ Así se establece en el art. 137.4 del TCE y, entre otras muchas, en la STJCE de 7 de febrero de 1984, *Duphar*, C-238/82.

⁷²⁹ STJCE de 17 de febrero de 1993, *Poucet et Pistre*, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91.

⁷³⁰ Es interesante destacar que el TJCE no utiliza la noción de “actividad social” como contrapuesta a la de “actividad no-económica” sino que emplea el concepto de “función de carácter exclusivamente social” para determinar la no aplicación de las normas de la competencia. Sobre la cuestión ver, CAMAJI, L. “Rapports entre concurrence et protection sociale en droit communautaire”, en LYON-CAEN, A., PERULLI, A., (a cura de), *Liberalizzazione degli scambi...*, cit., p. 185.

institución, para determinar que la misma cumple unas funciones *exclusivamente sociales*⁷³¹.

En esta ocasión, los organismos en cuestión eran dos instituciones francesas encargadas de la gestión de regímenes especiales de seguridad social, uno de ellos dedicado a la gestión de un régimen de seguro de enfermedad y maternidad y el otro encargado de un seguro de vejez. El litigio que originó la cuestión prejudicial tuvo lugar tras un apremio dirigido por estos organismos a los señores Poucet y Pistre que rechazaron del pago de las cotizaciones debidas a las entidades mencionadas. Sin poner en cuestión el principio de la afiliación obligatoria a un sistema de Seguridad Social, los implicados consideraron que deberían poder dirigirse libremente, con tal fin, a cualquier compañía de seguros privada establecida en el territorio de la Comunidad, en lugar de estar sujetos a condiciones fijadas unilateralmente por las mencionadas entidades, las cuales, según ellos, ocupan una posición dominante, contraria a las normas de libre competencia que establece el Tratado

Al apreciar durante la causa la incidencia del Derecho comunitario el tribunal francés elevó una cuestión prejudicial cuestionando si un organismo encargado de la gestión de un régimen especial de la seguridad social debía ser considerado como empresa en el sentido de los arts. 81 y 82 TCE y si la posición dominante atribuida a dichas entidades por una norma estatal era compatible con el mercado común.

Tras el examen del funcionamiento de las entidades el Tribunal concluyó que los regímenes cuestionados estaban excluidos de las normas de la competencia al apreciar la concurrencia de determinadas características: la finalidad social, el principio de solidaridad, la obligatoriedad de la afiliación, la carencia de toda finalidad lucrativa y la

⁷³¹ Se trata pues de una cuestión de grado, lo cual choca con la utilización del propio concepto de exclusividad. PUTMAN, E., “Les rapports entre Droit social...”, cit., p. 113.

determinación legal de sus prestaciones, fijadas independientemente de la cuantía de las cotizaciones⁷³².

La pluralidad y la indeterminación de estos criterios convirtieron a la sentencia *Poucet* en un *cierre aparente* de la cuestión⁷³³. En efecto, nueve años después se elevaron ante el Tribunal cuestiones similares en las que el juez comunitario delimitó las características que debía tener un régimen de seguridad social para no ser considerado como una empresa.

En el asunto *INAIL* un tribunal italiano interrogó al TJCE acerca de la adecuación a los arts. 90 y 86 del TCEE de una legislación italiana que imponía a los artesanos autónomos la afiliación obligatoria a un determinado organismo de gestión de un régimen de seguros de accidentes de trabajo (INAIL)⁷³⁴. Tras el examen de las características de la entidad el Tribunal afirmó que: “el importe de las prestaciones y de las cotizaciones, que constituyen los dos elementos esenciales del régimen que gestiona el INAIL, están sujetos al control del Estado y la afiliación obligatoria que caracteriza dicho régimen de seguros es indispensable para su equilibrio financiero así como para la aplicación del principio de solidaridad, que implica que las prestaciones pagadas al asegurado no sean proporcionales a las cotizaciones abonadas por éste. (...) En conclusión, participando de este modo en la gestión de una de las ramas tradicionales de la seguridad social, en este caso el seguro de accidentes laborales y enfermedades profesionales, el INAIL cumple una función de carácter exclusivamente social. De ello se desprende que su actividad no es una actividad económica en el sentido del

⁷³² STJCE de 17 de febrero de 1993, *Poucet et Pistre*, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, párrafo 18.

⁷³³ KESSLER, F., “Droit communautaire de la concurrence et régimes de base de protection sociale, à la recherche d’un fondement juridique cohérent”, JCP, Éd. G, N° 6-7, cit., p. 66.

⁷³⁴ STJCE de 22 de enero de 2002, *INAIL*, C-218/00. El INAIL había sido encargado por vía normativa de garantizar, por cuenta del Estado y bajo su control, el seguro obligatorio de trabajadores contra los accidentes laborales y enfermedades profesionales, con arreglo a las exigencias del art. 38 de la Constitución Italiana. El impago de una empresa motivó el requerimiento del importe de las cotizaciones por parte del INAIL, lo que dio lugar a un litigio en el curso del cual se elevó la cuestión prejudicial.

derecho de la competencia y que, por consiguiente, dicha entidad no constituye una empresa a efectos de los artículos 85 y 86 del Tratado”⁷³⁵.

De nuevo sobre la cuestión, esta vez sobre el sistema alemán de seguro de enfermedad, en el asunto *AOK*⁷³⁶ el Tribunal afirmó que: “En el ámbito de la seguridad social, el Tribunal de Justicia ha considerado que determinadas entidades gestoras del seguro obligatorio de enfermedad y de vejez persiguen un objetivo exclusivamente social y no ejercen una actividad económica. El Tribunal de Justicia ha declarado que esto es lo que sucede con las cajas del seguro de enfermedad que no hacen sino aplicar la ley y no tienen posibilidad alguna de influir en el importe de las cotizaciones, el uso de los fondos y la determinación del nivel de las prestaciones. En efecto, sus actividades, que se basan en el principio de solidaridad nacional, carecen de finalidad lucrativa y las prestaciones que se abonan son prestaciones legalmente determinadas e independientes de la cuantía de las cotizaciones”⁷³⁷.

⁷³⁵ STJCE de 22 de enero de 2002, *INAIL*, C-218/00, párrafos 44 y 45. Destaca entre los numerosos comentarios a esta sentencia el realizado por BRINO, V., “La sentenza INAIL: spunti di riflessione”, *Dir. Relz. Ind.*, N° 1, 2003, pp. 151 y ss.

⁷³⁶ STJCE de 16 de marzo de 2004, *AOK*, asuntos acumulados, C-264/02, C-306/01, C-354/01 y C-355/01. Con las cuestiones prejudiciales se planteaba en este caso la compatibilidad con las normas de la competencia de entre un acuerdo, previsto por ley, mediante el cual diversas asociaciones de cajas del seguro de enfermedad determinaban colectivamente los máximos de su contribución al coste de distintos medicamentos. Como señalaba el Abogado General, la resolución de la cuestión requería dilucidar tres aspectos. Por un lado, si las cajas podían ser consideradas empresas en el sentido del derecho de la competencia; en este caso, procedía cuestionarse si la decisión adoptada debía entenderse como un acuerdo contrario al 81 TCE; en último lugar, dada una respuesta afirmativa de la última cuestión, se planteaba como necesario valorar la aplicabilidad del art. 86.2 TCE para defender el acuerdo. Conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas el 22 de mayo de 2003, *AOK*, asuntos acumulados C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, párrafo 2.

⁷³⁷ STJCE de 16 de marzo de 2004, *AOK*, asuntos acumulados, C-264/02, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, apartados 46-48.

2.2.2. La inclusión de las entidades con un “grado de solidaridad” no suficiente.

Con el asunto *FFSA* el Tribunal de Justicia incluyó en el concepto de empresa a una entidad gestora de un régimen complementario de la seguridad social regulado por una norma francesa⁷³⁸. Contestando a la cuestión elevada por el *Conseil d'Etat* el Tribunal declaró que las normas de la competencia eran aplicables a la entidad, aunque la misma presentara determinadas características que coincidían con las indicadas en los asuntos comentados en el apartado anterior. En concreto, como señaló el Gobierno francés, la entidad gestora tenía un claro objetivo de carácter social: la mejora de la situación de los trabajadores dado el carácter mínimo del régimen básico. Para ello, gestionaba sin ánimo de lucro un régimen complementario de jubilación estando obligada a respetar las reglas de afiliación, cotizaciones y prestaciones establecidas reglamentariamente.

Estas características no impidieron que el Tribunal la considerara dentro del ámbito de aplicación las normas de la competencia, afirmando que aunque la entidad comportaba algunos elementos de solidaridad, limitados y no comparables con los que caracterizan los regímenes obligatorios de Seguridad Social, ejercía una actividad económica en competencia con las compañías de seguros de vida. Los rasgos fundamentales que equiparaban a la entidad controvertida con estas últimas

⁷³⁸ STJCE 16 de noviembre de 1995, *Fédération Française des Sociétés d'Assurance*, C-244/94. En este caso la cuestión prejudicial se elevó en el curso de una demanda presentada por distintas entidades aseguradoras privadas para obtener la anulación del Decreto relativo al régimen complementario voluntario de Seguro de Vejez de los trabajadores por cuenta propia de las profesiones agrícolas. Esta norma atribuía la gestión del régimen a la *Caisse nationale d'assurance vieillesse mutuelle agricole* (CNAVMA). Las demandantes consideraron que esta atribución podía situar eliminar la competencia en el mercado del seguro de vida y de planes de jubilación, por lo que el mencionado Decreto era contrario a las normas de la competencia. Para la resolución del caso, el *Conseil d'Etat* consideró imprescindible dilucidar si la CNAVMA debía ser considerada como una empresa, por lo que procedió a elevar la cuestión prejudicial. Sobre este asunto es particularmente interesante el comentario de LAIGRE, P., “L'intrusion du droit communautaire de la concurrence dans la champ de la protection sociale” DS, 1996, n.1, p. 82-90.

eran, según destacó el TJCE el principio de capitalización, el carácter facultativo de la afiliación y su actuación en competencia con compañías privadas de seguros.

Idéntica calificación recibieron los fondos objeto de examen en los asuntos *Albany*, *Brentjen's* y *Drijvende Bokken*, de 21 de septiembre de 1999⁷³⁹ y *Pavlov* de 21 de septiembre de 2000⁷⁴⁰. En estas sentencias el Tribunal diferenció claramente entre los acuerdos que dieron lugar a la posterior declaración de afiliación obligatoria y la entidad gestora. Sin atender en este punto del estudio a las especificidades que se derivan de la primera cuestión⁷⁴¹, van a valorarse únicamente la fundamentación de la declaración de empresa y las consecuencias de ésta.

En los cuatro casos, el Tribunal consideró que los fondos de pensiones cuestionados realizaban una actividad económica y debían ser considerados como empresas⁷⁴². Las entidades controvertidas tenían características similares entre ellas. Todas se orientaban a una finalidad social y carecían de ánimo de lucro, su objetivo era la gestión de un régimen de pensiones complementarias y habían sido declaradas obligatorias por las autoridades públicas para todos los miembros del sector o de la profesión (en los casos *Albany et al.* los convenios colectivos habían sido objeto de extensión mediante un Real Decreto). Por añadidura, todos los fondos tenían la obligación de aceptar a la totalidad de los trabajadores del sector o de los miembros de la profesión⁷⁴³. A pesar de estas

⁷³⁹ SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, *Brentjen's*, C-115/97 a C-117/97, *Drijvende Bokken*, C-219/97.

⁷⁴⁰ STJCE de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov*, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98.

⁷⁴¹ Baste señalar que en los primeros casos el régimen de pensiones complementarias que gestionaba el fondo se instauró por un convenio colectivo y en el segundo por una decisión de un colegio profesional.

⁷⁴² SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, apartado 87; STJCE de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov*, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, apartado 116.

⁷⁴³ El sistema holandés se estructura en tres pilares, una pensión universal regulada por ley, una pensión suplementaria ligada al empleo que se suma a la anterior y un tercer complemento de carácter voluntario. El segundo pilar se sustenta en los fondos de

características el Tribunal consideró que las entidades se diferenciaban de las analizadas en la sentencia *Poucet* y se asemejan a la del asunto *FFSA*. Son tres las razones fundamentales que el TJCE utiliza para justificar esta afirmación: los fondos determinan por si mismos el importe de las cotizaciones y las prestaciones, funcionan según el principio de capitalización y ejercen una actividad económica en competencia con las compañías de seguros. Dadas estas condiciones el Tribunal procedió a afirmar la calificación de los fondos cuestionados como empresas.

A diferencia del asunto *FFSA*, los organismos holandeses remitentes elevaron varias cuestiones prejudiciales que no sólo atenían a la consideración de empresa sino que inquirían acerca de la aplicación de las normas de la competencia del TCE. Por este motivo, en estos casos el TJCE desarrolló las condiciones de aplicación de los arts. 81 y ss. diferenciando entre ambos supuestos por la naturaleza de los acuerdos que contenían la determinación de la entidad gestora. En los casos *Albany et al.*, el Tribunal declaró la existencia de una exención situaba fuera del ámbito de aplicación de las normas de la competencia los acuerdos encausados, tres convenios colectivos, en función de su naturaleza y su origen. En el caso *Pavlov*, en cambio, el TJCE no apreció contradicción entre el acuerdo, una decisión de un colegio profesional, y el art. 81 TCE. Por último, el Tribunal también valoró la posible contradicción entre los derechos exclusivos otorgados a los fondos, que ya habían sido declarados empresas y las normas de la competencia. Dejando la primera cuestión para un posterior análisis debe observarse la justificación de la segunda.

Para apreciar la compatibilidad entre los derechos exclusivos otorgados a los fondos y los arts. 82 y 86 TCE, el Tribunal utilizó a

pensiones que son creados mediante acuerdos colectivos entre empresarios y trabajadores. Tales acuerdos, según la legislación neerlandesa, pueden ser declarados *erga omnes* por el gobierno a petición de las partes. El resultado de esta declaración es la afiliación obligatoria de todas las empresas que se encuentran dentro del ámbito del convenio al fondo creado en el mismo.

contrario los argumentos de la sentencia *Höfner*⁷⁴⁴. Las empresas demandantes alegaron que la incapacidad de los fondos para satisfacer sus necesidades, junto con la afiliación obligatoria, situaba a los mismos en una situación de abuso de posición dominante. En ambos asuntos el Tribunal dio una respuesta similar: “los artículos 86 y 90 del Tratado no se oponen a que las autoridades públicas confieran a un fondo de pensiones un derecho exclusivo de gestión del régimen de pensiones complementarias...”. Tras su análisis el TJCE concluyó que la actuación del Estado estaba justificada con arreglo al párrafo segundo del art. 86 TCE, como una medida necesaria para el cumplimiento de la función social que había sido confiada al fondo.

Analizando de manera conjunta la jurisprudencia referida en los dos últimos epígrafes puede apreciarse cómo no todos los criterios aducidos por el TJCE en la sentencia *Poucet et Pistre* para excluir la consideración de empresa son determinantes. Al contrario, como ha indicado la doctrina, sólo dos de ellos, la determinación legal de las cotizaciones y las prestaciones y el funcionamiento según el principio de solidaridad nacional son concluyentes para la cuestión⁷⁴⁵.

La primera cuestión aparecía claramente señalada en la sentencia *AOK* en el mismo el Tribunal afirmó que “(e)l hecho de que, en última

⁷⁴⁴ “...el simple hecho de crear una posición dominante mediante la concesión de derechos exclusivos, en el sentido del artículo 90, apartado 1, del Tratado, no es, como tal, incompatible con su artículo 86. Un Estado miembro sólo infringe las prohibiciones contenidas en estas dos disposiciones cuando la empresa de que se trata es inducida, por el simple ejercicio de los derechos exclusivos que le han sido conferidos, a explotar su posición dominante de manera abusiva o cuando esos derechos puedan crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos... Tal como se deduce del apartado 31 de la sentencia *Höfner y Elser*, antes citada, existe una práctica abusiva, contraria al artículo 90, apartado 1, del Tratado, entre otros casos, cuando un Estado miembro confiere a una empresa el derecho exclusivo de ejercer determinadas actividades y crea una situación en la que dicha empresa resulta manifiestamente incapaz de satisfacer la demanda del mercado para este tipo de actividades”. STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, apartado 93; STJCE de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov*, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, apartado 127.

⁷⁴⁵ Indicando ambas cuestiones DRIGUEZ, L., *Droit social et Droit...*, cit. pp. 246 a 264; refiriéndose únicamente a la segunda y a la afiliación obligatoria IDOT, L. “Nouvelle invasion ou confirmation...?”, cit., p. 2.

instancia, el Estado fije el importe de las prestaciones y el de las cotizaciones llevó al Tribunal de Justicia a considerar, de igual modo, que una entidad, como el *Instituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro* (Instituto nacional italiano de seguro de accidentes laborales), al que la ley encomienda la gestión de un régimen de seguro de accidentes laborales y enfermedades profesionales no es una empresa en el sentido de las normas en materia de competencia previstas por el Tratado (véase la sentencia *Cisal*, antes citada, apartados 43 a 46)⁷⁴⁶.

El contenido de la noción de solidaridad es más difícil de aprehender. Tomando como referencia fundamental las condiciones de financiación de la entidad, algunos autores han simplificado la cuestión afirmando que un régimen regido por el principio de solidaridad funciona sobre la base de la repartición mientras que las entidades que entran en el ámbito de aplicación del derecho de la competencia son financiadas por la vía de la capitalización⁷⁴⁷. En cambio, KESSLER interpretaba que la no existencia de solidaridad se debe a la falta de carácter obligatorio de la cobertura propuesta por el régimen y a las identidades con los contratos de seguros colectivos prevén una solidaridad idéntica⁷⁴⁸. De hecho, la tendencia del Tribunal de comparar las actividades de las entidades cuestionadas con las desarrolladas por las entidades aseguradoras, parece indicar la aparición un indicio de especial relevancia para medir la

⁷⁴⁶ STJCE de 16 de marzo de 2004, *AOK*, asuntos acumulados, C-264/02, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, apartado 48.

⁷⁴⁷ En este sentido, comentando la STJCE 16 de noviembre de 1995, *Fédération Française des Sociétés d'Assurance*, C-244/94, BERGERÈS, M-C., Recueil Dalloz Jurisprudence, 1996, p. 317.

⁷⁴⁸ KESSLER, F., “Droit communautaire de la concurrence...”, cit., p. 67. El autor afirma la debilidad de los contornos señalados por el TJCE para demarcar la noción de solidaridad, finalizando su comentario con una afirmación remarcable: “(e)s deseable que el tribunal precise sus elecciones y mantenga una justificación de sus soluciones (...) Los regímenes de protección social no han sido construidos con el objetivo de extender los monopolios o de extender el alcance de lo público sino por la constatación precisa de carencias en la cobertura de riesgos juzgados suficientemente importantes para justificar una intervención del legislador o de los actores sociales. Negarlo conduciría a cuestionar gravemente el complejo compromiso que constituye todo sistema de protección social. Ni más ni menos”.

solidaridad⁷⁴⁹. El mismo se desarrollaría mediante un método de aproximación pragmático, consistente en diferenciar entre la solidaridad de las compañías de seguros y la solidaridad del servicio público⁷⁵⁰. En cuanto a la cuestión de la afiliación obligatoria, debe señalarse que ésta ha sido considerada por el Tribunal como requisito *sine qua non* para apreciar la solidaridad pero no suficiente, debiendo concurrir con las características más arriba citadas⁷⁵¹.

En cambio, la finalidad social de la entidad o la falta de ánimo de lucro, circunstancias concurrentes en todas las entidades cuestionadas en las sentencias anteriores, pueden ser consideradas como indicios pero no determinan la existencia de una entidad con funciones *exclusivamente* sociales. Así lo demuestran los tres últimos asuntos tratados en este epígrafe, en los cuales los fondos fueron considerados empresas a pesar de reunir estas características.

Como puede observarse, aun de manera indirecta, la finalidad social entra en juego no ya para determinar una excepción del ámbito de aplicación sino para “atenuar” la propia aplicación de las normas de la competencia en el ámbito social. Del análisis de estos casos concluye IDOT

⁷⁴⁹ En la sentencia Albany el Tribunal utilizó ambas afirmaciones. En su sentencia constató que el fondo porque determinaba por sí mismo el importe de las cotizaciones y de las prestaciones y funcionaba según el principio de capitalización. De estas circunstancias el TJCE dedujo que el mencionado fondo ejercía una actividad económica en competencia con las compañías aseguradoras, por lo que debía ser considerado como una empresa. STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, apartados 81 y 84.

⁷⁵⁰ JEAN, A., DABOSVILLE, B., *La jurisprudence de la CJCE concernant les systèmes de retraite. –Entre concurrence et protection sociale-*, Mémoire pour la maîtrise de Droit européen, Université de Rennes 1, année universitaire 2001/2002, (trabajo inédito), p. 22.

⁷⁵¹ *Sine qua non* pero no suficiente, como demuestra la sentencia *Albany* en la cual el Tribunal consideró como empresa a un fondo declarado obligatorio mediante la extensión gubernamental de un convenio colectivo, (STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96), igualmente obligatorio era el fondo de pensiones encausado en la sentencia *Poucet* que fue también considerado como una empresa (STJCE de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov*, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98). Para un análisis de esta cuestión ver, IDOT, L. “Nouvelle invasion ou confirmation...?.”, cit., p. 2-3 ; LAIGRE, P., “L’intrusion du droit communautaire ...”, cit., p. 87 y MAVRIDIS, P., “Régimes complémentaires: droit de la concurrence ou droit social communautaire ?, Quelques réflexions parfois peu conformistes”, DS, N° 3, 1998, p. 239 ; DRIGUEZ, L., *Droit social et Droit...*, cit. pp. 236-281.

que la cohabitación entre derecho del trabajo y derecho de la competencia es, además de necesaria, posible porque la función social ha conducido a legitimar ciertas prácticas como los derechos exclusivos acordados a los fondos de pensiones⁷⁵².

2.3. La exclusión de los trabajadores a título individual.

La exclusión de los trabajadores por cuenta ajena del ámbito de aplicación de las normas de la competencia es una afirmación que ha sido comúnmente sostenida por la doctrina especializada⁷⁵³. De entre los escasos argumentos lanzados para justificar tal cuestión deben destacarse fundamentalmente dos⁷⁵⁴. El primero tiene como punto de partida la distinción entre el mercado de trabajo y el mercado de bienes y servicios⁷⁵⁵. El mismo atiende al objeto del intercambio, habiéndose aducido que una relación de trabajo subordinado no es reducible a un bien o a un servicio susceptible de dar lugar a un mercado. El segundo se relaciona con la posición jurídica del trabajador en el mercado, afirmándose que el ligamen de subordinación, tanto jurídica como económica, de los trabajadores excluye la posibilidad de calificarlos como una empresa⁷⁵⁶.

La cuestión de la subordinación económica no es un criterio novedoso, pues había sido ya utilizada por jurisprudencia y doctrina para justificar la exención del campo de aplicación de las normas de la

⁷⁵² IDOT, L. "Droit social et droit de la concurrence...", cit., p. 4.

⁷⁵³ GOLDMAN, B., LYON-CAEN, A., VOGEL, L., *Droit commercial européen*, cit., p. 353; BRAAKMAN, A.J., (dir.), *La aplicación de los artículos...*, cit., p. 55.

⁷⁵⁴ En este sentido, desde una parte de la doctrina especializada se ha afirmado sencillamente que los trabajadores no son una empresa, BELLAMY, C., CHILD, G., *European Community law...*, cit., p. 49; WHISH, R., *Competition Law*, London, Butterworths, 2001, p. 189.

⁷⁵⁵ GOLDMAN, B., LYON-CAEN, A., VOGEL, L., *Droit commercial européen*, cit., p. 353.

⁷⁵⁶ GAVALDA, C., PARLEANI, G., *Droit des affaires de l'Union Européenne*, cit., p. 285.

competencia de los agentes comerciales y representantes de comercio⁷⁵⁷. El TJCE afirmó en el asunto *Suiker Unie* que, si los representantes de comercio ejercen una actividad en beneficio de su comitente, pueden ser considerados como órganos auxiliares integrados dentro de la empresa, obligados a seguir las instrucciones de la misma y formando con ella una unidad económica, al igual que el empleado de comercio. De esta manera afirmaba el Tribunal comunitario una suerte de paralelismo entre la subordinación de los representantes de comercio y la de los trabajadores, que fundamentaba la exclusión de sus relaciones con el empresario de las normas de la competencia.

Esta segunda línea argumentativa, basada en la subordinación económica, ha sido la sostenida por el TJCE en la sentencia *Becu* de 1999⁷⁵⁸. En este asunto se planteó la compatibilidad con las normas comunitarias sobre la competencia de un régimen nacional por el que se reservan las operaciones realizadas en una determinada zona portuaria a un colectivo determinado de trabajadores. Tal reserva se establecía por un convenio colectivo laboral que había sido dotado de fuerza obligatoria por

⁷⁵⁷ TJCE de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie*, asuntos 40 a 48, 50, 54 a 56, 11, 113, 114/73, párrafos 539 a 542; Entre la doctrina, las semejanzas establecidas entre estos contratos de agencia y el contrato de trabajo por el TJCE han sido señaladas por SCHAPIRA, J., LE TALLEC, G., BLAISE, J-B, IDOT, L., *Droit européen des affaires*, Tome 1, Puf, Paris, 5ª Ed., 1999, p. 236 y muy especialmente por DRIGUEZ, L., *Droit social et Droit...*, cit. pp. 59-74. Debe recordarse que en derecho español dentro de los sujetos excluidos de la relación laboral se encuentran los agentes mercantiles, ex art. 1.3. f) ET, desarrollado por la Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia que traspuso la Directiva 86/653/CEE.

⁷⁵⁸ STJCE de 16 de septiembre de 1999, *Becu*, C-22/98. El supuesto de hecho de la sentencia recuerda al del asunto *Merci* anteriormente comentado (STJCE de 10 de diciembre de 1991, *Merci*, C-179/90). En este caso era la legislación belga la que reservaba los trabajos de mantenimiento del puerto de Gante a unos trabajadores determinados. El Ministerio Fiscal belga denunció a la empresa, cuyo gerente era el Sr. Becu, por utilizar trabajadores no reconocidos por la normativa belga para el desarrollo de tareas portuarias. La empresa en cuestión, dedicada a la carga y descarga de barcos para transporte de cereales y el almacenamiento de los mismos, recurría para los trabajos efectuados en los muelles a trabajadores portuarios reconocidos. Sin embargo, para el resto de trabajos relacionados con la misma mercancía, contaba con trabajadores temporales provenientes de una agencia belga de colocación. A lo largo del proceso se planteó la compatibilidad entre las distintas normas que configuraban la reserva de los trabajos portuarios y el art. 90.1 en relación con el art. 86 TCE.

un Real Decreto. Como señaló el Abogado General, el tribunal remitente interrogaba acerca de si era posible considerar que los trabajadores portuarios reconocidos constituían una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general y si, en este caso, podían considerarse de aplicación las exenciones previstas por el TCE.

El TJCE afirmó que los trabajadores, en si mismo considerados, no constituían empresas, en el sentido del Derecho comunitario de la competencia, ni siquiera entendidos de manera colectiva. Tal consideración fue justificada en la ausencia de autonomía de estas personas en relación a las empresas para las que efectuaban los trabajos. Así, consideraba el Tribunal, que durante el período de la relación laboral los trabajadores están integrados en las empresas, formando una unidad económica con cada una de ellas.

Para realizar este razonamiento el TJCE se apoyó expresamente en el elemento que considera definitorio de la noción de trabajador, que ya había utilizado en el asunto *Merçi*. En este caso, consideró que el concepto de trabajador, en el sentido del actual artículo 39 del TCE, supone que una persona cumple durante un cierto periodo de tiempo en favor de otra y bajo la dirección de la misma, determinadas prestaciones en contrapartida de las cuales, recibe una remuneración⁷⁵⁹.

Como ha señalado la doctrina, con esta definición el Tribunal no sólo se separaba de los criterios existentes en los Estados miembros para delimitar la noción de trabajador sino que hace primar el criterio económico sobre cualquier otro⁷⁶⁰. Esta lectura se confirma atendiendo a las conclusiones del Abogado General, que afirmó la naturaleza autónoma de toda definición de empresa en el sentido de las normas de competencia del Tratado. De esta manera, a su juicio, la calificación positiva o negativa que realicen los ordenamientos jurídicos nacionales del concepto de empresa

⁷⁵⁹ STJCE de 10 de diciembre de 1991, *Merçi*, C-179/90, apartado 13.

⁷⁶⁰ DRIGUEZ, L., *Droit social et Droit...*, cit. p. 67.

sólo debe valer como un indicio más a tener en cuenta por el juez comunitario, siendo el criterio determinante la existencia de un centro identificable de imputación de decisiones económicamente relevantes⁷⁶¹. El razonamiento, que el Tribunal utilizaría de manera algo más matizada pero con resultados idénticos, es similar al seguido para afirmar la exclusión de los contratos de agencia del ámbito de aplicación de las normas de la competencia⁷⁶².

Es evidente que la exclusión jurisprudencial de los trabajadores no se ha realizado considerando la definición de trabajador existente en los ordenamientos nacionales. De esta manera, la delimitación jurídica del concepto, decae frente al criterio de subordinación económica⁷⁶³, equiparándose a la prestación de un servicio, siempre que exista un ligamen de subordinación económica con el trabajo asalariado. Como demuestra el razonamiento de la sentencia *Becu*, la exclusión en este caso se ha realizado ya no por apreciar una frontera delimitada por la definición de trabajador presente en la normativa estatal sino al subsumir la situación fáctica a las categorías normativas elaboradas para la construcción del mercado comunitario⁷⁶⁴. Tal y como ha señalado la doctrina, es evidente el

⁷⁶¹ “Significa esto que, no basta que en un determinado ordenamiento se califique una relación jurídica como de contrato de trabajo, para excluir la de la aplicación de las normas comunitarias relativas a las empresas. Como ocurre con el concepto mismo de empresa, deberá estarse a la realidad de la prestación y a sus características concretas, no a la forma jurídica que adopte”. Conclusiones del Abogado General Ruíz-Jarabo Colomer presentadas el 25 de marzo de 1998, *Becu*, C-22/98, apartados 53-55.

⁷⁶² En este sentido ver, entre otras la STJCE de 18 de junio de 1998, *Comisión contra Italia*, C-35/96.

⁷⁶³ DRIGUEZ, L., *Droit social et Droit...*, cit. p. 73; en este sentido se manifiesta el informe de síntesis al estudio comparado, realizado por G. LYON-CAEN, y recogido en, MARZAL, A. (Ed.), *Crisis del Estado del bienestar y Derecho social*, ESADE, Barcelona, 1997, pp. 195 y ss.

⁷⁶⁴ Debe señalarse la incoherencia de esta interpretación jurisprudencial con lo dispuesto en la reciente Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. En el “Considerando” 87 se afirma lo siguiente: “(a)demás, la presente Directiva no debe afectar al derecho de los Estados miembros en los que se presta el servicio a determinar la existencia de una relación laboral y la distinción entre trabajadores por cuenta propia y trabajadores por cuenta ajena, incluidos los «falsos trabajadores por cuenta propia». A este respecto, la característica esencial de una relación laboral con arreglo al artículo 39 del Tratado debe

paralelismo entre esta posición del Tribunal y la evolución existente en los ordenamientos nacionales respecto de las fronteras del contrato de trabajo⁷⁶⁵. Parece disiparse la distinción entre trabajo y mercancía, quedando la antigua afirmación de la Declaración de Filadelfia, “*Labour is not a Commodity*”, en entredicho.

Sección III: derecho comunitario de la competencia y negociación colectiva: ¿existe una exención en función de la naturaleza del acuerdo?

Al igual que en la experiencia norteamericana, la interacción entre las normas de la competencia y el derecho del trabajo *stricto sensu* recae fundamentalmente en la acción sindical y, en especial, en la negociación colectiva.

Con los asuntos *Albany, Brentjen's y Drijvende Bokken*, de 21 de septiembre de 1999⁷⁶⁶, se planteó por primera vez la compatibilidad de un convenio colectivo con las disposiciones comunitarias de defensa de la competencia, cuestionándose si un acuerdo pactado entre empresarios y trabajadores podría ser considerado como un pacto entre empresas. Con la consabida ausencia de una exención expresa en la normativa comunitaria, el TJCE tenía varias alternativas. La primera era afirmar la exclusión directa del ámbito de aplicación de estas normas, dada la naturaleza de las partes que concluyen el acuerdo. Así, la consideración de que un convenio colectivo no supone un acuerdo entre empresas por la participación de los sindicatos habría impedido, *per se*, el juicio *antitrust*.

ser el hecho de que una persona realice, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, ciertas prestaciones por las cuales percibe una remuneración. Toda actividad realizada por una persona al margen de una relación de subordinación debe clasificarse como actividad autónoma a efectos de los artículos 43 y 49 del Tratado”.

⁷⁶⁵ DRIGUEZ, L., *Droit social et Droit...*, cit., p. 67.

⁷⁶⁶ 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.

La segunda era analizar el convenio colectivo a la luz del art. 81 TCE, estudiando sus características para evaluar su compatibilidad con el mismo. Implementando esta opción, en el informe COLCOM⁷⁶⁷ se ha cuestionado si un convenio colectivo cumple con las condiciones de aplicación del mencionado artículo. Señalan estos autores que el Derecho comunitario no proporciona una clara respuesta a la cuestión de si un convenio colectivo puede afectar al comercio intracomunitario. En este sentido es posible afirmar que un convenio cuyo ámbito de aplicación afecte a más de un Estado miembro cumple este requisito, pero en relación con las normas colectivas de ámbito estatal la cuestión se complica por lo que es necesaria una aproximación casuística⁷⁶⁸. Según el informe cabría igualmente la consideración de los convenios colectivos como acuerdos de *minimis*, evitando así la aplicación de las normas de la competencia. De la misma manera, la posibilidad de establecer la inmunidad de los convenios mediante el establecimiento de una excepción en bloque o por categoría ha sido señalada por los autores del informe COLCOM⁷⁶⁹ como una de las vías para proteger las normas colectivas.

Enfrentado a la resolución de los casos *Albany*, *Brentjen's and Drijvende Bokken*⁷⁷⁰, a los que siguió el asunto *Van der Woude*⁷⁷¹, el Tribunal no adoptó ninguna de las dos vías mencionadas. El TJCE no consideró la existencia de una exención social que cubriera *per se* a los convenios colectivos ni aplicó el análisis *antitrusts* habitual, valorando los criterios mencionados. En cambio, el Tribunal optó por una posición cercana a la exclusión pero de fronteras difusas⁷⁷². Así, el TJCE afirmó en 1999 que

⁷⁶⁷ BRUUN, N., HELLSTEN, J., *Collectives agreements and Competition law...*, cit., pp. 3 y ss.

⁷⁶⁸ *Ibidem*, p. 8.

⁷⁶⁹ *Ibidem*, p. 13.

⁷⁷⁰ SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96; *Brentjen's*, C-115/97 a C-117/97; *Drijvende Bokken*, C-219/97. En lo sucesivo *Albany et al.*

⁷⁷¹ STCE de 21 de septiembre de 2000, *Van der Woude*, C-222/98.

⁷⁷² En cambio, el Abogado General Jacobs utilizó los parámetros mencionados para evaluar los convenios colectivos encausados en *Albany et al.*, vid. las Conclusiones

“los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de objetivos de política social, como la mejora de las condiciones de empleo y trabajo, no deben considerarse comprendidas, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1”⁷⁷³.

A pesar de la aparente rotundidad de la afirmación, el razonamiento del TJCE adolece de lagunas que dejan la cuestión abierta. Fundamentalmente, la crítica doctrinal ha destacado lo incierto de los límites de la excepción creada por el Tribunal, preguntándose hasta que punto se extiende la inmunidad que la sentencias prevén para los convenios colectivos y cuales son lo límites de esta “excepción por la naturaleza y el origen”. Estas cuestión, unidas a las similitudes existentes en la argumentación del Abogado General con la experiencia estadounidense, indican que estos casos dejan la puerta abierta a nuevas controversias, siendo necesario aclarar tanto los puntos de fricción existentes como el alcance de la inmunidad establecida⁷⁷⁴.

Dos son las cuestiones fundamentales que enmarcan la interacción entre la negociación colectiva y el Derecho comunitario de la competencia. Por un lado, y como ya se comentó, la constante promoción del Diálogo Social en el ámbito comunitario, cuya plasmación normativa ha sido la articulación de la llamada “negociación colectiva europea”. Aun cuando la experiencia europea no puede considerarse un verdadero ejemplo de negociación colectiva, la voluntad de vincular a los actores sociales en el proceso de articulación de la política comunitaria en el ámbito social ha sido evidente y ha constituido uno de los pilares de la argumentación del TJCE en la evaluación de la interacción entre el derecho de la competencia

acumuladas del Abogado General Jacobs, presentadas el 28 de enero de 1999, asuntos *Albany*, C-67/96; *Brentjen's*, C-115/97 a C-117/97; *Drijvende Bokken*, C-219/97, apartados 73 y ss.

⁷⁷³ STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, apartado 60.

⁷⁷⁴ Cuestión especialmente criticada por VAN DER BERGH, R., *CAMESASCA*, P., “Irreconcilable principles?...”, cit., p. 507.

y las normas laborales derivadas de la acción colectiva. Por otro lado, la expansión continuada de las fronteras del ámbito de aplicación del derecho de la competencia, como una de las políticas comunitarias básicas, ha conllevado el incremento de las posibilidades de fricción.

Ambas cuestiones aparecen claramente reflejadas en los pronunciamientos del TJCE sobre la cuestión. Al igual que ocurrió en su momento en la experiencia estadounidense, en particular en los casos *Pennington* y *Allen*⁷⁷⁵, la adecuación de dos políticas, la de defensa de la competencia y la de potenciación de los sindicatos y de la negociación colectiva se ha intentado por la vía pretoriana. Como sucedió en Estados Unidos, la falta de parámetros definidos para la aplicación de las normas de la competencia y la mencionada construcción jurisprudencial expansiva del ámbito de aplicación de las mismas, han provocado una continua expansión de los sujetos y materias sujetos al control *antitrust*.

Cabe destacar, no obstante, que la preocupación por la gestionar la interacción de los derechos sindicales con la normativa de la competencia es una cuestión cada vez más manifiesta. Así, lo demuestra la introducción del “Considerando” 37 del Reglamento 1/2003⁷⁷⁶ que sitúa el respeto a los derechos y principios recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como frontera de la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE⁷⁷⁷. Las implicaciones que el mismo pueda tener en la cuestión dependerán de un futuro pronunciamiento del Tribunal pero la mera inserción denota, en cualquier caso, una creciente atención respecto del tema.

⁷⁷⁵ *Mine workers v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965); *Apex Hosiery Co. v. Leader*, 310 U.S. 469 (1940).

⁷⁷⁶ Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

⁷⁷⁷ “El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y sigue los principios reconocidos, en particular, por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por consiguiente, debe ser interpretado y aplicado respetando dichos derechos y principios”.

1. *Albany et al.*, primeros pronunciamientos del TJCE sobre la cuestión.

El 21 de septiembre de 1999 el TJCE se pronunció por primera vez acerca de la compatibilidad entre los convenios colectivos y las normas de la competencia comunitaria y lo hizo por triplicado, con las tres sentencias ya mencionadas *Albany*, *Brentjen's*, y *Drijvende Bokken*⁷⁷⁸. Tres años más tarde el TJCE volvió sobre la cuestión en el asunto *Van der Woude*⁷⁷⁹, en relación con un seguro médico suplementario establecido mediante una norma colectiva.

Con los asuntos de 1999, el Tribunal resolvía con idénticos argumentos, tres cuestiones prejudiciales planteadas en el marco de diferentes litigios con supuestos de hecho similares acaecidos en Holanda. Se planteaban con los tres casos diversos interrogantes, cuyo marco general era la adecuación de la organización del sistema holandés de pensiones con el Tratado CE (art. 10 en relación con el 85 y art. 86.1 en relación con el 82). En este sistema se prevé que, a instancia de los representantes de los empresarios y de los trabajadores de un sector concreto de la economía, el Ministro competente puede declarar obligatoria la afiliación a un fondo de pensiones sectorial para todas las empresas de dicho sector⁷⁸⁰. La práctica habitual era el establecimiento de fondos sectoriales obligatorios mediante

⁷⁷⁸ 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.

⁷⁷⁹ STJCE de 21 de septiembre de 2000, *Van der Woude*, C-222/98.

⁷⁸⁰ Ley de 17 de marzo de 1949 por la que se establecen las reglas relativas a la afiliación obligatoria a un fondo sectorial de pensiones establece en su art. 3 que “El Ministro competente, a instancia de una organización profesional sectorial que considere suficientemente representativa de la estructura de la vida económica en un sector de actividad (...) podrá declarar obligatoria la afiliación a un fondo sectorial de pensiones para todos los trabajadores o para determinadas categorías de trabajadores del sector de actividad en cuestión”. La normativa holandesa preveía asimismo la posibilidad de establecer exenciones a la afiliación obligatoria al fondo determinado por este procedimiento, cuando se cumplieran una serie de requisitos relacionados tanto con la vigencia del régimen por el cual se quiere sustituir el obligatorio como con la equivalencia de los derechos reconocidos a los trabajadores.

convenios colectivos entre los empresarios y trabajadores de un determinado sector de actividad⁷⁸¹.

En los casos concretos, diversos acuerdos colectivos habían establecido un plan de pensiones sectorial determinado, siendo el mismo declarado obligatorio mediante decreto ministerial. De esta actuación se derivaron dos cuestiones. En primer lugar, la adecuación de esta norma colectiva y del decreto de extensión con los arts. 3. g), 10 y 81 TCE. En segundo lugar, y en relación a las entidades gestoras de los fondos establecidos mediante los convenios, se planteaba en estos casos su posible calificación como empresas y la eventual aplicación del art. 86.1 en relación con el art. 82 TCE.

Los litigios que dieron lugar a las cuestiones prejudiciales se suscitaron tras el impago por parte de tres empresas de las cotizaciones debidas a los fondos. Las empresas (*Albany*⁷⁸², *Brentjen's*⁷⁸³, y *Drijvende Bokken*⁷⁸⁴) consideraron de aplicación la normativa de la competencia por entender que los acuerdos entre empresarios y trabajadores declarados obligatorios constituían acuerdos entre empresas, quedando por tanto dentro del ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE. A su juicio, tales acuerdos

⁷⁸¹ Conclusiones acumuladas del Abogado General Jacobs, presentadas el 28 de enero de 1999, asuntos *Albany*, C-67/96; *Brentjen's*, C-115/97 a C-117/97; *Drijvende Bokken*, C-219/97, apartados 5-9.

⁷⁸² *Albany Internacional BV* es una empresa que ejerce su actividad en varios sectores, ente ellos el textil. Por petición de los representantes de los trabajadores y empresarios el Gobierno neerlandés declaró obligatoria la afiliación a distintos fondos de pensiones que luego se fusionaron en uno solo. Posteriormente, la empresa suscribió un plan de pensiones que consideraba más beneficioso, solicitando la exención de la participación en el fondo, que es denegada por el mismo. Tal negativa originó un proceso instado por la empresa en el curso del cual se planteó la cuestión prejudicial.

⁷⁸³ En este caso se trata de una empresa dedicada a la distribución de materiales de construcción. Los hechos son similares, tras la denegación de la exención el fondo le reclama a la empresa las cotizaciones adeudadas, contra estos requerimientos *Bretjens* acude al *Kantongerecht* que plantea una la cuestión prejudicial ante el TJCE.

⁷⁸⁴ El impago de las cotizaciones por la empresa se produce en esta ocasión por considerar la misma que estaba excluida del ámbito de aplicación de la resolución que declaraba obligatorio el fondo. La empresa recurrió el reclamo de pago, argumentando tanto lo relativo al ámbito de aplicación como la contradicción entre la afiliación obligatoria y el derecho de la competencia. En esta ocasión el *Hoge Raad* presentó con carácter prejudicial hasta seis cuestiones ante el TJCE.

restringían la competencia por una doble vía. En primer lugar por eliminar tanto la libertad de las empresas del sector para afiliarse a fondos distintos 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. Según las empresas, la afectación a la competencia derivada del acuerdo superaba el ámbito nacional y tenía una entidad “sensible”, por lo que se cumplían los requisitos de aplicación de las normas de la competencia tanto en lo subjetivo, al considerar empresas a las partes del acuerdo, como en lo material, al producir el acuerdo una restricción de la competencia en el mercado interior. Por todos estos motivos, en opinión de las empresas, las autoridades públicas, al crear un marco legal y al acoger la petición de los interlocutores sociales de hacer obligatoria la afiliación a un fondo sectorial de pensiones, habían favorecido o fortalecido la ejecución y el funcionamiento de acuerdos entre empresas contrarios a los arts. 3. g), 10, 81, 82 y 86.2 TCE.

Las preguntas que con carácter prejudicial fueron elevadas ante el Tribunal pueden ser agrupadas, en dos bloques. La primera cuestión en la que entró el TJCE fue la naturaleza del fondo de pensiones. Como ya fue comentado, el TJCE consideró que los fondos sectoriales de pensiones debían ser considerados como empresas a efectos de la aplicación del derecho de la competencia. En segundo lugar el Tribunal de Justicia estudió la posibilidad de aplicar el art. 81 TCE al convenio colectivo por el que se creaba el fondo y de considerar contrario a los arts. 82 y 86 CE la actuación del Estado al extender la obligatoriedad *erga omnes* de la mencionada norma. De la importancia de la cuestión y de su difícil tratamiento da cuenta el propio Tribunal al afirmar que “...es verdad que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos

colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores”⁷⁸⁵.

1.1. La influencia de la experiencia norteamericana en las conclusiones del Abogado General.

Se ha llegado a afirmar que lo más relevante del caso *Albany* fueron las conclusiones del Abogado General Jacobs. En éstas, se abordó por primera vez y de manera frontal la relación entre los convenios colectivos y el derecho de la competencia enfocándolo en términos de “inmunidad”, de manera acorde con el modelo norteamericano y con la tradición anglosajona⁷⁸⁶.

El razonamiento del Abogado puede dividirse en tres pasos. Con los dos primeros niega la existencia de una excepción social general y de una inmunidad específica en relación a los convenios colectivos, por lo que abre el campo del art. 81 TCE. Con el tercero afirma la necesidad de construir una inmunidad limitada que abarque a cierto tipo de convenios, procediendo al desarrollo de la misma⁷⁸⁷. Estas tres fases del análisis se preceden de un estudio comparativo en el que el Abogado revisa la interacción entre los convenios colectivos y el derecho de la competencia entre distintas realidades jurídicas estatales⁷⁸⁸ (desde los Estados Unidos a

⁷⁸⁵ Conclusiones acumuladas del Abogado General Jacobs, presentadas el 28 de enero de 1999, asuntos *Albany*, C-67/96; *Brentjen's*, C-115/97 a C-117/97; *Drijvende Bokken*, C-219/97, apartado 46.

⁷⁸⁶ Algunos autores han apuntado que este punto de vista del Abogado, que es británico, se encuentra influenciado por la historia del derecho sindical inglés y el ejemplo de la *Clayton Act*. El enfoque desde la tradición normativa de la Europa continental, es decir desde los derechos sindicales, habría variado la cuestión, buscando el fundamento de la misma en la existencia de un derecho fundamental a la negociación colectiva. BERCUSSON, B., “Protecting collective agreements”, *Labour and European Law Review*, N° 41, disponible en <http://www.thompsons.lae.co.uk/lttext /10560004. htm>.

⁷⁸⁷ VOUDSEN, S., “Albany, Market Law and Social Exclusion”, cit., p.185.

⁷⁸⁸ La aproximación desde el plano comparado que desarrolla Jacobs ha sido criticada por parte de la doctrina por su falta de metodología que desvirtúa la fiabilidad del análisis, VOUDSEN, S., “Albany, Market Law and Social Exclusion”, cit., p. 183.

los Estados miembros de la UE). De este estudio preliminar concluye que, de alguna manera, en todos los sistemas examinados los convenios colectivos están exentos. Sin embargo, esta la inmunidad no es ilimitada, siendo tanto las fuentes jurídicas de las que se deriva la inmunidad como los mecanismos jurídicos de aplicación considerablemente distintos.

Ya analizando el ordenamiento comunitario, el Abogado General comenzó su análisis señalando la evidente inexistencia de una exención explícita o generalizada en el Tratado CE que excluya el ámbito social de las normas de la competencia. Igualmente descartó Jacobs la posibilidad de deducir una exención implícita, pues es una jurisprudencia reiterada del Tribunal que cuando el Tratado ha querido sustraer ciertas actividades a la aplicación de las normas sobre competencia, ha previsto una excepción expresa a tal efecto⁷⁸⁹. Tampoco consideró posible utilizar un posible reconocimiento de la negociación colectiva como derecho fundamental a modo de vía para excepcionar los convenios colectivos. Para justificar este último punto el Abogado realizó un repaso de las Declaraciones internacionales y regionales de Derechos, considerando que ninguna de ellas da soporte a la afirmación de la negociación colectiva como un derecho fundamental, por lo que tampoco cabe este camino⁷⁹⁰.

Ante la imposibilidad de deducir una exención normativa expresa, bien general o bien específica para los convenios colectivos, Jacobs realizó una interpretación sistemática del Tratado, considerando que el mismo integra dos grupos de normas potencialmente contradictorios que requieren ser conciliados. Como en la experiencia estadounidense, la importancia fundamental de la defensa de la competencia debe compaginarse con el fomento de la negociación colectiva. La apuesta por el diálogo social, adoptada por el TCE, implica, según Jacobs, la posibilidad de que haya una

⁷⁸⁹ Conclusiones acumuladas del Abogado General Jacobs, presentadas el 28 de enero de 1999, asuntos *Albany*, C-67/96; *Brentjen's*, C-115/97 a C-117/97; *Drijvende Bokken*, C-219/97, apartados 174 y ss, especialmente 120-130.

⁷⁹⁰ *Ibidem*, apartados 141 y ss.

excepción a la prohibición general de los acuerdos entre agentes privados con efectos en la competencia en el mercado, debido a que en condiciones normales, la negociación colectiva no responde a intereses particulares sino al interés general. Así lo confirman, según el Abogado, “los Derechos nacionales y la práctica de las autoridades de defensa de la competencia y los tribunales de los Estados miembros, que consideran que la negociación colectiva satisface normalmente una función social valiosa. En realidad, considerar la negociación colectiva sujeta al ámbito de aplicación de las normas sobre la competencia iría en contra de la práctica generalmente seguida en los Estados miembros. Ello supondría no sólo que este tipo de acuerdos deberían ser notificados con arreglo al Derecho comunitario y/o nacional de la competencia, sino que los convertiría en posible objeto de acciones jurisdiccionales”⁷⁹¹.

A pesar de que con esta argumentación parece justificada la creación de una exención *per se*, el Abogado consideró necesario colocar dos límites infranqueables a la negociación colectiva. El primero derivado del ordenamiento jurídico comunitario, siendo la frontera el efecto útil de las normas de la competencia, especialmente teniendo en cuenta que los artículos relativos a la política social manifiestan reiteradamente la sumisión de sus previsiones al resto de las disposiciones del Tratado⁷⁹². El segundo límite lo deriva Jacobs de su análisis comparado. Afirma el Abogado que la experiencia en los ordenamientos jurídicos nacionales ha puesto de manifiesto que puede haber casos en los que la negociación colectiva se utilice como marco para celebrar acuerdos entre los empresarios con efectos gravemente contrarios a la competencia, para terceros o para otros mercados, particularmente cuando en los convenios se hace referencia a derechos de terceros.

⁷⁹¹ Ibidem, apartado 186.

⁷⁹² Ibidem, apartado 188.

Por todo ello, el Abogado propuso una suerte de exención limitada con una tríada de requisitos para su aplicación: 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 mercados⁷⁹³.

Respecto al ámbito subjetivo, el Abogado Jacobs se pregunta si los trabajadores o los sindicatos pueden ser considerados empresas. Respecto de los trabajadores la respuesta es negativa. En relación con los sindicatos, el Abogado considera que, aun siendo entidades sin ánimo de lucro pueden realizar actividades económicas por lo que, según el concepto de empresa propio del derecho de la competencia, en algunas circunstancias los sindicatos pueden ser considerados como empresas. Sin embargo, continua Jacobs, cuando los sindicatos actúan como agentes representativos de los intereses de los trabajadores de un determinado sector, como es el caso al tratarse de un convenio colectivo, el art.81 no es de aplicación⁷⁹⁴.

De nuevo parece abrirse un camino para afirmar una exención general para los convenios colectivos, tomando como base la inadecuación de los mismos con el ámbito subjetivo propio de las normas de la competencia. Sin embargo, Jacobs vuelve a matizar la afirmación anterior considerando que, en todo caso, un convenio colectivo de sector será, siempre y en todo caso, un acuerdo entre empresas, dada la pluralidad de

⁷⁹³ Conclusiones acumuladas del Abogado General Jacobs, presentadas el 28 de enero de 1999, asuntos *Albany*, C-67/96; *Brentjen's*, C-115/97 a C-117/97; *Drijvende Bokken*, C-219/97, apartados 191-193.

⁷⁹⁴ *Ibidem*, apartados 174 y ss, especialmente 120-130.

agentes en el banco económico, aun cuando el banco social no sea considerado como tal. Defiende así una consideración por separado de las partes del acuerdo que no es aceptada por el TJCE y que le lleva a concluir que cualquier convenio colectivo conlleva un acuerdo implícito entre empresas⁷⁹⁵.

La doctrina ha realizado una extensa crítica a las conclusiones de Jacobs. Como advertencia fundamental resalta la opinión de BERCUSSON, que señalaba cómo este planteamiento constituye una amenaza para la protección jurídica y el desarrollo de la negociación colectiva, pues parece ofrecer a los empresarios un arma para atacar los convenios que no resulten acordes a sus intereses⁷⁹⁶.

1.2. La excepción por la naturaleza y contenido del acuerdo, ¿una vía abierta para el análisis antitrust de los convenios colectivos?

A diferencia de lo realizado por el Abogado general, el Tribunal omitió las experiencias comparadas y el panorama normativo internacional para centrarse en una interpretación sistemática y *ad intra* del Tratado CE. 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 colectiva⁷⁹⁷, un convenio colectivo no podía ser calificado como un acuerdo entre empresas, en razón a su naturaleza y su objeto⁷⁹⁸. Estableció de esta manera el Tribunal lo que parte de la doctrina ha denominado una “inmunidad

⁷⁹⁵ Ibidem, apartado 244.

⁷⁹⁶ BERCUSSON, B., “Protecting collective agreements”, cit., p. 1.

⁷⁹⁷ STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Drijvende Bokken*, C-219/97, párrafo 46 “(b)ien es verdad que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores”.

⁷⁹⁸ STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, párrafo 60.

básica”⁷⁹⁹ o limitada, debida tanto a la naturaleza o génesis del acuerdo como a su contenido.

El razonamiento seguido por el Tribunal para sustraer los convenios colectivos del ámbito de aplicación de las normas de la competencia puede ser analizado en dos partes, atendiendo a la motivación y a las condiciones impuestas para su aplicación⁸⁰⁰. Para motivar su decisión el Tribunal evita adoptar la vía habitual, evaluar si se estaba realizando una actividad económica, para centrarse en el análisis del ordenamiento comunitario. Dos son los pilares de su enfoque: la importancia de la llamada negociación colectiva europea y, especialmente, la necesidad de mantener la integridad de la política social.

En sus fundamentos el TJCE repasó los contenidos relativos a la política social del TCE, apoyándose especialmente en el Arts. 2, 3.1 j), en el Capítulo de política social, así como la conformación del papel de los actores sociales a lo largo de la construcción comunitaria, destacando la introducción de los mismos en el proceso normativo y considerando especialmente los Arts. 138 y 139 TCE. De este análisis concluyó el Tribunal que “los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo”⁸⁰¹

Con esta afirmación el Tribunal evitó realizar un análisis utilizando los parámetros de aplicación del derecho de la competencia, para adoptar una postura de carácter más político, afirmando que la aplicación de las normas de la competencia puede conllevar una alteración del desarrollo de la política social. Por este motivo, el TJCE decidió afirmar que los

⁷⁹⁹ ICHINO, P., “Collective bargaining and antitrust laws...”, cit., p. 193.

⁸⁰⁰ VIGNEAU, C. “De la soustraction des accords collectives...”, cit., p. 1033.

⁸⁰¹ STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, párrafo 46.

convenios colectivos no se encuentran dentro del ámbito del art. 81 por razón de su *objeto* y de su *naturaleza*.

Al no establecer un listado de las materias que constituyen dicho objeto, la primera condición de la inmunidad queda ciertamente indefinida. La doctrina se ha preguntado si el Tribunal se refería a los objetivos de política social como contenido de la negociación o más estrictamente a las condiciones de trabajo y empleo⁸⁰². En este caso, los convenios colectivos gozan de una inmunidad básica frente a las normas reguladoras de la competencia en la medida en que regulen cuestiones relacionadas con las mencionadas condiciones, lo cual no queda lejos del “núcleo duro” referido por el Abogado general⁸⁰³. De la misma manera puede deducirse de esta interpretación, en sentido contrario, que no serán inmunes los convenios colectivos que se refieran a aspectos ligados con el modo de organización o producción⁸⁰⁴. Tras *Albany* parece claro que estos “convenios colectivos enriquecidos” no van a beneficiarse de la inmunidad pretoriana.

Por otro lado, caben también dudas respecto a lo que pueda ser considerado como la *naturaleza* del acuerdo. Queda claro que se trata de convenios entre representantes de trabajadores y empresarios⁸⁰⁵. Sin embargo, como señala VIGNEAU, permanece abierta la cuestión de la representatividad exigible a las partes para considerar que el acuerdo al que eventualmente lleguen tiene la consideración de un convenio colectivo a

⁸⁰² VIGNEAU, C. “De la soustraction des accords collectives...”, cit., p. 1034.

⁸⁰³ EVJU, S., “Collective agreements and competition law...”, cit., p. 194, en el mismo sentido DE VOS, M., *A decade beyond Maastricht...*, cit., p. 78.

⁸⁰⁴ Son cuestiones en las que la participación de los actores sociales ha sido reivindicada en numerosos textos de las Instituciones comunitarias, especialmente en los relativos al empleo. Un claro ejemplo en la Estrategia Europea para el Empleo, en el contexto de la cual las políticas comunitarias se han orientado a animar a los actores sociales a actuar más allá de los parámetros tradicionales de la negociación colectiva; idéntica ampliación del papel de los actores sociales la encontramos en la Recomendación del Consejo L-217/34, señalando la cuestión vid. VOUDSEN, S., “Albany, Market Law and Social Exclusion”, cit., pp. 190-191.

⁸⁰⁵ Cuestión aclarada especialmente en el asunto *Pavlov* donde el Tribunal excluye la posibilidad de aplicar la inmunidad a un acuerdo de una organización profesional, STJCE de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov*, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98.

efectos de aplicarle la inmunidad frente al art. 81 TCE⁸⁰⁶, especialmente considerando la diversidad existente entre los Estados miembros en lo relativo a la estructura y organización de la negociación colectiva.

Cabe igualmente señalar que con su razonamiento el TJCE evitó responder a la cuestión subjetiva, es decir, si los sindicatos pueden ser o no considerados empresas. Como ha señalado la doctrina, el Tribunal evitó la vía jurídicamente más correcta, pues un razonamiento en función de la calidad de las partes podría haberle llevado a considerar que un convenio colectivo no es un acuerdo entre empresas pues la participación de los sindicatos enerva esta categorización y, por tanto, la aplicación del art. 81 TCE⁸⁰⁷. Evidentemente, adoptando la vía subjetiva el TJCE también podría haber dado una respuesta afirmativa, ampliado notablemente el concepto de empresa e incluyendo a los sindicatos. Cualquiera de estas dos opciones habría aclarado la situación, en cambio, la adoptada por el Tribunal, es decir la no respuesta, deja la cuestión en un escenario incierto.

Debe señalarse que el TJCE tampoco consideró la propuesta de Jacobs relativa al análisis de las intenciones de las partes, a efectos de asegurar que se ha negociado de buena fe, como tercer requisito para considerar los convenios colectivos fuera del ámbito de aplicación de las normas de la competencia. Como ha señalado la doctrina, las vías de análisis de esta cuestión son harto complicadas. En este sentido indicaba ICHINO que todo convenio puede entenderse como orientado a proteger los derechos de los trabajadores por lo que la indagación de la voluntad de las partes no lleva a ninguna solución adecuada. Por otro lado, señalaba igualmente el autor que la valoración de los efectos positivos indicada por el TJCE no parece ser tampoco la respuesta, pues no quedan claros los criterios que deben ser utilizados para esta evaluación ni si el Tribunal se

⁸⁰⁶ VIGNEAU, C. "De la soustraction des accords collectives...", cit., p. 1035.

⁸⁰⁷ IDOT, L. "Nouvelle invasion ou confirmation...?", cit., p. 3.

refería a los efectos positivos para los trabajadores, para los empresarios, para la competencia en el mercado o para los consumidores⁸⁰⁸.

1.3. La naturaleza de las partes como requisito determinante para la exención del análisis antitrust.

La comparación de los pronunciamientos anteriormente reseñados con otros posteriores en el tiempo, en los que se evaluaba un acuerdo con objetivos y contenido similares, ratifica que si bien la intervención de los actores sociales no es condición suficiente para la exención de la aplicación de las normas de la competencia, su ausencia determina la sujeción del acuerdo a las mismas.

Como se concluye al analizar de manera comparada con el asunto *Albany* y el posterior caso *Pavlov*⁸⁰⁹, al delimitar el ámbito de aplicación de las normas de la competencia el Tribunal ha realizado una distinción clara entre los regímenes derivados de acuerdos colectivos, que quedan excluidos del mismo y aquellos instituidos por iniciativa de organizaciones profesionales, que podrían ser sancionados con base en los arts. 81 y ss. TCE.

El supuesto de hecho del asunto *Pavlov* de 21 de septiembre de 2000 coincidía en lo material, es decir, en el objeto y contenido del acuerdo, con los casos anteriores, difiriendo en un punto sustancial como es el origen del mismo. Dadas las similitudes materiales entre los dos asuntos, tanto el fondo encausado como la Comisión y el Gobierno holandés consideraron que el acuerdo debía ser igualmente considerado fuera del ámbito de aplicación de las normas de la competencia por perseguir una finalidad social idéntica a la del asunto *Albany*. El Tribunal, en cambio, consideró

⁸⁰⁸ ICHINO, P., "Collective bargaining and antitrust laws...", cit., p. 191.

⁸⁰⁹ STJCE de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov*, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, apartado 114.

que su jurisprudencia en este asunto no era aplicable al caso *Pavlov*. Afirmó el TJCE que la exclusión del ámbito de aplicación del art. 81.1 del TCE no podía cubrir el presente acuerdo, aun cuando éste tuviera efectivamente un contenido social, como era garantizar un cierto nivel de pensiones a todos los miembros de una profesión y contribuyera a mejorar su remuneración. La excepción no era aplicable porque el acuerdo no se había celebrado en el marco de unas negociaciones colectivas entre interlocutores sociales. Cerrando el argumento señalaba el Tribunal que no existe en el Tratado ninguna norma que, de manera semejante a los arts. 136 a 143 TCE, “incite a los miembros de profesiones liberales a celebrar acuerdos colectivos destinados a mejorar sus condiciones de empleo y de trabajo y que prevea que, a petición de los miembros de dichas profesiones, las autoridades públicas declaren tales acuerdos obligatorios para todos los miembros de dichas profesiones”⁸¹⁰.

Tras afirmar la aplicabilidad de las normas de la competencia el Tribunal procedió al examen del acuerdo a la luz del art. 81 TCE, analizando si la decisión de los miembros de una profesión liberal de establecer un fondo de pensiones encargado de la gestión de un régimen de pensiones complementarias y de solicitar a las autoridades públicas que declaren obligatoria tal afiliación para todos los miembros de dicha profesión, era contraria a la mencionada norma⁸¹¹. Partiendo de la constatación de que el acuerdo provoca una restricción efectiva de la competencia, el Tribunal no lo considera contrario al art. 81 TCE dada la escasa repercusión del mismo en el mercado. De esta manera, el TJCE hace una aplicación de la regla de *minimis* al no apreciar una restricción sensible de la competencia, señalando asimismo de manera adyacente los beneficios que el establecimiento del fondo significa para los interesados.

⁸¹⁰ STJCE de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov*, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, apartados 68 y 69.

⁸¹¹ *Ibidem*, apartados 89 a 95.

Evidentemente, aunque los efectos finales de *Pavlov* y de *Albany* son los mismos, pues ninguno de los dos acuerdos es considerado contrario a las normas comunitarias de la competencia, los caminos por los que se llega a esta decisión son totalmente distintos. A la luz del asunto *Pavlov* queda claro que la exclusión requiere la participación cumulativa de las dos condiciones: los objetivos sociales del acuerdo y la naturaleza colectiva del mismo, criterio que apoya el Tribunal en la consagración de la negociación colectiva en el Derecho comunitario⁸¹². En realidad, dado lo débil de los contornos del criterio de la finalidad social éste pasa a ser secundario⁸¹³, convirtiéndose el origen del acuerdo en la cuestión determinante para la aplicación de las normas de la competencia

Así, con el asunto *Pavlov* el Tribunal dejó claro las fronteras externas de la exención, que se limita a los acuerdos con origen colectivo por apoyarse en los arts. 139 y 140 del TCE y que no puede extenderse a otro tipo de acuerdos. Teniendo esta cuestión aclarada es necesario referirse a los límites internos, es decir, a lo que dado el tenor de los pronunciamientos del Tribunal y de la normativa comunitaria existente, debe considerarse como convenio colectivo.

Respecto a esta cuestión es relevante la inadecuada y parcial interpretación que realiza el Tribunal de las disposiciones reguladoras del

⁸¹² STJCE de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov*, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, párrafos 67 y 68.

⁸¹³ Dado que el Tribunal se había apoyado en las sentencias anteriores en la existencia de la llamada “negociación colectiva europea”, consagrada en los arts. 139 y 149 TCE, el gobierno holandés señaló que en el derecho comunitario también existe una mención explícita a la función social de las pensiones complementarias, sugerencia que no fue considerada por el Tribunal. Consideraba el mencionado gobierno que “...la importancia de la función social atribuida a las pensiones complementarias ha sido recientemente reconocida mediante la adopción, por parte del legislador comunitario, de la Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos a pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 209, p. 46), Directiva que no establece distinción alguna entre las pensiones de los trabajadores por cuenta ajena y las de los trabajadores por cuenta propia”, STJCE de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov*, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, párrafo 66.

papel de los actores sociales en la construcción comunitaria, presentes en el Tratado CE⁸¹⁴.

Como ya se comentó, los arts. 138 y ss. que establecen el papel de los actores sociales en el proceso normativo comunitario se refieren a los actores europeos, no a los nacionales y tampoco a la negociación colectiva estatal, que es el objeto del proceso al cual se enfrentaba el juez remitente. Esta cuestión básica complica la extensión de las consecuencias jurídicas que se deriven del reconocimiento comunitario de los primeros a la experiencia estatal⁸¹⁵. Tales dificultades podrían haberse solucionado con una remisión general a lo que cada ordenamiento estatal entendiera como “convenio colectivo”, apoyándose así en el mayoritario reconocimiento que existe entre los Estados miembros de la negociación colectiva como derecho fundamental, bien por sí misma o bien derivado de la libertad sindical. No parece posible otra solución dada la pluralidad de normativas y las divergencias entre las mismas en el ámbito de la UE; esto, junto con la carencia de competencias comunitarias sobre la cuestión sindical *ex art.* 137.5 TCE, eliminan en la actualidad la posibilidad de una homogenización de los procedimientos de formación y de los distintos modelos de reconocimiento de la eficacia jurídica y personal de los convenios colectivos

Como indica con precisión VOUDSEN, el Tribunal sitúa el plano del análisis únicamente en la normativa comunitaria, cuando de ésta no se deriva ni la existencia de una verdadera “negociación colectiva europea” ni tan siquiera de un procedimiento similar al recogido en los ordenamientos de los Estados miembros⁸¹⁶. En efecto, no parece posible encontrar en el reconocimiento del papel de los actores sociales en el ámbito comunitario,

⁸¹⁴ Señalada por VOUDSEN, S, “Albany, Market Law and Social Exclusion”, cit., p. 188.

⁸¹⁵ DE VOS, M., *A decade beyond Maastricht...*, cit., p. 69.

⁸¹⁶ *Ibidem*, p. 188. Es necesario señalar siguiendo al mismo autor que la propia normativa comunitaria prevé la existencia de los llamados acuerdos autónomos, que quedan por su propia naturaleza, fuera del radio de acción del TCE.

al menos en el estado actual de la cuestión, las bases para establecer una exención del ámbito de aplicación de las normas de la competencia que abarque a la negociación colectiva. El reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en la Carta de Niza de 2001 podría ser la solución a la cuestión, sin embargo, la ya comentada falta de inclusión de este texto en sede de Tratado, dificulta el tomarla como apoyo para la construcción de la mencionada exención.

2. De nuevo sobre la cuestión, el caso *Van der Woude*.

El 21 de septiembre de 2000 el TJCE dictó la primera sentencia en la que aplicó directamente la doctrina Albany con respecto a la relación entre los convenios colectivos y el derecho de la competencia. En este asunto el Tribunal retomó su razonamiento de manera amplia, sin proceder a su revisión o concreción.

Los hechos que dieron lugar a la cuestión prejudicial en esta ocasión guardan un elevado grado de paralelismo con los anteriores⁸¹⁷, existen, sin embargo, cuestiones fundamentales que fundamentan su tratamiento por separado. La compatibilidad con los Arts. 81 y 82 del TCE se discutía en este caso en relación con las disposiciones de un convenio colectivo que atribuían la gestión del seguro voluntario de enfermedad de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación a una entidad determinada. Se da en este caso una circunstancia particular, la participación de una empresa subcontratada por la entidad determinada en el convenio para la gestión del seguro

⁸¹⁷ El señor W. der Woude consideró que el acuerdo celebrado entre seis organizaciones empresariales y veintiocho organizaciones de trabajadores que regula la contribución a las primas del seguro de enfermedad de los trabajadores a un asegurador determinado por el IZZ, organismo establecido en el convenio como gestor del seguro de enfermedad del sector de las instituciones sanitarias, es contrario a los art. 81 y 82 TCE. La Fundación IZZ no ejercía por sí misma la actividad sino que la tenía subcontratada, el litigante afirmó su derecho a que la empresa continuara pagando las primas correspondientes a su persona a cualquier empresa de seguros de su elección.

Para la resolución del caso el TJCE se remitió a los *Albany et al.*, considerando que no existe variación sustancial de los supuestos de hecho que permita apartarse del razonamiento anterior. En el mismo sentido se manifestó el Abogado General Fennelly, que se limitó a aplicar la doctrina *Albany*, es decir la inmunidad de los convenios colectivos en función de su naturaleza y objeto⁸¹⁸.

Tanto el Abogado como el Tribunal consideraron sucesivamente los planos formal y material del convenio⁸¹⁹. En relación con la naturaleza del acuerdo y existiendo conformidad entre las partes respecto su condición de convenio colectivo, tanto Fennelly como el TJCE la concurrencia del primer requisito establecido en *Albany*. En relación con el ámbito material, tanto Abogado⁸²⁰ como Tribunal⁸²¹ entendieron que las cuestiones

⁸¹⁸ El Abogado comenzó realizando una lectura amplia de la jurisprudencia *Albany* afirmando que una interpretación limitada de la exclusión “restringiría necesariamente la libertad de empresarios y trabajadores para intentar regular las condiciones de trabajo mediante convenio y debilitaría además la solidaridad inherente a la negociación colectiva”. Por añadidura, consideraba Fenelly, el alcance de la excepción no puede estar tampoco limitado a los pactos que las partes en el convenio puedan ejecutar por sí mismas, sino que debe abarcar lo necesario para asegurar una suerte de “efecto útil” del convenio, afirmando que “las partes del convenio colectivo están facultadas para determinar qué sujeto prestará los beneficios que, como condiciones de trabajo, son objeto del convenio”. Sin embargo, en su propuesta final el Abogado consideró aplicable la exención siempre y cuando el convenio colectivo “se limite estrictamente a regular las condiciones de trabajo”, mostrando así de nuevo el carácter limitado de la exención. Conclusiones del Abogado General Fenelly, presentadas el 11 de mayo de 2000, asunto *Van Der Woude*, C-222/98, párrafo 44.

⁸¹⁹ STJCE de 21 de septiembre de 2000, *Van der Woude*, C-222/98, párrafo 23. Conclusiones del Abogado General Fenelly, presentadas el 11 de mayo de 2000, asunto *Van Der Woude*, C-222/98, párrafo 24.

⁸²⁰ *Ibidem*, párrafo 25 “Una pensión puede estar más estrechamente ligada al salario, en el sentido de retribución directa, que un seguro de enfermedad. Sin embargo, ello no basta para negar a un convenio sobre seguro de enfermedad la naturaleza de convenio relativo a las condiciones de trabajo. El objetivo de un convenio celebrado entre empresarios y representantes de los trabajadores sobre la prestación de un seguro de enfermedad consiste en mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores por cuenta ajena. Dicha finalidad se logra al eliminar o paliar, tanto directa como indirectamente, la inquietud sobre la cobertura de los gastos médicos”.

⁸²¹ STJCE de 21 de septiembre de 2000, *Van der Woude*, C-222/98, párrafo 25 “... en lo que atañe a su objeto, el acuerdo instauro, en un sector determinado, un régimen de seguro de asistencia sanitaria que contribuye a mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores no sólo garantizándoles los medios necesarios para hacer frente a los gastos

relacionadas con la asistencia sanitaria conciernen a las relaciones de trabajo y por ende a las materias objeto de la negociación colectiva por lo que la inmunidad material también debía entenderse aplicable⁸²².

En relación con la subcontratación de la actividad aseguradora el TJCE consideró que “el hecho de que la actividad aseguradora de que se trata haya sido objeto de subcontratación no es óbice para que la excepción de la prohibición (...) pueda aplicarse a un convenio colectivo como el impugnado en el litigio principal. Admitir una limitación de este tipo constituiría una restricción injustificada de la libertad de los interlocutores sociales, los cuales, cuando celebran un acuerdo sobre alguno de los aspectos de las condiciones de trabajo, también deben poder decidir la creación de un organismo distinto para aplicar el acuerdo, así como que dicho organismo pueda acudir a otro asegurador”⁸²³.

Con la sentencia *Van der Woude* el Tribunal ratificó la sujeción al derecho de la competencia de los convenios colectivos que no cumplan los requisitos derivados del doble test de inmunidad propuesto en *Albany*. Con este pronunciamiento el TJCE soluciona uno de los problemas apuntados respecto de los casos anteriores: la determinación de qué debe ser entendido

de enfermedad, sino también reduciendo los costes que, a falta de un convenio colectivo, habrían debido ser soportados por los trabajadores.”

⁸²² El recurrente en el procedimiento inicial, el Señor Van der Woude, fundamentó igualmente su acción afirmando que la excepción a la aplicación del art. 81 TCE del Tratado reconocida en *Albany et al.* no resultaba aplicable al seguro de asistencia sanitaria. Por el contrario, el Gobierno neerlandés, apoyado por los Gobiernos sueco y del Reino Unido, así como por la Comisión “Los Países Bajos, apoyados por Suecia, el Reino Unido y la Comisión, sostienen que los convenios colectivos reguladores de la prestación de seguro complementario de enfermedad forman parte del sistema de democracia económica dirigido a la protección de los derechos de los trabajadores y están comprendidos dentro del ámbito de lo que normalmente regulan los convenios colectivos de trabajo. La idoneidad de un seguro para el riesgo de enfermedad del trabajador es un problema de legítima preocupación para el empresario.”, indicó que el objeto del convenio era la regulación de las condiciones de trabajo en las empresas situadas dentro del ámbito del acuerdo”. Conclusiones del Abogado General Fenelly, presentadas el 11 de mayo de 2000, asunto *Van Der Woude*, C-222/98, párrafo 17.

⁸²³ STJCE de 21 de septiembre de 2000, *Van der Woude*, C-222/98, apartado 26.

como un convenio colectivo. En el caso *Van der Woude*, como no podía ser de otra manera, el Tribunal se ciñe a lo que las partes consideren, en función de su propia legislación y procedimientos. Esto convierte la primera parte del test en una mera formalidad, por tanto la cuestión material se revela cómo el núcleo fundamental de evaluación del TJCE. A este respecto el asunto *Van der Woude* no añade claridad a los criterios, vagos, constatados en *Albany et al.* por lo que la cuestión sigue abierta, a la espera de nuevos pronunciamientos que aporten criterios para determinar las materias que el Tribunal entiende dentro del contenido *legítimo* de los convenios colectivos.

3. Los puntos débiles de la exención por la naturaleza y el objeto de los convenios colectivos.

Las debilidades del razonamiento del Tribunal han sido un foco constante de crítica doctrinal. La opinión más compartida es que la primera respuesta del Tribunal sobre la controvertida cuestión de la relación entre los convenios colectivos y el derecho de la competencia fue en exceso genérica⁸²⁴, derivándose del reconocimiento de esta “inmunidad básica” o “inmunidad relativa” una serie de problemas para cuya resolución no existe anclaje constitucional en el ordenamiento comunitario. Es más, para algunos autores, la única conclusión que permiten estas sentencias es que el TJCE no descarta que el art. 81 TCE pueda ser aplicado a ciertos tipos de convenios colectivos⁸²⁵.

La crítica de la doctrina alrededor de estos pronunciamientos se ha dividido en dos polos, entre aquellos que consideran que la excepción construida es excesiva e innecesaria y los que, en sentido opuesto, afirman

⁸²⁴ ICHINO, P., “Collective bargaining and antitrust laws...”, cit., p. 193.

⁸²⁵ CMLR, N° 37, 2000, p. 441

que la misma fue limitada, compartiendo todos los autores las deficiencias jurídicas del razonamiento del Tribunal.

En la línea contraria al reconocimiento de una inmunidad relativa se sitúan VAN DER BERGH y CAMESASCA, considerando que existen sobrados motivos para sujetar los acuerdos colectivos al derecho de la competencia, dadas las consecuencias restrictivas que producen, como la fijación de precios mínimos o la cartelización de las condiciones de trabajo. Aun así, continúan los autores, podrían dejar de aplicarse las normas *antitrust* si de un análisis detallado se concluyera la existencia de una compensación por la pérdida de competitividad. En la misma línea ha recordado DE VOS que las normas de la competencia comunitarias no se circunscriben a la búsqueda de eficiencia económica sino que son asimismo un instrumento para la consecución del mercado interior. Esta especial orientación enervaría la necesidad de construir una excepción del ámbito de aplicación, pues los convenios colectivos que contribuyeran al mencionado objetivo serían compatibles con el art. 81 TCE⁸²⁶. En cambio, la resolución del TJCE, creando lo que a juicio estos autores es una excepción *per se*, no se sostiene, puesto que no queda demostrada la compensación en términos de eficiencia económica⁸²⁷.

Esta idea de derivar el problema al análisis de las consecuencias económicas ha sido un punto recurrente. ICHINO se sitúa en el mismo plano, considerando que la utilización del análisis económico del derecho puede ser la herramienta adecuada para la solución de la cuestión que deja abierta el TJCE⁸²⁸. El mencionado autor italiano es especialmente crítico

⁸²⁶ DE VOS, M., *A decade beyond Maastricht...*, cit., p. 70.

⁸²⁷ VAN DER BERGH, R., CAMESASCA, P., “Irreconcilable principles?...”, cit., p. 506. Consideran los autores que el análisis económico no provee argumentos suficientes para afirmar la conveniencia o no de una excepción o una sumisión de los convenios colectivos al derecho de la competencia. A diferencia del TJCE los autores afirman la necesidad de una aproximación casuística a la cuestión, utilizando los instrumentos que nos proporciona el Derecho antitrust y valorando los efectos de los convenios sobre la eficiencia económica.

⁸²⁸ ICHINO, P., “Collective bargaining and antitrust laws...”, cit., p. 193.

con el razonamiento del Tribunal, afirmando que abre más lagunas sobre la cuestión de las que colma. En este sentido, la consideración del “objeto” del acuerdo es, a juicio del mencionado autor, del todo inoperante, ya evalúe la intención de las partes ya se base en la consideración de los efectos del acuerdo. Respecto a la intención, resulta obvio que todos los convenios colectivos van a tener, al menos desde el punto de vista genérico, el objetivo de mejorar las condiciones de trabajo, y todos ellos tendrán un efecto positivo en las mismas, aun aquellos que produzcan una restricción en la competencia en el mercado de bienes y servicios. En relación a estas cuestiones VOUDSEN se pregunta si el TJCE ha aplicado una suerte de *rule of reason*, concluyendo que dicha aplicación es dudosa, entre otras razones por la ausencia de jurisprudencia de apoyo⁸²⁹. En igual línea crítica con la construcción del razonamiento del Tribunal, otros autores han señalado el abandono de su *modus operandi* típico en los casos de competencia, ortodoxo y técnico, en aras de conseguir motivar una excepción no justificada⁸³⁰.

El polo más duro de la crítica doctrinal al razonamiento del TJCE se fundamenta en el convencimiento de que los convenios colectivos deben tratarse como cualquier otro acuerdo, y en este sentido, valorar las posibilidades de excepcionar la aplicación de las normas de la competencia mediante los parámetros típicos del análisis *antitrust*⁸³¹. Recuerdan VAN DER BERGH y CAMESASCA, que no existe ninguna norma ordenadora de la competencia que impida la creación de sindicatos, el problema surge de su acción coordinada con otros agentes económicos para regular las condiciones laborales en amplios sectores de la industria. En estos casos, en los que se produce la afectación de la competencia es necesario aplicar las

⁸²⁹ VOUSDEN, S., “Albany, Market and Social Exclusion”, *Ind. Law J.*, 2003, Vol. 39, n.º, p. 189.

⁸³⁰ DE VOS, M., *A decade beyond Maastricht...*, cit., p. 73.

⁸³¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos restrictivos...”, cit., p. 20.

normas *antitrust* y, solo a partir de ahí, valorar la posibilidad de una excepción si el convenio colectivo produce consecuencias positivas para la competencia. Como puede apreciarse, los paralelismos entre este razonamiento y el norteamericano son claros⁸³².

Las propuestas que plantean este sector doctrinal como alternativas a la solución dada por el TJCE van en esta línea de acercamiento al modelo norteamericano, siguiendo el modelo de *acomodación* propuesto por Jacobs⁸³³, en lugar del intento de excepción. De esta manera se propone evitar el establecimiento de una jerarquía para utilizar el principio de proporcionalidad en el análisis de los casos concretos. Este modelo sería el único acorde con la ausencia de una excepción normativa del ámbito de aplicación, derivando a un análisis casuístico la cuestión. Como han afirmado sus defensores, el paso del tiempo permitiría la agrupación de casos similares que podría dar lugar a la construcción de distintas excepciones por categorías, instrumento que a juicio de estos autores es mucho más apropiado que la construcción del Tribunal⁸³⁴.

En sentido contrario, algunos autores han manifestado que el Tribunal debía haber elegido otra vía de protección, la excepción *rationae personae*, más adecuada. En efecto, de haber establecido una excepción basada en la calidad de agentes sociales de las partes podríamos considerar protegidos para la posteridad los convenios colectivos⁸³⁵. Sin embargo,

⁸³² VAN DER BERGH, R., CAMESASCA, P., “Irreconcilable principles?...”, cit., p. 505.

⁸³³ Ibidem, p. 500; DE VOS, M., *A decade beyond Maastricht...*, cit., p. 71; Conclusiones acumuladas del Abogado General Jacobs, presentadas el 28 de enero de 1999, asuntos *Albany*, C-67/96; *Brentjen’s*, C-115/97 a C-117/97; *Drijvende Bokken*, C-219/97, apartados 190-194.

⁸³⁴ VAN DER BERGH, R., CAMESASCA, P., “Irreconcilable principles?...”, cit., pp. 507-508.

⁸³⁵ No comparte esta opinión ICHINO para quien está claro que el convenio colectivo representa, *también*, un acuerdo entre las empresas que son parte del mismo y que esta categorización no se enerva por la participación de los sindicatos. En apoyo de esta afirmación resalta el autor que gran parte de la doctrina ha considerado que los convenios colectivos incluyen, además de sus funciones típicas, la regulación de la competencia entre las empresas respecto de materias relacionadas con la mano de obra. ICHINO, P., “Collective bargaining and antitrust laws...”, cit., p. 190.

centrándose en la posición central del diálogo social y en los argumentos *rationae materiae* el Tribunal pasa por encima del ámbito subjetivo, evitando pronunciarse acerca de si el acuerdo en si mismo, no la materia que trata ni el acto normativo gubernamental posterior, puede ser calificado o no como acuerdo entre entidades que realizan una actividad económica⁸³⁶. En definitiva, es el efecto sobre la competencia y no la calidad de las partes del acuerdo el criterio de aplicabilidad⁸³⁷. La cuestión se agrava porque, como ha afirmado parte de la doctrina, las consideraciones ofrecidas por el TJCE no proporcionan, como intentó el Abogado general, tan siquiera algún tipo de guía o criterios mínimos para delimitar que tipo de convenios están sujetos al derecho de la competencia y cuales no⁸³⁸.

Así, avisando que “determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores”, el TJCE evita la aplicación de las normas de la competencia en este caso pero no realiza una excepción general, opción defendida por parte de la doctrina⁸³⁹. En efecto, el análisis fundamentado en la naturaleza y el objeto del acuerdo abre la puerta para que el Tribunal examine la adecuación de las acciones estatales en materia social, y afirme su potestad para sancionar las mismas⁸⁴⁰.

⁸³⁶ Respecto a esta cuestión afirma EJVU que el TJCE no argumenta una contestación porque la pregunta que da origen al pronunciamiento prejudicial no da pie a entrar en cuestionar si un sindicato es o no una empresa, siendo la cuestión más importante el delimitar si la petición conjunta de los actores sociales al Gobierno neerlandés para la declaración de obligatoriedad *erga omnes* del acuerdo, es decir de la afiliación obligatoria al fondo en cuestión, era contraria al derecho de la competencia. EVJU, S., "Collective agreements and competition law...", cit., p. 192.

⁸³⁷ IDOT, L. "Droit social et droit de la concurrence...", cit., p. 7.

⁸³⁸ EVJU, S., "Collective agreements and competition law...", cit., p. 193; VOUDSEN, S., "Albany, Market Law and Social Exclusion", cit., pp. 188-191.

⁸³⁹ Según DE VOS, la actuación del TJCE en Albany es más una acomodación que una excepción en sí misma, pagando para ello el precio de incluir a la negociación colectiva en la organización del mercado común y reconociendo un conflicto inherente entre ellos, DE VOS, M., *A decade beyond Maastricht...*, cit., p. 86.

⁸⁴⁰ IDOT, L. "Droit social et droit de la concurrence...", cit., p. 7

La otra manifestación del conflicto que no queda adecuadamente resuelta deriva de la posición de las normas estatales de extensión de los convenios colectivos ante el derecho de la competencia⁸⁴¹. Es una práctica habitual en numerosos sistemas de negociación europeos el que la extensión de la eficacia *erga omnes* del convenio se realice mediante una norma estatal. Conscientes de ello algunos autores han afirmado que los potenciales efectos anticompetitivos de un convenio colectivo se multiplican con la actuación de las autoridades extendiendo el ámbito del acuerdo⁸⁴². Esta acción situaría al Estado bajo el prisma del art. 86 TCE en combinación con el art. 10 TCE. De esta manera, si el acuerdo colectivo fuera declarado contrario al art. 81 TCE el Estado incurriría en un incumplimiento del apartado primero del art. 86 del mismo Tratado. Por otro lado, aun cuando el acuerdo entrara en la excepción, si alguna de sus cláusulas beneficiara especialmente a una determinada empresa, situándola en posición dominante, la actuación del Estado solo podría justificarse por la vía del párrafo segundo del art. 86 TCE, a no ser que existiera un abuso de tal posición lo que colocaría irremediabilmente a la norma estatal en una situación contraria a las disposiciones comunitarias de la competencia. Como es evidente, el margen es estrecho y depende fundamentalmente de la relación existente entre los convenios colectivos y las normas de la competencia. Es por tanto necesario que el Tribunal aclare, como en otras ocasiones, las fronteras del par analizado.

Más allá de las posturas críticas deben señalarse los logros que, según otro sector doctrinal, se han alcanzado con *Albany et al.* Para algunos autores estas sentencias han demostrado que el derecho de la competencia se encuentra sometido a las libertades y finalidades de la Unión Europea. En este línea, tras las sentencias sería posible justificar en el ordenamiento

⁸⁴¹ DE VOS, M., *A decade beyond Maastricht...*, cit., p. 84.

⁸⁴² CMLR, N° 37, cit., pp. 441-442. Es necesario recordar que un considerable número de sistemas europeos de negociación colectiva prevén este tipo de extensión de la eficacia del convenio, distinta del sistema español (podríamos igualarla a la publicación).

comunitario “una reducción del ámbito de aplicación del art. 81.1 del Tratado y extraer del mismo todos los acuerdos celebrados con una finalidad legítima aunque contengan pactos restrictivos de la competencia que sean razonablemente coherentes con los objetivos perseguidos por las partes al celebrarlos sobre la base de los fines de la Comunidad Europea...”⁸⁴³.

Sin compartir esta interpretación ciertamente voluntarista, debe considerarse acertada la consideración de que, al menos, *Albany* tuvo la virtud de demostrar que no puede sostenerse la ampliación del radio de acción de los actores sociales y someterles a la vez al control de las normas *antitrust*⁸⁴⁴, quedando manifiesta la necesidad de dotar de coherencia la acción de las instituciones comunitarias. Por añadidura, las sentencias tuvieron una repercusión general, en el (des)equilibrio entre los valores sociales y económicos a nivel comunitario, que es necesario considerar.

En definitiva, y como ha señalado M. RODRIGUEZ-PIÑERO, “La doctrina contenida en la sentencia *Albany* puede suponer para el futuro un mayor peso o consideración de lo social en la balanza entre la defensa de la competencia y el derecho del trabajo, pero la necesidad de un equilibrio entre la tutela de la competencia y la tutela social permanece...”⁸⁴⁵.

⁸⁴³ Afirmación realizada desde una postura crítica por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos restrictivos...”, cit., p. 20.

⁸⁴⁴ Considera el autor que el actual derecho del trabajo ya no tiene una única finalidad protectora y defensiva sino que su campo de actuación se ha ampliado hacia aspectos socio-económicos y que la coherencia entre las distintas políticas públicas requiere establecer unos parámetros de convivencia entre ambas normativas. VOUSDEN, S., “Albany, Market and Social Exclusion”, Ind. Law J., 2003, Vol. 39, n°, p. 182.

⁸⁴⁵ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Derecho del trabajo y disciplina de mercado”, cit., p.12.

Sección IV: La relación entre el Derecho comunitario de la competencia y las normas laborales colectivas estatales como ejemplo del balance entre lo social y lo económico en el ámbito comunitario: evaluación de la jurisprudencia del TJCE.

Con carácter general, respecto de la aplicación de las normas que disciplinan el mercado interior, la doctrina ha señalado la penetración del análisis económico dentro del razonamiento del Tribunal de Justicia, lo cual es una consecuencia casi connatural a la propia naturaleza de la construcción comunitaria⁸⁴⁶. Así, aun sin reconocer abiertamente el conflicto, a lo largo de su jurisprudencia el Tribunal de Justicia ha entrado a valorar la repercusión de una norma laboral en el comercio interestatal, efectuando en realidad un ejercicio de balance entre los derechos laborales nacionales y los derechos económicos protegidos en la Constitución económica comunitaria⁸⁴⁷. Por esto, RODIÈRE ha señalado que en el razonamiento del Tribunal se aprecia una evaluación económica de lo social, caracterizada por una confrontación entre ambos factores⁸⁴⁸. Considera el autor que la ponderación realizada tiene dos posibles resultados, bien la condena económica de lo social, considerando contraria a Derecho comunitario la norma estatal (asunto *Höfner*⁸⁴⁹), bien la justificación económica de lo social, afirmando la adecuación de la norma (asunto *Albany*⁸⁵⁰).

Otros autores difieren en la interpretación de esta doble realidad. Considera IDOT que la jurisprudencia del Tribunal muestra la pervivencia de la tensión, sin que los diferentes pronunciamientos hayan dado una

⁸⁴⁶ RODIÈRE, P., "Le juge et les appréciations économiques: opposition de deux approches", en JEAMMAUD, A., (dir.), *Le droit du travail confronté...*, cit., p. 130. Sobre la "amalgama entre el derecho y la economía" que conforma el derecho comunitario vid., SCHAPIRA, J., LE TALLEC, G., BLAISE, J-B, IDOT, L., *Droit européen des affaires*, cit., pp. 43 y ss.

⁸⁴⁷ RODIÈRE, P., loc. cit., p. 144.

⁸⁴⁸ Ibidem, p. 132.

⁸⁴⁹ STJCE de 23 abril de 1991, *Höfner*, C-41/90.

⁸⁵⁰ STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96.

solución definitiva, planteándose en todos los casos como cuestión fundamental la sumisión de las actividades sociales a las exigencias de la economía de mercado. Sin embargo, según esta autora parece igualmente demostrado que la cohabitación es posible y necesaria, pues se apuntan casos en los que la función social ha sido utilizada para separar ciertas prácticas del campo de actuación de las normas de la competencia⁸⁵¹.

De una u otra manera, es una cuestión evidente y comúnmente aceptada que en la actualidad el derecho comunitario constituye un nuevo parámetro de análisis de los objetivos y los fines del derecho social estatal⁸⁵². Como se demostró con el asunto *Höfner*, al aplicar las normas *antitrust* el TJCE ha evaluado a los actores implicados no ya por su estructura sino por sus modalidades de intervención en el mercado⁸⁵³. De esta manera, entre los dos elementos que conforman el concepto de empresa, organización y actividad, el Tribunal ha optado por el que le ha permitido expandir el mismo hasta abarcar ciertas organizaciones que tradicionalmente se encontraban fuera de sus fronteras. Sin embargo, con *Albany*, la existencia de objetivos sociales, ha sido utilizada para modular el alcance de la aplicación de las normas de la competencia⁸⁵⁴.

La motivación del giro jurisprudencial realizado en *Albany* ha sido objeto de distintas interpretaciones. Para algunos autores, la afirmación de la inmunidad limitada de los convenios colectivos demuestra una actuación preventiva del TJCE, destinada a evitar una vulneración de los objetivos sociales plasmados en el Tratado⁸⁵⁵. Para otros, este grupo de sentencias evidencian una evolución de la jurisprudencia del TJCE en el sentido de superar el esquema conceptual fundamentado en la relación entre norma (derecho de la competencia) y excepción (derecho del trabajo), para adoptar

⁸⁵¹ IDOT, L. "Droit social et Droit de la concurrence...", cit., p. 4.

⁸⁵² Con cita de la más relevante doctrina al respecto, vid. BARON, F., *Marché intérieur et Droit social...*, cit., p. 423.

⁸⁵³ PUTMAN, E., "Les rapports entre Droit social ...", cit, p. 108.

⁸⁵⁴ DE VOS, M., *A decade beyond Maastricht...*, cit., p. 65.

⁸⁵⁵ VAN DER BERGH, R., CAMESASCA, P., "Irreconcilable principles?...", cit., p. 505

un juicio más articulado, basado en una ponderación entre principios fundamentados en valores⁸⁵⁶. Esta última interpretación se apoya igualmente en el plano normativo con el ya citado considerando 37 del Reglamento 1/2003⁸⁵⁷ que sitúa el respeto a los derechos y principios recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como frontera de la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE.

Sin embargo, dos son las matizaciones que deben realizarse a estas lecturas tendentes a sobrevalorar la intención manifestada en *Albany* y en el Reglamento 1/2003. Por un lado, no puede dejar de observarse que la voluntad afirmada por la vía pretoriana de equilibrar la defensa de los intereses económicos y los sociales se acompaña de una manifestación de la impronta liberal que recubre el derecho comunitario. Como evidencia el análisis jurisprudencial realizado, existe una diferencia entre la relación de las normas que disciplinan el mercado interior con las disposiciones estatales de origen convencional y la relación de las primeras con las normas laborales heterónomas del mismo ámbito estatal. Se postula de esta manera la libertad de acción de los agentes en la regulación del mercado de trabajo antes que la intervención estatal en el mismo. En este sentido no debe perderse de vista que en la formación de los acuerdos colectivos se produce una negociación en la que los agentes sociales y económicos utilizan su poder en el mercado. Por ello, los convenios respetan la idea de que la autonomía privada y las técnicas jurídicas convencionales deben constituir la fuente de normatividad jurídica, en detrimento de la acción estatal. Se fomenta así la acción colectiva, y ya no tanto la individual, como una mejor opción reguladora que la intervención pública en la economía⁸⁵⁸.

⁸⁵⁶ BRINO, V., “Diritto del lavoro e Diritto della concorrenza: dinamiche e modelli a confronto”, en LYON-CAEN, A., PERULLI, A., (a cura de), *Liberalizzazione degli scambi ...*, cit., p. 240.

⁸⁵⁷ Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

⁸⁵⁸ RACLET, A., *Droit communautaire des affaires et prérogatives...*, cit., pp. 14-15.

Por otro lado, al respecto de la introducción de una suerte de exención normativa en el Reglamento 1/2003, caben dos críticas fundamentales. En primer lugar la defectuosa técnica jurídica, al introducir la cuestión en un “Considerando” en lugar de en el articulado. En segundo lugar, en relación con la Carta de Derechos Fundamentales gran parte de la doctrina ha opinado que la integración de los derechos sociales, en particular la libertad sindical y la negociación colectiva, debería bastar, *per se*, para negar la posibilidad de aplicarles las normas de la competencia⁸⁵⁹. Sin embargo, debe matizarse esta afirmación, recordando que la Carta de Derechos Fundamentales de Niza reconoce el derecho a la negociación colectiva (art. 28) *de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales*. Como señala DE VOS, dicha precisión supone una inclusión antes que una exclusión de la aplicación del derecho de la competencia⁸⁶⁰. En cualquier caso, y más de estas críticas no debe perderse de vista esta mención, que revela la preocupación del derecho comunitario por las implicaciones que la regulación de la competencia puede tener en los Derechos Fundamentales. Sería por tanto más aconsejable superar las dos vías mencionadas introduciendo en sede de Tratado CE una mención específica a los derechos fundamentales como límite a la aplicación de las normas de la competencia, similar a la del “considerando” 37 del Reglamento 1/2003.

El análisis de la relación entre las normas laborales y la defensa comunitaria de la competencia no acaba en este punto. Las normas *antitrust* y la aplicación que de las mismas han realizado las Instituciones comunitarias no son suficientes para asegurar una competencia no falseada

⁸⁵⁹ En el caso *Albany* son de este parecer tanto los gobiernos presentes como la propia Comisión; entre la doctrina ha defendido fundamentalmente esta postura DE SCHUTTER, O., “La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne”, JT, 281, 2001, p. 292.

⁸⁶⁰ La prueba de esta afirmación es el mismo “Considerando” 37 del Reglamento 1/2003, antes referido. Si el mero reconocimiento bastara para que el derecho de la competencia comunitario se limitara *per se* tal precisión no habría sido necesaria.

en el mercado interior. La consecución de este objetivo del Tratado CE necesita de la colaboración de los Estados miembros, no sólo en la aplicación del derecho comunitario de la competencia sino en el desarrollo de sus propios sistemas *antitrust*, enmarcado en el respeto del ordenamiento jurídico comunitario⁸⁶¹.

El recorrido realizado por los distintos escenarios de la relación entre competencia y derecho del trabajo en el marco supranacional es, por tanto, un requisito *sine qua non* para abordar la Segunda Parte del presente estudio. Con ella se ofrece un análisis de la situación en el plano estatal, valorando la adecuación entre las soluciones dadas en este ámbito y las referidas en las páginas anteriores. Sólo de esta manera, con las dos caras de una moneda única, es posible completar el intrincado marco normativo y jurisprudencial de la relación entre la disciplina del mercado y las normas laborales.

⁸⁶¹ GODYER, D.G., *EC competition law*, cit., p. 436.

PARTE II: EL ENCUENTRO ENTRE EL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO ESTATAL.

Como se ha demostrado en la Parte I del presente trabajo, la construcción del mercado interior por la vía de las libertades de circulación de mercancías y servicios ha puesto en tela de juicio numerosas normas laborales que han sido consideradas como obstáculos y eventualmente justificadas. De manera paralela a este fenómeno, que atañe fundamentalmente a la acción estatal en materia laboral, el derecho comunitario de la competencia ha tenido una doble incidencia en los ordenamientos laborales estatales. Por un lado, se ha puesto en tela de juicio la imposición de las normas de la competencia a diversas instituciones estatales de carácter social, especialmente servicios de empleo y entidades de protección social. Por otro lado, se ha utilizado el derecho comunitario de la competencia para cuestionar la validez de determinadas cláusulas de convenios colectivos estatales.

Esta incidencia de las normas que disciplinan el mercado en el ordenamiento laboral no ha sido privativa del derecho comunitario. En los Estados miembros también existe entre este binomio una relación compleja, aunque de contornos distintos a la revisada en los capítulos anteriores. En este plano estatal, como ya se advirtió en la introducción, los problemas surgen con la interacción entre las normas de defensa de la competencia *stricto sensu* (donde deben incluirse tanto las disposiciones *antitrust* como las distintas regulaciones orientadas a la prohibición de competencia desleal) y la acción sindical, particularmente la negociación colectiva.

El estudio de la articulación normativa y jurisprudencial de esta relación en el ámbito nacional debe considerar dos parámetros básicos⁸⁶².

⁸⁶² La base para la realización de este análisis es el ya citado Informe COLCOM (publicado en BRUUN, N., HELLSTEN, J., *Collectives agreements and Competition law...*, cit.). En éste se ha realizado un estudio comparado de la interacción entre la

Por un lado, las exigencias derivadas de la específica relación entre el derecho comunitario de la competencia y los ordenamientos estatales. Por otro, los límites a las libertades económicas impuestas por la constitucionalización del Estado social.

Las disposiciones de la competencia en Europa datan de un momento muy posterior a la *Sherman Act*. De hecho, en el momento de la firma del Tratado CEE existía una muy limitada regulación estatal de la materia, aparte el sofisticado ordenamiento alemán de inspiración estadounidense. Paralelamente al avance de la integración comunitaria, y en gran medida por las exigencias impuestas por el mantenimiento de la competencia en el mercado interior, la totalidad de los Estados miembros han desarrollado normativas *antitrust* con un alto grado de homologación entre ellas y con las normas comunitarias, dotándose asimismo de instituciones de defensa de la competencia. Como ha señalado GODYER, estas instituciones estatales tienen como misión principal la aplicación de los ordenamientos domésticos de defensa de la competencia pero también ayudar a la Comisión a asegurar que el Derecho comunitario se aplica de manera efectiva y uniforme⁸⁶³.

La coexistencia de las normas de defensa de la competencia estatales y comunitarias y su aplicación concurrente es una afirmación cotidiana en la jurisprudencia del TJCE⁸⁶⁴. Ante el silencio del antiguo Reglamento 17⁸⁶⁵ acerca de las relaciones entre los ordenamientos estatales y el comunitario,

defensa de la competencia y los convenios colectivos en once Estados miembros: Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Italia, Holanda, España, Suiza y el Reino Unido. De entre los Estados comprendidos en el informe el presente trabajo abordada con mayor amplitud el caso francés, como paso previo al estudio detallado del estado de la cuestión en el Estado español.

⁸⁶³ GODYER, D.G., *EC competition law*, cit., pp. 436 y ss.

⁸⁶⁴ La sentencia más destacada sobre la cuestión fue la de 13 de febrero de 1969, *Walt Wilhelm*, 14/68. Posteriormente el Tribunal volvió sobre la cuestión con la sentencia de 16 de noviembre de 1977, *Inno/Atab*, 13/77. Sobre esta cuestión vid. GOLDMAN, B., LYON-CAEN, A., VOGEL, L., *Droit commercial européen*, cit., pp. 387-388.

⁸⁶⁵ Reglamento N° 17, primer Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 86, Diario Oficial N° 013 de 21/02/1962 p. 0204 – 0211.

el TJCE tuvo que intervenir en la cuestión a través de sus competencias prejudiciales, utilizando como bases el principio de primacía y el principio de lealtad comunitaria, recogido actualmente en el art. 10 del Tratado CE⁸⁶⁶.

En 1969 el Tribunal se pronunció por primera vez sobre la necesidad de una interpretación uniforme del derecho de la competencia en el ámbito comunitario. En el asunto *Walt Wilhelm*, el TJCE afirmó la posible aplicación simultánea de los ordenamientos estatales y del comunitario si se cumplían tres condiciones: la aplicación de la norma nacional no podía perjudicar la aplicación uniforme de las disposiciones comunitarias; los Estados miembros no debían adoptar o mantener en vigor medidas susceptibles de comprometer el efecto útil del Tratado y los mencionados Estados estaban obligados a evitar la adopción de una decisión sobre un asunto si éste se encontraba en fase de resolución ante la Comisión, para salvar así las posibles contradicciones⁸⁶⁷.

Como ha señalado la doctrina, esta teoría llamada “doble barrera matizada”⁸⁶⁸ no aclaró todas las cuestiones relativas a la relación entre las normas estatales de la competencia y las comunitarias⁸⁶⁹. En un intento de dar una respuesta a la cuestión el Reglamento 1/2003 ha tratado la misma de manera expresa, recordando la primacía del derecho comunitario de la competencia y admitiendo un grado limitado de libertad para las autoridades nacionales de la competencia cuando apliquen su derecho nacional a prácticas que afecten el comercio entre los Estados miembros⁸⁷⁰.

El art. 3 del Reglamento, con el fin de garantizar la aplicación efectiva de las normas comunitarias, impone con carácter general a las autoridades responsables de la competencia y a los Tribunales de los Estados miembros

⁸⁶⁶ JONES, A., SUFRIN, B., *EC Competition Law*, cit., p. 1171.

⁸⁶⁷ GODYER, D.G., *EC competition law*, cit., p. 442.

⁸⁶⁸ Respecto de esta cuestión, vid. en extenso, VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit., pp. 278 y ss.

⁸⁶⁹ BAÑO LEÓN, J.M., *Potestades Administrativas y garantías...*, cit., pp. 42 y ss.

⁸⁷⁰ GODYER, D.G., *EC competition law*, cit., p. 445; GARRIDO RUÍZ, F., “Novedades aportadas por el nuevo Reglamento...”, cit., p. 75.

la obligación de aplicar los arts. 81 y 82 TCE cuando apliquen su normativa interna a acuerdos y prácticas susceptibles de afectar el comercio interestatal⁸⁷¹. Más allá de este punto, la relación entre las normas estatales y las comunitarias varía según se trate de una conducta prohibida por el art. 81 o por el art. 82. En el primer caso, si un acuerdo que afecta al comercio interestatal está autorizado por el art. 81, ya sea por no restringir la competencia, por incluirse en una de las excepciones del apartado 3 o por satisfacer las condiciones de una excepción en bloque, el acuerdo no puede ser prohibido por las normas nacionales. En cambio, respecto de las conductas unilaterales, las autoridades estatales pueden aplicar condiciones más estrictas que las del art. 82 TCE. Por último y aun cuando el art. 3 del Reglamento no lo contemple, la prohibición de un acuerdo por el derecho comunitario implica que el mismo no puede ser permitido en el derecho

⁸⁷¹ Respecto de la aplicación de las normas comunitarias de la competencia por las autoridades estatales, debe recordarse que, desde muy tempranas sentencias, el TJCE había reconocido el efecto directo de los arts. 81 y 82 TCE y la posibilidad de que los particulares los alegaran ante los tribunales nacionales. Sin embargo, en el ámbito de la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia la intervención de las autoridades estatales chocaba con un problema fundamental: el monopolio de la Comisión en la aplicación del art. 81.3 TCE. Con la reforma efectuada por el Reglamento 1/2003 se ha solucionado esta cuestión, mediante el reconocimiento en sus arts. 5 y 6 de la competencia de las autoridades nacionales de defensa de la competencia y de los órganos jurisdiccionales estatales para aplicar los arts. 81 y 82 TCE en su totalidad. Las autoridades jurisdiccionales estatales deben ejercer esta competencia respetando la aplicación uniforme de la normativa comunitaria de la competencia. En este sentido el art. 16 del Reglamento impone a los jueces nacionales el deber de no dictar resoluciones incompatibles con una resolución adoptada por la Comisión. En el caso del Estado español el tribunal de defensa de la competencia y los juzgados de lo mercantil. Éstos han sido creados por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio para la Reforma Concursal, como juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil. Además de la materia concursal a estos juzgados se les ha atribuido la aplicación en España de los arts. 81 y 92 TCE y su derecho derivado (art. 86 *ter f*) LOPJ). Queda de esta manera separada, al menos hasta la entrada en vigor de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia española, la aplicación de la normativa comunitaria de defensa de la competencia, sobre la cual tienen los jueces de lo mercantil competencia plena y la española, cuya aplicación se encomienda a órganos administrativos: el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia. Sobre esta cuestión vid. MARTÍNEZ LAGE, S. “La aplicación judicial de los artículos 81 y 82 a partir del 1 de mayo de 2004”, *Gaceta Jurídica y de la Unión Europea*, N° 231, Mayo/Junio, 2004, pp. 4 y ss.; CASTRO-VILLACANAS PÉREZ, D., “La aplicación privada del Derecho de competencia y los nuevos juzgados de lo mercantil”, *Boletín económico del ICE*, N° 2818, 2004, pp. 3 y ss.

estatal, en base al principio de primacía⁸⁷². Sentadas estas precisiones es posible afirmar que la aplicación del derecho estatal de la competencia a los convenios colectivos que afecten al comercio interestatal debe ajustarse en lo previsto para estos casos en el derecho comunitario, es decir, debe aplicarse la doctrina *Albany*.

Sin embargo, cuando las normas colectivas no sobrepasen este límite, afectando únicamente al ámbito de un Estado miembro, debe estarse a lo previsto por la normativa nacional, con los límites impuestos por el marco constitucional correspondiente, teniendo especialmente en cuenta las especiales consecuencias derivadas de la constitucionalización del Estado social. En este sentido, se ha llegado a afirmar que, en los ordenamientos jurídicos de la Europa continental, el derecho de la competencia y el derecho del trabajo se han articulado siguiendo los parámetros marcados por la propia fórmula de Estado Social⁸⁷³. Como se verá a lo largo de los próximos epígrafes tal afirmación debe sin duda matizarse, por cuanto las supuestas garantías de esta fórmula para el mantenimiento de las fronteras entre lo social y lo económico se encuentran, *de facto*, cada vez más desdibujadas⁸⁷⁴, debiendo apuntalarse las mismas con una eficiente articulación normativa de la cuestión.

⁸⁷² JONES, A., SUFRIN, B., *EC Competition Law*, cit., p. 1172.

⁸⁷³ PUTMAN, "les rapports entre droit social...", cit., p.170.

⁸⁷⁴ Es importante destacar que en el estado actual no es posible contraponer un supuesto modelo liberal comunitario con un pretendido modelo social estatal. Esta distinción maniquea, aun cuando haya sido utilizada *ad nauseam* por parte de los críticos al proceso comunitario es solo en parte cierta. Es cierto que la Comunidad, como se ha demostrado, ha definido con mayor rigidez el modelo económico impuesto, también es cierto que este modelo carece por completo de los principios básicos del Estado social y que por tanto no ha incluido contrapesos al modelo económico antedicho, los cuales, en cierta manera están vigentes en los modelos estatales. Esto ya, *per se* ha permitido una desestabilización de los derechos sociales estatales, pero no porque se trate de dos modelos antagónicos estáticos, ambos están en evolución continua y no precisamente divergente. Todo lo contrario, las derivas del derecho social estatal, y no solo por la acción comunitaria, se han caracterizado por una pérdida paulatina del carácter tuitivo y una asunción cada vez mayor de la preeminencia de las razones de carácter económico en la regulación de la relación laboral. Aceptando lo anterior no compartimos la idea de que la crisis del estado social no afecte a los otros elementos que configuran el Estado, ni que, como dice el autor deba considerarse la crisis no "como un problema de ser y no ser, sino de reformas, modificaciones y adaptaciones". En cambio, recogeremos en lo sucesivo la línea marcada

por C. De CABO, considerando que los términos de la fórmula constitucional son una unidad y que la crisis de uno de ellos (o la transformación del mismo) implican la del resto. DE CABO, C., *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986, p. 57.

Capítulo I. Las distintas manifestaciones de interacción en el ámbito de los Estados miembros: defensa de la competencia v. negociación colectiva.

Como es sabido, en el ámbito jurídico de la Europa continental, los textos fundamentales de la segunda posguerra materializaron la constitucionalización del Estado social⁸⁷⁵. Las constituciones europeas ha asimilado hasta tal punto esta fórmula que la percepción de determinados elementos esenciales de la cultura jurídica europea, como el sistema libertades y derechos, fundamentalmente los sociales⁸⁷⁶, sólo pueden comprenderse si se tiene en cuenta los imperativos impuestos por el Estado social⁸⁷⁷.

El elemento definitorio de este constitucionalismo social ha sido, siguiendo lo afirmado por C. DE CABO, la institucionalización del conflicto capital-trabajo y su integración en el funcionamiento del

⁸⁷⁵ Como señala ARAGÓN, este rasgo característico puede predicarse de los países pertenecientes al modelo jurídico-cultural en el que el Estado español se inserta. ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y Estado social*, cit., p. 7.

⁸⁷⁶ Es más, estos derechos sociales construirían el sustrato del “modelo social europeo”, llegándose a afirmar su carácter fundamental para la integración supranacional, advirtiendo que la pérdida de los mismos desvirtuaría la integración comunitaria VOGUEL-POLSKY, E., “L’Acte Unique...”, cit., p. 179.

⁸⁷⁷ BALAGUER CALLEJÓN, F., “El estado social y democrático de derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del estado social “MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M. N., MONEREO PÉREZ J.M., *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 95 y ss. Al respecto de la génesis del Estado social recuerda BALAGUER que el mismo se formuló a partir del Estado liberal y con la aceptación de muchos de sus postulados. A diferencia del primero, que tuvo un nacimiento *fuerte* contra los principios del Antiguo Régimen, el Estado social es producto de un pacto y no de una ruptura, consiguiendo un punto intermedio de reformismo de compromiso. Este Estado social no niega los valores del Estado liberal pero les da un nuevo significado y los complementa con otros criterios axiológico-políticos, teniendo como característica fundamental la interiorización de la contradicción derivada de la integración del Trabajo. En el mismo sentido ha señalado MONEREO cómo con la constitucionalización del Estado social se daba así respuesta a dos cuestiones, por un lado a la creciente necesidad de una regulación de las relaciones sociales y económicas, por otro lado, la urgente cuestión de racionalizar los procesos sociales de una sociedad presidida por el carácter pluriconflictual propio del conflicto social moderno, MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos Sociales de la Ciudadanía...*, cit, pp. 45 y 118.

Estado⁸⁷⁸. Con el advenimiento del Estado social, ambas cuestiones, trabajo y economía, fueron conformadas constitucionalmente y ligadas la una a la otra. Mediante esta fórmula de contenido variable⁸⁷⁹ se pretendía generar un equilibrio entre la libertad y la igualdad, que no es estático sino que está en permanente movimiento⁸⁸⁰. Este paso del sistema constitucional liberal al constitucionalismo del Estado Social repercutió de manera clara y directa tanto en la normativización de la defensa de la competencia económica⁸⁸¹ como, muy particularmente, en la juridificación del fenómeno del trabajo⁸⁸².

Respecto al primero de los dos elementos, recuerda la doctrina especializada que en este tipo de constituciones la opción económica se configuró de manera débil, situándose en un punto intermedio entre la economía de mercado y el intervencionismo público⁸⁸³. Se constitucionalizaba de esta manera una “vinculación del conjunto del sistema económico a imperativos de solidaridad, imponiendo el momento distributivo como uno de los determinantes en el funcionamiento del

⁸⁷⁸ DE CABO, C., *Teoría Constitucional de la Solidaridad*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 46 y 48; en el mismo sentido BALAGUER CALLEJÓN, F., “El Estado Social y Democrático de Derecho...”, cit., pp. 95 y ss.

⁸⁷⁹ Apunta BALAGUER que el contenido de la misma es heterogéneo, existiendo distintas concepciones de Estado social “que oscilarían entre la garantía de una mínima procura existencial hasta propuestas de transformación radical del modelo económico”. Este contenido va a depender de la formulación constitucional del Estado social, que puede ser “fuerte” (los ejemplos más claros de este modelo son la Constitución de Weimar de 1919 o la Constitución italiana de 1947, o débil (la Constitución española de 1978 es una buena muestra de ello). BALAGUER CALLEJÓN, F., “El Estado Social y Democrático de Derecho...”, cit., p.98.

⁸⁸⁰ ARAGÓN REYES, M., loc. cit., p. 122.

⁸⁸¹ Desde una perspectiva histórica, cabe señalar que las referencias explícitas a las cuestiones económicas son comunes en las constituciones elaboradas en la segunda mitad del siglo XX. Acogiendo la clasificación propuesta por ARAGÓN y modificada por BAQUERO puede establecerse una división de las normas constitucionales en tres tipos, sucesivos en el tiempo y ligados a los modelos históricos de Estado. De esta manera distinguen los autores entre las constituciones liberales, las propias del Estado social y, añadido este último tipo por el segundo autor, la variación provocada por la integración comunitaria. ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y Estado social*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 4 y ss; BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...*, cit., pp. 63 y ss.

⁸⁸² Como ya afirmó BAYLOS, la “globalización del intervencionismo estatal” tuvo un influjo directo en la regulación de las relaciones laborales BAYLOS GRAU, A., *Derecho del trabajo...*, cit., p. 23.

⁸⁸³ ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y Estado social*, cit., p. 5.

sistema”⁸⁸⁴. Las normas fundamentales de Francia, Italia, Alemania o España son un ejemplo de esta opción, remitiendo a la legislación ordinaria el establecimiento del marco jurídico básico de la economía. Así, las Constituciones contienen unos principios básicos del orden económico, garantizando las libertades de los sujetos que actúan en el mercado pero imponiendo a la vez límites a las mismas, que se ven encuadradas por los ordenamientos nacionales y las exigencias de la solidaridad⁸⁸⁵.

Por su parte, la regulación del fenómeno del trabajo ha sido y es una pieza fundamental del Estado social⁸⁸⁶ en el panorama jurídico de la Europa continental⁸⁸⁷. En palabras de DE LA VILLA “(e)l derecho del trabajo ha tenido una función o fundamento único que través de los tiempos: conseguir una armonización de los poderes político (Estado), económico (empresariado) y social (clase obrera), o, lo que es lo mismo, un equilibrio de los intereses contrapuestos de los protagonistas o interlocutores del proceso productivo”⁸⁸⁸.

⁸⁸⁴ MAESTRO BUELGA, G., "Constitución económica y derechos sociales...", cit., p. 125-126

⁸⁸⁵ ARAGÓN REYES, M., loc. cit., p. 7.

⁸⁸⁶ Como afirmó MAESTRO, “Weimar puede ser asumida como el punto de partida de una línea que atravesando el *New Deal* americano lleva a la generalización de experiencias políticas que constituyen el patrimonio político del Occidente europeo, simbolizado en el constitucionalismo y el Estado social. Esta constitución configura al trabajo como eje central en torno al que se articula el proyecto republicano, revelando lo que constituirá el corazón del Estado social”, MAESTRO BUELGA, G., *La constitución del trabajo...* cit., p. 9. En palabras de MONEREO, “el fenómeno de asimilación en los Textos Constitucionales de los principios jurídicos y derechos laborales fundamentales tiene una trascendencia extraordinaria para la consolidación del derecho del trabajo como pieza clave del sistema político del Estado social formalizado en dichas normas fundamentales”, MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos Sociales de la Ciudadanía...*, cit., p. 117.

⁸⁸⁷ Recordaba SUPIOT que, aun pesar del origen estrictamente estatal de la ordenación normativa del fenómeno del trabajo, es posible considerar que en el panorama europeo la finalidad de la regulación de las relaciones de trabajo puede llegar a definirse de manera general, teniendo todos los sistemas nacionales del panorama europeo influencias comunes y recíprocas, SUPIOT, A., *Le droit du travail*, Puf, Paris, 2004, pp. 21 y ss.

⁸⁸⁸ DE LA VILLA, L.E., “La función del derecho del trabajo en la situación económica y social contemporánea”, *Revista de trabajo*, 1984, N° 76, pp. 9 y ss. Como ha destacado PÉREZ DE LOS COBOS, el debate sobre la “verdadera naturaleza” del derecho del trabajo acompaña a la disciplina desde su nacimiento como rama autónoma del ordenamiento, tomando como eje las relaciones entre la normativa laboral y el sistema

Se evidencia con estas palabras que la articulación entre capital y trabajo incorporada en la fórmula del Estado social se deriva tanto de los límites impuestos al capital como del carácter ambivalente o “reversible”⁸⁸⁹ del derecho del trabajo⁸⁹⁰. Es posible, por tanto, afirmar que el ordenamiento laboral se orientará tanto a la protección de los trabajadores como a la conservación del orden social existente, es decir, a la protección de la libertad de empresa en el marco del sistema de economía de mercado con los límites impuestos por el Estado social⁸⁹¹.

En el marco constitucional así caracterizado se desarrollan las relaciones entre el derecho de la competencia y las normas laborales en el ámbito de los ordenamientos jurídicos de la Europa continental. Esta interacción, a pesar de lo que podría preverse, no ha sido pacífica, centrándose las fricciones en el ámbito de la acción sindical y de la negociación colectiva.

económico capitalista. Recogiendo distintos posicionamientos doctrinales en el sentido de entender el derecho del trabajo como derecho de la clase obrera o como remedio contrarrevolucionario de la burguesía para dificultar el movimiento de autoorganización de los trabajadores, el autor señala la esterilidad de las respuestas unilaterales, argumentando que “(e)l derecho del trabajo será, sin duda, históricamente lo es, una conquista frente al capitalismo, pero es, asimismo, una conquista del capitalismo, como sistema económico que asume con naturalidad el conflicto y su permanente recomposición”, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, P., “Algunas reflexiones metodológicas sobre la investigación del iuslaboralista”, REDT, Nº 68, 1994, p. 880-881.

⁸⁸⁹ Acogiendo la célebre denominación acuñada por LYON-CAEN, G., *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, 1995. El mismo autor ya había señalado que el Derecho laboral adopta una doble función: “protege con ostentación pero realmente a la clase obrera de una explotación desenfrenada, pero también organiza de manera no menos real esta explotación y contribuye a justificarla”, LYON-CAEN, G., “Les fondements historiques et rationnels du droit du travail”, Dr. Ouv., 1951, p. 1

⁸⁹⁰ Como ha recordado la doctrina, si la duplicidad es característica de todo el derecho, en el caso del derecho del trabajo tal característica se acentúa especialmente pues el mismo “...integra los intereses de los trabajadores en el orden capitalista y limita en cierta medida la explotación de la fuerza de trabajo...” (COLLIN, F., DHOQUOIS, R., GOUTIERRE, P.H., JEAMMAUD, A., G. LYON-CAEN, G., ROUDIL, A., *Le Droit capitaliste du travail*, cit., pp.117-118). En palabras de ROMAGNOLI “(l)e droit du travail n’est pas venu au monde pour le transformer de fond en comble, mais seulement pour le rendre plus supportable pour des catégories de sujets qui faisaient figures de «derniers »”, ROMAGNOLI, U., “Libres propos sur les rapports entre économie et droit du travail”, en JEAMMAUD, A., (dir.), *Le droit du travail confronté...*, cit., p. 8.

⁸⁹¹ MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos Sociales de la Ciudadanía...*, cit., pp. 138 y 147.

Sección I. El análisis *antitrust* de la negociación colectiva en el centro del debate doctrinal europeo.

En la actualidad es una cuestión reiterada que “los convenios colectivos se encuentran en la intersección entre el derecho laboral y el derecho de la competencia”⁸⁹², siendo la máxima expresión del conflicto entre ambas ramas del ordenamiento. Tras la sentencia *Albany* se han multiplicado las voces a favor y en contra de la sujeción de las normas colectivas a las exigencias del derecho de la competencia. La afirmación de la necesidad de someter a los convenios colectivos a un análisis *antitrust* se ha apoyado en diversas afirmaciones. Desde un punto de vista sustantivo ha sido remarcada la habitual inexistencia de excepciones en los ordenamientos jurídicos, particularmente el europeo. Esto permitiría, según han afirmado ciertos autores, la aplicación de las disposiciones *antitrust* a los convenios colectivos que, cuando son de ámbito superior al empresarial podrían asemejarse a *cárteles* que permiten el control parcial de los precios, al fijar los costes laborales, o imponen condiciones a terceros. Por añadidura, la posición de las partes podría ser considerada como un abuso de posición dominante, contrario al derecho de la competencia⁸⁹³.

En esta línea, se ha afirmado que la normativa *antitrust* debe aplicarse a la acción sindical cuando de la misma se derivan efectos anticompetitivos. En cambio, aquellos convenios que produjeran efectos positivos deberían ser considerados acordes con las normas de la competencia, activándose las excepciones previstas legalmente. Evidentemente, esta teoría considera a los convenios colectivos en el mismo

⁸⁹² EVJU, S., “Collective agreements and competition law...” cit., p. 165; VAN DER BERGH, R., CAMESASCA, P., “Irreconcilable principles?...” cit., p. 493.

⁸⁹³ DE VOS, M., *A decade beyond Maastricht...*, cit., p. 57; VAN DER BERGH, R., CAMESASCA, P., “Irreconcilable principles?...” cit., p. 502.

plano que cualquier otro acuerdo entre empresas y, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de las normas de la competencia⁸⁹⁴.

Desde el prisma económico también se ha abogado por la aplicación de las normas *antitrust*. Así, frente a la eficiencia económica que persigue el derecho de la competencia ha sido común alegar los costes económicos de la negociación colectiva⁸⁹⁵. Entre otras cuestiones, desde el análisis económico del derecho se ha ligado el ascenso continuado de las tasas de desempleo en la Europa continental al modelo cooperativo, afirmando que los sindicatos han mantenido los salarios artificialmente altos sin preocuparse por el impacto de esta cuestión en los trabajadores desempleados⁸⁹⁶.

Frente a estas afirmaciones, las posiciones contrarias presentan argumentos, tanto jurídicos como económicos. Por un lado, la aplicación de las normas de la competencia a los convenios colectivos parece imposible desde el punto de vista de la propia naturaleza de ambos conjuntos normativos, que pertenecen a esferas y a lógicas completamente diferentes. Como es sabido, la posición de subordinación del trabajador asalariado es uno de los pilares que fundamenta la construcción jurídico-laboral que se combina con la posición central del principio de justicia distributiva. Ambas justifican la equiparación de armas en la negociación y la promoción del papel de los actores sociales en aras de la consecución de un escenario laboral pacífico y pactado, quedando la persecución de la eficiencia económica, al menos en las teorías clásicas, relegada a un segundo plano.

⁸⁹⁴ VAN DER BERGH, R., CAMESASCA, P., “Irreconcilable principles?...”, cit., p. 506. Los autores advierten que en todo caso, debe conseguirse que el derecho *antitrust* sancione los comportamientos que vulneran la competencia sin impedir que los sindicatos defiendan los beneficios conseguidos por los trabajadores y consigan mayores eficiencias. Esto implica la construcción de una excepción restringida a las materias nucleares de la negociación colectiva.

⁸⁹⁵ ICHINO, P., “Collective bargaining and antitrust laws...”, cit., p. 193.

⁸⁹⁶ Algunos autores incluyen aquí los casos de Bélgica, Alemania, Holanda, Austria y Suiza, constatando las posiciones doctrinales a favor y en contra de tal afirmación, VAN DER BERGH, R., CAMESASCA, P., “Irreconcilable principles?...”, cit., p. 504.

En cambio, desde el punto de vista del derecho de la competencia, todo actor en el mercado susceptible de desempeñar una actividad económica requiere un tratamiento similar por parte de las autoridades encargadas de la defensa de la competencia⁸⁹⁷.

Por otro lado, atendiendo al ámbito subjetivo, diversos autores han señalado la imposibilidad de integrar la actividad sindical en el ámbito de las normas de la competencia. La ausencia de objetivos económicos y de la asunción del riesgo empresarial constituirían los principales argumentos de oposición a la aplicación de estas normas a los convenios colectivos⁸⁹⁸. La presencia de los sindicatos impediría así, *per se*, la calificación del convenio como un acuerdo entre empresas.

Desde el punto de vista económico, también se ha intentado demostrar los posibles efectos positivos, tendentes a la consecución de la eficiencia económica que tiene la negociación colectiva, en aras de defender así su autonomía frente a las normas de la competencia⁸⁹⁹. En este sentido se ha afirmado que tanto la acción sindical como la negociación colectiva pueden promover la buena marcha de las empresas al reducir los costes de las negociaciones individuales del contrato de trabajo, fomentar el buen comportamiento de ambas partes, ahorrar costes del conflicto, en particular de la huelga⁹⁰⁰. Por otro lado los sindicatos se plantean como interlocutores inmejorables entre los empleados y el empleador al cual pueden transmitir de manera directa las cuestiones relativas a la empresa y viceversa, asegurando la paz social dentro de la empresa, agregando la demanda y gestionando los problemas individuales⁹⁰¹. Todos estos argumentos siguen la línea, ya denunciada por A. LYON-CAEN⁹⁰² y por RODIÈRE⁹⁰³,

⁸⁹⁷ VAN DER BERGH, R., CAMESASCA, P., "Irreconcilable principles?...", cit., p. 503.

⁸⁹⁸ EDELMAN, B., "A bas le droit du travail, vive la concurrence!", Chron. D., 1992, p.1.

⁸⁹⁹ VAN DER BERGH, R., CAMESASCA, P., loc. cit., p. 503.

⁹⁰⁰ ICHINO, P., "Collective bargaining and antitrust laws...", cit., p. 191.

⁹⁰¹ DEAKIN, S., WILKINSON, F., "Rights vs. Efficiency? The Economics Case for Transnational Labour Standards", (1994) 23, ILJ, p. 289.

⁹⁰² LYON-CAEN, A., "Droit social et droit de la concurrence, ...", cit, p. 331.

tendente a subrayar las excelencias económicas de las normas y las instituciones sociales y que quedó demostrada en la sentencia *Albany*.

Mas allá de los argumentos expuestos lo cierto es que las fronteras entre la regulación de la competencia y la negociación colectiva ya no son impermeables, ni en el ámbito comunitario, como se señaló en la Parte I, ni en el estrictamente estatal. Una prueba fehaciente de esta última cuestión es la existencia, mínima pero relevante, de modelos de coordinación normativa expresa entre los ordenamientos jurídicos europeos.

Sección II. Los distintos modelos de convivencia entre las normas *antitrust* y las normas laborales colectivas en el ámbito de los Estados miembros.

Dos son los modelos de articulación entre las normas de la competencia y las disposiciones laborales que pueden distinguirse en el panorama jurídico de los Estados miembros. Por un lado, el establecimiento de una excepción explícita en la legislación *antitrust*; por otro, la articulación de ambos conjuntos normativos por la vía jurisprudencial. Ambos modelos, a diferencia del norteamericano, se han construido partiendo de la previa existencia de una normativa laboral y en el señalado marco impuesto por el constitucionalismo social⁹⁰⁴, lo cual explica en buena manera la tardía aparición de las fricciones.

Tomando como referencia el estudio comparado realizado en el ya mencionado Informe COLCOM⁹⁰⁵, puede afirmarse que aun cuando en el ámbito europeo no hay un modelo uniforme de articulación entre los convenios colectivos y las normas de la competencia, es posible partir de

⁹⁰³ RODIÈRE, P., "Le juge et les appréciations économiques: opposition de deux approches", en JEAMMAUD, A., (dir.), *Le droit du travail confronté...*, cit., p. 130

⁹⁰⁴ MAESTRO BUELGA, G., "Constitución económica y derechos sociales...", cit., p.126.

⁹⁰⁵ BRUUN, N., HELLSTEN, J., *Collectives agreements and Competition law...*, cit.

dos puntos comunes a todos los Estados analizados. El primero, es la existencia de un reconocimiento de la negociación colectiva en la normativa internacional⁹⁰⁶. El segundo, (con la evidente exclusión del Reino Unido) es el reconocimiento constitucional, expreso o derivado, de la negociación colectiva como función predominante del sindicato y expresión por excelencia de la autonomía colectiva. Como ha reiterado la doctrina más reconocida, la libertad de asociación y los derechos a ella vinculados, de organización y actividad, son elementos fundamentales para la definición del modelo social europeo e inherentes a sus Estados miembros⁹⁰⁷. De entre estos derechos, la negociación colectiva es “la manifestación más importante del acceso de la autonomía de la voluntad de los grupos sociales

⁹⁰⁶ El primer reconocimiento expreso del derecho a la negociación colectiva fue realizado en la Declaración relativa a los Fines y Objetivos de la OIT, anexa a la Constitución de Filadelfia de 1944. En ella la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo reconocía la obligación solemne de la Organización, de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. A partir de este momento la OIT asumió el peso del reconocimiento de este derecho que desarrolló de manera directa en el Convenio sobre el Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva, 1949 (nº 98), el Convenio sobre la Negociación Colectiva, 1981 (nº 154), la Recomendación sobre los Contratos Colectivos, 1951 (nº 91) y la Recomendación sobre la Negociación Colectiva, 1981 (nº 161). De fecha más reciente data la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo adoptada en 1998, en ella se afirma que “...todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir [...] la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.”; En el ámbito regional europeo debemos a la Carta Social Europea del Consejo de Europa de 1961, el primer reconocimiento expreso del derecho la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950 recoge en su artículo 11 el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses, pero no menciona directamente ni la negociación colectiva ni el derecho de huelga. Acerca de la interpretación de las normas citadas de la OIT ver, en extenso, GERNIGON, B., ODERO, A., GUIDO, H., “ILO principles concerning collective bargaining”, ILR, Vol. 139, Nº 1, 2000, p. 36 y ss.

⁹⁰⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F., (dir.), *Libertad de asociación de trabajadores y empresarios en los países de la Unión Europea*, MTAS, Colección de Informes y Estudios, General, Madrid, 2006, pp. 41 y 42; cabría, no obstante, separar la experiencia del Reino Unido del ejemplo continental, dadas las similitudes de su modelo de reconocimiento de los derechos sindicales con el modelo norteamericano. En este sentido BERCUSSON, B., “Protecting collective agreements”, cit., p. 2.

al poder normativo y, por tanto, a la categoría de fuente del Derecho”⁹⁰⁸, siendo la expresión privilegiada de la intención de compensar el poder patronal mediante la producción conjunta de normas⁹⁰⁹. Así, contrariamente a lo señalado en las mencionadas Conclusiones del Abogado General Jacobs en *Albany*⁹¹⁰, el vínculo indeleble entre libertad sindical y negociación colectiva enerva la necesidad de indagar en el reconocimiento de esta última como derecho fundamental con sustantividad propia, siendo esta afirmación coherente con lo dispuesto en las declaraciones internacionales y regionales de derechos. Como ha señalado la doctrina, en el ámbito de los Estados miembros, la inmunidad podría ser garantizada, o cuanto menos derivada, del reconocimiento constitucional, apoyado en la normativa internacional⁹¹¹.

A partir de esta base común, de la que debe excluirse al Reino Unido, las estrategias de convivencia entre las normas laborales y el derecho de la competencia son muy diversas. Según los distintos modelos de articulación, el informe COLCOM, diferencia entre dos grandes grupos. En el primero de ellos, el más amplio, se integran los Estados en los que no existe una regulación normativa expresa de la interacción entre los convenios colectivos y las normas de la competencia⁹¹². Entre los países de este grupo, donde se incluyen la mayoría de Estados miembros, la

⁹⁰⁸ MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 23ª Ed., 2002, p. 155.

⁹⁰⁹ Se trata de un lugar común en la doctrina laboralista española y europea, como recuerdan especialmente: ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, Mª E., *Curso de derecho del trabajo*, Madrid, 19ª Ed., 2001, pp. 490 y ss; MONTOYA MELGAR, loc. cit., p. 112 y pp. 155 y ss.

⁹¹⁰ Conclusiones acumuladas del Abogado General Jacobs, presentadas el 28 de enero de 1999, asuntos *Albany*, C-67/96; *Brentjen's*, C-115/97 a C-117/97; *Drijvende Bokken*, C-219/97, apartados 141 y ss.

⁹¹¹ De entre la jurisprudencia analizada en el informe, sólo la Alemana permite confirmar esta afirmación, BRUNN, N., HELLSTEN, J., *Collectives agreements and Competition law...*, cit., p. 51.

⁹¹² De entre los Estados examinados en el informe COLCOM se incluyen en este conjunto Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Italia, España y Holanda.

inexistencia de un articulación no ha supuesto, como regla general, la aplicación de las normas de la competencia al fenómeno sindical⁹¹³.

Dentro de este conjunto la experiencia alemana es especialmente interesante. La introducción de una cláusula de articulación entre la acción sindical y, en particular, la negociación colectiva y la defensa de la competencia fue una cuestión debatida en los trabajos preparatorios de la Ley contra las restricciones de la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*). Finalmente no se incluyó la excepción en el texto de la norma, considerándose suficiente el anclaje constitucional de la libertad sindical⁹¹⁴ para excluir la acción sindical del ámbito de aplicación de las normas de la competencia, siempre que dicha actividad se realice en interés de los trabajadores. La relación entre la negociación colectiva, regulada por la Ley sobre los convenios colectivos (*Tarifvertragsgesetz*) y las normas de la competencia ha sido una cuestión debatida por la doctrina⁹¹⁵ y la jurisprudencia. Los autores del informe COLCOM han resumido el estado de la cuestión en el ordenamiento jurídico alemán de la manera que sigue: “(l)os convenios colectivos no están generalmente cubiertos por los principios y las reglas de las normas nacionales y comunitarias de la competencia. La prohibición de cárteles se aplicará sólo en el caso de una colusión abusiva entre empresarios y sindicatos que

⁹¹³ BRUNN, N., HELLSTEN, J., *Collectives agreements and Competition law...*, cit., p. 52.

⁹¹⁴ Art. 9.3 de la Constitución Alemana; sobre la cuestión vid. VAN DER BERGH, R., CAMESASCA, P., “Irreconcilable principles?...”, cit., p. 495.

⁹¹⁵ Un resumen del debate puede encontrarse en DRIGUEZ, L., *Droit social et Droit...*, cit., p. 81 y ss. Como se indica en el informe COLCOM, los puntos de fricción entre los convenios colectivos y las normas de la competencia en la experiencia alemana han sido, entre otros, los siguientes: la decisión declarativa de la eficacia *erga omnes* de acuerdos colectivos relativos a las pensiones en los sectores de la construcción y la imprenta; los convenios del sector de la construcción fijando de manera obligatoria el nivel de salario para los trabajadores del centro de trabajo y para los trabajadores desplazados; los acuerdos que afectan a los horarios comerciales a través de la regulación del tiempo de trabajo; los convenios colectivos que, al regular las condiciones de seguridad en el trabajo, prohíben la utilización de ciertos materiales; los acuerdos que regulan cuestiones relativas a la calidad de los productos. BRUNN, N., HELLSTEN, J., *Collectives agreements and Competition law...*, cit., p. 124.

intencionadamente usen el marco de un convenio colectivo para cubrir un acuerdo anticompetitivo en el mercado de bienes y servicios comerciales”⁹¹⁶.

En el segundo de los grupos se ubican los ordenamientos jurídicos en los que existe una articulación expresa inserta en las normas de la competencia⁹¹⁷. Este llamado “modelo nórdico” se basa en una legislación *antitrust* relativamente reciente que ha incluido la inmunidad de los convenios colectivos con distintas fórmulas. Se ha exceptuado la aplicación de las normas de la competencia al mercado de trabajo (Finlandia), a los acuerdos entre empresarios y trabajadores relacionados con los salarios y otras condiciones de empleo (Suecia) o a los salarios y a las relaciones laborales (Dinamarca). Estas excepciones, a *sensu contrario* indican que los límites de la inmunidad normativa se encuentran en aquellos convenios que fijan relaciones comerciales entre los empresarios. Paradójicamente, la experiencia ha demostrado que las disposiciones mencionadas no han aclarado la cuestión, como indica la conflictividad existente en estos países sobre la materia, ante los órganos de defensa de la competencia y ante los jueces y tribunales competentes⁹¹⁸.

Uno de los ejemplos más relevantes de la interacción en un sistema con exención expresa es el asunto de las empresas papeleras, resuelto por el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Finlandia en 1995⁹¹⁹. El interés reside tanto en la existencia de una excepción que afirma la no aplicación de las normas de la competencia al mercado de trabajo como en el propio razonamiento del mencionado Tribunal, que acomete un explícito análisis de la interacción. En este caso, el convenio colectivo

⁹¹⁶ Ibidem, pp. 123 y ss.

⁹¹⁷ Los Estados con excepción expresa son Finlandia, Suecia y Dinamarca. En el informe COLCOM se ha calificado a este grupo como “modelo nórdico”.

⁹¹⁸ BRUNN, N., HELLSTEN, J., *Collectives agreements and Competition law...*, cit., pp. 53-54.

⁹¹⁹ El detalle de este caso se ha obtenido fundamentalmente del informe COLCOM, BRUNN, N., HELLSTEN, J., loc. cit., pp. 100 y ss.

controvertido, de la industria papelera, contenía una serie de cláusulas dirigidas a limitar la posibilidad de la descentralización de determinadas tareas, en particular las de limpieza en las empresas del sector. Una empresa multinacional de servicios, encontrándose afectada por estas disposiciones, elevó una cuestión ante la Oficina de Libre Competencia interrogándola acerca de la adecuación del convenio a la normativa *antitrust*. El órgano encargado de aplicar la Ley de Defensa de la Competencia consideró que el convenio constituía un acuerdo que reducía real o potencialmente la competencia de las empresas de servicios y que, por tanto, era contrario a la norma mencionada. Por su parte, los sindicatos firmantes, estimando que el órgano administrativo carecía de competencia para decidir sobre el contenido del convenio, aportaron al proceso diversos pronunciamientos de los tribunales laborales en los que se afirmaba que las previsiones realizadas en el convenio entraban en el ámbito normativo de los actores sociales. Tras la resolución y como a pesar del pronunciamiento de la Oficina de Defensa de la Competencia se mantuvo la vigencia del convenio colectivo, este organismo elevó la cuestión ante el Consejo de la Competencia, llegando posteriormente ante el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo.

En el análisis de las cláusulas controvertidas, el Tribunal valoró la aplicabilidad de la excepción social presente en la Ley de Competencia, considerando finalmente que la prohibición de la externalización de los servicios de limpieza no afectaba directamente al mercado de trabajo. De esta manera, mientras las condiciones de trabajo y salarios estaban exentas por su relación inmediata con el mencionado mercado de mano de obra, las materias relacionadas con la estabilidad en el trabajo debían ser examinadas bajo el prisma de la competencia. De esta manera, el alcance de la excepción *antitrust* en el caso finlandés quedó manifiestamente limitado⁹²⁰.

⁹²⁰ BRUNN, N., HELLSTEN, J., *Collectives agreements and Competition law...*, cit., pp. 100-102.

Fuera de estos dos modelos de articulación se encuentra el caso británico, en el que se combina el no reconocimiento de ningún tipo de inmunidad, con la ausencia de previsión constitucional que sirva de anclaje para la protección de la negociación colectiva⁹²¹. De esta manera, en principio, el derecho de la competencia puede aplicarse a los convenios colectivos si los mismos afectan a la competencia empresarial.

Sección III. Las particularidades del caso francés: los efectos anticompetitivos de la acción sindical y de las normas colectivas.

Tras la breve panorámica comparada, merece la pena detenerse en el análisis del caso francés, donde no existe una articulación normativa expresa. Las similitudes del ordenamiento de la competencia francés con el español, así como la especial atención prestada por la doctrina del país vecino al conflicto entre las normas de la competencia y el derecho del trabajo, refuerzan el interés de esta experiencia, como pórtico para el posterior estudio de la situación en el Estado español.

En la experiencia francesa, al igual que en las anteriores, la interacción entre el derecho de la competencia y el derecho del trabajo se ha manifestado esencialmente en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo⁹²². Dos han sido los pronunciamientos más destacados al respecto,

⁹²¹ En el Reino Unido y hasta la entrada en vigor de la Ley de Competencia de 1998, existió una exclusión normativa expresa, semejante a la que el TJCE propuso en el asunto *Albany*.

⁹²² La normativa francesa de la competencia es muy similar a la comunitaria y a la española. La Ordenanza nº 86-1243 de 1 de diciembre de 1986, sobre la libertad de los precios y de la competencia, que regulaba la cuestión, se integró en el año 2000 en el Código de comercio (Libro IV, arts. L. 410.1 a L 470-8), por medio de la Orden nº 2000-912 relativa a la parte legislativa del Código de Comercio. Las modificaciones de mayor relevancia introducidas en esta normativa a partir de ese momento han sido las realizadas por la Ley NRE de 15 de mayo de 2001 y por la ordenanza de 4 de noviembre de 2004, ambas tendentes a reforzar los procedimientos sancionatorios y la cuantía de las sanciones. El ámbito subjetivo de aplicación de las normas de la competencia francesas se encuentra en el art. 410.1 del Código de Comercio. (*Art. L. 410-1. - Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de*

el primero relativo a un convenio colectivo en la industria audiovisual y el segundo a una serie de acciones sindicales contra empresas del sector de la imprenta⁹²³.

1. La aplicación del derecho de la competencia a los convenios colectivos por el *Conseil de la Concurrence*.

El 26 de junio de 1990⁹²⁴ el *Conseil de la Concurrence* (Cons. conc.) contestó a una queja interpuesta por dos cadenas de televisión francesas, la Cinq y M6, que consideraban ilícito un artículo del convenio colectivo al que se acababan de adherir tras haber sido objeto de diferentes presiones sindicales. El convenio se enmarcaba en la ley de 3 de julio de 1985 que aseguraba una remuneración a los artistas-intérpretes por la radiodifusión de

services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public). Como puede observarse, a diferencia de la realidad comunitaria, la referencia a la empresa no enmarca la delimitación del ámbito subjetivo general, refiriéndose la norma directamente a toda actividad de producción de distribución y de servicios. Esta referencia a la empresa como concepto delimitador de la aplicación de las normas de la competencia no aparecerá hasta la definición del “abuso de posición dominante” en el art. L. 420-2.I. Al igual que en el caso español, la normativa francesa refleja la excepción por ministerio de la ley, en el art. L. 420-4 (I. - *Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques : 1° Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application*); sobre el ordenamiento francés de la competencia vid., en extenso, MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit interne de la concurrence*, Colin Ed. Paris, 1996; VOGEL, L., *L'influence du droit communautaire sur le droit français de la concurrence*, JCP, 1992, p. 3550.

⁹²³ Debe recordarse que la noción de sindicato en el ordenamiento jurídico francés abarca una doble dimensión, comprendiendo tanto a las asociaciones empresariales como a las organizaciones de trabajadores (art. L. 411-2 del *Code du Travail, C. trav. Infra*). Las funciones del sindicato están delimitadas legalmente, abarcando el estudio y la defensa de los derechos y los intereses materiales y morales, tanto colectivos como individuales de las personas a las que representan (art. L. 411-1 *C. trav.*). Sin embargo, se ha aceptado que la acción sindical encuentre justificación en la defensa de intereses más amplios como la defensa del interés general. Sobre la cuestión ver, PÉLISSIER, J., SUPIOT, A., JEAMMAUD, A., *Droit du travail*, Dalloz, París, 21ª Ed., 2002, pp. 637-638 y ss.

⁹²⁴ Decisión del Consejo de Defensa de la Competencia de 26 de junio de 1990, N° 90, D. 21; comentada por EDELMAN, B., “À bas le droit du travail...”, cit. Sobre esta decisión ver así mismo: LYON-CAEN, G. “L’infiltration du Droit du travail...”, cit., p. 318; LYON-CAEN, A., “Droit social et droit de la concurrence...”, cit., p. 333; LYON-CAEN, G., “La concurrence par la réduction...”, cit., p. 265; PUTMAN, E., “Les rapports entre droit social...”, cit., p. 109.

sus obras, dejando la fijación de del baremo de la misma a los convenios colectivos que se suscribieran en el sector. Durante la negociación algunos de los organismos de comunicación audiovisual, Cinco y M6, se opusieron a la inclusión de los criterios necesarios para determinar la remuneración debida a los artistas o intérpretes por la radiodifusión de sus obras.

Como reacción a la negativa de las cadenas antedichas los sindicatos iniciaron una huelga. De manera paralela, se continuó la negociación con las otras cadenas, alcanzando la conclusión del convenio. Junto con la adopción de éste, los sindicatos promovieron un acuerdo con las entidades firmantes, en el cual se estipulaba la prohibición de ceder a la Cinco y M6 los derechos de explotación de las obras, mientras continuara su negativa a firmar el convenio y siguieran siendo, por tanto, objeto de una huelga. Ante esta presión las dos cadenas firmaron el acuerdo y recurrieron ante el Cons. conc., considerando que el objetivo de los acuerdos adoptados entre las otras cadenas y los sindicatos era eliminarlas del mercado, imponiéndoles cargas imposibles de asumir. Asimismo estas cadenas de televisión afirmaron que el acuerdo paralelo era una cláusula de boicot para obligarlas a firmar el convenio, que contravenía las normas de la competencia.

En primer lugar el Cons. conc. se declaró, por primera vez en la historia del derecho de la competencia francés, competente para conocer de la legalidad de un convenio colectivo, considerando que estos acuerdos no debían ser excluidos, por naturaleza, del campo de aplicación de los arts. 7 y 8 de la Ordenanza de 1986⁹²⁵. El *Conseil* alegó que la libertad de negociación reconocida a los sindicatos profesionales no les autoriza a derogar las disposiciones de orden público contenidas en los mencionados artículos. Por ello, la competencia del *Conseil* para conocer de las

⁹²⁵ Los antiguos arts. 7 y 8 de la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986 regulaban las prácticas anticompetitivas, contemplando respectivamente las acciones concertadas y los acuerdos y el abuso de posición dominante. El art. 7 no contenía una referencia expresa a la empresa como presupuesto subjetivo de aplicación, el art. 8 sí que incluía esa mención. La nueva regulación ha recogido con algunas variaciones los citados preceptos en los arts. L. 420.1 y L. 420.2 del Código de comercio.

infracciones de esta normativa que pudieran derivar de cláusulas de convenios colectivos debía considerarse indiscutible, sin que los arts. L.511-1 y ss. del Código de trabajo francés, sobre la competencia de los *Conseils de prud'hommes*, supusieran un obstáculo⁹²⁶.

En su resolución el Cons. conc. estimó que el convenio colectivo no era contrario a la ordenanza de 1 de diciembre de 1986, pero decidió que el acuerdo paralelo constituía un acuerdo entre empresas contrario a las normas de la competencia, procediendo a la imposición de sanciones pecuniarias a todos los actores, incluidos los sindicatos. Recurrida la decisión, la Corte de apelación de París⁹²⁷, anuló las sanciones pero confirmó el razonamiento anterior, considerando que el *Conseil* era competente para resolver los acuerdos anticompetenciales fuera cual fuera la naturaleza del convenio en el que se encontrara la disposición. La Corte subrayó que el concepto de empresa no se define principalmente por el criterio de organización sino por el de actividad, y que a toda actividad que pueda falsear el juego competencial en el mercado, independientemente de la organización que la realice, le debe ser aplicada la normativa de defensa de la competencia⁹²⁸. Como indicaba G. LYON-CAEN, aun a pesar de la negativa a sancionar el convenio, tan solo la afirmación anterior, que choca con las previsiones normativas relativas a los derechos de los sindicatos, constituye una amenaza para los convenios colectivos⁹²⁹. Con carácter general, la doctrina del país vecino, al realizar el análisis de estos pronunciamientos, ha lanzado reiteradamente la voz de alarma acerca del

⁹²⁶ Como señaló EDELMAN, con esta afirmación el Consejo considera que el carácter de orden público de las normas de la competencia es superior a las del derecho del trabajo. El autor somete a una acertada crítica a la autojustificación del Consejo, considerando que el mismo no aduce ninguna razón jurídica seria que justifique su competencia en el asunto. EDELMAN, B., “À bas le droit du travail...”, cit., p. 7.

⁹²⁷ Cour d’Appel de Paris, 6 marzo 1991, confirmando la decisión del Consejo de la Competencia de 26 de junio de 1990 (*rapport* 1990, *annexe* 28).

⁹²⁸ PUTMAN, E., “Les rapports entre droit social ...”, cit., p. 110.

⁹²⁹ LYON-CAEN, G. “L’infiltration du Droit du travail...”, cit., p. 318.

recorte del ámbito de actuación de la negociación colectiva derivado del derecho de la competencia⁹³⁰.

Con este asunto quedaba claro que no existe una exclusión por naturaleza del ámbito de aplicación de la negociación colectiva. Será necesario, por tanto, acudir al contenido de los mismos para determinar si contienen cláusulas anticompetitivas⁹³¹. Asimismo se abría la puerta a la posibilidad de considerar a un sindicato como una empresa pues, si un acuerdo o pacto entre patronal y sindicatos puede ser concebido como un acuerdo entre empresas con efectos restrictivos de la competencia, podría llegar a afirmarse que un sindicato tiene tal categoría⁹³².

2. Acción sindical y derecho de la competencia.

Con su Decisión de 22 de junio de 1999, el Cons. conc. aplicó las normas de la competencia a una acción sindical de boicot⁹³³. En este caso fue una editorial la que presentó una queja ante el *Conseil* de la Competencia contra el Comité Intersindical del Libro Parisino (CILP) y los sindicatos que lo integran, por haber organizado acciones concertadas tendentes a disuadir a la mencionada editorial de cambiar sus publicaciones de imprenta⁹³⁴. En la misma queja, la editorial acusaba a la CILP de abuso

⁹³⁰ ROUSSEAU, Y., “L’interdiction du courtage sur le marché du travail est contraire aux règles communautaires”, Recueil Dalloz, 2002, Sommaires commentés, p. 3047; EDELMAN, A., “Où la concurrence sera le genre humain” Chron. D., 2000, p. 261 ; EDELMAN, B., “A bas le droit du travail,...”, cit., p.1; BRIARD, F-H., “Lorsque l’Europe de la concurrence triomphe au Palais-Royal...”, Recueil Dalloz, 1997, Jurisprudence, p. 281 ; PIROVANO, A., “Progrès économique ou progrès social, (ou les contradictions du droit de la concurrence)” Chron. D., 1980, A-24, p. 152.

⁹³¹ EDELMAN, A., “Où la concurrence sera ...”, cit., p. 261.

⁹³² LYON-CAEN, G. “L’infiltration du Droit du travail...”, cit., p. 318.

⁹³³ Decisión nº 99-D-41 de 22 de junio de 1999 del Consejo de la Competencia. Sobre la misma ver el comentario de EDELMAN, A., “Où la concurrence sera...”, cit., pp. 271-275.

⁹³⁴ La fabricación de los periódicos y publicaciones cotidianas en la zona de Ille de France se realiza en dos tipos de imprentas, denominadas *de presse* y *de labeur*. El CILP coordinaba cuatro sindicatos del ámbito de las imprentas *de presse*, siendo firmante del convenio colectivo correspondiente que establecía unos salarios más elevados que el

de posición dominante por el monopolio que ejercía respecto a la colocación de trabajadores del sector. El *Conseil* afirmó su competencia para conocer de las acciones sindicales al considerar que éstas no debían ser ligadas a un conflicto social, lo cual habría implicado la competencia de la jurisdicción laboral.

Como señaló G. LYON-CAEN, esta afirmación no tenía un fundamento tan claro pues la opción del empresario no era neutra, sino que estaba motivada por la voluntad de cambiar el convenio colectivo aplicable y de esta manera conseguir un nivel más bajo de salarios⁹³⁵. Sin valorar esta cuestión y aun reconociendo que las disposiciones de orden público presentes en el Código de trabajo (arts. L-411-1 y L411-21) habilitaban a los sindicatos para concertarse y actuar, el *Conseil* manifestó que no existía ninguna disposición que permitiera a los sindicatos falsear el juego de la competencia en el mercado. Por ello, cualquier acuerdo entre actores que implicara este resultado caía en el ámbito de aplicación del art. 7 de la Ordenanza de 1986, fuera cual fuera la naturaleza de las partes, sin que fuera necesario determinar que las mismas podían ser consideradas empresas.

De esta manera el *Conseil* evitó calificar a los sindicatos como empresas pero procedió a sancionar sus acciones, calificándolas como un acuerdo contrario a la competencia, cuya base había sido la CILP e imponiendo a cada uno de los sindicatos miembros de la mencionada organización una multa de 10.000 francos. En cambio, con respecto al abuso de posición dominante, el *Conseil*, aplicando el art. 8 de la Ordenanza que contenía la mención explícita a la empresa, consideró que la

convenio de las imprentas *de lae*. Además, el CILP mantenía un monopolio sobre la contratación de los obreros de las imprentas del convenio, que no podían contratar fuera de su oficina de empleo y a través de un acuerdo con el delegado sindical de la empresa. Cuando la editorial anunció su intención de cambiar de imprenta, los trabajadores ralentizaron su producción.

⁹³⁵ LYON-CAEN, G., "Vielle lune et nouvelle lune (action syndicale et accords collectifs sous l'éclairage du Droit de la Concurrence)", Dr. ouv., Avril 2000, p. 143.

CILP no era un operador económico, por lo que no cabía sanción alguna de su actividad. Para excluir la calificación el Cons. conc. se basó en tres criterios: la ausencia de estrategia comercial, la ausencia de ánimo de lucro y la ausencia de responsabilidad económica⁹³⁶.

Ha señalado EDELMAN que esta resolución implicaba la utilización de una concepción muy restrictiva del orden social y una confusión radical entre la fuerza de trabajo y las mercancías y que en ella el orden público económico fue situado por encima del social, actuando como guardián del comportamiento de éste. Por esta vía, afirmaba el autor francés, el *Conseil* se autorizó a controlar lo que podía ser considerado dentro de la misión de los sindicatos y lo que no⁹³⁷, tarea que, evidentemente, corresponde por naturaleza a las autoridades laborales.

La Corte de Apelación de París anuló esta decisión y las sanciones económicas⁹³⁸. Su pronunciamiento se basó en el reconocimiento de que, aun cuando el art. 7 de la Ordenanza de 1986 no mencionara expresamente el término empresa, al menos una de las partes del acuerdo encausado debía tener esta consideración para caer en el ámbito de aplicación de las normas de la competencia. Así, la interpretación realizada por el Cons. conc. del art. 8 de la Ordenanza acerca de las actividades de la CILP debía, a juicio de la Corte, hacerse extensiva hacia los sindicatos y la posibilidad de aplicar el art. 7 de la misma norma⁹³⁹.

La importancia de esta decisión ha sido subrayada por la doctrina que ha visto en ella el freno a la consideración de un sindicato como

⁹³⁶ EDELMAN, A., “Où la concurrence sera ...”, cit., p. 267.

⁹³⁷ Ibidem, p. 274.

⁹³⁸ Sentencia de la Corte de Apelación de París (Sala 1ª, Sección H) de 29 de febrero de 2000.

⁹³⁹ La editorial recurrió la sentencia ante la Corte de Casación, que, el 15 de febrero de 2002 confirmó la misma y condenó a la recurrente al pago de la suma de 2.250 euros a los cuatro sindicatos.

empresa⁹⁴⁰. Como ha señalado G. LYON-CAEN, aun cuando las actividades del sindicato realmente fueran un obstáculo a la libre competencia, como era el caso, tras las sentencias señaladas ha quedado vedada la entrada de las normas de defensa de la misma⁹⁴¹. Esto no significa afirmar la licitud de una acción sindical como la comentada, que además era constitutiva de un ilícito penal, sino como indica la doctrina francesa, afirmar que el derecho del trabajo contiene herramientas suficientes para solucionar el problema y que la extralimitación de los sindicatos constituye un incumplimiento de las normas laborales que debe ser controlado por la jurisdicción competente. Además, el carácter represivo de las normas de la competencia, requiere que su aplicación se justifique comprobando los elementos constitutivos de manera precisa⁹⁴²

De esta manera, las normas de la competencia no podrían aplicarse a las acciones realizadas por sindicatos de manera independiente. Sin embargo, de la anterior jurisprudencia no puede extraerse la misma inmunidad para los convenios colectivos. La Corte de Apelación afirmó que no podía aplicarse el art. 7 de la Ordenanza de 1986 si al menos una de las partes no podía ser considerada empresa. Así, como ocurrió en la experiencia norteamericana, los convenios colectivos quedan en el centro del conflicto porque, evidentemente, se trata de un acuerdo entre uno o varios empresarios y uno o varios sindicatos, siendo necesaria la presencia de los actores empresariales, por lo que en principio cabría la aplicación de las normas de la competencia.

⁹⁴⁰ LYON-CAEN, G., "Vielles lunes et nouvelle lune...", cit., p. 146. Matizando esta opinión en reporte el francés parte del informe COLCOM, VIGNEAU consideraba que el razonamiento de la Corte implicaba que un sindicato puede caer en el ámbito de las normas de la competencia si sus actividades revisten un carácter económico, BRUNN, N., HELLSTEN, J., *Collectives agreements and Competition law*, cit., p. 115.

⁹⁴¹ LYON-CAEN, G., "Vielles lunes et nouvelle lune...", cit., p. 146.

⁹⁴² IDOT, L. "Droit social et droit de la concurrence...", cit., p. 6.

3. Las implicaciones de los procedimientos administrativos de extensión sobre la cuestión.

La interacción entre los convenios colectivos y las normas de la competencia también ha sido debatida en relación a una de las cuestiones más características de la negociación colectiva en Francia como es el procedimiento de extensión⁹⁴³. Este acto, por el cual se extiende la eficacia personal del convenio mediante una orden ministerial, se acompaña de una verificación de la legalidad del mismo a la luz de la legislación vigente, incluida la normativa de la competencia, por lo que ofrece una oportunidad para valorar cual ha sido la influencia de estas normas sobre el contenido del convenio⁹⁴⁴.

El Consejo de Estado francés se ha pronunciado respecto a la aplicación del derecho de la competencia en los casos de extensión de un convenio colectivo. El 16 de enero de 2002⁹⁴⁵, rechazó la demanda presentada por una organización empresarial, denominada sindicato nacional de empresas de estética y de peluquería a domicilio⁹⁴⁶, contra el rechazo de una demanda presentada ante el Ministro de trabajo por este sindicato para conseguir la anulación de la orden ministerial de extensión del convenio colectivo nacional de peluquerías y de profesiones conexas.

El sindicato demandante consideraba que el convenio colectivo, que incluía una cláusula que estipulaba un mínimo de horas para los trabajadores a tiempo parcial, tenía como objeto cerrar el mercado y excluir del mismo la práctica de la peluquería a domicilio. El Consejo de Estado, manifestó que los convenios colectivos, no son en sí mismos acuerdos en el

⁹⁴³ Sobre el procedimiento ver PÉLISSIER, J., SUPIOT, A., JEAMMAUD, A., *Droit du travail*, cit., pp. 953 y ss.

⁹⁴⁴ LYON-CAEN, G., "La concurrence par la réduction...", cit., p. 266.

⁹⁴⁵ Decisión del Consejo de Estado de 12 de enero de 2002, nº 223859.

⁹⁴⁶ No puede llevar a confusión la nomenclatura, pues, como es bien sabido, el término sindicato se utiliza en el país vecino tanto para las agrupaciones de empresarios como para las organizaciones de trabajadores. En este caso, evidentemente, la demandante es una patronal.

sentido del art. 7 de la Ordenanza de 1986, sin embargo, sus estipulaciones no deben tener por objeto u efecto restringir, falsear u obstaculizar el juego de la competencia en el mercado. Tras esta afirmación y examinando los hechos rechazó por infundada la pretensión del sindicato de empresarios.

El Informe del Consejo de Estado de 2002 trató de nuevo la cuestión especialmente a raíz de varios pronunciamientos del TJCE⁹⁴⁷. De la jurisprudencia comunitaria el Consejo extrajo que “las decisiones por las cuales las autoridades públicas deciden extender un acuerdo colectivo están, entonces, en parte protegidas de la aplicación de las normas de la competencia. Pero hay que observar que la no aplicación de la legislación sobre estos acuerdos resulta, en Derecho comunitario, de la doble consideración de la naturaleza del acuerdo (fruto de una negociación entre actores sociales) y de su finalidad social, y, en derecho interno, de la protección garantizada por el artículo L. 420-4 del Código de comercio”. Por ello, continuó el Consejo, “(l)a circunstancia de que un acuerdo sea adoptado en el marco de la negociación colectiva entre actores sociales no es suficiente para excluir de la Orden de extensión del acuerdo del campo de aplicación de la legislación nacional relativa a la interdicción de las ententes. Además es necesario que el contenido del acuerdo no evidencie una voluntad de *entente* cuyo objeto sea cerrar el acceso al mercado o excluir a ciertos operadores”⁹⁴⁸.

Este razonamiento es una clara muestra de la ambivalencia de la cuestión, si bien por un lado se afirma cierta inmunidad, por otro lado se exige el examen del convenio colectivo a la luz de las exigencias de la competencia en el mercado. La muestra más clara de la aplicación de este esquema se encuentra en la decisión del Consejo de Estado de 30 de abril de 2003. En este caso, el Consejo entró en la cuestión tras la demanda de

⁹⁴⁷ SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96; *Brentjen's*, C-115/97 a C-117/97; *Drijvende Bokken*, C-219/97.

⁹⁴⁸ Conseil D'Etat, Rapport public 2002, Jurisprudence et avis 2001, Collectivités publiques et concurrence, pp. 361-362.

una organización de empresarios del sector de aguas y saneamiento⁹⁴⁹. En esta ocasión, el Consejo se pronunció de manera favorable a la anulación de la extensión de una cláusula del convenio nacional de aguas de servicios de agua y de saneamiento⁹⁵⁰, afirmando que, dadas las condiciones del mercado, la misma podía constituir un excesivo atentado a la libre competencia. La cláusula en cuestión recogía lo dispuesto en el art.122-12 del Código de Trabajo sobre el mantenimiento de los contratos de trabajo en caso de modificación de la situación jurídica del empresario⁹⁵¹, añadiendo una estipulación según la cual en ciertos supuestos, y aun cuando no se cumplieran los requisitos establecidos por el mencionado artículo, debían mantenerse los contratos de trabajo. La organización empresarial estimó que la introducción de este último apartado era contraria a la libre competencia.

El Consejo de Estado, considerando que el art. 133.8 del Código de trabajo habilita al Ministro a excluir de la extensión las cláusulas que contradicen textos legislativos y reglamentarios en vigor, afirmó que era responsabilidad de esta autoridad el comprobar si las cláusulas de un convenio colectivo de trabajo tenían por efecto el restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado. Según el parecer del Consejo, “corresponde al Ministro el operar, (...), una conciliación entre, de una parte los objetivos de orden social que justifican que las reglas definidas por los firmantes de un convenio o de un acuerdo colectivo sean dotadas de

⁹⁴⁹ Decisión del Consejo de Estado de 30 de abril de 2003, nº 230804. Comentada por SUBRA DE BIEUSSES, P., “Droit de la concurrence et droit du travail”, AJDA, 2003, Chron., p. 1849; DONAT, F., CASAS, D., “Les conventions collectives et le droit de la concurrence”, AJDA, 2003, Jurisprudence, p. 1150. La decisión del Consejo de Estado estuvo precedida por un Aviso del Consejo de la Competencia de 4 de diciembre de 2000 (nº 00-A-30), en la que el Consejo advertía de las posibles distorsiones de la competencia que podía producir la cláusula del convenio encausada.

⁹⁵⁰ Convenio colectivo de 12 de abril de 2000, extendido por Orden del Ministro de Asuntos Sociales el 28 de diciembre de 2000.

⁹⁵¹ Art. L122-12, "S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise."

efecto obligatorio para todos los trabajadores y empresarios del sector, y, de otra parte, los imperativos que tienden a preservar la libre competencia en el sector en cuestión”.

La decisión del Consejo de Estado de anular la disposición debatida ha sido objeto de crítica doctrinal. En particular, G. LYON-CAEN ha comentado la cuestión afirmando que este organismo se ha mostrado favorable a una competencia basada en la reducción de los gastos de personal, considerando que son una cuestión crucial para la competencia empresarial y afirmando que la obligación de mantener los contratos de trabajo disuade a ciertas empresas de entrar en el mercado y agrava las distorsiones de la competencia⁹⁵².

Como consideraciones generales al estado de la cuestión, el mencionado autor francés afirmó que “el principio laboriosamente forjado a lo largo del siglo XX, según el cual el mantenimiento de la competencia entre empresas no debería constituir un retroceso de la condición de trabajador, se convierte en un camino cada vez peor trazado”. Así, la inclusión de la acción colectiva en el ámbito de aplicación de las normas de la competencia, mediante de la constatación de un efecto restrictivo de la misma, es susceptible de poner en duda los fundamentos del derecho del trabajo⁹⁵³.

De la experiencia francesa deben extraerse varias conclusiones, la primera y fundamental es la existencia de dos visiones⁹⁵⁴. Por un lado, la tradicionalmente sostenida por la doctrina, que afirmaba la imposibilidad de considerar los convenios colectivos como ententes dada la naturaleza de los sindicatos, que no podían ser entendidos como una empresa o como una asociación de empresas. Por ello, como ha reiterado A. LYON-CAEN, el derecho de la competencia no debe entrar en la regulación de las relaciones

⁹⁵² LYON-CAEN, G., “La concurrence par la réduction...”, cit., p. 267.

⁹⁵³ Ibidem, p. 268.

⁹⁵⁴ Señaladas por PUTMAN, E., “Les rapports entre droit social ...”, cit., p. 110.

de trabajo ni controlar las recomendaciones dirigidas por los sindicatos de trabajadores a sus miembros ni los convenios colectivos. Lo contrario eliminaría la tradicional “inmunidad de jurisdicción” de los mencionados acuerdos con respecto al ordenamiento *antitrust*⁹⁵⁵.

Por otro lado, los tribunales franceses y el Consejo de Estado no han sostenido esta inmunidad de base, sino que han aceptado la posibilidad de controlar las actuaciones sindicales por la vía del derecho de la competencia. Así, aun cuando es cierto que con la sentencia del CILP, la Corte de Apelación intentó cerrar la puerta a la consideración del sindicato como una empresa, los convenios colectivos continúan en el centro de un debate que parece estar despertando en otras realidades jurídicas que permanecías prácticamente ajenas al conflicto, como es el caso español.

⁹⁵⁵ LYON-CAEN, A., "Droit social et droit de la concurrence...", cit., p. 334.

Capítulo II. El encuentro entre el derecho del trabajo y el derecho de la competencia en el Estado español.

En la experiencia española, como en los casos anteriores, la posibilidad de valorar los convenios colectivos con los parámetros de la defensa de la competencia mercantil plantea numerosas cuestiones, de carácter tanto sustantivo como procesal cuyo planteamiento se aborda en el presente Capítulo.

La Constitución Española no se pronuncia expresamente sobre las cuestiones relacionadas con la competencia empresarial y su disciplina, siendo una afirmación comúnmente aceptada que el enganche constitucional de regulación de la defensa de la competencia en el mercado es el art. 38 CE. Como ha señalado la doctrina, la dicción del precepto y de su enmarque constitucional evidencian que el reconocimiento de esta libre iniciativa económica privada no se realiza en términos absolutos. La libertad de empresa, al igual que el resto de derechos constitucionalmente reconocidos, se encuadra por diversos límites, directamente contenidos en el art. 38 CE o derivados de la protección de otros intereses. Entre los límites implícitos se encuentran la protección de los distintos bienes jurídicos con los que debe convivir la libertad económica individual, como el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva o la regulación de la competencia en marco de una economía de mercado.

La tendencia natural del mercado, frente a la cual se han ido levantando históricamente distintas ramas del ordenamiento, se encuentra de esta manera limitada por el reconocimiento constitucional de la protección distintos intereses, fundamentados en la libertad y en la igualdad, que han inspirado conjuntos normativos a la vez complementarios y contrapuestos. La regulación de la competencia en el mercado y la organización de la explotación de la mano de obra conviven en el ordenamiento jurídico español en el marco impuesto por el reconocimiento

de la economía de mercado en el Estado social. En este escenario interactúan, siendo el punto más conflictivo de la relación la regulación colectiva de las relaciones laborales.

Sección I. El marco normativo: la libertad de empresa como nexo entre el derecho de la competencia y la negociación colectiva.

La Constitución española ha incorporado claramente las referencias propias del constitucionalismo social adoptando una fórmula que demarca la configuración constitucional de las relaciones económicas y sociales⁹⁵⁶. La configuración del sistema económico constitucionalizado manifiesta así un equilibrio entre valores opuestos, apoyándose en dos pilares que evidencian en sí mismos esta tensión. Por un lado, el sistema se basa en el reconocimiento de la propiedad privada (art. 31 CE) limitada por la función social de los bienes (art. 32 CE), por la subordinación de toda la riqueza al interés general, art. 128.1 CE y complementada con las facultades expropiatorias que reconoce el art. 33.3 CE⁹⁵⁷. Por otro, se apoya en la constitucionalización de la libertad económica, cuyo anclaje se encuentra tanto en el art. 10. 1 CE como en el art. 38 CE y que se ve limitada por las exigencias “sociales” del Estado social y por las exigencias “generales” de la economía nacional, que justifican tanto la iniciativa pública en la economía (art. 128.2 CE) como la planificación (art. 131 CE). La existencia de este delicado equilibrio implica, y así lo ha señalado habitualmente la

⁹⁵⁶ MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos Sociales de la Ciudadanía...*, cit., p 120. Sin embargo, señala MAESTRO, la recepción del modelo se realizó en la Constitución española mediante una fórmula “débil”, o más “flexible”, que revestía diferencias considerables con respecto a las experiencias italiana, alemana o francesa, puesto que su nacimiento se produjo ya en el momento de la crisis del modelo. En palabras del autor, “(n)uestra Constitución,..., cierra el ciclo del constitucionalismo social y como epílogo de esta experiencia histórica refleja las peculiaridades de una situación que evidencia el agotamiento del modelo”. MAESTRO BUELGA, G., *La constitución del trabajo...* cit., p. 131.

⁹⁵⁷ ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y Estado social*, cit., p. 10.

doctrina, la necesidad de realizar una interpretación sistemática, buscando la conciliación de los diferentes principios⁹⁵⁸.

Este sistema constitucionalizado⁹⁵⁹, aunque es evidentemente flexible, queda enmarcado en los límites constitucionalmente establecidos. Es decir, circunscrito por una economía de mercado con limitaciones, acomodada a las exigencias del Estado social⁹⁶⁰. Por ello y a pesar de su

⁹⁵⁸ ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y Estado social*, p. 13; en el mismo sentido señala RUIZ-RICO como el propio art. 38 es un ejemplo del intento reiterado en la Constitución de “equilibrar una serie de conceptos, indeterminados en el plano jurídico, pero claramente contradictorios en cuanto principios de naturaleza económica”. De hecho, como ha señalado este autor, la ambigüedad o relativa indeterminación del modelo ha sido justificada por algunos autores en la necesidad de alcanzar un consenso entre las principales fuerzas políticas en el proceso constituyente. En este sentido vid. RUIZ-RICO RUIZ, G., “La libertad de empresa en la Constitución Económica Española: especial referencia al principio de la libre competencia”, *Rev. Derecho Merc.*, N° 215, 1995, pp. 223 y 228.

⁹⁵⁹ Señalan acertadamente tanto ROJO como BASSOLS COMA que la Constitución ha plasmado un sistema, pero no ha constitucionalizado un modelo, pues la noción de modelo “remite, en última instancia, a valores cuantificables del comportamiento de los elementos económicos que, al transferirse al lenguaje jurídico, se desnaturaliza su funcionamiento conceptual y en ocasiones se pretende presentar como tipos ideales axiológicos que forzosamente en alguna de sus variantes debe reflejar o imponer la Constitución como *statu quo*. Por el contrario, el término “sistema económico”, (...) permite detectar y relacionada los diversos componentes jurídicos, técnicos (...) que caracterizan el desarrollo de la actividad económica en una determinada sociedad”. (BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, p.17; ROJO, A., “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución Española”, *Rev. Derecho Merc.*, N° 169-170, 1983, p. 316). En el mismo sentido otros autores han afirmado que la Constitución no impone un modelo económico porque si así lo hiciera debería obligar a los poderes públicos a ponerlo en práctica, y la norma Constitucional no contiene programas sino facultades, prohibiciones y límites; PAZ-ARES, C., ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, en MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M^a N., MONEREO PÉREZ J.M., *Comentario a la constitución socio-económica de España*, cit., p. 391.

⁹⁶⁰ El contenido constitucionalmente marcado por la fórmula de Estado social y los límites que ella impone ha sido una cuestión largamente discutida. Naturalmente, la Constitución no contiene una garantía de los niveles prestacionales alcanzados por el Estado social, sin embargo como parte de la doctrina ha señalado, el Estado social como principio constitucional debe tener un contenido mínimo, un núcleo intangible de derechos sociales que no puede franquearse, preservado frente al legislador, sea éste estatal o comunitario. (PRIETO SANCHIS, L., “Los Derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 22, Madrid, 1995, p. 54 o BALAGUER CALLEJÓN, F., “El Estado Social y Democrático de Derecho...”, cit., pp. 99 y 10). En la misma línea, la temprana jurisprudencia del TC

relativa abstracción, no caben en el mismo, sin previa reforma, las opciones que ignoren los derechos sociales o la libertad de empresa⁹⁶¹, pues ello supondría reconocer la posibilidad de desvirtuar la naturaleza del sistema⁹⁶².

Por otro lado, ya en lo relativo a las relaciones laborales, tal y como señaló el TC⁹⁶³ la configuración constitucional del trabajo tiene un carácter compensador, en la medida en que se orientaba a equilibrar las desigualdades originarias existentes entre trabajador y empresario⁹⁶⁴. Una de las principales manifestaciones de esta orientación de carácter compensador es el reconocimiento constitucional de la acción sindical y de la negociación colectiva, para permitir la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores.

corroboró la existencia de un contenido mínimo y de unos límites tanto materiales como formales a la reversibilidad de las conquistas sociales. Los límites formales los estableció en la sentencia 81/1982. Sobre la existencia de un núcleo mínimo indisponible de necesario respeto el TC se pronunció en la sentencia 37/1994.

⁹⁶¹ MENENDEZ, A., “Constitución, sistema económico y Derecho mercantil”, *Hacienda Pública*, Nº 9, pp. 53-54.

⁹⁶² Como ha sido reiteradamente manifestado, esta flexibilidad no implica en ningún caso que la Constitución tenga un contenido económico neutro. La falta de “asepsia” de la norma constitucional es un dato generalmente aceptado por la doctrina, pues la necesaria interpretación conjunta de los preceptos constitucionales va a asegurar la “impronta economicista y social del texto fundamental”. Sobre el particular ver el extenso ROJO, A., “Actividad económica pública...”, cit., especialmente pp. 311-317; VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit., pp. 108 y ss. En el mismo sentido, afirmando esta falta de asepsia, señala RUIZ-RICO que el método de interpretación sistemática viene impuesto por la configuración del Estado español como Estado social, que impediría la aceptación aséptica de la expresión “economía de mercado” por encontrarse la misma claramente vinculada a las exigencias específicas de dicho Estado social. RUIZ-RICO RUIZ, G., “La libertad de empresa...”, cit., pp. 229-231.

⁹⁶³ STC 129/1989 de 17 de julio, FJ 3.

⁹⁶⁴ Cabe destacar la argumentación de la STC 3/1983 de 25 de enero, reiterada posteriormente en las SSTC 65/1983 de 21 de julio y 20/1984 de 13 de febrero. “...la disparidad normativa se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro, y que posee una tradición que es innecesario concretar, en todo el amplio conjunto de consecuencias derivadas de dicha tradición. de todo ello deriva el específico carácter del Derecho laboral, en virtud del cual, mediante la transformación de reglas indeterminadas que aparecen indudablemente ligadas a los principios de libertad e igualdad de las partes sobre los que se basa el Derecho de contratos, se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales...”.

En este marco en equilibrio se desarrollan las relaciones socio-económicas y se establece el vínculo entre el derecho del trabajo (especialmente los convenios colectivos) y el derecho de la competencia. El nexo entre ambos es el art. 38 CE, que reconoce la libertad de empresa, y que ha sido considerado el elemento fundamental de entre todos los preceptos constitucionales que definen la estructura y el funcionamiento de la actividad económica⁹⁶⁵. Esta libertad fundamental encuentra sus límites tanto derivados de la actividad de los poderes públicos en la regulación de la defensa de la competencia como en la acción de los agentes sociales mediante la regulación autónoma de las condiciones de trabajo.

1. Breve referencia a la configuración constitucional de la libertad de empresa y sus límites.

La libertad de empresa recogida en el artículo 38 de la Constitución Española debe desenvolverse en el marco de la economía de mercado. Así, la institución (el mercado), integra al derecho (la libertad de empresa) y a sus límites⁹⁶⁶. Entre otros la intervención estatal en la economía, fruto del sistema constitucionalmente configurado que ha sido más arriba descrito y

⁹⁶⁵ VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit., p. 107. Como es sabido, para aludir a este conjunto de normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica se ha utilizado el término “constitución económica”, que ha sido asumido por un amplio sector doctrinal. GARCÍA PELAYO ha definido el concepto como “el conjunto de normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o, dicho de otro modo, para el orden y el proceso económico”, en “Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Librería Pórtico, Zaragoza, 1979. Sin embargo debe señalarse que la utilización del término constitución económica conlleva *per se*, una serie de problemas como su ambigüedad o la falta de acuerdo doctrinal. Por esta razón se ha tomado como base la fórmula elaborada y justificada por BAQUERO de “derecho constitucional económico”, el cual “forma parte integrante del derecho constitucional del que solo se distingue por razón de la materia, y debe ser analizado con sus métodos y principios”. Esta noción permite analizar cuáles son los materiales que, teniendo rango constitucional, enmarcan el debate en el plano estatal tal y como lo hicieran en el comunitario. BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación...*, cit., p. 60.

⁹⁶⁶ ARAGÓN REYES, M., “El contenido esencial del derecho...”, cit., p. 12.

la acción de los agentes sociales en el desarrollo de sus derechos constitucionalmente reconocidos.

La definición de la libertad de empresa es una cuestión polémica. Entre otras definiciones podemos citar aquella que la conceptúa como la “libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”⁹⁶⁷. En palabras de otro autor “(e)l concepto de libertad de empresa constitucionalizado en el art. 38 tiene carácter general referido a todas aquellas actividades económicas en las que una persona en el ejercicio de su libertad decide, mediante la combinación de capital y trabajo, producir bienes o prestar servicios en el mercado”⁹⁶⁸. La falta de referencia al beneficio o ganancia de la segunda caracterización de la libertad de empresa parece más adecuada en la actualidad dada la pluralidad de manifestaciones de ejercicio de la mencionada libertad.

Dado el marco constitucional antes señalado, la libertad de empresa debe moverse en el campo delimitado. Por un lado, como todo derecho fundamental, encuentra sus límites en el resto de derechos constitucionalmente reconocidos, entre ellos evidentemente la libertad sindical, el derecho al trabajo y el derecho a la negociación colectiva. Por otro, como señala BASSOLS COMA, la constitucionalización de la libertad de empresa se enmarca en tres parámetros fundamentales, que juegan en la

⁹⁶⁷ BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, cit., p. 137. Como señala el autor, en la Constitución se integró una reformulación de la tradicional libertad de industria y comercio, adaptándolo a las formas actuales de actuación económica y limitándolo al permitir la iniciativa económica de los entes públicos. Así, es difícil aprehender una realidad unívoca de empresa y tampoco parece ser esta la intención de la Constitución, que dando cuenta del contenido poliédrico del concepto, atiende únicamente a aquellos aspectos de la realidad jurídica de empresa que tengan una relevancia para conformar el contenido de una libertad constitucional.

⁹⁶⁸ VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit., p. 113.

interpretación del derecho. El primero de ellos es la actividad de los poderes públicos, que afecta a la libertad de empresa tanto desde la perspectiva de la regulación normativa de la misma como desde el reconocimiento de la actividad de los poderes públicos en la economía. El segundo es el propio marco que le imponen a la economía de mercado los condicionantes derivados de la fórmula de Estado social. Además, el propio art. 38 condiciona el derecho al establecer el mandato a los poderes públicos para garantizar el ejercicio de la libertad de empresa y la defensa de la productividad “de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación”⁹⁶⁹.

Reflejo de las tensiones que caracterizan al sistema económico constitucionalizado, la libertad de empresa se conecta con dos grupos de disposiciones aparentemente opuestas: por un lado, con la libertad general de contratación, o principio de autonomía privada y con el derecho a la propiedad privada; por otro, con las facultades de intervención pública en la economía y con los compromisos sociales y orientaciones genéricas respecto a la evolución del ordenamiento (arts. 1.1 CE, 9.2 CE, etc.)⁹⁷⁰. Enmarcada de esta manera, la definición del contenido y límites de la libertad de empresa conlleva una dificultad extrema, la de “cohonestar preceptos que miran en direcciones contrarias” (la protección de la libertad individual y la autonomía privada y las prerrogativas de la intervención pública), delimitando cada uno de ellos en relación a los demás⁹⁷¹, siendo todos ellos conceptos con un alto grado de abstracción. La dificultad interpretativa del art. 38 CE se acrecienta por cuanto “sus elementos normativos y nomenclatura remiten a cuestiones metajurídicas, ideológicas

⁹⁶⁹ BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, cit., p.133.

⁹⁷⁰ ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y Estado social*, cit., pp. 15 ss; RUIZ-RICO RUIZ, G., “La libertad de empresa...”, cit., pp. 323 ss.

⁹⁷¹ GOERLICH PESET, J.M., “Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (coord.), *Libertad de empresa y relaciones laborales*, IEE, 2005, p. 223.

y socioeconómicas, susceptibles de muchas interpretaciones y extrapolaciones”⁹⁷².

A pesar de lo complicado de la cuestión, una mayoría de la doctrina se ha volcado en la delimitación de un contenido esencial de carácter material para la libertad de empresa. Encontrándose dentro del ámbito del art. 53.1 CE, este derecho debe contener un núcleo mínimo e indisponible para el legislador que, para ser efectivo, requiere cuanto menos de una cierta concreción. En todo caso, y como ha apuntado la doctrina, es necesaria una extrema cautela al determinar las facultades incluidas en el contenido esencial de la libertad de empresa porque es imprescindible encontrar una formulación que permita salvaguardar el contenido esencial y a la vez armonizarlo con la legítima intervención pública⁹⁷³. Por otro lado, al delimitar el mencionado contenido no puede olvidarse que la libertad de empresa trasciende del ámbito puramente individual al tratarse de una actividad económica organizada que necesita de otros derechos para poder ser desarrollada. En este sentido, deben considerarse ligados a ella los derechos de propiedad privada (art. 33 CE), las libertades de asociación, de residencia y circulación (art. 19 CE), de contratación (que deriva del art. 10.1 CE) y derecho al trabajo y la libre elección de la profesión u oficio (art. 35.1 CE)⁹⁷⁴.

El reconocimiento constitucional de la libertad de empresa se ubica dentro de la Sección II, Capítulo II del Título Primero, bajo la rúbrica “de los derechos y deberes de los ciudadanos”. Partiendo de esta ubicación⁹⁷⁵, el

⁹⁷² BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, cit., p. 132. Las dificultades se han evidenciado incluso en sede jurisprudencial pues el propio TC ha afirmado que “ahondar sobre el contenido de la libertad de empresa y sobre los límites que puedan establecerse por las normas que regulen su ejercicio (es una) cuestión que no está exenta de graves dificultades de definición *a priori* con carácter abstracto y de general aplicación”, STC 37/1987, de 26 de marzo.

⁹⁷³ GOERLICH PESET, J.M., “Libertad de empresa y extinción...”, cit., p. 225.

⁹⁷⁴ ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y Estado social*, cit., p. 10.

⁹⁷⁵ La opinión doctrinal se encuentra dividida entre considerar como derechos fundamentales los ubicados en el Capítulo segundo del Título I (JIMENEZ CAMPO, J.,

TC ha reconocido expresamente la categoría de Derecho Fundamental⁹⁷⁶, afirmando su doble dimensión, subjetiva y objetiva e indicando que el peso de la segunda es particularmente importante por predominar en la libertad de empresa su carácter de garantía institucional⁹⁷⁷. En este sentido parte de la doctrina ha afirmado que la libertad de empresa engloba dos facetas complementarias, la que reconoce un ámbito de autonomía del individuo y la relativa a la dimensión institucional. Esta última haría referencia al marco donde se garantiza la primera, es decir, el mercado⁹⁷⁸.

Criticando la jurisprudencia constitucional por la confusión que ha creado entre las categorías de derecho fundamental y garantía institucional en relación con la libertad de empresa, ARAGÓN considera que ésta es, sin duda, un derecho fundamental⁹⁷⁹. Así, el autor la conceptualiza como un

Derechos Fundamentales, concepto y garantías, Trotta, Madrid, 1999), o utilizando un criterio más restrictivo, considerar únicamente los situados en la sección primera de dicho capítulo (SSTC 76/1983, 177/1987). A esta discusión doctrinal hay que añadir las distintas nomenclaturas utilizadas por el TC, el cual por un lado utiliza el concepto amplio, calificando como derechos fundamentales a la totalidad del Capítulo II, (SSTC 58/1983, 247/1993) y en otras ocasiones, se ciñe al ámbito de la reserva de ley del art. 81CE, utilizando un criterio restringido (SSTC 62/1983, 160/1987 y 161/1987), e incluso ha llegado a delimitar el concepto a aquellos susceptibles de protección mediante amparo constitucional (STC 26/1987). Por su parte y en relación con la libertad de empresa, ARAGÓN afirma que la misma es un derecho fundamental por que tiene un contenido esencial garantizado frente al legislador ex art. 53.1 CE aun cuando se encuentre ubicada en la Sección Segunda del Capítulo Segundo del Título Primero CE, ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y Estado social*, cit., p. 10; el autor reitera la tesis en su reciente obra “El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (coord.), *Libertad de empresa y relaciones laborales*, cit., pp. 1 y ss.

⁹⁷⁶ “... el art. 38 de la C.E. es ciertamente un derecho fundamental, pero no goza de la protección del recurso de amparo al sobrepasar los concretos límites a que se contrae el art. 53.2 fijando su ámbito material”, STC 46/1983 de 27 de mayo FJ. 7.

⁹⁷⁷ STC 83/1984, de 27 de julio, FJ. 3º.

⁹⁷⁸ RUIZ-RICO RUIZ, G., “La libertad de empresa...”, cit., 234; El peligro que entraña esta tesis y la necesidad de mantener el carácter de derecho fundamental de la libertad de empresa ha sido señalado por distintos autores, puesto que, en caso de primar su consideración como garantía institucional, podría legitimarse, *a priori*, cualquier injerencia estatal siempre que no pusiese en peligro el contenido sustancial del mercado como instituto. PAZ-ARES, C., ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El derecho a la libertad de empresa...”, cit., p. 393.

⁹⁷⁹ ARAGÓN REYES, M., “El contenido esencial del derecho...”, p. 6; El autor da cuenta de la variante jurisprudencia constitucional señalando como en las sentencias 225/1993 y 227/1993 el Tribunal confirma la categoría de derecho fundamental de la

derecho subjetivo de carácter patrimonial creado por la Constitución, que otorga a un sujeto, el empresario, un ámbito de poder que éste ejerce en interés particular, independientemente de la obtención de un beneficio o no. Se trata pues de una libertad que se reconoce a todas las personas para acometer y desarrollar actividades económicas, sea cual sea la fórmula jurídica utilizada y el modelo adoptado⁹⁸⁰. En otras palabras, es una libertad que incluye la realización de cualquier actividad organizada y duradera que tenga por objeto la oferta de productos o servicios en el mercado, sin que, como hemos dicho, sea necesario que se persiga un lucro subjetivo⁹⁸¹. Junto con este derecho, siguiendo todavía la interpretación de ARAGÓN, se establece como instituto garantizado el mercado. Éste integra a la libertad de empresa, siendo el contexto en el que se desarrolla, garantizándola y limitando su contenido⁹⁸². Tal mercado estaría a su vez compuesto por tres elementos entrelazados: la libre iniciativa económica privada, (es decir, la libertad de empresa), el intercambio y mecanismo privado de precios y la libre competencia en condiciones de igualdad.

1.1. El contenido esencial de la libertad de empresa.

La afirmación de que la libertad de empresa tiene un contenido esencial que debe ser respetado por toda regulación normativa es irrefutable, *ex art. 53.1 CE*. Como es bien sabido, cada uno de los derechos

libertad de empresa. Mientras, en las sentencias 111/1983, 87/1985 y 136/1981, el Tribunal la considera una garantía institucional. Aun cuando tales características no son incompatibles respecto a una misma figura, como el mismo TC afirmó en la sentencia 26/1987, el autor critica también a la doctrina que no acepta la distinción clara entre ambas categorías. Así ARAGÓN afirma que mientras el derecho fundamental protege derechos subjetivos y garantiza un contenido esencial, la garantía institucional protege instituciones, garantizando una “imagen maestra”, mucho más abierta a la acción del legislador. Entre las garantías hay algunas vinculadas a derechos fundamentales, esta distinción no es vinculante a efectos de protección y sí solo en lo relativo a la fundamentación de pretensiones individuales.

⁹⁸⁰ *Ibidem*, p. 18.

⁹⁸¹ PAZ-ARES, C., ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El derecho a la libertad de empresa...”, *cit.*, p.363.

⁹⁸² ARAGÓN REYES, M., “El contenido esencial del derecho...”, *cit.*, p. 17.

reconocidos en la Constitución tiene un espacio delimitado que se define por un elemento subjetivo referido a sus sujetos activo y pasivo, un elemento objetivo, es decir, el conjunto de bienes y facultades que comprende y, en su caso, un elemento formal, relativo a las garantías específicas de las que puede estar dotado⁹⁸³. Partiendo de estos tres elementos puede distinguirse aquello que queda dentro del derecho y por tanto tiene una protección iusfundamental y las situaciones que no se encuentran incluidas en los supuestos de hecho del mismo⁹⁸⁴. El análisis de los límites de los derechos fundamentales ha de partir de esta delimitación, conjugada con un segundo condicionante, el contenido esencial, elemento que ha sido tratado de manera exhaustiva por la jurisprudencia constitucional.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, el contenido esencial abarca el ámbito irreducible del derecho fundamental⁹⁸⁵, enmarcando así el contenido indisponible por el legislador. La protección otorgada a las manifestaciones dentro de esta esfera es absoluta y no decae ante ningún otro bien o derecho garantizado en la Constitución ya que su desaparición implicaría la del propio derecho por constituir su sustancia misma⁹⁸⁶. Sin

⁹⁸³ NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, CEC, Madrid, 2000, p. 23 ss.

⁹⁸⁴ STC 2/1982, de 29 de enero de 1981, FJ 5º “...no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, como señalaba este Tribunal en Sentencia de 8 de abril de 1981 en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”.

⁹⁸⁵ Sobre la noción de contenido esencial se ha pronunciado el TC en numerosa ocasiones, es especialmente significativo el FJ 8º de la STC 11/1981 de 8 de abril.

⁹⁸⁶ Respecto a las diferencias doctrinales acerca de la noción de “contenido esencial” es necesario señalar la síntesis realizada por ARAGÓN y su clarificadora aportación al debate. El autor realiza una clasificación de las teorías acerca de la noción de “contenido esencial”, dividiendo entre relativas y absolutas y optando por la teoría absoluta relativizada por el criterio de adecuación temporal. En este sentido, el autor coincide con la doctrina que entiende este contenido como mínimo infranqueable y oponible al legislador pero no predeterminable *ex ante*, sino en cada caso en el que el Tribunal

embargo, como recordó el propio TC, la Constitución no determina cuál es el contenido esencial de cada uno de los derechos y libertades, función que se autoatribuye el alto Tribunal⁹⁸⁷

Entrando ya en la cuestión que nos ocupa, el Tribunal Constitucional ha señalado la dificultad de concretar el contenido esencial de la libertad de empresa. En este punto, en lo complicado de la definición del concepto, existe amplio acuerdo respecto a las tres razones que lo causan. En primer lugar, toda actividad económica se encuentra fuertemente condicionada, ya que el campo de acción de la intervención pública puede conllevar drásticas restricciones en la actividad de los sujetos privados⁹⁸⁸. En segundo lugar, la delimitación del contenido esencial debe ligarse al concepto de empresa que se maneje y al tipo de empresa de que se trate. A esto hay que añadir una tercera cuestión que no por ser evidente debe dejar de señalarse. La libertad de empresa debe convivir con los demás derechos constitucionales y con las normas que los desarrollan, particularmente, debe relacionarse pacíficamente con la libertad sindical y con el derecho al trabajo.

La jurisprudencia constitucional al respecto no es clara. Considera el TC, analizando los arts. 35.1 y 38 CE que el art. 38 no reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden⁹⁸⁹. De esta manera, el TC no delimita un contenido esencial de la libertad de empresa, sino que enmarca el carácter de este contenido en un análisis casuístico radicado en la aplicación del principio

Constitucional enjuicia la ley. ARAGÓN REYES, M., “El contenido esencial del derecho...”, cit., p. 9.

⁹⁸⁷ STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2.

⁹⁸⁸ De la polémica acerca de la cuestión da cuenta ARAGÓN, loc. cit., p. 23 y ss. Destaca el análisis comparado que realiza el autor y que le permite afirmar que en Alemania, Francia e Italia la libertad de empresa protege frente a limitaciones constitucionalmente injustificadas pero no tiene un contenido indiscutible.

⁹⁸⁹ STC 83/84 de 24 de julio, FJ 3.

de proporcionalidad a cada situación de colisión de derechos⁹⁹⁰. Así, parece que el Tribunal ha preferido la determinación puntual de conceptos que considera englobados en la libertad de empresa antes que la elaboración de una doctrina general sobre el ámbito material del derecho⁹⁹¹.

La aproximación doctrinal al concepto tampoco ha sido unívoca, diferenciándose entre las dos posturas ya comentadas. Así, desde un sector se ha afirmado la imposibilidad de elaborar un concepto material de libertad de empresa, dadas sus múltiples manifestaciones. Por ello, la solución adoptada para delimitar su contenido es, como se apuntó, asociarla al ámbito en el que se desarrolla el ejercicio de la libertad, es decir, el mercado, dependiendo su contenido de los sectores del mercado en los que se sitúe la empresa. De esta manera se equipara el derecho al instituto y la libertad se asocia a la igualdad de los distintos empresarios que actúan en el mercado⁹⁹². Así, la igualdad en el mercado constituiría el contenido esencial

⁹⁹⁰ El fundamento jurídico 15 de la STC 109/2003, de 5 de junio de 2003, es meridianamente claro al respecto: “no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor”. En definitiva, “para ponderar la constitucionalidad de la prohibición impugnada, tanto en lo que se refiere a la libre circulación de bienes, como en lo que atañe a la libertad de empresa y el derecho a la propiedad... es preciso efectuar un juicio de proporcionalidad en el que, además del objetivo que al establecerla se persigue y comprobando la legitimidad del mismo, se verifique también la relación de causalidad y necesidad que con él debe guardar la prohibición, en cuanto medio ordenado para hacerlo posible”. Como señala ARAGÓN, el Tribunal deriva el contenido a la cuestión de la imposición de límites, acogiendo las teorías “relativas” respecto de la noción de contenido esencial. Este autor fundamenta su crítica partiendo de la afirmación de que las limitaciones al derecho están fuera del contenido esencial del mismo, aspecto en el que coincidimos plenamente con carácter general, sin que las dificultades de aprehensión del contenido esencial de un derecho determinado deban desdibujar la teoría general; ARAGÓN REYES, M., “El contenido esencial del derecho...”, cit., p. 23.

⁹⁹¹ RUIZ-RICO RUIZ, G., “La libertad de empresa en la Constitución Económica Española...”, cit., p.238.

⁹⁹² Mantenido por RUBIO LLORENTE en su trabajo, “La libertad de empresa en la constitución”, en BORRAJO, E., (dir), *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, 1993, pp. 25-40; y señalada por GOERLICH PESET, J.M., “Libertad de empresa y extinción...”, cit., p. 224.

del derecho, siendo los límites legítimos si tienen una finalidad constitucionalmente admisible y si se imponen a todos los actores económicos de un mismo sector por igual⁹⁹³.

Esta postura es criticada por ARAGÓN, fundamentándose en la ya comentada diferencia entre derecho fundamental (libertad de empresa) e instituto (mercado) y en el múltiple contenido de éste último, más allá de las condiciones de igualdad en la competencia. De esta manera, aun cuando no es posible hablar de una libertad de empresa general, aceptando que la misma debe comprenderse en función de los diferentes sectores de la economía, un amplio sector de la doctrina afirma que es necesario aceptar la existencia de un contenido esencial genérico, válido para todos los sectores y tipos de empresas, que engloba el acceso al mercado y un reducto mínimo de potestades organizativas. Así, podrían delimitarse los tres conjuntos de facultades que componen el contenido esencial de la libertad de empresa⁹⁹⁴: la libertad de acceder al ejercicio de cualquier actividad económica lícita (libre creación de empresas, libre elección del sector económico y libre elección del modelo de empresa a constituir, y, en el marco comunitario,

⁹⁹³ Justificando este argumento se ha aducido cómo, dadas las diferencias existentes entre el ejercicio de la libertad de empresa en los distintos sectores de actividad, el establecimiento de un concepto material de libertad de empresa resulta no sólo imposible sino también innecesario. De hecho, en este sentido, el Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia 109/2003, de 5 de junio que “la libertad de empresa... exige que las distintas empresas de un mismo sector se hallen sometidas al mismo género de limitaciones básicas en todo el territorio nacional, pues dicha libertad... sólo existe en una economía de mercado que resulta incompatible con posiciones jurídicas básicamente distintas de los diversos operadores”. Para una síntesis de esta línea argumental vid. GOERLICH PESET, J.M., “Libertad de empresa y extinción...”, cit., p. 224.

⁹⁹⁴ Tomamos la clasificación elaborada por VICIANO que él mismo califica como “contenido esencial abstracto o ideal”, VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit., p. 127-129. Este contenido ha sido formulado con diversas acepciones aunque con sentido similar por: ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y Estado social*, cit., p. 33; RUIZ-RICO RUIZ, G., “La libertad de empresa en la Constitución Económica Española...”, cit., p. 235; ROJO, A., “Actividad económica pública y actividad económica privada...”, cit., p. 326 y ss.

libertad de establecimiento en otro Estado); la libertad de cese de actividad y la libertad de ejercicio (libertad de decisión y de autoorganización)⁹⁹⁵.

En efecto, parece difícil considerar que la libertad (al menos un reducto mínimo de ella) quede fuera de los principios de ordenación de un sistema basado en la economía de mercado⁹⁹⁶. Dentro del mismo la igualdad en la competencia debe compatibilizarse con la libertad para competir, siendo dos caras de un marco que permite el desarrollo de las actividades económicas por los sujetos en el mercado. Estas dos caras son a la vez fundamento y límite del derecho de la competencia.

La compatibilidad entre las dos posturas ha sido señalada por la doctrina, afirmando la necesidad de modular ambos extremos y poniendo de relieve que, más allá de la discusión doctrinal, en la práctica se ha producido el vaciamiento de la figura de la libertad de empresa que queda cada vez más disuelta en el concepto de mercado⁹⁹⁷. Aunque desde el plano teórico la cuestión pueda parecer más clara, las dificultades aparecen en la plasmación práctica de la división entre derecho fundamental e instituto: aun aceptando que existe un contenido esencial mínimo del primero, dada la diversidad de formas de empresa los distintos sectores en los que actúan, el contenido de este parece forzado a ser abstracto y a definirse en función

⁹⁹⁵ Esta tercera nota ha sido la más debatida. Como ejemplo puede citarse la STC 225/1993 en la que el Tribunal ha considerado que una cuestión ligada a la organización empresarial, como es el horario de apertura y cierre de los establecimientos, se encuentra fuera del contenido esencial de la libertad de empresa y puede ser objeto de regulación y restricción normativa. Así, en la mencionada sentencia el TC afirmaba que “el art. 38 C.E. no genera otra exigencia que la de un régimen de horarios comerciales que permita el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial y esté exento, por tanto, de limitaciones irracionales, desproporcionadas o arbitrarias que puedan impedir o menoscabar gravemente el ejercicio de dicha actividad. Respetada esta exigencia, corresponde al ámbito de la libre configuración legal el optar por un régimen limitativo de los horarios comerciales o, por el contrario, de libertad de horarios, pues dichos regímenes no forman parte del contenido de la libertad garantizada por el art. 38 C.E”.

⁹⁹⁶ Se pregunta ARAGÓN si, según esta teoría, sería posible justificar una restricción generalizada de la libertad de empresa alegando que dicha prohibición afecta a todas las empresas por igual, ARAGÓN REYES, M., “El contenido esencial del derecho...”, cit., p. 28.

⁹⁹⁷ GOERLICH PESET, J.M., “Libertad de empresa y extinción...”, cit., pp. 225-227.

del mercado de referencia. Lo que parece evidente es que, aun cuando la libertad de empresa no pueda confundirse totalmente con el mercado sino que tiene una entidad propia como derecho fundamental, ambos, derecho e instituto, se encuentran “indisolublemente ligados”⁹⁹⁸. Este ligamen sitúa al derecho de la competencia, en cuanto a principio ordenador del mercado, en un plano preponderante, constituyéndose en parámetro de valoración de la libertad de empresa pues, como afirmó el TC, “la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado”⁹⁹⁹.

Así las cosas, no parece posible acometer el análisis de las relaciones de la libertad de empresa con otros derechos a ella ligados sin contemplar las imposiciones que conlleva la cada vez más exigente ordenación de la competencia en el mercado. Por tanto, la reflexión sobre las interrelaciones entre la libertad de empresa y la regulación (colectiva) de la relación de trabajo debe atender tanto a la dimensión individual del derecho, que ha sido el campo típico de análisis, como a la institución que la encuadra, el mercado, el cual viene organizado fundamentalmente en la actualidad por las normas reguladoras de la competencia¹⁰⁰⁰.

Con este contenido esencial de difícil aprehensión cobra especial relevancia la cuestión de los límites de la libertad de empresa. Una aproximación a los mismos puede servir como guía para delimitar la relación de esta libertad con otros derechos, en particular con los laborales.

⁹⁹⁸ ARAGÓN, M., *Libertades económicas...* cit., p. 23.

⁹⁹⁹ STC 127/1994, de 5 de mayo.

¹⁰⁰⁰ Otros autores han distinguido directamente entre dos dimensiones, la subjetiva, compuesta por una serie de facultades de los titulares de la propiedad y la objetiva, relativa al conjunto de circunstancias necesarias para que puede ejercitarse la libertad de empresa, en las se incluye la libre competencia. Para RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO y RIVAS VAÑÓ, la libre competencia se presenta como un elemento institucional fundamental para hacer posible el equilibrio de la libertad de empresa, “Relaciones laborales y libertad de empresa, algunas reflexiones”, en *Las transformaciones del derecho del trabajo...*, cit., p.279.

1.2. Los límites de la libertad de empresa.

Como es bien sabido, el concepto de límite se sitúa dentro de la delimitación del derecho y con la barrera absoluta del contenido esencial¹⁰⁰¹. Con estas dos fronteras supuestos que gozaban de una garantía fundamental van a perder su protección jurídica, siempre y cuando no se vea afectado el contenido esencial del derecho. La justificación de esta merma en la delimitación de los derechos fundamentales la encontramos en la necesaria unidad de la Constitución, la cual protege derechos y bienes que, de no limitarse en su ejercicio, podrían dar lugar a colisiones que el ordenamiento ha de evitar.

La imposición de un límite a un derecho fundamental deberá ser necesariamente reconducible a la protección de un bien o derecho constitucionalmente protegido¹⁰⁰² y estar justificada, no excediendo de lo estrictamente necesario. El TC ha mantenido que los derechos

¹⁰⁰¹ Como afirmó el Tribunal Constitucional en la sentencia de 2/1982, de 29 de enero de 1981, FJ 5º “...no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, como señalaba este Tribunal en Sentencia de 8 de abril de 1981 en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”. En efecto, cada uno de los derechos tiene un espacio concreto que se define por un elemento subjetivo referido a sus sujetos activo y pasivos, un elemento objetivo, es decir, el conjunto de bienes y facultades que comprende y, en su caso, un elemento formal, relativo a las garantías específicas de las que puede estar dotado; Partiendo de estos tres elementos puede distinguirse aquello que queda dentro del derecho y por tanto tiene una protección iusfundamental y las situaciones que no se encuentran incluidas en los supuestos de hecho del mismo, efectuando de esta manera la llamada “delimitación”. Así, el concepto de límite se va a situar dentro de la delimitación y con la barrera absoluta del contenido esencial. De esta manera, supuestos que gozaban de una garantía fundamental pueden perder su protección jurídica, siempre y cuando no se vea afectado el contenido esencial del derecho. La justificación de esta merma en la delimitación de los derechos fundamentales la encontramos en la necesaria unidad de la Constitución, la cual protege derechos y bienes que, de no limitarse en su ejercicio, podrían dar lugar a colisiones irresolubles que el ordenamiento ha de evitar. NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales...*, cit., pp. 23 y ss. y p. 73.

¹⁰⁰² STC 22/1984 de 17 de febrero de 1984, FJ 2º.

fundamentales pueden ceder ante otros derechos o bienes constitucionales¹⁰⁰³ pero estos posibles límites han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos¹⁰⁰⁴, por tanto toda restricción a los mismos ha de estar justificada¹⁰⁰⁵. Estos requisitos se controlaran examinando la proporcionalidad de toda limitación de los derechos fundamentales¹⁰⁰⁶. Los límites implícitos que encuadran la libertad de empresa provienen del resto de preceptos constitucionales. Los arts. 9.2, 28, 35, 37, 40, 128, 130 y 131 CE, son el fundamento para las principales limitaciones oponibles a la mencionada libertad.

Además de estos límites generales, el texto constitucional va a marcar otros concretados para cada uno de los derechos. Respecto de los límites expresos en el mismo art. 38 CE, afirma FONT GALÁN que, al exigir el texto constitucional que la libertad de empresa se ejercite “de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”, se está ligando la libertad económica a la utilidad económica y social, que se constituye como “límite intrínseco y presupuesto inherente de la libertad de empresa”¹⁰⁰⁷, constitucionalizándose la “vinculación del conjunto del sistema económico a imperativos de solidaridad, imponiendo el momento distributivo como uno de los determinantes en el funcionamiento del sistema”¹⁰⁰⁸. Así, como límites expresos a la libertad de empresa encontramos aquellos derivados de la economía de mercado y de las regulaciones necesarias para mantener la misma (evidentemente, del derecho de la competencia) y los límites derivados de las exigencias de la economía general, de la planificación y de la defensa de la

¹⁰⁰³ STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7º.

¹⁰⁰⁴ STC 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 3º.

¹⁰⁰⁵ STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 3º.

¹⁰⁰⁶ NARANJO DE LA CRUZ, R., loc cit., p. 160.

¹⁰⁰⁷ FONT GALÁN, J.I., *Constitución Económica...*, cit, p. 127.

¹⁰⁰⁸ MAESTRO BUELGA. G., "Constitución económica y derechos sociales...", cit., pp. 125-126.

productividad¹⁰⁰⁹. Del art. 38 CE *in fine* se desprende una subordinación de los intereses particulares a los generales, que ha llevado a un sector de la doctrina a concluir que junto con la consagración de la función social de la propiedad encontramos también la constitucionalización de la función social de la libertad de empresa. De esta manera, la Constitución habría equilibrado las tradicionales concepciones patrimonialistas de la libertad de empresa con la trascendencia social de la misma¹⁰¹⁰.

A tenor de lo antedicho, y siguiendo las reiteradas afirmaciones del TC, debe entenderse que el encuadre constitucional de la libertad de empresa permite la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente el mercado¹⁰¹¹, particularmente aquellas orientadas a evitar las prácticas que puedan afectar o dañar seriamente la concurrencia entre empresas¹⁰¹².

¹⁰⁰⁹ Recoge ARAGÓN las principales sentencias del TC respecto a los límites señalados en, “El contenido esencial del derecho...”, cit., p. 18.

¹⁰¹⁰ RUIZ-RICO RUIZ, G., “La libertad de empresa...”, cit., p. 237. Por su parte, MUÑOZ MACHADO resume los límites constitucionales a la libertad de empresa en cuatro grupos. Un primero derivado de la necesidad de entender el art. 38 CE en paralelo con el reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica, *ex art.* 128 CE. Un segundo grupo derivado de la regulación normativa del derecho que puede limitarlo, siempre que respete las condiciones impuestas por el art. 53.1 CE. En tercer lugar sitúa el autor los límites impuestos por el marco de la economía de mercado. En este sentido las normas de la competencia son el ejemplo más relevante de regulación del mismo que puede limitar la libertad de empresa, especialmente, como apunta el autor, por las normas de la competencia derivadas de la creación del mercado interior comunitario. Por último, el autor se refiere a los casos en los que el ejercicio de la libertad de empresa es necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales. En estos supuestos, fundamentalmente relativos a la creación de los medios de comunicación, no cabrían regulaciones restrictivas de la libertad de empresa. MUÑOZ MACHADO, S. “Los límites constitucionales de la libertad de empresa”, en COSCULLUELA MONTANER, L., (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico: libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 143-148.

¹⁰¹¹ SSTC 109/2003, de 5 de junio de 2003, FJ 15º y las en ella citadas (SSTC 37/1981, FJ 4º; 88/1995, FJ 2º; 37/1987, FJ 5º; 177/1990, FJ 8º...)

¹⁰¹² STC 223/1993; Señala VICIANO cómo la libertad de empresa es un derecho en mutación, que “requiere hoy más que nunca de intervención del Estado que garantice el libre acceso al mercado de todos aquellos que reuniendo los requisitos objetivos mínimos lo deseen. La libertad de empresa constitucionalizada en nuestra ley fundamental es aquella que necesita o se hace posible gracias a una legislación de defensa de la competencia- y por tanto de una intervención – que prohíbe los abusos que los privados”.

De todo lo antedicho puede inferirse que, de manera coherente con la adopción de la fórmula de Estado Social, mediante este artículo 38 CE se ha constitucionalizado la intervención de los poderes públicos en el sistema económico, siempre regida por los parámetros del interés general¹⁰¹³, cuyo ejemplo por excelencia lo encarna la regulación de la defensa de la competencia en el mercado.

2. La relación entre la libertad de empresa y la defensa de la competencia: articulación constitucional y configuración normativa.

La jurisprudencia acerca de la relación entre la regulación de la competencia y la libertad de empresa ha señalado de manera reiterada que esta última se concreta en la posibilidad de acceder y permanecer en el mercado, o de iniciar y desarrollar actividades de producción y/o de intercambio, con los límites marcados por el legislador¹⁰¹⁴. La tarea de éste, construyendo una regulación interna del mercado, puede por tanto limitar la libertad de empresa siempre que su actuación sea proporcionada y no existan arbitrariedades. Las normas de defensa de la competencia se enmarcan en esta regulación siendo, según reiterada jurisprudencia constitucional, plenamente compatibles con el art. 38 CE¹⁰¹⁵.

En esta línea, con la Sentencia 88/1986 el TC señaló que la defensa de la competencia, como intervención del Estado en la regulación del mercado, deriva de los mismos términos del art. 38 CE. En sentencias posteriores el Tribunal ha recordado que “el art. 38 C.E. puede justificar las

Por este motivo considera el autor que la libertad de empresa requiere una especial intervención del Estado que restablezca las condiciones de igualdad entre sujetos eminentemente desiguales, intervención que se plasma especialmente en el derecho de la competencia. VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit., p. 119

¹⁰¹³ VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit. p. 28.

¹⁰¹⁴ STS de 24 de noviembre de 2006, (Sala de lo Civil, Sección 1), núm. 1169/2006, FD 4º.

¹⁰¹⁵ SSTC 88/1996, 225/1993, 208/1999, entre otras.

actuaciones de los poderes públicos encaminadas a la ordenación del mercado, mediante medidas dirigidas a «evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la competencia entre empresas»¹⁰¹⁶. Ahora bien, la propia Exposición de Motivos de la LCD, coherentemente con el principio de libertad de empresa sobre el que gravita el sistema económico constitucional, exige que no sean consideradas como contrarias a la competencia las simples prácticas concurrenciales incómodas para los competidores, exigiéndose la existencia de una serie de requisitos que se incardinan en el desarrollo normativo de la cuestión. Respetando este equilibrio, el TC ha señalado que la regulación de la competencia aparece así “como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste”¹⁰¹⁷

Esta idea, que sostiene la defensa de la competencia como uno de los objetivos de los poderes públicos, se encuentra igualmente en la Exposición de Motivos de la LDC de 1989, donde se afirma que, "la competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra Sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general, y en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el artículo 38 de la Constitución". La Ley de Competencia Desleal contiene en su preámbulo una previsión similar: “La Constitución Española de 1978 hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano

¹⁰¹⁶ STC 225/1993, de 8 de julio, FJ. 15°.

¹⁰¹⁷ STC 88/1986 de 1 de julio, FJ. 6°.

institucional sobre el principio de libertad de competencia. De ello se deriva, para el legislador ordinario, la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles, eventualmente, de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado”.

Un amplio sector doctrinal defiende esta vinculación entre la previsión constitucional de la libertad de empresa y la defensa de la competencia, señalando que en el art. 38 se reconoce a todo ciudadano el derecho a desarrollar libremente una actividad empresarial y a ejercerla en un marco concurrencial en el que impere la libre y leal competencia¹⁰¹⁸. Sin embargo, desde otra línea de la doctrina, entre la que destaca BAÑO, se ha criticado esta interpretación, considerando que la construcción de la defensa de la competencia como mandato constitucional resulta insostenible conforme a la letra de la Constitución, que no la prevé en ninguno de sus preceptos. A juicio de este autor, la elevación de la defensa de la competencia a semejante rango es contradictoria con el conjunto de previsiones constitucionales que suponen la derogación de los mecanismos de mercado. La defensa de la competencia, siendo compatible con el modelo constitucional de economía de mercado, no tiene el carácter de principio del ordenamiento ni tiene primacía respecto a otros fines de interés público, al menos en el estricto ámbito normativo español. Es, en cambio, una directriz de rango legal, ciertamente conectada con la libertad de empresa pero sin el rango constitucional de la misma¹⁰¹⁹. Aun coincidiendo con el mencionado autor, debe tenerse presente que la jurisprudencia constitucional ha consolidado la relación entre mercado, competencia y libertad de empresa de tal manera que las normas que

¹⁰¹⁸ ALONSO SOTO, R., “Competencia desleal y defensa de la competencia en España”, ICE Defensa de la Competencia, N° 750, febrero, 1996, p. 9.

¹⁰¹⁹ BAÑO LEÓN, J.M., *Potestades Administrativas y garantías...*, cit., pp. 31-35.

aseguran la segunda son *conditio sine qua non* para el ejercicio de la tercera¹⁰²⁰.

El art. 39 constituye de esta manera una habilitación genérica de la cual ha derivado, coherentemente con la tradición jurídica de la Europa continental, una doble estructura normativa. La más antigua, como ya se mencionó en la Introducción es la regulación de la competencia desleal. Junto a ella, de impronta más reciente, se encuentra la regulación de la libertad de competencia¹⁰²¹.

En el ordenamiento jurídico español, existen en la actualidad dos leyes básicas que estructuran la defensa de la competencia de manera complementaria, conformando un sistema jurídico que ha de ser considerado en su globalidad, pues ambos textos regulan aspectos distintos de una misma problemática jurídica y económica. La regulación de la competencia en el Estado español se inició con la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia. Tras la aprobación de la Constitución y de la entrada del Estado español en las Comunidades europeas se aprobó la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia que, sustituyendo a la anterior, enmarca el actual sistema *antitrust*. Esta ley se inspiró claramente en las normas comunitarias de defensa de la competencia¹⁰²², siendo alguno de sus preceptos una

¹⁰²⁰ STC 88/1986 de 1 de julio, FJ. 4. Incluso se ha llegado a afirmar que el sistema de economía de mercado, derivado de la Constitución, encuentra su desarrollo y su tutela en el derecho de la competencia, MARÍN ARESTI, P., “Competencia para declarar la existencia de infracciones a la Ley de Defensa de la Competencia”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 52, 2000, p. 397.

¹⁰²¹ Sobre la relación entre ambas normativas vid., *inter alia*, ALONSO SOTO, R., “Competencia desleal y defensa de la competencia...”, cit., pp. 9 y ss.; DÍEZ ESTELLA, F., “Las complicadas relaciones entre la Ley de defensa de la competencia y la Ley de competencia desleal”, GJ, N° 213, Mayo/Junio 2001, pp. 11 y ss.; FONT GALAN, I., MIRANDA SERRANO, L.M., “Defensa de la competencia y competencia desleal” en FONT GALAN, I., PINO ABAD, M., (coords.), *Estudios de Derecho de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 9 y ss.

¹⁰²² Así lo afirma expresamente la exposición de motivos del Real Decreto Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Afirmación que es compartida por la totalidad de la doctrina, una muestra

plasmación literal de los arts. 81 y ss. del TCE. Con una tramitación paralela, la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991¹⁰²³ fue aprobada dos años más tarde. Tras una primera época de regulaciones fragmentarias, lo obsoleto y parcial de las normas anteriores, la creciente demanda social y la necesidad de homologar el ordenamiento concurrencial al del resto de países europeos impulsó la redacción de esta norma.

La LCD ha reflejado la mencionada evolución del objetivo primigenio de la protección de empresas a la voluntad actual de *ordenar el mercado*, protegiendo la competencia como institución¹⁰²⁴. En este sentido, el Preámbulo de la LCD constata la evolución de la disciplina de manera meridianamente clara, al afirmar que el derecho de la competencia desleal deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado¹⁰²⁵.

Tanto la LDC como la LCD protegen en el fondo el mismo objetivo, la consecución un orden concurrencial saneado, la primera desde el punto de vista de la lealtad y la segunda desde la libertad. La convergencia ha llegado hasta tal punto que es ya un lugar común entre nuestros autores el señalar que no existen en la actualidad motivos suficientes para justificar la existencia de dos cuerpos normativos separados, dado el considerable

de la misma y un análisis de la norma lo encontramos en VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit., pp. 441 y ss.

¹⁰²³ Ley 3/1991 de 10 de enero, publicada en el BOE de 11 de enero de 1991. Como se indica en el Preámbulo de la norma, se trata de un sector en el que la normativa se encontraba dispersa y obsoleta, contemplando aspectos parciales, lo que hacía especialmente necesaria la adopción de la LCD.

¹⁰²⁴ BERCOVITZ, A., “La competencia desleal”, *Derecho de los Negocios*, Nº 20, 1992, pp. 1 y 2.

¹⁰²⁵ Así lo ha señalado el TS afirmando que la LDC “...configura a la competencia desleal, como una pieza legislativa de importancia capital, dentro del sistema del derecho mercantil, al crearse un marco jurídico, capaz de dar cauce a la cada vez más enérgica y sofisticada lucha concurrencial, y todo ello, debido al desarrollo de la economía y la apertura de nuevos mercados, por lo que, se trata de defender con la misma, el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado”, STS de 17 de julio de 1999, (Sala de lo Civil) núm. 650/1999.

acercamiento conceptual de las disciplinas¹⁰²⁶. El mantenimiento de dos normas en el ordenamiento jurídico español responde, como ha señalado la doctrina, a razones coyunturales, pues ya no existen obstáculos insalvables para la configuración de un sistema unitario de derecho de la competencia¹⁰²⁷.

Aun manteniéndose textos separados, la relación entre ambas normas se ha plasmado mediante distintos mecanismos de articulación entre ellas, que actúan a modo de “normas de cierre del sistema”: el art. 7 de la LDC, que prevé el falseamiento de la competencia por actos desleales y en el art. 15 de la LCD que considera desleal la obtención de una ventaja competitiva por la infracción de una norma jurídica que tenga por objeto la regulación de una actividad concurrencial. Aun a pesar de estas normas de cierre, el control de los actos que vulneran la competencia en el mercado se encuentra repartido según la faceta de que se trate. La competencia desleal se vigila por los tribunales ordinarios de justicia mientras que la libre competencia se controla mediante la acción de una pluralidad de órganos administrativos, manifestando así la preponderancia de los intereses en juego, privados en un caso y públicos en otro¹⁰²⁸.

2.1. Cuestiones fundamentales sobre la regulación de la prohibición de acuerdos colusorios de la competencia empresarial.

Desde su aprobación la LDC ha sido reformada en diversas ocasiones, destacando las modificaciones efectuadas por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre y por la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de

¹⁰²⁶ DÍEZ ESTELLA, F., “Las complicadas relaciones entre la Ley de defensa de la competencia...”, p. 27. En el mismo sentido, MARÍN ARESTI, P., “Competencia para declarar la existencia de infracciones...”, cit., p. 398.

¹⁰²⁷ ALONSO SOTO, R., “Competencia desleal y defensa de la competencia...”, cit., p. 11.

¹⁰²⁸ ILLESCAS ORTIZ, R., Voz “Derecho de la competencia: la libre competencia” (RI §0911329), *Base de conocimiento*, iustel.com.

las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en Materia de Defensa de la Competencia¹⁰²⁹. En la actualidad se encuentra en fase de tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo PLDC) mediante el que se persigue la adecuación de la disciplina a las recientes modificaciones del Derecho comunitario¹⁰³⁰.

Como ha señalado la doctrina, las prácticas prohibidas se conciben en la LDC como “actos o hechos jurídicos, o conjunto de ellos, llevados a cabo por uno o varios empresarios que por su significado y contenido económicos se relacionan de modo directo o indirecto con la situación de libre competencia que debe existir en el mercado produciendo una alteración de la misma”¹⁰³¹. En la actualidad, la LDC recoge tres tipos de conductas contrarias a la libre competencia: las conductas colusorias (art. 1); las conductas abusivas en las que incluye tanto la prohibición de los abusos de posición de dominio por parte de uno o varios operadores como los abusos de dependencia económica (art. 6 LDC que pasa a ser el art. 2 del PLDC); en tercer lugar la LDC contempla las conductas desleales que afectan al orden público económico (art. 7 LDC / art. 3 del PLDC). De entre ellas, en relación con el objeto de este trabajo, interesa fundamentalmente la primera.

¹⁰²⁹ Es necesario destacar también las modificaciones que han supuesto la Aprobación del Estatuto del TDC (RD 864/2003, de 4 de julio) y la introducción de disposiciones para la aplicación en España del nuevo Reglamento comunitario 1/2003.

¹⁰³⁰ Dicho proceso se abrió con la realización del Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia. En el mismo se citan como objetivos de la reforma los siguientes: seguridad jurídica, transparencia, independencia, eficacia y coherencia. El texto del anteproyecto fue aprobado por el Consejo de Ministros el 10 de marzo de 2006 y remitido a las Cortes como proyecto de Ley el 25 de agosto del mismo año. El de 30 de marzo de 2007 entró en el Senado tras ser aprobado por el Congreso de los Diputados. A lo largo de las siguientes páginas se hará referencia tanto al texto actualmente vigente como al mencionado Proyecto, tal y como ha sido publicado en el BOCG, Senado, Serie II: proyectos de ley, 30 de marzo de 2007, Núm. 90 (a). En términos generales el PLDC recoge los principios marcados en el Libro blanco, destacando la responsabilidad frente a la sociedad de los órganos administrativos encargados de la aplicación de la Ley. Sobre la cuestión ver ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “Las conductas prohibidas en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia”, GJ, N° 241, Enero/abril 2006, p. 23.

¹⁰³¹ ILLESCAS ORTIZ, R., Voz “Derecho de la competencia: la libre competencia”, cit.

El art. 1.1 de la LDC recoge la prohibición de las conductas colusorias. De su literalidad la doctrina ha diferenciado los distintos comportamientos prohibidos: acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas y prácticas conscientemente paralelas. De entre estas figuras las más relevantes para el estudio que nos ocupa son las dos primeras, que engloban el concierto de voluntades o la decisión colectiva adoptada bien por operadores económicos independientes bien por asociaciones o corporaciones, mediante los cuales se comprometen en una conducta que tiene por finalidad o efecto restringir la competencia.

Todas estas conductas tienen un presupuesto objetivo y otro subjetivo en común. En cuanto el primero, el art. 1.1. LDC señala que para que una conducta sea considerada como colusoria debe tener por objeto o producir el efecto o haber podido impedir, restringir o falsear la competencia empresarial. Como ha señalado la doctrina, al fin y al cabo lo que se evalúa es la *aptitud* para producir la afectación de la competencia y no la efectiva producción del daño¹⁰³². Así se equipara la finalidad con el efecto, no siendo necesaria su puesta en práctica para la consideración de la existencia de una conducta contraria a la competencia, siendo suficiente el efecto potencial de la misma.

El presupuesto subjetivo para la aplicación de estas reglas es el desarrollo de una actividad económica, evitando la definición del concepto de empresa, que no aparece hasta el art. 6 de la LDC, que regula el abuso de posición dominante¹⁰³³. La evaluación de la forma jurídica del ente que realiza una práctica restrictiva de la competencia queda en un segundo plano. Al igual que en el caso francés, la ausencia del concepto de empresa en la caracterización de las prácticas prohibidas plantea el interrogante de si

¹⁰³² PASCUAL y VICENTE, J., “Las conductas prohibidas en la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”, GJ, N° 205, Enero/Febrero 2000, p. 13.

¹⁰³³ Siguiendo el esquema comunitario, el art. 6 de la LDC se convierte en el 2 con el PLDC.

el ámbito subjetivo va más allá de la estructura empresarial que parece demarcar el ámbito del art. 6 LDC. Sobrepasando este debate, una mayoría doctrinal, apegada a los criterios de aplicación del derecho de la competencia comunitario, ha considerado que, en todo caso, lo determinante es la intervención en el mercado y el desarrollo de una actividad económica por actores con capacidad de obrar e independencia económica, siendo indiferente que, según sus estatutos, las entidades en cuestión tengan o no ánimo de lucro¹⁰³⁴. De este modo, se acoge un concepto funcional de empresa, que permite una aplicación homogénea del derecho de la competencia sin necesidad de atender a los distintos conceptos jurídicos estatales de empresario, que devienen así irrelevantes¹⁰³⁵. De hecho, el PLDC acoge expresamente esta acepción al añadir en el apartado primero de su Disposición Adicional Cuarta que “(a) efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”.

Como señala el apartado segundo del art. 1 de la LDC (que no varía en el PLDC) son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado primero, no estén amparados por las exenciones previstas en la mencionada ley. No existe en la Ley de Defensa de la Competencia una previsión expresa sobre la articulación de las prohibiciones que contiene con las actuaciones derivadas de normas laborales o realizadas por actores sociales en cumplimiento de sus facultades de ordenación de las relaciones laborales. Sin embargo, y aun cuando ninguna las disposiciones de la LDC se refiere particularmente a estas cuestiones, el examen de las mismas es

¹⁰³⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, V., “Derecho de la competencia y certificación industrial: el asunto “G.P. Manufacturas del Acero, S.A., contra AENOR”, en RGDA, N° 2, Febrero 2003.

¹⁰³⁵ GOLDMAN, B., LYON-CAEN, A., VOGEL, L., *Droit commercial européen*, cit., p. 212 a 215.

interesante a efectos de valorar si alguna de ellas puede dar cabida a los convenios colectivos, como máxima expresión de la interacción entre la norma laboral y la defensa de la competencia.

2.1.1. Conductas colusorias autorizables y conductas de menor importancia.

Siguiendo el antiguo modelo comunitario la LDC contempla las previsiones de carácter tradicional, en forma de exenciones individuales y por categorías (arts. 4 y 5 LDC)¹⁰³⁶, siempre que se den los supuestos de autorización previstos en el art. 3 LDC. El PLCD, coherente con la reforma realizada por el Reglamento 1/2003, plasma un sistema de exención legal, estableciendo en el apartado 3 del art. 1 de la futura LDC los supuestos de no aplicación de la prohibición, cuyo contenido no varía respecto de la Ley de 1989. Para que no sea aplicable el apartado primero del art. 1 deben darse dos tipos de condiciones. En primer lugar, han de ser acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico. En segundo lugar, deben de permitir a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas, no pueden imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y no han de consentir a las empresas participes la posibilidad de eliminar la competencia con respecto a una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Por otro lado, el art. 3.2 de la LDC establece otros supuestos de autorización de acuerdos decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1, o categorías de los mismos, que estén justificados por la situación económica general y el interés público, que tengan por objeto

¹⁰³⁶ La Ley de 1989 prevé que las autorizaciones singulares serán otorgadas por el TDC, *ex art. 4 LDC*, en cambio las exenciones por categorías serán autorizadas por el Gobierno previo informe preceptivo del TDC, tal y como se regula en el art. 5 LDC.

defender y promover las exportaciones, siempre que no alteren la competencia en el mercado interno y que sean compatibles con las obligaciones que resulten de los Convenios internacionales ratificados por España, o produzcan una elevación suficientemente importante del nivel social y económico de zonas o sectores deprimidos, o atendiendo a su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Este apartado es suprimido en el PLDC, que incluye un punto 4 en el art. 1 donde remite a las exenciones recogidas en los Reglamentos Comunitarios de aplicación del apartado 3 del art. 81 TCE, incluso cuando las conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. Se trata de una introducción de especial importancia. Como ya se ha comentado, el art. 3 del Reglamento 1/2003 articula las relaciones entre el derecho de la competencia estatal y comunitario en base al principio de primacía, pero sólo respecto de los acuerdos que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, dejando las situaciones meramente estatales fuera de esta previsión. Pues bien, con la introducción de este art. 1.4, el PLDC parece ampliar esta primacía del ordenamiento comunitario de la competencia incluso a estas últimas conductas.

Por último dentro del artículo primero el PLDC introduce un apartado quinto donde recoge una previsión que autoriza al Gobierno a declarar, mediante Real Decreto, la aplicación del apartado tercero a determinadas categorías de conductas, siempre previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia.

Las conductas de menor importancia también se consideran fuera del ámbito de aplicación de las normas de la competencia. Esta regla de *minimis*, contemplada actualmente en el art. 1.3 LDC, pasa a ocupar el art. 5 del PLDC, afirmándose respecto a los acuerdos prohibidos por el art. 1, el abuso de posición dominante condenado por el art. 2 y el falseamiento de la competencia por actos desleales contenido en el art. 3 del PLDC. Con la

nueva redacción del art. 5 se modifica la regulación de las conductas de menor importancia, siguiendo correctamente la línea marcada por el derecho comunitario. Respecto de esta cuestión la doctrina ya había señalado que el art. 1.3 de la actual LDC contempla la regulación de la regla de *minimis* desde el punto de vista de la facultad de los órganos de la competencia para decidir cuándo proceden a la persecución de una conducta. Sin embargo, el art. 3.2 del Reglamento 1/2003 consagra la falta de tipicidad directa de estas conductas, que emana automáticamente de la falta de afectación de la competencia en el mercado. El art. 5 del PLDC recoge esta línea afirmando que las prohibiciones contenidas en los arts. 1 a 3 de la norma no se aplicarán a las conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia¹⁰³⁷.

Como puede apreciarse, respecto a las conductas restrictivas de la competencia, el PLDC ha introducido tres cambios fundamentales: la simplificación de los tipos de infracción; la introducción de un sistema de exención legal en la línea de la reforma del derecho comunitario de la competencia, desapareciendo el sistema de autorizaciones singulares; y una extensión a todos los tipos de infracción previstos en el capítulo de los efectos de la previsión de las conductas “de *minimis*” y de la llamada “exención por ministerio de la ley”. La posibilidad de utilizar esta exención para amparar los convenios colectivos requiere un tratamiento en profundidad de la estructura de la misma.

2.1.2. La exención por ministerio de la ley.

Recordaba VICIANO que la LDC tiene por objeto la defensa de un concepto institucional de la competencia económica que permite la

¹⁰³⁷ Sobre esta cuestión, vid. CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ, D., “La aplicación privada del Derecho de competencia...”, cit., p. 26.

autorización de todas las restricciones de la libertad de competencia necesarias para la consecución de los objetivos económicos constitucionalizados. La decisión de excluir la aplicación del régimen de competencia para proteger alguno de estos objetivos corresponde a los poderes públicos y se encuentra prevista normativamente en el art. 2.1 de la LDC de 1989.

El art. 2.1 de la LDC exime de la prohibición establecida en el art. 1 LDC a aquellas conductas restrictivas de la competencia que resulten de la aplicación de una ley¹⁰³⁸. El contenido de este apartado fue modificado en la reforma general efectuada por la ley 52/1999 de 28 de diciembre. La redacción original del precepto era la siguiente: “Las prohibiciones del artículo 1º no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una ley”. La supresión del último inciso denota una voluntad de estrechar las posibilidades de actuación de esta exención por ministerio de la ley. Con la redacción original la restricción podía ser prevista tanto en la ley como en el reglamento de desarrollo, sin embargo, de la expresión actual se deriva que tal restricción debe ser contemplada en la ley (sin perjuicio de que la misma sea, en su caso, desarrollada por un reglamento). El PLDC dispone esta previsión en el art. 4, apartados 1 y 2 con idéntica redacción. Su cambio de ubicación permite entender la exención respecto de tres ilícitos recogidos en los artículos que la preceden.

La exención por ministerio de la ley se justifica en la concepción social vigente en el ámbito de la libre competencia y supone el

¹⁰³⁸ El apartado 1 del art. 2 afirma que: “Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley. Por el contrario, serán de aplicación a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de las Administraciones Públicas, los entes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal”.

sometimiento de la ilicitud competitiva a la adecuación a normas ajenas al control de la libre competencia¹⁰³⁹. Es más, mediante esta exención se evita que otras normas produzcan la derogación de la LDC. Como recuerda BAÑO, los motivos de esta exención legal se encuentran en la necesidad de que la defensa de la competencia no prevalezca sobre otros intereses públicos que aconsejen su restricción¹⁰⁴⁰.

La activación de la exención impide la realización de un examen *antitrust*, produciendo una inaplicación directa, antes de tal valoración, si existe un interés público plasmado en una norma que impone a unos sujetos, sean públicos o privados, la adopción de un acuerdo contrario a la libre competencia. En cualquier caso, sólo será admisible la restricción de la competencia si no existe otro medio para alcanzar los fines públicos¹⁰⁴¹, es decir, si la restricción es consecuencia ineludible de la norma legal y se revela como necesaria para conseguir los objetivos de la misma¹⁰⁴². En la misma línea se ha afirmado que, en cuanto a intervención de los poderes públicos, la aplicación del art. 2.1 debe respetar los derechos subjetivos que conforman la libre competencia que se protege. Esto implica el examen de la necesidad, la proporcionalidad y la temporalidad de la disposición que origina una restricción de la competencia. Todo ello sin olvidar los límites derivados del derecho comunitario expresamente señalados en el principio del mencionado artículo¹⁰⁴³.

Según la LDC de 1989, las prácticas restrictivas que pueden beneficiarse de la exclusión del art. 2 LDC son las recogidas en el art. 1 LDC. Las mismas deben llevarse a cabo por operadores económicos con

¹⁰³⁹ VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit., pp. 453 y ss. y 580 y ss. Como señala el autor, se trata de una previsión muy cuestionada por la doctrina. En su estudio VICIANO recoge estas críticas acerca de la operatividad y coherencia de este sistema de exención general, aunque sin compartir las mismas.

¹⁰⁴⁰ BAÑO LEÓN, J.M., *Potestades Administrativas y garantías...*, cit., p. 86.

¹⁰⁴¹ *Ibidem*, p. 87.

¹⁰⁴² VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit., p. 467.

¹⁰⁴³ *Ibidem*, p. 578.

capacidad de obrar e independencia económica, pues, como ya se dijo, tales son los presupuestos de aplicación de la prohibición. En el caso de agentes económicos privados, el acuerdo adoptado debe tener su origen en una ley pero, a su vez, en una acción voluntaria de los sujetos que lo protagonizan, porque, de lo contrario, no entraría dentro del tipo del art. 1 LDC. Por otro lado, los poderes públicos también pueden adoptar acuerdos, en cuanto oferentes o demandantes de bienes y servicios en el mercado, contrarios a la competencia y que se beneficien de la exención del art. 2 LDC. Si bien es cierto que en este caso es difícil que los poderes públicos incurran en un supuesto de acuerdo colusorio, siendo lo más probable que el ilícito competencial provenga de un abuso de posición dominante que no puede justificarse en función de la exención general. Esta distinción se soluciona por el ya mencionado cambio de situación de la exención en el PLDC.

Dentro del art. 2.1 de la LDC de 1989 pueden diferenciarse dos situaciones. En primer lugar, las restricciones de la competencia pueden derivar de disposiciones cuyo objeto específico es eliminar el régimen general de lucha competitiva, permitiendo un acuerdo entre agentes económicos justificado en la protección de otro bien jurídico que es incompatible con el mencionado régimen¹⁰⁴⁴. Un ejemplo de este tipo de disposiciones, citando una resolución del TDC en aplicación del art. 2.1 LDC, es la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril). El 27 de julio de 2000 el TDC dictó resolución respondiendo a una denuncia de la Federación española de hoteles y otras organizaciones semejantes contra tres entidades de gestión de derechos de la propiedad intelectual (EGEDA, AISGE y AIE), por la imposición de tarifas por el uso de aparatos de televisión en las habitaciones de los hoteles¹⁰⁴⁵. Las demandantes estimaban la existencia de un abuso de

¹⁰⁴⁴ VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit., pp. 478 y 484.

¹⁰⁴⁵ Resolución del TDC de 27 de julio de 2000, Expte. 465/1999, *Entidades gestoras de derechos de propiedad intelectual*.

posición de dominio por parte de las demandadas así como la realización por las mismas de acuerdos contrarios al art. 1 de la LDC. Afirmando el abuso individual, el órgano administrativo consideró que no se había producido un acuerdo contrario a la competencia en el mercado, por entender aplicable el art. 2.1 de la LDC. El artículo en concreto del cual se deriva, a juicio del TDC, la imposición de la negociación es el art. 122.3 LPI que excluye, siempre según la interpretación del TDC, la determinación de la remuneración de modo unilateral por las entidades gestoras¹⁰⁴⁶. El mandato de la norma implica que la conducta imputada, el pacto entre distintos agentes económicos, queda incluida entre las tipificadas por el art. 2.1 LDC.

Además de este tipo de disposiciones, que muestran con cierta claridad la voluntad de construir una zona donde sea posible la realización de prácticas que se consideran restrictivas de la competencia y que se justifican en la protección de otro bien jurídico protegido, existe otro tipo de normas que, según la doctrina, pueden amparar restricciones concurrenciales¹⁰⁴⁷. Cabe que éstas se deriven de la aplicación concreta de una disposición cuyo objeto específico no es la eliminación del régimen de

¹⁰⁴⁶ Artículo 122. Comunicación pública

1. Corresponde al productor de grabaciones audiovisuales el derecho de autorizar la comunicación pública de éstas. Cuando la comunicación al público se realice por cable y en los términos previstos en el apartado 4 del artículo 20 de esta Ley, será de aplicación lo dispuesto en dicho precepto.

2. Los usuarios de las grabaciones audiovisuales que se utilicen para los actos de comunicación pública previstos en los párrafos f) y g) del apartado 2 del artículo 20 de esta Ley tienen obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los productores de grabaciones audiovisuales y a los artistas intérpretes o ejecutantes, entre los cuales se efectuará el reparto de la misma. A falta de acuerdo entre ellos sobre dicho reparto, éste se realizará por partes iguales.

3. El derecho a la remuneración equitativa y única a que se refiere el apartado anterior se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. La efectividad de este derecho a través de las respectivas entidades de gestión comprenderá la negociación con los usuarios, la determinación, recaudación y distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquél.

¹⁰⁴⁷ Se sigue la línea argumental de VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit., pp. 484 y ss.

libre competencia sino el establecimiento de un régimen jurídico de determinados contratos que pueden resultar restrictivos de la competencia. Un ejemplo citado por la doctrina especializada es la Ley de Patentes (11/1986 de 20 de marzo), en la que se permite, aunque no se impone, la conclusión de determinados acuerdos que podrían ser considerados restrictivos de la competencia¹⁰⁴⁸. La aplicabilidad de la exención por ministerio de la ley a este segundo tipo de restricciones ha sido una cuestión debatida por la doctrina. Quedando claro que no puede entenderse con similar amplitud al supuesto mencionado previamente, porque en estas disposiciones de cobertura se produce un simple reconocimiento y no una imposición, se ha cuestionado la posible aplicación del art. 2.1 LDC¹⁰⁴⁹

Según la interpretación dada por el TDC, la prohibición del art. 1 LDC actúa *ope legis*, a no ser que se cumplan *estrictamente* las condiciones contenidas en el artículo que prevé la exención por ministerio de la ley (art. 2.1 LDC) o las demás exenciones contenidas en los arts. 4 y 5 LDC. La aplicación del art. 2.1 requiere, como ya se señaló, que el acuerdo

¹⁰⁴⁸ Artículo 75. 1. Tanto la solicitud de patente como la patente pueden ser objeto de licencias en su totalidad o en alguna de las facultades que integran el derecho de exclusiva, para todo el territorio nacional o para una parte del mismo. Las licencias pueden ser exclusivas o no exclusivas.

2. Podrán ser ejercitados los derechos conferidos por la patente o por la solicitud frente a un licenciatario que viole alguno de los límites de su licencia establecidos en virtud de lo dispuesto en el apartado anterior.

3. Los titulares de licencias contractuales no podrán cederlas a terceros, ni conceder sublicencias, a no ser que se hubiere convenido lo contrario.

4. Salvo pacto en contrario, el titular de una licencia contractual tendrá derecho a realizar todos los actos que integran la explotación de la invención patentada, en todas sus aplicaciones, en todo el territorio nacional y durante toda la duración de la patente.

5. Se entenderá, salvo pacto en contrario, que la licencia no es exclusiva y que el licenciante podrá conceder licencias a otras personas y explotar por sí mismo la invención.

6. La licencia exclusiva impide el otorgamiento de otras licencias y el licenciante sólo podrá explotar la invención si en el contrato se hubiera reservado expresamente ese derecho.

¹⁰⁴⁹ Recoge VICIANO este debate, señalando cómo para algunos autores estas disposiciones no producen una liberación absoluta de la prohibición sino que debe existir un control caso por caso del TDC. Evidentemente, esta afirmación choca con el mismo contenido el art. 2.1 LDC que al declarar inaplicable la norma enerva las competencias del Tribunal mencionado, VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit., p. 485.

restrictivo tenga su origen en la aplicación de una ley o en las disposiciones reglamentarias dictadas en la aplicación de una ley. Por tanto, para aplicar esta disposición el Tribunal deberá comprobar este extremo y así acreditar que la disposición de cobertura está directamente relacionada con la conducta objeto de consideración¹⁰⁵⁰. No basta por tanto el mero reconocimiento de la legalidad de determinados tipos de acuerdos, sino que debe existir la mencionada acción positiva por parte de la norma que ha de imponer, favorecer o reforzar la conclusión de acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas restrictivas de la competencia, sin eliminar la facultad de decidir de los infractores.

En todo caso, la labor del Tribunal no acaba en la comprobación de la existencia de una norma de cobertura sino que debe ir más allá, examinando si el acuerdo restrictivo de la competencia respeta la finalidad de la norma habilitante y está amparado en todos sus términos por la disposición legislativa o reglamentaria o si, por el contrario, excede de la finalidad o de los límites de la misma¹⁰⁵¹. No se trata, por tanto, de una valoración *antitrust*, sino de un examen de la concordancia, en objetivos y contenido, entre norma de cobertura y conducta anticoncurrencial¹⁰⁵². Queda claro pues que al acuerdo que se pretende subsumir en la exención no se le aplican los parámetros de examen propios de la defensa de la competencia, sino que se evalúa su conformidad con la norma externa al sistema en la cual se pretende amparar.

Evidentemente, aun cuando el TDC pueda comprobar la adecuación entre el acuerdo y la ley, no puede entrar en la valoración de la constitucionalidad o legalidad de esta norma. Para articular este control el

¹⁰⁵⁰ VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública...*, cit., p. 498; sobre la aplicación del art. 2 de la LDC ver la Resolución del TDC, Expte. 569/03, *Semillas de remolacha*, FD. 4

¹⁰⁵¹ VICIANO PASTOR, J., loc. cit., p. 581.

¹⁰⁵² Se mantienen en este caso una opinión contraria al mencionado autor, que sostiene el carácter *antitrust* del examen señalado. *Ibidem*, p. 500.

PDLC prevé en el art. 12.3 que la Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

2.1.3. Las vías de control de los actos contrarios a la LDC.

La aplicación de la normativa *antitrust* puede realizarse por dos cauces. La acción pública a través de los organismos administrativos que imponen multas y sanciones a los agentes económicos que vulneran la competencia en el mercado y la acción privada. Sólo mediante la segunda vía, en la que un agente privado perjudicado por la actuación anticompetitiva demanda ante los tribunales ordinarios al infractor, puede conseguirse la nulidad del acto y el resarcimiento de los daños y perjuicios. Como ya se señaló en las páginas anteriores, la acción privada es característica de la tradición *antitrust* más antigua, representando en los Estados Unidos la vía predominante. En cambio, en el ámbito europeo la participación de los tribunales civiles ha sido mínima, siendo protagonistas los órganos administrativos. Sin embargo, esta tendencia puede cambiar tras la reforma efectuada por el Reglamento 1/2003 que dota a los órganos jurisdiccionales estatales de competencia plena para la aplicación de las normas comunitarias de la competencia y que ha sido acompañado en el Estado español por la habilitación de los juzgados de lo mercantil para tal aplicación¹⁰⁵³.

¹⁰⁵³ CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ, D., “La aplicación privada del Derecho de competencia...”, cit., p. 3. En el mencionado Reglamento se incide especialmente en la necesaria coordinación de los órganos administrativos con los jurisdiccionales, estableciendo instrumentos de cooperación, entre otros se prevé que tanto la Comisión como los órganos nacionales de defensa de la competencia puedan actuar en los procesos privados de aplicación de las normas comunitarias sobre la materia, utilizando la figura del *amicus curiae* propia del *Common Law*. Esta coordinación ha sido integrada en el PLDC.

En cuanto al derecho interno, la LDC de 1989, como el ordenamiento francés o el alemán, ha previsto un mecanismo jurídico administrativo para la defensa de la competencia, regulando en su Título II la composición y el funcionamiento de los órganos encargados de la misma¹⁰⁵⁴. En esta norma se establece un sistema de dos órganos diferenciados para tutelar la competencia: el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC)¹⁰⁵⁵ y el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC)¹⁰⁵⁶. El PLDC sustituye las mismas por la Comisión Nacional de la

¹⁰⁵⁴ Sobre el funcionamiento de este modelo ver especialmente BAÑO LEÓN, J.M., *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw Hill, Madrid, 1996. Del mismo autor, “El Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia: funciones y procedimiento”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, N°7, 1996, pp. 211-247.

¹⁰⁵⁵ El Servicio de Defensa de la Competencia previsto por la LDC de 1989 está adscrito al Ministerio de Economía siendo el órgano de la Administración General del Estado encargado de la instrucción e investigación de las conductas contrarias a la competencia de acuerdo con los artículos 1, 6 y 7 de la LDC y la instrucción de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE y del derecho derivado. El SDC realiza además otras actividades como son la ejecución del control de las concentraciones económicas; la cooperación, en materia de competencia, con organismos extranjeros e instituciones internacionales y, en concreto, de la colaboración con la Comisión Europea en la aplicación en España de las reglas comunitarias de competencia; las funciones de estudio, investigación, e informe de iniciativas legislativas en materia de defensa de la competencia.

¹⁰⁵⁶ El TDC regulado en la ley 16/1989 es un órgano administrativo de carácter autónomo, adscrito al Ministerio de Economía. El Tribunal realiza funciones de policía administrativa de carácter meramente declarativo, autorizativo, sancionador y consultivo, además de la realización de estudios e informes, todo ello con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico. De entre las funciones del TDC interesa para el presente estudio especialmente la sancionadora, cuyo procedimiento está regulado en los arts. 36 a 56 de la LDC y subsidiariamente en Ley 30/1992. Esta función se concreta en el examen y punición de las conductas tipificadas como infracciones en los arts. 1, 6 y 7 de la LDC. Este procedimiento sancionatorio finaliza con una resolución mediante la que se declara la ilicitud o licitud de una conducta así como, en su caso, los responsables de la misma y las sanciones que puedan corresponder. De manera accesoria, la ley permite al TDC que, una vez notificada la resolución a los interesados, ordene su inserción en uno o varios diarios de mayor difusión, cuestión que ha sido especialmente criticada por la doctrina. La declaración de ilicitud de una conducta puede comportar (art. 46.2. LDC): la orden de cesación de las prácticas prohibidas; la orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público y la imposición de multas. En todo caso, la LDC prevé en su art. 1.2 que las conductas prohibidas en virtud del apartado primero del mismo artículo y no amparadas en alguna de las exenciones previstas, son nulas de pleno derecho. Sin embargo, esta declaración de nulidad no le compete al TDC sino, en su caso, a los órdenes jurisdiccionales competentes. Sí que es competente este órgano administrativo, en cambio, para acordar mediadas cautelares siguiendo el procedimiento

Competencia (CNC), que estará formada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, como órgano resolutorio y la Dirección de Investigación. El art. 13 del PLDC prevé expresamente la actuación en la materia de los órganos de las Comunidades Autónomas que sean competentes.

Según el art. 12 de este Proyecto de Ley, a la CNC le corresponde preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional, así como velar por la aplicación coherente de la LDC. Respecto del control de los acuerdos restrictivos de la competencia, según el art. 24 del PLDC, la CNC es competente para aplicar la ley en materia de conductas restrictivas de la competencia, sin perjuicio de la actuación de los órganos autonómicos y de la jurisdicción competente. También se le atribuye, con la misma salvedad respecto de los órganos jurisdiccionales, la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE y su derecho derivado.

La resolución de los asuntos atribuidos a la CNC le corresponde al Consejo de la misma, art. 34 del PLDC. La instrucción de los expedientes así como la elaboración de propuestas de resolución se encarga a la Dirección de investigación de la CNC, *ex art.* 35 del Proyecto. En materia de conductas prohibidas, el procedimiento sancionador finaliza mediante una resolución en la que el Consejo puede declarar: la existencia de conductas prohibidas por la LDC o por los arts. 81 y 82 del TCE; la existencia de conductas que dada su escasa importancia no pueden afectar a la competencia de manera significativa o la no existencia de prácticas

del art. 45 LDC Por último, respecto del proceso de autorización cabe señalar brevemente que mediante el mismo se pretende comprobar la concurrencia de los supuestos de hecho que justifican la exención prevista en la ley. Se encuentra regulado en el art. 38 de la LDC y las partes pueden instarlo incluso habiéndose comenzado un expediente para la constatación de la existencia de una práctica prohibida por el art. 1 de la misma norma. Sobre este procedimiento ver, HUERTA, F, “Doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre los ilícitos tipificados en la Ley de Defensa de la Competencia”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2002, Nº 11, pp. 19 y ss.; BAÑO LEÓN, J.M., “El Servicio de Defensa de la Competencia...”, *cit.*, p. 237.

prohibidas. Esta resolución puede contener una orden de cesación de las prácticas, una imposición de condiciones u obligaciones, una orden de remoción de los efectos de las prácticas, multas u otras medidas cuya adopción esté autorizada por la ley. Como es evidente, contra las resoluciones del Consejo cabe recurso contencioso-administrativo en los términos previstos en la Ley 29/1998 de 13 de julio.

Ha podido apreciarse que la aplicación de la LDC se encomienda claramente a los órganos administrativos, lo cual no enerva la participación del orden jurisdiccional civil. Efectivamente, la LDC se ocupa de la protección del interés general y no del de los operadores económicos afectados por las prácticas que prohíbe. Éstos pueden estar interesados en la declaración de nulidad de los actos restrictivos de la competencia o en la obtención de una indemnización por los daños causados, cuestiones que se remiten al orden jurisdiccional civil. Respecto a la indemnización por daños y perjuicios el art. 13 de la LDC de 1998 es claro, y así lo ha interpretado la doctrina, al afirmar que la acción de resarcimiento ante el órgano jurisdiccional civil debe atender a la declaración firme en la vía administrativa o en la jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones contra las resoluciones del TDC¹⁰⁵⁷. La cuestión de la declaración de nulidad de las prácticas es más compleja.

Como ya se comentó, el art. 1.2 de la LDC establece la nulidad de los actos que contravengan el primer apartado del mismo y no entren en el ámbito de aplicación de alguna de las exenciones previstas. Sin embargo, esta previsión no es suficiente para atribuir la competencia de la declaración de nulidad al órgano encargado de aplicar la norma, el TDC, puesto que dicha potestad es competencia exclusiva del juez civil. Interpretando el contenido de la norma y la jurisprudencia, la doctrina ha señalado que, si

¹⁰⁵⁷ CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ, D., “La aplicación privada del Derecho de competencia...”, cit., p. 9.

bien los tribunales civiles son competentes para aplicar esta norma y declarar la nulidad, esta competencia debería supeditarse a la previa declaración de la infracción por el TDC o por el orden contencioso administrativo¹⁰⁵⁸. Recordando el carácter administrativo de la actividad del Estado dirigida al mantenimiento del orden público económico, el TS ha afirmado en varias ocasiones que no es posible extender la jurisdicción de los juzgados y tribunales a materias de la competencia exclusiva o privativa de la Administración, como es la relativa a la defensa de la competencia en aplicación de la LDC¹⁰⁵⁹. En este sentido señalaba el Tribunal, que aunque a efectos prejudiciales cada orden jurisdiccional pueda conocer de asuntos que no le están atribuidos privativamente, esta facultad no permite realizar la mencionada extensión, añadiendo que “el Tribunal de Defensa de la Competencia actúa como un órgano administrativo para dilucidar la problemática competencial y las posibles prácticas restrictivas y por ello el art. 50 de la Ley establece que ese Tribunal ajustará su actuación a los

¹⁰⁵⁸ MARÍN ARESTI, P. “Competencia para declarar la existencia...”, cit., pp. 403-404.

¹⁰⁵⁹ STS de 18 de mayo de 1985; STS de 30 de diciembre de 1993, recurso núm. 211/1991; STS de 4 de noviembre de 1999, núm. 908/1999, todas ellas de la Sala de lo Civil. Las dos primeras en aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia de 1963 y la última de la LDC de 1989. En la STS de 30 de diciembre de 1993, el Tribunal señaló en el FJ. 3º que “se reitera en el preámbulo de la propia Ley (...) que «con la presente Ley viene a limitarse uno de los aspectos más importantes del orden público, adjetivándole dentro de un sistema administrativo de economía libre y configurando así un orden público económico», refiriéndose seguidamente a «la actividad de la Administración dirigida a conformar económicamente a la Sociedad», así como a «los actos administrativos» que emanan del «sistema de intervención económica», y el párr. 3 de ese apartado III del preámbulo se intitula «La oportunidad de la Ley desde el punto de vista administrativo», teniendo los órganos encargados de la aplicación de esta Ley carácter administrativo, incluido el Tribunal de Defensa de la Competencia, no obstante ser calificado en la Ley de órgano jurisdiccional ya que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan» (art. 117.3 de la Constitución) y el citado Tribunal no figura formando parte de los que la Ley Orgánica del Poder Judicial establece como integrantes de dicho poder al que el Texto Fundamental atribuye la función jurisdiccional y así resulta del propio Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, reformado por Real Decreto de 24-9-1982, cuyo art. 3.º dispone que «la competencia del Tribunal, en cuanto a las declaraciones o intimaciones previstas en la Ley, será privativa en el orden administrativo»...”.

preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo, es decir, que la posible litigiosidad sobre estos aspectos no discurre por los cauces de la jurisdicción ordinaria”¹⁰⁶⁰.

Por su parte, el TDC ha recogido esta jurisprudencia afirmando que, la competencia para determinar si ha existido una infracción de dicha norma le corresponde en exclusiva no existiendo ningún tipo de reparto de competencias atendiendo a la naturaleza del sujeto imputado¹⁰⁶¹. Así, aun cuando no es competente para declarar derogadas o eliminar normas por anulación si vulneran otras de rango superior, pues esta función pertenece en exclusiva a los órganos jurisdiccionales, debe afirmarse su carácter de órgano competente para examinar y determinar si una conducta infringe o no la LDC¹⁰⁶².

Esta solución ha sido igualmente apuntada por la doctrina. Como ha señalado BAÑO, si la declaración de ilicitud de la conducta determina la posibilidad de determinar su nulidad en función de la LDC, la evaluación de la primera debe condicionar la segunda. Esta ilicitud requiere una evaluación por los órganos encargados de la defensa de la competencia, que han de determinar tanto la concurrencia del comportamiento anticompetitivo como la posibilidad de aplicar una exención prevista por la norma o incluso la eventual cobertura de la actuación en un reglamento de exención por categoría¹⁰⁶³. En el ámbito *antitrust* la declaración de que un determinado acuerdo es contrario a la competencia va a depender de la resolución a la que llegue el TDC tras la realización del procedimiento

¹⁰⁶⁰ STS de 4 de noviembre de 1999, núm. 908/1999, FD. 2º, ya en aplicación de la LDC de 1989. Sobre la cuestión ver el comentario de MARÍN ARESTI, P. “Competencia para declarar la existencia de infracciones a la Ley de Defensa de la Competencia”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 52, 2000, pp. 393-413

¹⁰⁶¹ Resolución del TDC, expte. 435//1998, *Farmacéuticos de Sabadell*, de 28 de junio de 1999.

¹⁰⁶² Resolución del TDC, expte. 477/1999, *Colegio de Procuradores*, de 16 de noviembre de 2000.

¹⁰⁶³ BAÑO LEÓN, J.M., “El Servicio de Defensa de la Competencia...”, cit., pp. 240-241.

plasmado en la LDC, incluyendo asimismo la posterior revisión que de su resolución se realice en el orden contencioso-administrativo¹⁰⁶⁴.

Así las cosas ha sostenido el mencionado autor que, en términos jurídico-materiales, “no es posible que un juez civil declare que un acto o contrato es nulo por vulnerar las prohibiciones de la LDC, si no ha habido previamente una declaración firme del TDC”. La razón fundamental es que la LDC admite exenciones que requieren de una interpretación especializada cuya realización se encuentra atribuida de manera específica a un órgano *ad hoc* y a la jurisdicción contencioso-administrativa. De todo lo cual debería deducirse que la declaración del TDC es requisito *sine qua non* para determinar la violación de la LDC¹⁰⁶⁵, lo cual parece totalmente acorde con las razones que justifican la creación de un órgano especializado para evaluar los ilícitos *antitrust*, que habitualmente comprenden una mayor complejidad exigiendo un procedimiento administrativo especial. Por añadidura, como recuerda BAÑO, lo contrario podría implicar una aplicación de la LDC por el juez ordinario con criterios contrarios a los utilizados por los órganos encargados de la aplicación de la legislación antimonopolio¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁴ Artículo 49 LDC. Recursos contra las resoluciones del Tribunal. Contra la adopción de medidas cautelares y las resoluciones definitivas del Tribunal de Defensa de la Competencia no cabe ningún recurso en vía administrativa y sólo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

¹⁰⁶⁵ BAÑO LEÓN, J.M., “El Servicio de Defensa de la Competencia...”, cit., pp. 242-245.

¹⁰⁶⁶ BAÑO LEÓN, J.M., *Potestades Administrativas y garantías...*, cit., p. 274; esta interpretación no es privativa de la doctrina administrativista sino que ha sido igualmente sostenida desde la óptica del derecho mercantil. Así, MARTÍN ARESTI, comentando la STS de 4 de noviembre de 1999 ha sostenido la adecuación de esta interpretación de la LDC, afirmando que los jueces civiles son competentes para aplicar esta norma, pero que esta competencia está supeditada a la previa declaración de infracción de por el TDC o en su caso por los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo. Las razones que sostienen esta argumentación son varias, en primer lugar y coincidiendo con BAÑO, la falta de medios y de especialización de los órganos jurisdiccionales del orden civil. En segundo lugar, desde el punto de vista de los intereses protegidos, la constatación de que con la LDC se persigue la protección de un interés público. Por último, se aducen igualmente los perjuicios que pueden derivarse de una aplicación simultánea y divergente

La claridad del razonamiento, choca con un obstáculo de carácter procesal, que no fue contemplado por el TS en las sentencias comentadas, puesto que la norma de 1989 no se acompañó de ningún mecanismo normativo que permita articular esta secuencia. La articulación entre la acción pública y la privada, presente parcialmente en el ya mencionado Reglamento 1/2003 para la aplicación de las normas comunitarias de la competencia, no se encuentra en la LDC de 1989. Esta inexistencia determina que, *de facto*, no pueda exigirse un pronunciamiento previo de los órganos encargados de la defensa de la competencia para la aplicación de la LDC por los órdenes jurisdiccionales competentes para declarar, en su caso, la nulidad de los actos contrarios a la competencia. De esta manera pueden darse dos tipos de situaciones: que se invoque la contradicción de la LDC sin haber iniciado un procedimiento ante el TDC, lo que forzaría a un juez no especializado a aplicar la compleja normativa de la competencia, o que el TDC haya fallado de antemano considerando la conducta en cuestión contraria o acorde a la LDC.

El primero de los supuestos es el realmente problemático, pues puede dar lugar a un resultado incongruente si una de las partes decide *a posteriori* acudir ante el TDC para pedirle una valoración del acuerdo o conducta que se ha estimado, o no, anticompetencial. La solución a estas cuestiones ha sido uno de los objetivos del proceso de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia. El PLDC incluye nueve Disposiciones Adicionales que introducen modificaciones de determinadas normas jurisdiccionales y procesales a efectos de articular la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia (estatales y comunitarias) con la aplicación de esta norma por parte de los órganos administrativos competentes. En el PLDC se establece la competencia de los jueces de lo mercantil para aplicar los artículos 1 y 2 de la ley, modificando la LOPJ. La LEC también se

de la LDC por parte de las autoridades administrativas y de los tribunales civiles. MARÍN ARESTI, P. “Competencia para declarar la existencia...”, cit., pp. 403-404.

modifica, introduciendo la previsión de la participación de los órganos nacionales y comunitarios de la competencia como *amicus curiae* en los procedimientos de aplicación de la norma. También está prevista la cooperación de los órganos administrativos con los jurisdiccionales, estableciendo diversas vías para ello y llegando incluso a establecer la posibilidad de suspender un procedimiento cuando el juez competente considere necesario conocer el procedimiento administrativo para dictar una sentencia definitiva en aplicación de las normas nacionales y comunitarias de la competencia.

2.2. El control de los actos de competencia desleal.

Como ya se comentó, la otra cara de la defensa de la competencia, complementaria a la anterior, es la prohibición de competencia desleal. La actuación de los distintos actores en el mercado genera una serie de relaciones extracontractuales entre quienes compiten en su seno que deben desarrollarse de manera acorde a la buena fe¹⁰⁶⁷. Este concepto propio de

¹⁰⁶⁷ La buena fe está presente de forma tanto implícita como expresa en el ordenamiento (art. 7.1 y 1258 del Código Civil, disposiciones del mismo código en torno a obligaciones o régimen de la propiedad), sin que exista una definición normativa de un concepto ligado a valoraciones sociales variables en cada tiempo y lugar. Como principio general del derecho desempeña tres funciones principales, la labor informadora, la labor integradora (1.258 CC) y la labor interpretativa (7.1 CC), con el límite de que su aplicación solo será posible en defecto de ley o costumbre, no pudiendo servir su alegación para la no aplicación de una norma. Sin embargo, cabe matizar que la inclusión de la buena fe de forma expresa en algunas disposiciones legales eleva su rango de principio a norma, perdiendo así su carácter supletorio. Como ha señalado la doctrina, el principio de buena fe carece de definición clara en nuestro ordenamiento, siendo de común aceptación doctrinal que con este principio “se está aludiendo a los de honestidad, honorabilidad, fidelidad, lealtad y al respeto a la confianza que de una determinada relación hace surgir entre las partes”. Es posible por tanto entender la buena fe como un estándar jurídico, un modelo de conducta social o una conducta socialmente considerada como un arquetipo y que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado. Así, el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico, por ello, la imposición del principio de buena fe obliga a las partes de una relación a adoptar un comportamiento de acuerdo a los valores mencionados. Sobre la cuestión vid. especialmente, NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales...*, cit., pp. 247 y ss.

las relaciones contractuales es utilizado por la LDC con sinónimo de lealtad y modelo de conducta al que deben adecuarse las relaciones entre los agentes en el mercado¹⁰⁶⁸. Como ha señalado la doctrina, el actual *modelo social* de competencia desleal se caracteriza por “abandonar las fronteras del derecho privado clásico para ingresar en el ámbito del derecho económico de intervención”¹⁰⁶⁹. En esta operación, los intereses protegidos por la norma se han ampliado y el modelo referido ya no responde como antaño a un juicio de corrección profesional sino a un juicio de adecuación del comportamiento al ordenamiento económico¹⁰⁷⁰.

En este sentido ha señalado ALONSO que la LCD de 1991 consagra un modelo social, porque supera la defensa del interés privado de los empresarios para abarcar la protección del interés colectivo de los consumidores y del interés público del Estado en mantener un orden concurrencial debidamente saneado¹⁰⁷¹. Igualmente, se ha afirmado en la jurisprudencia que en la LCD existe “un compendio o entramado de intereses públicos y privados dignos de tutela, desvinculando la persecución del acto del tradicional requisito de la relación de competencia, lo que sólo tenía sentido en el seno de una concepción profesional y corporativa de la disciplina. No se trata de un juicio deontológico, sino político-económico, incardinado en criterios jurídicos y economicistas anti-trust”¹⁰⁷². El control

¹⁰⁶⁸ ILLESCAS ORTIZ, R., Voz “Derecho de la competencia: la libre competencia”, cit.

¹⁰⁶⁹ MENÉNDEZ A., *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988, p. 98.

¹⁰⁷⁰ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Madrid, 1997, p. 62. Señala la autora que para que un comportamiento se reputa como desleal ha de distorsionar de modo objetivo el funcionamiento del mercado. La diferencia con el ilícito previsto en la LDC sería por tanto cuantitativa y no cualitativa, es decir, sólo las infracciones que lesionen el funcionamiento del mercado de manera tal que se afecte al interés público serán contempladas por la LDC y controladas por los órganos administrativos. Las otras, conforme con la regla de *minimis*, quedan fuera del ámbito de esta norma y son susceptible de ser controladas por la vía de la LCD.

¹⁰⁷¹ ALONSO SOTO, R., “Competencia desleal y defensa de la competencia...”, cit., pp. 12 y 13.

¹⁰⁷² Sentencia Juzgado de Primera Instancia Valencia, (Núm. 17), de 31 julio 2003, núm. 330/2002.

de la coherencia o conformidad de la actividad empresarial a este determinado modelo de conducta calificado como leal es la función específica de la regulación de la competencia desleal¹⁰⁷³.

2.2.1. La Ley de Competencia Desleal como límite jurídico a la libertad de empresa: breve referencia al contenido de la norma.

Con la interdicción de conductas desleales en el mercado se modula, evidentemente, el ámbito de desarrollo de la actividad productiva por cuenta propia o ajena, en concurrencia con otros. De esta manera, la LCD responde a la idea de que el derecho de iniciativa económica privada no puede ser ejercitado a través de determinados comportamientos que supriman, restrinjan, falseen la estructura competitiva en el mercado, o la libre formación y desarrollo de las relaciones económicas del mercado¹⁰⁷⁴.

La LCD tiene por finalidad, como dice su artículo 19, la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado y a

¹⁰⁷³ PAZ-ARES, C., “Constitución económica y competencia desleal”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 34, N° 4, 1981, p. 927. Como se ha esforzado en recordar la jurisprudencia, “(l)a legislación sobre la competencia, y concretamente la Ley de Competencia Desleal, constituye un eslabón más del proceso de renovación de nuestro Derecho mercantil que, como ya se ha dicho anteriormente, se inserta dentro del marco económico diseñado tanto por la Constitución -arts. 38, 51, 128, etc.- como por los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas. Esta legislación supone una superación del ordenamiento mercantil tradicional, representado del Código de Comercio, caracterizado, (...), por el desfase histórico consistente en ser poco menos que un Código de tienda y almacén, para comerciantes más próximos a tenderos, auxiliados de «factores, dependientes y mancebos» y sujetos a una contabilidad de «escritorio», desconocedor en suma de la producción industrial y de la intermediación comercial en masa y, en consecuencia, de los problemas relativos a la competencia tal y como éstos se manifiestan en la actualidad. Y asimismo contiene una serie de directrices, propias de una economía de mercado que ha de ser social, como impone el propio art. 38 de la Constitución y las normas contenidas en los principios rectores de la política social y económica del capítulo 3° del título 1° de la Constitución, que lo alejan de las primeras normas de Derecho mercantil, como fue por ejemplo la Ley de Propiedad Intelectual de 16 de mayo de 1902, que tomó por primera vez en consideración al consumidor -sic, art. 138- pero lo hizo exclusivamente en el papel de cliente, dotándoles así de un status patrimonial afecto a la hacienda”, Sentencia Juzgado de lo Mercantil Sevilla, núm. 75/2005, de 28 julio.

¹⁰⁷⁴ STS de 24 de noviembre de 2006, (Sala de lo Civil, Sección 1), núm. 1169/2006, FD. 2°.

tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales (art. 2). Se establecen así los elementos que delimitan el acto de competencia desleal: un elemento objetivo puro, que es una conducta de mercado, con la finalidad de competir en su seno, que lesiona los intereses privados de los competidores así como los intereses del resto de los participantes en el mercado y el interés público; un elemento subjetivo, como es la actuación de cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado¹⁰⁷⁵ y finalmente un elemento territorial, que es la producción de efectos en el mercado español¹⁰⁷⁶. En otros términos, en la LCD la deslealtad se funda en la trasgresión de las normas objetivas de conducta que emanan del principio de competencia económica y pesan sobre todos los agentes que desarrollan una actividad económica en el mercado¹⁰⁷⁷

Debe remarcarse el amplio ámbito subjetivo de la norma, tanto en la legitimación activa como en la pasiva, que no requiere ni la condición de empresario ni la competencia directa con el perjudicado. Como ha señalado el TS, para que exista un acto de competencia desleal basta con que se cumplan las dos condiciones previstas en el párrafo primero del art. 2 LCD (acto realizado en el mercado y con fines comerciales), no siendo preciso que los sujetos (agente y paciente) del acto sean empresarios ni que medie entre ellos ninguna relación de competencia¹⁰⁷⁸. Por añadidura el art. 20 LCD, donde se plasma la legitimación pasiva, permite ejercitar acciones

¹⁰⁷⁵ El propio Preámbulo de la Ley 3/1991 afirma que para que exista un acto de competencia desleal basta con que se cumplan las dos condiciones previstas en el párrafo primero del art. 2, es decir, que el acto se realice en el mercado y que se lleve a cabo con fines comerciales.

¹⁰⁷⁶ VÁZQUEZ LEPINETTE, T., “Concurrencia en el mercado y cláusula general de competencia desleal, Comentario a la Sentencia del TS de 15 de abril 1998”, *Revista de derecho patrimonial*, Nº 2, 1999, p. 303, *apud*, MASSAGUER, J., Voz, “Competencia desleal”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. I, Madrid, 1995, p. 1178; ILLESCAS ORTIZ, R., Voz “Derecho de la competencia: la libre competencia”, cit

¹⁰⁷⁷ MASSAGUER FUENTES, J., “La cláusula de prohibición de la competencia desleal”, cit., p. 100.

¹⁰⁷⁸ STS de 18 de octubre, (Sala de lo Civil), Nº 963/2000, FD. 4º.

contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el pacto de competencia desleal o haya cooperado a su realización¹⁰⁷⁹. En su apartado segundo, este artículo prevé expresamente la realización de un acto de competencia desleal por trabajadores. En estos casos, *ex art. 20.2 LCD*, no será posible una acción directa contra ellos que persiga la declaración de la deslealtad del acto o la rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas (art. 18. 1 y 4 LDC). Cualquiera de estas acciones deberá dirigirse contra el empleador. En cambio la LCD contempla la posibilidad expresa de que los trabajadores respondan ante la acción de resarcimiento de daños y de enriquecimiento injusto (art. 18.5 y 6 LCD). Esta responsabilidad de los trabajadores, por los daños causados por su comportamiento desleal, se regirá por lo dispuesto por el derecho civil.

Es una cuestión fundamental el tener en cuenta que este reproche de deslealtad sólo toma en consideración los efectos de la norma cuestionada en el orden concurrencial, buscando el funcionamiento eficiente del mercado y la igualdad entre los actores económicos, sin voluntad de obtener el cumplimiento del conjunto del ordenamiento por parte de los mencionados actores. Es más, la declaración de deslealtad por este motivo es un juicio específico e independiente, añadido a la ilegalidad de la actuación, la cual debe perseguirse por los cauces oportunamente establecidos en la norma vulnerada. La sanción es, por tanto, adicional a la prevista en la norma vulnerada, abriendo otra vía para la obtención por un tercero de la legitimación para instar la cesación o la prohibición de un determinado acto, la remoción de sus efectos o el resarcimiento de daños y perjuicios (arts. 18 a 21 LCD). Mediante estas sanciones se persigue el interés general en el mantenimiento de un mercado. Junto a éste,

¹⁰⁷⁹ Las acciones contra el acto de competencia desleal se recogen en el art. 18 LCD, que incluye las siguientes: acción declarativa de la deslealtad del acto; acción de cesación del acto o de prohibición del mismo; acción de remoción de los efectos producidos por el acto; acción de rectificación de las informaciones engañosas; acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto si ha intervenido dolo o culpa del agente y acción de enriquecimiento injusto.

indudablemente, aparece el interés de los competidores en que se repriman aquellas conductas que a él mismo le están prohibidas.

2.2.2. Conductas desleales de especial interacción con las relaciones de trabajo: la exigencia general de buena fe y la inducción a la finalización de un contrato.

Para el control de la actividad en el mercado la LDC establece una cláusula general prohibitiva de la competencia desleal, que reputa ilícito todo comportamiento que resulte contrario a las exigencias de la buena fe (art. 5 LDC). Según ha señalado el Tribunal Supremo, “con la cláusula general del art. 5 LCD se ha optado por establecer un criterio de obrar, como es la buena fe, de alcance general, con lo cual, implícitamente, se han rechazado los más tradicionales (corrección profesional, usos honestos en materia comercial e industrial, etc.), todos ellos sectoriales y de inequívoco sabor corporativo (...) lo que viene a subrayar el contenido ético-social de las conductas y los valores generales de honradez, propia responsabilidad y atencimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena...”¹⁰⁸⁰. En sentencias posteriores el Tribunal concretaba el contenido del art. 5, afirmando que el mismo configura una cláusula general de buena fe, estableciendo una norma jurídica en sentido técnico, es decir, “una norma completa de la que se derivan deberes jurídicos precisos para los particulares tal y como sucede con el art. 7.1 del Código Civil (...) la cláusula general tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que la Ley ha estimado tipificar en concreto”¹⁰⁸¹. Como comenta la doctrina, la cláusula general impone el respeto del contenido mínimo de la libertad de empresa y la omisión de

¹⁰⁸⁰ STS (Sala de lo Civil) de 20 de mayo de 1996, núm. 223/1996, FD. 4º.

¹⁰⁸¹ STS de 24 de noviembre de 2006, (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 1169/2006, FD. 2º.

conductas que supriman, restrinjan o falseen la dimensión organizadora de la competencia, amenazando de forma más o menos directa la estructura competitiva del mercado, el *modus operandi* institucionalmente típico de sus partícipes y la libre formación y el desarrollo de las relaciones económicas en el mercado¹⁰⁸²

Mediante esta exigencia de buena fe se reprimen conductas que no pueden ser subsumidos en los supuestos de deslealtad competitiva que se desgranar en la LCD (arts. 6 a 17). Éstos pueden ser agrupados en tres tipos: actos contrarios a los intereses de los competidores (denigración, imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos, inducción a la desviación contractual); actos contrarios a los intereses de los consumidores (confusión, engaño, entrega de obsequios, primas y regalos, comparación, discriminación); actos contrarios a los intereses del mercado (dependencia económica, venta a pérdida, violación de normas). Estos comportamientos no agotan el contenido de la cláusula general, la cual tiene como misión servir de válvula de autorregulación y adaptación de la LDC a la realidad cambiante¹⁰⁸³.

De entre las conductas reseñadas, y dejando para un momento posterior la deslealtad por infracción de norma, cabe realizar una mención especial a la “inducción a la desviación contractual”, recogida en el art. 14 LDC. En el apartado primero de este artículo se considera desleal la “inducción a los trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores”. El apartado segundo del mismo artículo contempla la inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento de una infracción contractual ajena cuando esta conducta tenga por objeto la

¹⁰⁸² MASSAGUER FUENTES, J., “La cláusula de prohibición de la competencia desleal”, cit., p. 102.

¹⁰⁸³ Ibidem, p. 109.

difusión o explotación de un secreto o vaya acompañada de engaño o volunta de eliminar a un competidor del mercado.

Se establecen así tres distintos actos de competencia desleal: la inducción a la infracción de deberes contractuales básicos (art. 14.1º), la inducción a la terminación regular de un contrato y el aprovechamiento de una infracción contractual ajena no inducida (art. 14.2º). Sólo la primera conducta se considera desleal de manera automática, las dos segundas, precisan de la concurrencia de los requisitos señalados.

Los tres supuestos tienen un especial nexo con las relaciones laborales, siendo un supuesto típico tanto la inducción a los trabajadores a la infracción contractual para beneficiarse de la misma, como la inducción a la terminación regular de un contrato, y la posterior contratación de los trabajadores de otra empresa competidora, con idénticos fines competitivos. Ambos casos requieren, evidentemente, la participación de los trabajadores, sobre los que puede recaer una sanción de resarcimiento de daños y perjuicios a su antiguo empresario por aplicación del art. 20.2 LCD, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que por incumplimiento del art. 21. 1 ET pudieran aplicársele. Cuestiones todas ellas que serán analizadas en los posteriores epígrafes.

2.3. Los nexos de unión entre las normas de defensa de la competencia: paralelismos entre el art. 2 LDC y el 15 LCD (la deslealtad por infracción de normas).

Aun cuando la LDC y la LCD persigan un objetivo coincidente, la propia institución de la competencia, las vías de actuación son distintas. La LCD persigue los ataques a la competencia que, aun no revistiendo una envergadura suficiente para producir una lesión de envergadura al interés público, son contrarios al funcionamiento del mercado y lesionan el interés

de los sujetos que en el participan. Por este motivo, los procesos en materia de competencia desleal se tramitan por el orden jurisdiccional civil, reflejándose la preponderancia de la defensa de los intereses privados. Sin embargo, a efectos de mantener la ya mencionada “función social”, se ha establecido un sistema que permite a la administración pública intervenir de oficio enjuiciando los actos de competencia desleal que atentan directamente contra el mercado, a través de la habilitación de los órganos competentes para aplicar la Ley de Defensa de la Competencia. El art. 7 de la LDC, (art. 3 del PLDC) declara la competencia de los órganos administrativos mencionados para conocer de los actos de competencia desleal que, por perturbar la libre competencia, afecten al interés público. Cuando no llegue a producirse este efecto, incidiendo los mencionados actos únicamente en los intereses particulares de los competidores, la deslealtad quedará excluida de la vía administrativa, derivándose en exclusiva a la civil. Como ha señalado ALONSO, mediante esta norma de habilitación se legitima la intervención del Estado en la defensa de la competencia en su globalidad, complementando la LCD y estableciendo la congruencia del sistema legal¹⁰⁸⁴.

Además de este art. 7 de la LCD existe entre esta norma y la LDC otro punto de conexión, el art. 15 que tipifica los actos desleales por infracción de normas. El apartado primero consagra la ilicitud por obtener una ventaja competitiva significativa mediante la infracción de cualquier norma ajena al ordenamiento de la competencia es decir, una *ilicitud externa*. El apartado segundo considera desleal la simple infracción de normas jurídicas destinadas expresamente a la regulación concurrencial. Estas dos vías no persiguen el cumplimiento de la norma vulnerada, sino evitar que dicha infracción redunde en una ventaja competitiva respecto de los otros actores económicos que permanecen en el cumplimiento de la

¹⁰⁸⁴ ALONSO SOTO, R., “Competencia desleal y defensa de la competencia...”, cit., pp. 14 y ss.

norma, cerrando el sistema ordenador de la competencia en el mercado¹⁰⁸⁵. La finalidad, como señala ALFARO, es mantener la *par condicio concurrentium* legal es decir, las condiciones de competencia que han sido reguladas por el legislador mediante el establecimiento de un punto de partida común para los participantes en el mercado¹⁰⁸⁶.

El art. 15.1 de la LCD es especialmente interesante para la cuestión que ocupa al presente trabajo por cuanto abre la normativa de la competencia al resto del ordenamiento jurídico, incluido el laboral. En el tipo de la disposición mencionada no entra cualquier infracción normativa sino sólo aquellas que permitan la obtención de ventajas competitivas significativas, falseando o alterando el funcionamiento del mercado y siempre que el infractor se haya prevalido de la ventaja en el mercado, sin que sea necesaria la existencia de un daño efectivo a un competidor. En esta línea ha remarcado el TS que la mera infracción normativa no constituye por sí sola una conducta desleal, ya que se exige que la ventaja competitiva represente una ventaja real y no potencial, debiendo darse el nexo de unión causal entre la infracción y mejor posición competitiva alcanzada en el mercado¹⁰⁸⁷.

Como indica ALFARO, la violación de una norma susceptible de provocar costes a los empresarios es idónea para constituir un medio de competencia desleal “en la medida en que permite al empresario que reinvierte lo ahorrado al infringir la norma hacer sus prestaciones más atractivas”¹⁰⁸⁸. Entre los distintos supuestos que el autor considera en el tipo

¹⁰⁸⁵ SOLER MASOTA, P., “Infracción de normas como acto de competencia desleal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 11, 2002, pp. 183 y ss.

¹⁰⁸⁶ Ejemplifica la cuestión el autor con una fórmula simple, “lo que no me está permitido hacer no debe permitírsete a ti tampoco”, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Competencia desleal por infracción de normas”, *Rev. Derecho Merc.*, 1991, pp. 668 y ss.

¹⁰⁸⁷ STS de 24 de junio de 2005 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 512/2005, FJ. 1º.

¹⁰⁸⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Competencia desleal por infracción de normas”, cit., p. 683. Tomando un ejemplo de la jurisprudencia, es particularmente interesante la SAP Barcelona la cual señalaba cómo “...la explotación del negocio sin la licencia de espectáculos y, por tanto, sin sujeción a las normas que regulan los espectáculos públicos

se encuentran las normas laborales y en particular los convenios colectivos¹⁰⁸⁹.

Este apartado primero del art. 15 LCD se enlaza además de manera íntima con el fundamental art. 2.1 LDC que regula la exención por ministerio de la Ley en la norma de 1998. El conjunto de los dos artículos abre el sistema de defensa de la competencia al resto del ordenamiento jurídico. Siguiendo lo afirmado por ALFARO, debe recordarse que según el art. 2.1 LDC (art. 4 PLDC) no son perseguibles las prácticas restrictivas que deriven de la aplicación de una norma legal o reglamentaria. Se trata, como indica el autor, de prácticas *ilícitas* si se examinan desde el punto de vista exclusivo del derecho de la competencia, al ser *ilícitos internos*, pero cuya

(normativa fiscal, acondicionamiento del local, salarios y Seguridad Social, derechos de autor) genera un abaratamiento de los costes significativo. Dicho ahorro no queda en una simple ampliación del margen de beneficios, en cuyo caso no podría hablarse de prevalimiento en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes (artículo 15.1 de la Ley de Competencia Desleal) sino que se reinvierte en el negocio repercutiendo directamente sobre los precios que se aplican a los clientes o a las empresas que contratan con el demandado la presencia de turistas en el local”, SAP Barcelona, de 1 de septiembre de 1999, Recurso de Apelación, núm. 846/1996.

¹⁰⁸⁹ En la jurisprudencia relativa a la aplicación del art. 15 LCD pueden encontrarse afirmaciones contradictorias. Por un lado, distintas sentencias han afirmado la inclusión de los convenios colectivos en el ámbito del art. 15. 1 LCD. Así, la AP de la Rioja consideraba que, respecto del elemento objetivo del mencionado precepto, “...la doctrina defiende de modo unánime -y asimismo con acierto- que en el ámbito de los dos apartados del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal se integra la infracción de toda norma jurídica que reúna los caracteres de imperatividad, generalidad y coercibilidad, lo que permite incluir Leyes orgánicas y ordinarias, Decretos-Ley y Decretos-Legislativos, Decretos. Órdenes acordadas por comisiones delgadas del Gobierno, órdenes ministeriales, otras disposiciones de autoridades y órganos inferiores como las circulares del Banco de España o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las ordenanzas y reglamentos de las entidades locales, los estatutos generales y particulares de las corporaciones profesionales, los convenios colectivos, y evidentemente también la normativa análoga dictada por cada Comunidad Autónoma. SAP La Rioja (Sección 1ª), de 30 diciembre, Recurso de Apelación núm. 273/2004. En el mismo sentido, vid. la SAP Tarragona, (sección 1) de 16 de mayo de 2006, Recurso de Apelación núm. 555/2005, FD. 1º. En cambio, la AP de La Coruña entendió que el incumplimiento de distintas normas, entre las que figuraba un convenio colectivo, no entraba en el ámbito del art. 15 LCD por cuanto dichas normas no tenían por objeto la regulación de una actividad comercial de modo directo. (SPA La Coruña de 25 de mayo de 2004, Recurso de Apelación núm. 1907/2003, FJ. 1º). Evidentemente, esta afirmación no puede compartirse por cuanto pierde de vista el fundamento del art. 15.1 LCD, orientado precisamente a evitar las ventajas competitivas alcanzadas mediante el incumplimiento de normas ajenas al sistema de defensa de la competencia.

ilicitud decae por su conformidad con otras normas del ordenamiento, externas a la defensa de la competencia. Por su parte, como se ha comentado, el art. 15.1 LCD consagra la ilicitud por obtener una ventaja competitiva significativa mediante la infracción de cualquier otra norma ajena al ordenamiento de la competencia es decir, una *ilicitud externa*. Ambos preceptos obligan a tener en cuenta las valoraciones legales contenidas en otras normas en el momento de la calificación concurrencial de las conductas, sometiendo la valoración contenida en la legislación de la competencia a la valoración contenida en el resto del ordenamiento¹⁰⁹⁰. En palabras del mencionado autor “...las normas del sistema de protección de la libre competencia refuerzan objetivamente restricciones a la competencia impuestas por normas externas al sistema”.

Para la integración del supuesto de hecho del art. 15 en sus apartados 1 y 2 no se requiere una previa declaración de la ilicitud de la conducta. No existe en este ámbito ningún tipo de prejudicialidad por lo que es el órgano encargado de la aplicación del art. 15 el que debe comprobar el incumplimiento y valorarlo con los criterios propios de la LCD. Como ha señalado la doctrina, esta dualidad de vías puede producir resultados contradictorios. En particular, dentro del ámbito del art. 15.2, los problemas derivan de una diversa concepción del concepto de ilícito concurrencial por deslealtad entre los jueces civiles y el TDC, pudiendo llegarse a una calificación distinta de los mismos hechos según conozca un órgano jurisdiccional o uno administrativo. De hecho, en el ámbito *antitrust* juegan conceptos como la regla de *minimis* o la necesidad de acreditar una afectación al interés público (art. 7 LDC) que no juegan en el ámbito de la LCD y en particular en el art. 15.2 de la misma¹⁰⁹¹. Idénticos problemas pueden plantearse en el ámbito del art. 15.1 LCD. La determinación de la

¹⁰⁹⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Competencia desleal por infracción de normas”, cit., pp. 668 y ss.

¹⁰⁹¹ SOLER MASOTA, P., “Infracción de normas como acto de competencia desleal”, cit., p. 202.

infracción de una norma laboral que haya dado lugar a un ilícito de deslealtad concurrencial no precisa de la previa valoración de la mencionada conducta infractora por el orden social, lo que evidentemente puede llevar a soluciones contradictorias.

3. La articulación normativa entre la defensa de la competencia y la regulación de las relaciones laborales individuales y colectivas.

En el marco normativo español, de manera similar al ordenamiento francés y contraria al modelo nórdico o norteamericano, no es posible encontrar ninguna referencia expresa al encuentro entre el derecho de la competencia y el derecho del trabajo en su faceta colectiva. En cambio, en lo relativo a la relación individual de trabajo existe un claro punto de conexión, expresamente articulado en el Estatuto de los trabajadores y abundantemente visitado por la doctrina y por la jurisprudencia. El control de la competencia desleal del trabajador en el marco de la relación laboral, presente de manera explícita en el art. 21 ET, es la plasmación de la articulación entre el art. 38 y el art. 35.1 ET. La incorporación de una regulación de la competencia del trabajador al empleador demuestra la incorporación al ordenamiento laboral de una obligación de *non facendo*. Esta disposición concreta una prohibición, regulada de manera general en las normas de la competencia anteriormente visitadas, que es similar a otras *obligaciones negativas de competencia* contempladas en el Código de Comercio, en el Código civil o en la Ley sobre Contratos de Agencia, entre muchas otras¹⁰⁹².

Ya se ha advertido en numerosas ocasiones que sólo la primera cuestión señalada, la relación entre la defensa de la competencia y las normas laborales de origen colectivo, constituye el objeto del presente

¹⁰⁹² Sobre esta cuestión vid., en extenso, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La prohibición de competencia desleal...*, cit.

estudio, por cuanto plasma la interacción entre la promoción de la regulación autónoma del mercado de trabajo y la regulación heterónoma del mercado de bienes y servicios. Sin embargo, la revisión de la articulación existente en el plano individual, que muestra la incorporación al ordenamiento laboral de la defensa de la competencia mercantil, reviste un especial interés para el posterior tratamiento del plano colectivo.

3.1. La prohibición de concurrencia desleal presente en el art. 21.1 del ET y su relación con la LCD.

Señala la doctrina cómo desde un punto de vista comparado puede comprobarse que la mayoría de ordenamientos han incorporado una previsión específica de la obligación competencial *in non facendo* cuando ésta se desarrolla en el marco de un contrato de trabajo. En nuestro ordenamiento, el art. 21.1 ET evidencia la voluntad de evitar una actividad directamente competitiva realizada por sujetos cuya posición dentro de la empresa les beneficia para competir con la misma¹⁰⁹³. Este artículo integra tres vías de protección de los intereses del empresario, la obligación de no concurrir de manera desleal (art. 21.1), la posibilidad de convenir la plena dedicación del trabajador (art. 21.1), los requisitos necesarios para establecer un pacto de no concurrencia postcontractual (art. 21.2) y el pacto de permanencia en la empresa (21.4).

La prohibición de concurrencia desleal con el empresario del art. 21.1 ET concreta de esta manera la prohibición de una determinada manifestación del derecho consagrado en el art. 35.1 CE, imponiéndola en aquellos casos en los que la actitud desleal del trabajador produzca un perjuicio para la competencia de un empresario en el mercado¹⁰⁹⁴, ya sea

¹⁰⁹³ Ibidem, p. 36.

¹⁰⁹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.) *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, pp.323 y ss.

por una actuación por cuenta propia o ajena¹⁰⁹⁵. La evolución histórica de esta previsión en la normativa laboral es una clara muestra de la incorporación de las restricciones mercantiles al derecho del trabajo. Como ha señalado la doctrina, la integración de la prestación de servicios mercantil en el ámbito laboral, cuya primera manifestación fue la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, atrajo igualmente a las relaciones de trabajo el contenido de las obligaciones mercantiles, desarrollando el conjunto de las obligaciones del trabajador¹⁰⁹⁶, especialmente el deber de fidelidad¹⁰⁹⁷ y la prohibición de concurrencia.

Con el paso del tiempo y el advenimiento del actual sistema constitucional de relaciones laborales, el deber de fidelidad se ha transformado (lentamente) en una exigencia de buena fe. Ésta ha ido adoptando un carácter objetivo, manteniéndose exclusivamente en el

¹⁰⁹⁵ Como puede apreciarse, de la dicción del art. 21 ET se deriva una prohibición del trabajo por cuenta ajena. Sin embargo, y aun cuando ha sido una cuestión ciertamente debatida, la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia considera en la actualidad que la prohibición supera los supuestos de trabajo por cuenta ajena incluyendo igualmente las situaciones de concurrencia por trabajos por cuenta propia. Acerca de este debate y justificando tal conclusión vid. NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La prohibición de competencia...*, cit., pp. 168-172

¹⁰⁹⁶ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La prohibición de competencia...*, cit., p. 50.

¹⁰⁹⁷ La antigua LCT de 1931 estableció en su art. 82 que “los trabajadores deberán fidelidad a la empresa y a la casa para la que trabajan”, posteriormente, el ya mencionado artículo 70 de la LCT de 1944 transcribió casi idénticamente el precepto señalando que “los trabajadores deberán fidelidad a la empresa en que trabajan”. La exigencia de fidelidad, que multiplicaba los deberes del trabajador hacia la empresa, comenzó a ser superada, como ha señalado la doctrina, con el ordenamiento constitucional y el Estatuto de los Trabajadores que rompieron con las teorías comunitarias, reemplazando progresivamente el deber de fidelidad por el de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones concretas del puesto de trabajo. Una muestra de la lenta superación fue el mantenimiento por parte de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, en su Disposición Final 4º, de algunos de los preceptos de la mencionada LCT, si bien con rango reglamentario, entre ellos el artículo 70 el cual, es necesario remarcar, fijaba de manera unilateral el deber de fidelidad en el seno de la relación laboral. MARTÍN VALVERDE, A. “Ideologías jurídicas y contrato de trabajo”, en AAVV., *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Universidad de Sevilla, 1978, pp. 90 y ss.; RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Buena fe y ejercicio de los poderes empresariales”, RL, Nº. 17, pp. 35 y ss.; ESCUDERO, J.F., FRIGOA, J., CORBELLA, T., *El principio de buena fe en el contrato de trabajo*, Bosch, Barcelona, 1996.

terreno contractual y no en el de la lealtad o fidelidad personal¹⁰⁹⁸. El art. 21 ET, concreta en la actualidad el deber de no concurrencia del art. 5 del ET, siendo una expresiva manifestación del deber de buena fe exigible al trabajador, al limitarle su libertad de desarrollar una actividad económica en competencia con el empleador.

Como ha señalado la jurisprudencia, la prohibición de concurrencia desleal del trabajador respecto del empresario imponen un límite a un derecho recogido en la Constitución, debiendo observarse si en la aplicación de la legislación ordinaria se vulnera esta norma fundamental, que debe constituirse en parámetro de interpretación. Esta operación no está exenta de dificultades dados los difusos contornos del art. 35 CE, más difíciles de aprehender si cabe que los ya comentados límites de la libertad de empresa¹⁰⁹⁹. En todo caso, más allá del alcance del derecho, lo que no

¹⁰⁹⁸ En esta evolución la jurisprudencia ha tenido un papel indudable. El Tribunal Supremo acometió la definición de la buena fe en su sentencia de 11 de noviembre de 1981, afirmando que a trasgresión de la buena fe y sus componentes (fraude, deslealtad y abuso de confianza), atenta a deberes éticos jurídicamente protegidos, “al afectar al elemento espiritual de la contratación de trabajo, como especificaciones de la genérica vulneración de la obligación profesional del trabajador de guardar fidelidad a la empresa cuyos intereses y confianza en él depositada no puede defraudar”. Al examinar los límites que la buena fe impone al ejercicio de los derechos y libertades fundamentales en la relación laboral, el TC ha afirmado que la relación entre empresario y trabajador, genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas entre empresario y trabajador las cuales han de desarrollarse según las exigencias del principio de buena fe (SSTC 120/1983, 6/1988, 126/1990 y 4/1996, 186/1996, 241/1999, 1/1998, 197/1998). El Tribunal ha definido la buena fe como la especial confianza intercurrente o recíproca entre ambas partes de la relación laboral, inherente al vínculo jurídico que las une (SSTC 106/1996, 213/2002). Así la configura como la “necesidad general derivada del desenvolvimiento de todos los derechos y específica de la relación contractual, que matiza el cumplimiento de las respectivas obligaciones, y cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos quedando al margen de su protección” (STC 88/1985). Dada la dificultad que entraña la definición el TC ha incidido en los límites que ha de respetar la aplicación del concepto. Es una afirmación común a la totalidad de sus pronunciamientos que la buena fe exigible no puede ser reconducida a un genérico u omnicompreensivo deber de lealtad que implique la total sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no se ajusta al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto cuya legitimidad general ampara el texto constitucional (SSTC 4/1996, 126/1990, 88/1995, 6/1988, 126/1990, 99/1994, 134/1994 y 6/1995, entre otras).

¹⁰⁹⁹ El alcance del contenido del derecho al trabajo, considerado habitualmente como el derecho social por antonomasia y primero entre los mismos, ha sido objeto de profundo

puede ponerse en duda, porque así lo ha querido el legislador, es que el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio, al igual que la libre iniciativa económica y la libertad de empresa, ha de ejercerse de manera leal, sin vulnerar las exigencias propias de la buena fe, que debe regir la relación laboral. De esta manera el art. 21 ET demuestra que al derecho del trabajo no le son indiferentes los intereses de la empresa mercantil, especialmente cuando son afectados por la conducta de un trabajador¹¹⁰⁰. En él se plasma claramente la articulación de una colisión entre dos derechos constitucionales, la defensa de la libertad de empresa del art. 38 CE y el derecho al trabajo del art. 35.1 CE. Los límites necesarios para evitar la colisión han sido fijados por el legislador de tal manera que el mencionado precepto del ET, garantizando el contenido esencial de ambos derechos, busca hacer posible su convivencia durante el contrato de trabajo¹¹⁰¹.

El incumplimiento de esta obligación de no concurrencia desleal, con la vulneración de los derechos del empresario, puede justificar el despido disciplinario del trabajador sobre la base del art. 54.2.d) ET. Esta infracción

debate doctrinal. Entre las aportaciones respecto de la configuración y contenido del mismo vid. ALARCÓN CARACAUUEL, M.R., “Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar”, RPS, Nº 121, 1979, pp. 1979 y ss; SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996; MONEREO PÉREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C., “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión y oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, AA.VV., *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 287 y ss. La doctrina se encuentra dividida en lo relativo al alcance del derecho. Para algunos autores, teniendo en cuenta los cambios de la situación respecto al nacimiento del derecho, en particular la aceptación de la economía de mercado y el paulatino proceso de automatización de la producción, de la combinación de los artículos 35.1 y 40.1 de la CE sólo cabe deducir el derecho al trabajo como un derecho de contenido prestacional diluido o con un sentido impropio, siendo el 35.1 CE la concreta plasmación o proyección individual de la política de empleo del 40 CE. Para otro sector doctrinal, con el art. 35.1 la Constitución Española, impone fundamentalmente a los poderes públicos, un “amplio y concretable abanico de posibilidades para su cumplimiento y actualización, esto es, garantías de efectividad”.

¹¹⁰⁰ PEDRAJAS MORENO, A., “El pacto de no concurrencia poscontractual: aspectos prácticos para su instrumentación, desde la óptica jurisprudencial”, AS, Nº 7, 2002.

¹¹⁰¹ BAYLOS GRAU, A., “La prohibición de concurrencia desleal. Notas sobre la evolución legal y jurisprudencial”, TL, Nº 8, 1986, pp. 11 y 12.

puede generar, además de la sanción de despido, una serie de consecuencias resarcitorias. Como ha señalado la doctrina es plenamente posible la acumulación de la responsabilidad disciplinaria con la común. El empresario podrá, por tanto, despedir al trabajador y exigirle una indemnización por los daños y perjuicios causados por su conducta desleal¹¹⁰². La apreciación de la obligación de indemnizar corresponde a la jurisdicción social, por constituir los daños una consecuencia del contrato de trabajo entre las partes, aplicándose la teoría general civil respecto a los requisitos para la consideración de la obligación y la cuantificación de la misma¹¹⁰³. Se produce en este punto un claro paralelismo con la acción de

¹¹⁰² No quiebra esta afirmación el principio del *non bis in idem* que, según afirma la generalidad de la jurisprudencia y la doctrina, informa el ejercicio del poder disciplinario siguiendo la pauta de todo derecho sancionador. Ciertamente, la aparición del poder disciplinario hace retroceder la responsabilidad resarcitoria, primando sobre la misma y operando el principio fundamental de no duplicidad de sanciones. Esta imposibilidad de imponer una doble sanción deriva, como ha señalado FERNÁNDEZ LÓPEZ, de la extraordinaria facultad de castigar reconocida al empresario. Sin embargo, la sanción de despido excepciona lo antedicho, siendo posible acumularla con la responsabilidad de daños y perjuicios. Esto es así por la especial función de la misma, no tanto castigar como liberar al acreedor (el empresario) de sus vínculos con el deudor, lo cual puede conllevar la necesidad de restituir el estado de la situación de las cosas a su estado primitivo, jugando para ello la mecánica de las indemnizaciones. FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 308-309.

¹¹⁰³ STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, (Sala de lo Social) de 13 de enero, núm. 24/2000. La sentencia se dicta en un caso en el que el demandado, ejerciendo funciones de Director-Gerente, estableció durante su relación laboral contactos para la creación de una sociedad análoga de la cual él era el máximo responsable, comenzando la actividad de la misma cuando estaba vigente la relación laboral. En el FD 7º, recogiendo las líneas jurisprudenciales fundamentales respecto de la cuestión, el juzgador indica que para que pueda ser declarada la obligación de indemnizar deben concurrir todos los requisitos marcados por el ordenamiento civil (arts. 7.2, 1101 y 1106 del CC), es decir: la existencia real de una situación generadora de daños y perjuicios, su cabal acreditamiento en las actuaciones, el incumplimiento del demandado, determinante de aquella situación y la relación causal entre ésta y el daño. La indemnización impuesta no sólo comprende el valor de la pérdida sufrida por el empleador sino también el lucro cesante que haya dejado de obtener. Como elemento clarificador y reafirmando la competencia del orden social la sentencia recoge el pronunciamiento del TSJ de Castilla y León, Burgos, de 28 de septiembre de 1995 que examinó una reclamación de cantidad por daños y perjuicios causados como consecuencia de una competencia desleal por constitución de una empresa dedicada a su misma actividad y utilizando sus medios materiales y humanos, señalando que “es evidente que la acción ejercitada se basa en la reclamación de unos posibles daños y perjuicios como consecuencia de un incumplimiento de los deberes laborales derivados del contrato de trabajo que unía a los demandados con la empresa, incumplimiento que aparece sancionado en el art. 5 d) en relación con el art. 21.1. del ET

resarcimiento de daños prevista en el art. 20.2 LCD, única vía de acción directa (junto con la de enriquecimiento injusto) contra el trabajador en el marco de la Ley de 1991, que remite igualmente a lo dispuesto en las normas civiles.

3.2.1. El contenido del deber de no concurrencia laboral y su relación con los actos de competencia desleal de la Ley 3/1991.

La “insuficiente y ambigua” redacción del art. 21 ET y la utilización de la denominación “competencia desleal” han suscitado opiniones doctrinales encontradas acerca de la delimitación de su contenido objetivo y de sus paralelismos con las prohibiciones de la LCD, en cuanto a fundamentación, intereses protegidos y contenido material del ilícito¹¹⁰⁴.

y cuyo conocimiento es, por tanto, competencia de la jurisdicción social, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 a) de la LPL al ser una consecuencia del contrato de trabajo existente entre las partes”

¹¹⁰⁴ Este debate se encuentra plasmado en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La prohibición de competencia...*, cit., p. 175 y ss. Resumiendo la cuestión pueden dividirse en tres las teorías acerca del alcance del ilícito de deslealtad previsto en el art. 21.1 ET y sus semejanzas con los actos desleales de la LCD. En primer lugar, como interpretación de la prohibición de concurrencia desleal más restrictiva del ámbito de libertad permitido al trabajador, se sitúa la llamada teoría de la “coincidencia de sector o rama de la producción”. Ésta considera que cualquier actividad del trabajador desarrollada para una empresa coincidente en el mismo sector industrial o rama de la producción del empleador debe entenderse prohibida. A pesar de que la amplitud de una prohibición así considerada es manifiestamente contraria al art. 35.1 CE y constituye una rémora derivada de la concreción normativa del deber de no concurrencia previsto en el art. 73 de la LCT de 1944, la jurisprudencia ha seguido manteniendo este concepto en determinadas ocasiones. Limitando la amplitud de esta interpretación se encuentra la llamada “teoría de la deslealtad añadida”, que surge como reacción al excesivo recorte de la libertad profesional del trabajador que aquella suponía. Según esta teoría, el punto sobre el cual se apoya el ilícito laboral es la trasgresión de la buena fe debida en el contrato de trabajo. Acogiendo esta explicación puede considerarse que el art. 21. 1 ET no prohíbe la mera actividad del trabajador fuera de la empresa, exigiéndose dos requisitos para considerar la comisión de un ilícito: concurrencia y deslealtad, siendo decisivo el segundo. La importancia que con esta interpretación se le da al deber de buena fe es el foco de la crítica doctrinal, que señala el escaso peso que tiene la relevancia concurrencial de la conducta del trabajador. Por último, y en el extremo opuesto a la primera de las teorías enunciadas se coloca la “teoría de la equiparación mercantil”. Según esta tercera interpretación, la concurrencia proscrita por el ET es la contraria a los “usos honestos en materia comercial o industrial”, correspondiéndose plenamente con la prohibición representada en la LCD. De esta manera, cualquier conducta reputada contraria al art.

El debate doctrinal encuentra su paralelo en una jurisprudencia también dividida, en el seno de la cual la afirmación de la distinción entre ambos ilícitos se ha ligado a una ampliación del contenido de la prohibición del art. 21.1 ET. En un extremo, el propio TS ha mantenido el diverso alcance de ambas prohibiciones de concurrencia desleal, ampliando las obligaciones laborales mucho más allá de los límites impuestos por la LCD. La Sala de lo civil del mencionado Tribunal, en una sentencia de 18 de octubre de 2000 donde valoraba la aplicación de la LCD a un grupo de trabajadores, sostuvo que, en el ámbito laboral, el art. 21 ET prohíbe el ejercicio mismo de la actividad concurrente¹¹⁰⁵.

21.1 ET podría ser igualmente considerada prohibida por la LCD. En apoyo de esta teoría puede señalarse la utilización del término *desleal* en el ET y del deber de *buena fe* plasmado en el art. 5 de la LCD. Se trata de una teoría representada fundamentalmente por CASTAÑEIRA FERNÁNDEZ, J., *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, MTSS, Madrid, 1977 y recogida en obras generales como el manual de MONTROYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 23ª ed. 2002, p. 327. Considerando las diferencias entre la deslealtad prevista en la norma laboral y los supuestos de la LCD, NOGUEIRA se separa de las tres interpretaciones señaladas proponiendo la “teoría de la competencia relevante no consentida”, parcialmente coincidente con la “teoría de la deslealtad cualificada”. La autora parte de una interpretación conjunta del art. 21 ET para delimitar el ámbito de aplicación del apartado primero, afirmando que “en ausencia de consentimiento empresarial la situación objetiva de peligro que representa para los intereses competitivos del empleador la actuación por cuenta propia del trabajador en el mercado relevante del empleador o el desempeño de una segunda prestación laboral en una empresa de la competencia, cuando ostente una tarea relevante en la empresa principal, resulta incompatible, por sí misma y sin necesidad de que desemboque en un perjuicio efectivo a los intereses competitivos del empleador, con las exigencias de la buena fe contractual asumidas por el contrato de trabajo y se encuentra prohibida *ex art. 21.1 ET* aunque no sea susceptible de quedar subsumida en la LCD”. Evidentemente, no se trata de cualquier actividad, pues esto conduciría a la primera de las teorías comentadas ampliando las obligaciones del trabajador más allá de los límites impuestos por el art. 35 CE, sino de una *competencia relevante* y sin que medie consentimiento del empleador, quedando abiertos numerosos supuestos de pluriempleo posibles por no concurrir ambas circunstancias.

¹¹⁰⁵ STS de 18 de octubre, (Sala de lo Civil), Nº 963/2000, FD. 4º. En este caso se trataba de un supuesto de aplicación de la LCD a una empresa y a tres de sus trabajadores. Éstos habían mantenido una relación laboral con la empresa demandante, concluida seis meses antes de la fundación de otra empresa competidora mediante la cual realizaron diversos actos contrarios a la LCD y a los derechos derivados de la propiedad industrial. Condenados en sentencia de instancia por contravenir las normas citadas, los trabajadores y la nueva empresa acudieron en casación ante el TS aduciendo varios motivos. Entre ellos interesa destacar el segundo, mediante el cual los trabajadores pretendían aplicable el art. 21.2 ET, considerando que al no existir un pacto de no concurrencia

Esta afirmación debe contraponerse con el tenor de la jurisprudencia del orden social relativa a la aplicación del art. 21 ET. Ésta ha señalado reiteradamente que semejante disposición no impone con carácter general la prohibición de realizar toda actividad en competencia con la empresa. En este sentido, la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo social del Tribunal Supremo ha recordado reiteradamente que el ordenamiento jurídico laboral prohíbe al trabajador concurrir con la actividad de la empresa, pero que esta prohibición está subordinada a los límites que el referido art. 21 ET establece, es decir, la deslealtad, estando evidentemente admitida la figura del pluriempleo¹¹⁰⁶.

De esta manera, en opinión del TS “lo característico de la falta laboral de competencia desleal es el elemento intencional revelador de una premeditada conducta desleal del trabajador respecto de la empresa que no sólo remunera un trabajo, sino que también le facilita medios para adquirir experiencia y perfeccionamiento profesional que luego aquél pretende

postcontractual sus actuaciones no podían ser consideradas contrarias a la competencia. El TS desestimó el motivo afirmando la diferencia entre la prohibición de concurrencia del ET y la existente en la LCD. Para ello trajo el tenor de la LCT de 1944 considerando que la previsión del art. 73 la misma coincide con el art. 21 ET, quedando prohibida la mera concurrencia, el ejercicio mismo de la actividad concurrente. En otras palabras, señala el Tribunal, “no es posible lícitamente realizar el mismo tipo de actividad y está vedada para determinados sujetos por la Ley o convenio”. En cambio, la competencia lícita se torna en desleal cuando se emplean determinados medios para considerarla ilícita. Esta línea mantenida por el TS ha sido seguida posteriormente por otros pronunciamientos como la SAP Madrid, (Sección 21ª), de 8 de noviembre de 2005, núm. 554/2005, FD. 4º.

¹¹⁰⁶ En esta línea, la STS de 19 de mayo de 1985, afirmaba que “...no basta con que exista concurrencia en la misma actividad sino que además es necesario que la misma sea desleal, para cuya determinación, es preciso atender a los elementos objetivos del relato histórico, sin que pueda ni deba acudirse a conjeturas, ya que lo que se juzga es si la actividad en la otra empresa del trabajador revela una infidelidad en el servicio que presta al demandado o si la base de su actuación sean los conocimientos obtenidos en su trabajo en este último, si esto no es así no se produce quebranto del principio de la buena fe elemento básico de la contratación y necesario para que pueda prosperar el despido decretado, y porque también es doctrina de la Sala que en caso de pluriempleo, figura admitida, salvo en concurrencia desleal o de pacto de plena dedicación, ha de acreditarse, la falta de fidelidad ya dicha en el cumplimiento de las obligaciones impuestas, para que se estime un ejercicio abusivo de aquél”.

utilizar en su propio provecho y en desmérito o perjuicio para los intereses de su empresa”¹¹⁰⁷.

Por último, en el otro extremo de la primera de las líneas jurisprudenciales mencionadas, el énfasis en la deslealtad de la conducta ha llevado en contadas ocasiones a una equiparación de los ilícitos en sede jurisprudencial¹¹⁰⁸.

En el plano doctrinal, es relevante un esfuerzo por efectuar la separación entre los ámbitos de aplicación de ambos ilícitos. Según ha afirmado NOGUEIRA, la diferenciación entre el art. 21.1 ET y las previsiones de la LCD radica en dos puntos básicos: la finalidad de cada una de las normas y los límites materiales de cada una de ellas. El primero de los aspectos presenta, sin embargo, fronteras difusas que dificultan el aceptarlo como punto de diferenciación entre ambas prohibiciones de concurrencia. En este sentido, ya se ha comentado que la defensa de la competencia y el derecho del trabajo persiguen objetivos distintos, aunque a la vez complementarios. Así, no puede olvidarse que el art. 21 ET es una plasmación de la incorporación de las relaciones profesionales al ámbito laboral, con una ampliación de los deberes exigibles al trabajador para evitar que se produjeran situaciones en las que su conocimiento interno de la actividad empresarial le colocara en una mejor situación competitiva con respecto a su empresario. Se protege, por tanto, un interés particular del empresario en primera instancia, similar al preservado por la LCD aun

¹¹⁰⁷ STS de 22 de marzo de 1991 (Sala de lo Social), FD. 5º.

¹¹⁰⁸ Puede citarse como ejemplo la STSJ del País Vasco (Sala de lo Social) de 11 de septiembre de 2001, Recurso de Suplicación núm. 1564/2001, FD. 2º, en ella se consideran significativas para valorar la posible competencia desleal del trabajador las previsiones contenidas en el art. 2 de la LCD. Más clara todavía es la sentencia de la misma Sala de 23 de diciembre de 2003, Recurso de Suplicación 2279/2003. En su FD. 3º se sostiene que la resolución del caso “debe efectuarse a la luz de la regulación contenida en la ley 3/91 de 10 de enero sobre competencia desleal, en cuanto sienta (art. 2), en orden a determinar las conductas que se consideran constitutivas de esos tipos de competencia...”.

cuando ésta persiga igualmente un objetivo superior como es el mantenimiento de la competencia en el mercado.

Prescindiendo de la finalidad, por cuanto no es un criterio determinante, parece más apropiado entender que la previsión del ET constituye una concreción del deber general de no concurrencia desleal, que tiene unos límites determinados más concretos en lo subjetivo y en lo temporal y más amplios en lo material que las prohibiciones de la LCD. En efecto, si el ámbito de aplicación subjetivo de la norma de defensa de la competencia se caracteriza por su amplitud, el del art. 21 ET es concreto, circunscribiéndose en lo subjetivo al marco de los obligados por un contrato de trabajo y con el límite temporal del mismo. No cabe por tanto la pretensión de una aplicación de la prohibición laboral de no concurrencia más allá de la relación laboral, a no ser que mediara pacto entre las partes con la debida compensación¹¹⁰⁹. Fuera del contrato, la debida lealtad en la competencia es protegida por la LCD, sin que esta aserción implique, como se verá a continuación, que no pueda aplicarse esta norma a determinadas actuaciones del trabajador que se subsuman en alguno de los tipos de los ilícitos contemplados en la Ley 3/1991, aun estando vigente el contrato.

En cuanto al contenido material, es necesario admitir que la prohibición contenida en el art. 21 ET es de mayor amplitud que la prevista en la LCD. Como ha señalado la jurisprudencia, para la existencia de la competencia desleal es necesario que concurren cuatro elementos: la existencia por parte del trabajador de una actividad económica en satisfacción de su propio interés y en competencia con la de la empresa por desarrollarse ambas dentro del mismo ámbito mercantil, sea por cuenta propia o ajena; la utilización de la experiencia y perfeccionamiento profesional adquiridos en la empresa en beneficio propio; que tal utilización redunde en demérito o perjuicio real o potencial para los intereses de dicha

¹¹⁰⁹ En este sentido, negando la aplicabilidad del art. 21.1 ET vid. la STSJ del País Vasco de 13 de octubre de 1999, Recurso de Suplicación núm. 1585/1999, FD. 3º.

empresa y que no haya mediado una autorización empresarial¹¹¹⁰. Dándose todas estas circunstancias, una conducta puede ser considerada contraria al art. 21.1 ET y no constituir una contravención de la LCD. Ésta se orienta al control de las conductas en el mercado, con la finalidad de competir en su seno y que lesionan los intereses privados de los competidores así como los intereses del resto de los participantes en el mercado. Lo que sanciona la Ley de 1991 no es tanto haber causado el daño o estar en potencial situación de causarlo, como el art. 21 ET, sino haberlo hecho indebidamente. La norma laboral se dirige, en cambio a prevenir el perjuicio relevante en la posición concurrencial del empresario, porque se asume que una actuación del trabajador que cause tal daño es automáticamente indebida por los especiales vínculos existentes entre trabajador y empresario. Vínculos que, según reiterada jurisprudencia del TC, constriñen a los derechos constitucionales del trabajador de manera específica cuando media una relación laboral¹¹¹¹.

¹¹¹⁰ Con un resumen de la jurisprudencia al respecto vid. la STSJ de Madrid, de 11 de marzo de 1999, Sala de lo Social. Recogiendo la interpretación doctrinal cabe afirmar que la apreciación de concurrencia ilícita conlleva necesariamente la existencia de actividades concurrentes, realizadas por cuenta propia o ajena, debiendo darse una coincidencia material, actual y no hipotética, entre la actividad desarrollada por el trabajador y la que es propia de la empresa “por incidir en el mismo ámbito de mercado”. En el caso de que el trabajador preste sus servicios en otra empresa no es necesario que las labores desarrolladas por éste sean las mismas, bastando con que la actividad general de esta segunda empresa sea concurrente con la actividad de la primera, por ofertar similares bienes y servicios y dirigirse a un mismo conjunto potencial de clientes. En todo caso, la ilegalidad también requiere la existencia de un perjuicio real o potencial para el empresario así como la intencionalidad de la conducta, sin olvidar que la autorización del empresario anula la ilegalidad. Un resumen de estos criterios con cita de la jurisprudencia más significativa puede encontrarse en LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Competencia desleal y calificación del despido”, AS, N°5, 1997, pp. 363-364; MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.) *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 325-326.

¹¹¹¹ Como ha reiterado el Tribunal Constitucional, el reconocimiento que la condición de trabajador al servicio de un empresario no priva a la persona de los derechos fundamentales que la Constitución le reconoce como ciudadano. Estos derechos acompañan a la persona “en todas las facetas de la vida de relación y también en el seno de la relación laboral”. Por este motivo, la afirmación de que “la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano... ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos, respecto del resto de

A pesar de este distinto ámbito de aplicación, existen de hecho propuestas doctrinales que apuntan igualmente las múltiples interconexiones entre los dos tipos de concurrencia desleal. Como señala NOGUEIRA, “la actividad competitiva del trabajador, relevante desde la óptica laboral, presenta una relación de convergencia o alternancia con la legislación mercantil de la competencia dependiendo del caso concreto”¹¹¹². La competencia laboral relevante sin consentimiento del empresario puede ser, además de contraria al art. 21.1 ET, prohibida por la LCD. El primer incumplimiento dará lugar a una responsabilidad disciplinaria, el segundo a una responsabilidad resarcitoria, sin olvidar que, como ya se mencionó anteriormente, es posible derivar consecuencias resarcitorias similares a las previstas en la LCD, que remite al Código Civil, del incumplimiento de la obligación de no concurrencia prevista en el art. 21.1 ET.

3.2.2. La articulación entre la prohibición de competencia desleal laboral y mercantil.

A efectos de clarificar las combinaciones que pueden darse con los factores que indican la existencia de un ilícito competencial laboral o mercantil en el seno de una relación laboral individual, van a dividirse los

la sociedad, ni la libertad de empresa que establece el art. 38 de la CE, legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas”, se ha convertido en una cláusula de estilo del TC matizada por la continuación que “no se sigue de ahí (de la nulidad de estipulaciones contractuales contrarias al respeto de los derechos fundamentales) en modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades pueda ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas”. SSTC 88/1985, 19/1985, 126/1990, 6/1995, 106/1996, 186/1996, 204/1997, 197/1998, 99/1994.

¹¹¹² NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La prohibición de competencia...*, cit., p. 102.

posibles supuestos en cuatro, acogiendo el ejemplo propuesto por NOGUEIRA¹¹¹³.

En primer lugar se sitúan los casos en los que la competencia es leal en términos mercantiles y no relevante desde un prisma laboral, no siendo por tanto contraria a derecho. Un ejemplo claro es la actividad de un grupo de trabajadores que constituye una empresa, que no se encuentra en el mismo mercado que la de su empleador con el que se mantiene vigente la relación laboral, mediante prácticas que son conformes con la LCD. Igualmente acorde a derecho es la constitución de una nueva empresa en concurrencia con la antigua por ex-trabajadores de la misma, incluyendo el contacto con sus clientes, sin que medie una conducta desleal¹¹¹⁴.

¹¹¹³ Ibidem, p. 211. La autora presenta un cuadro en el que presenta las distintas posibilidades combinando las situaciones de lealtad/deslealtad mercantil con los supuestos de relevancia/no relevancia concurrencial laboral.

¹¹¹⁴ Sobre las actividades mercantiles de los ex-trabajadores en concurrencia con la antigua empresa la jurisprudencia ha señalado claramente que “el reproche a los demandados de hacer uso de la formación y experiencia que obtuvieron cuando trabajaban para dicha actora, en principio, no puede constituir competencia desleal porque sería tanto como prohibirles desarrollar su capacidad laboral una vez que han abandonado su empresa. La prueba palpable de que se trata de un comportamiento lícito en sí mismo lo proporciona el art. 21.2 del Estatuto de los Trabajadores que permite el pacto de no competencia postcontractual, pero sometido a rigurosos límites intrínsecos y temporales, con el máximo de duración de dos años si se trata de técnicos y a cambio de una indemnización, lo que evidencia que, a falta de pacto o como en el presente caso no pueda considerarse válido el mismo por no concurrir los requisitos exigidos legalmente, la actividad competencial con la antigua empresa no está prohibida” (SAP Barcelona (Sección 15ª), de 20 enero, núm. 8/2005). Respecto de la relación con los clientes la jurisprudencia ha señalado con idéntica claridad que “la relación existente entre un empresario o profesional y sus clientes no es objeto de ninguna clase de derecho de exclusiva que permita a aquél impedir a los terceros y, en particular, a sus ex-empleados y ex-colaboradores dirigirse y contratar con tales clientes, sino que la concepción y puesta en práctica por aquellos ex-trabajadores de estrategias de captación de la clientela ajena es, en principio, una conducta no sólo lícita, sino esperable y deseable en un sistema de competencia económica, por lo que no pueden considerarse per se actos desleales por expolio o aprovechamiento del esfuerzo ajeno al amparo del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal” (SAP Gipuzkoa (Sección 2ª), de 19 de enero, núm. 2019/2005, FD. 4º). En la misma línea, tampoco se ha considerado un acto de competencia desleal la captación de un cliente cuando ha sido realizada tras la extinción de la relación contractual o vínculo social. Ni aun la toma de contactos con clientes y proveedores, hecha por la nueva sociedad tras finalizar su relación laboral (SAP Madrid, de 9 junio, núm. 264/2006 (Sección 20),).

También es por regla general acorde a derecho la contratación de trabajadores de una empresa competidora, supuesto muy frecuente en la jurisprudencia del orden civil. En efecto, dado el reconocimiento constitucional de los principios de libertad de empresa y libertad de trabajo, que proclaman los artículos 38 y 35 CE, es jurisprudencia reiterada que “no incurren en ilícito concurrencial desleal los operadores económicos que, en ejercicio de su derecho al libre ejercicio de la actividad económica, ofrecen empleo a los trabajadores vinculados contractualmente con un tercero, sea o no competidor, aún cuando ello determine que el/los trabajador/es resuelva unilateralmente su actual relación laboral, causando baja voluntaria por dimisión”¹¹¹⁵. Así, parece una opinión asentada que “la competencia de las empresas por la captación de trabajadores, ofreciéndoles mejores condiciones laborales, forma parte del libre juego del mercado y de la posibilidad de promoción de los trabajadores a través del empleo, con el anclaje constitucional antes mencionado. Por tanto, salvo que concurra alguna de las características negativas previstas en el art. 14.2 de la Ley de Competencia Desleal (engaño, revelación de secretos, intención de eliminar a un competidor del mercado) o exista una infracción de un deber contractual básico (por lo que no basta la infracción de cualquier deber contractual), el «fichaje» de trabajadores de una empresa por parte de otra no puede considerarse desleal sino, por el contrario, propio de las reglas de funcionamiento del mercado en un Estado social de Derecho. Ofrecer mejores condiciones a los trabajadores de otra empresa es una conducta competitivamente justificada”¹¹¹⁶.

Descartando igualmente el incumplimiento laboral, el Tribunal Supremo ha reiterado que “..., hay que partir del principio constitucional de libertad de empresa y del principio económico de libre competencia, uno y otro de acuerdo con la Ley, con las limitaciones que ésta pueda imponer.

¹¹¹⁵ STS (Sala de lo civil) de 11 de octubre de 1999 núm. 823/1999.

¹¹¹⁶ Sentencia Juzgado de lo Mercantil, Sevilla, núm. 75/2005, de 28 julio, FD. 1º.

Las sociedades demandantes y apeladas no pueden impedir a unos empleados suyos que dejen su trabajo y desarrollen una actividad semejante, para la que precisamente estaban profesionalmente preparados, si no se había previsto en su contrato de trabajo una cláusula de no concurrencia ajustada a los cánones de la norma y, por tanto, no es posible jurídicamente coartar la profesión ajena”¹¹¹⁷.

El segundo de los supuestos es el de competencia mercantil desleal pero irrelevante desde el punto de vista laboral. En este grupo puede situarse cualquier práctica desleal realizada una vez acabada la relación contractual entre los competidores sin que perviva ningún pacto de no concurrencia o de plena dedicación o, existiendo la relación laboral, no siendo relevante para la misma por ejercerse la actividad en un mercado distinto o por haber mediado el consentimiento del empresario¹¹¹⁸. La comentada conducta de captación de trabajadores, mediante la inducción a la finalización anticipada de la relación laboral, puede constituir un ilícito de deslealtad mercantil cuando afecte a trabajadores de especial relevancia para la empresa de origen o, en el caso de que sea masiva, si compromete a un número tal de trabajadores que provoca necesariamente la desorganización de la empresa¹¹¹⁹.

¹¹¹⁷ STS de 1 de abril de 2002. En aplicación de esta jurisprudencia vid. la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, (Núm. 17), de 31 julio 2003, Procedimiento núm. 330/2002, no reconoce la existencia de un comportamiento desleal en un supuesto típico de captación de trabajadores altamente cualificados pero que carecían de un compromiso de no concurrencia postcontractual. En este caso, existía un previo pronunciamiento de la Jurisdicción Social que negaba la existencia de tal pacto. Señala la Sentencia que la conducta de los demandados no integra la deslealtad contemplada en el art. 14, afirmando que en la interpretación de éste “ha de tenerse en cuenta que nuestro sistema económico parte del principio de libertad de empresa, libertad de competencia y funcionamiento concurrencial en el mercado para que el consumidor pueda elegir el producto que más le interese confrontando calidades y precios”.

¹¹¹⁸ Un supuesto de ausencia de ilícito por conocimiento del empresario es el de la STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 21 de octubre, núm. 868/2005.

¹¹¹⁹ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La prohibición de competencia...*, cit., p. 189. Para que la captación de trabajadores sea considerada como un ilícito de deslealtad debe de existir un comportamiento agravado por parte del empresario que ofrece a los empleados

En tercer lugar, es posible la existencia de una competencia desleal o relevante en términos laborales aunque acorde a la LCD, por no darse ningún agravamiento de la conducta del trabajador que implique la deslealtad mercantil (en este supuesto se incluyen todos los casos pluriempleo en empresas en concurrencia, con vulneración del deber de buena fe por causar un perjuicio a la empresa más antigua¹¹²⁰; igualmente desleal en términos laborales se ha considerado la constitución por los trabajadores de una empresa de una sociedad mercantil con el mismo objeto social¹¹²¹ o la realización por cuenta propia de trabajos en la misma actividad que la empresa¹¹²²).

Por último es perfectamente posible la concurrencia de ambos ilícitos. En estos supuestos de concurso de leyes se plantean dos actos desleales que se abordan de manera separada y no dependiente¹¹²³.

determinadas facilidades y que luego se beneficia de la incorporación de éstos para atraer a clientes de la antigua empresa. Tal es el supuesto de hecho de la Sentencia de 10 de septiembre del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona (núm. 254/1999), en la que varios cargos directivos abandonan una empresa, creando otra y destruyendo la plantilla de la primera al atraer a los trabajadores, prestándoles todo tipo de facilidades, como el asesoramiento jurídico. En la sentencia se condenó a los antiguos directivos a abstenerse de realizar los actos de captación de trabajadores y clientes de su ex empresa, imponiendo asimismo una multa pecuniaria.

¹¹²⁰ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 002), de 5 de octubre de 2006. En este caso el trabajador había incumplido reiteradamente el horario laboral realizando actividades para otras empresas, en las que figuraba como administrador y que estaban en directa competencia con la empresa afectada. Un supuesto de hecho similar es el de la STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 2ª), de 31 de enero de 2006, núm. 116/2006

¹¹²¹ STSJ de Navarra (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 21 de abril, núm. 139/2005.

¹¹²² STSJ de Extremadura (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 4 de noviembre de 2005, núm. 636/2005.

¹¹²³ Sentencia de la AP Cádiz núm. 42/2004 (Sección 5ª), de 21 abril, Recurso de Apelación núm. 13/2004. En este caso, un directivo de una empresa fundó, conjuntamente con dos técnicos de la misma otra sociedad con idéntico objeto. Los trabajadores mantuvieron la relación laboral durante un tiempo hasta que, conjuntamente con el resto de la plantilla, abandonaron la empresa para formar de la que habían creado sus compañeros, dejando además los ordenadores sin archivos de trabajo, y llegándose un alto porcentaje de clientes de la misma. En la sentencia se consideró que estos actos habían sido evidentemente constitutivos de una actuación desleal, contraria a la buena fe, y productores, al menos por culpa, si no de dolo, de una serie de daños y perjuicios evaluables y plenamente indemnizables. Con el fallo se confirma la sentencia de instancia, que había condenado a la nueva empresa y a todos los antiguos trabajadores que habían cometido el ilícito al pago de una cantidad al antiguo empresario. En ningún momento se consideró en el pronunciamiento la existencia de algún ilícito laboral, aunque

Evidentemente, la competencia desleal relevante realizada durante la relación laboral es competencia del orden social, no teniendo el art. 21.1. ET efectos una vez finalizada la relación de trabajo. Sin embargo, como ya se comentó, esa frontera no juega a la inversa pues la LCD reconoce una amplia legitimación pasiva que no excluye a los trabajadores. En este sentido, se ha señalado que “sí se vienen considerando en la doctrina y en la jurisprudencia como desleales las concretas actuaciones de captación de clientela efectuada por parte de trabajadores en el marco de los servicios prestados para su nuevo principal, y por parte de éste, valiéndose de listas de clientes del antiguo empleador, o cuando trabajadores que posteriormente abandonan la anterior empresa, contactan con la clientela de ésta cuando todavía prestan sus servicios para el antiguo empleador y lo hacen precisamente desde el interior y con los medios de la empresa que se proponen abandonar, con la finalidad de desviar clientela hacia el nuevo principal”¹¹²⁴

De esta manera, la pervivencia de una relación de trabajo no altera la aplicación de la LCD por el orden civil, si los incumplimientos que se alegan, aun cuando sean realizados por un trabajador frente a su empresario, constituyen hechos constitutivos de una acción de competencia desleal¹¹²⁵. Corresponde recordar que el ya mencionado art. 20.2. LCD limita la legitimación pasiva de los trabajadores o colaboradores, indicando que la acción declarativa y la de rectificación deben realizarse contra el principal. En cambio, las acciones de resarcimiento de daños y de enriquecimiento

era palpable la existencia de un incumplimiento de la prohibición de competencia desleal del art. 21.1 ET durante el periodo de concurrencia de la prestación laboral en ambas empresas, que podría haber sido objeto de una sanción de despido.

¹¹²⁴ SAP Gipuzkoa (Sección 2ª), de 19 de enero, núm. 2019/2005, FD. 4º.

¹¹²⁵ Por todas, STS de 18 de octubre, (Sala de lo Civil), Nº 963/2000, FD. 3º.

injusto, que pueden dirigirse contra el trabajador, se regirán por lo dispuesto en el derecho civil¹¹²⁶.

Del conjunto de la jurisprudencia en la que persigue la declaración de deslealtad mercantil de la actividad del trabajador es posible apreciar que esta vía, la civil, constituye la opción adoptada por el empresario tras fracasar en su intento de evitar la actividad del trabajador por los cauces laborales. Un ejemplo claro es el asunto resuelto por la SAP de Asturias en 2002. En este caso, el empresario apreció que el trabajador utilizaba la cartera de clientes de la entidad para competir con la misma por cuenta propia. Tras un despido declarado improcedente y habiendo readmitido al trabajador, el empleador optó por la vía civil, considerando el comportamiento de su asalariado era contrario al art. 5 de la LCD¹¹²⁷.

En la mayoría de asuntos se ha señalado que los posibles incumplimientos laborales sólo son considerados en la medida en que los mismos sean susceptibles de constituir un ilícito concurrencial¹¹²⁸. Aun así,

¹¹²⁶ SAP Barcelona (Sección 15ª), de 11 de marzo de 2003, Recurso de Apelación núm. 828/2000. En este asunto se trata la cuestión, indicando que la inducción realizada por un trabajador a otros trabajadores para que pasen a formar parte de una nueva empresa, perjudicando a la antigua no puede ser imputada al primero que carece de legitimación pasiva en estos casos. Evidentemente, cuando la competencia desleal se haya realizado por cuenta propia el principal señalado en el art. 20.2 LCD es el propio trabajador que se verá legitimado pasivamente.

¹¹²⁷ SAP Asturias (Sección 7ª), de 11 de junio de 2002, núm. 375/2002. En el fallo de la sentencia se estimó que el trabajador había realizado una serie de actos de competencia desleal contra el empresario, obligándole a la cesación de los mismos aunque desestimando la petición de daños y perjuicios.

¹¹²⁸ En la SAP Toledo (Sección 2ª) de 19 de septiembre, núm. 325/2004 se aprecia claramente la concurrencia de dos ilícitos. Los trabajadores de la empresa demandante constituyeron otra entidad mientras se mantenía vigente su relación laboral, dedicándose a tal menester uno de ellos mientras se encontraba de baja por enfermedad. La nueva entidad compitió con la antigua en un concurso público, ganando el mismo con el consiguiente perjuicio para la empresa primitiva. En la sentencia se considera probado que el conjunto de actuaciones son constitutivas de una infracción de la LCD, incluyendo la ocultación de la actividad mientras trabajaban para la antigua empresa y la dedicación a la misma en un periodo de baja por enfermedad, motivo por el cual el trabajador había sido despedido de manera procedente según había declarado anteriormente el Juzgado de lo Social de Toledo por vulneración del deber de buena fe. Haciendo constar estas infracciones la sentencia valora la indemnización de daños y perjuicios según el importe del concurso público adjudicado a la segunda empresa, considerando que las anteriores

la jurisprudencia del orden civil en aplicación de la LDC ha entrado en la valoración de la adecuación de la conducta de las partes en el proceso al ordenamiento laboral. La falta de previsión de una compensación económica en un pacto de no concurrencia, que anulaba el mismo conforme al art. 21.2 ET, ha sido utilizada para descartar la existencia de un acto de competencia desleal mercantil¹¹²⁹. En cambio, en otros asuntos se afirma claramente que no puede pronunciarse el orden civil acerca de si existen o no una cláusula de no concurrencia en el contrato laboral de los trabajadores demandados¹¹³⁰

Como puede apreciarse, en este tipo de situaciones de concurrencia normativa cabría la posibilidad de solicitar una indemnización por daños y perjuicios por la vía laboral y, paralelamente, considerar que la conducta del trabajador es constitutiva de una deslealtad mercantil, instando la vía de la acción resarcitoria ante el orden civil *ex art.* 20.2 LCD. Del recorrido jurisprudencia y doctrinal realizado se revela cómo el aspecto más problemático del control de la lealtad en la competencia radica precisamente en este supuesto de concurso de leyes sobre una misma conducta. Efectivamente, la LCD no prevé expresamente la legitimación pasiva del trabajador mientras esté vigente la relación laboral, pero no se acaba de entender, dado el conjunto de vías existentes en la normativa laboral para el control de la conducta desleal del mismo que sea lesiva para el empresario, la aplicación de la LCD existiendo un vínculo contractual entre empresario y trabajador. Es cierto que la violación de secretos

actuaciones, que constituyen también ilícitos laborales, son de muy difícil cuantificación indemnizatoria o compensatoria.

¹¹²⁹ SAP Barcelona (Sección 15ª), de 11 de marzo de 2003, Recurso de Apelación núm. 828/2000. En este caso se señala que el incumplimiento de un pacto de no concurrencia postcontractual no es un ilícito concurrencia a tenor de las circunstancias concretas, apuntándose además que en la sentencia de instancia se había llegado a la conclusión de que el pacto era nulo por contravenir el art. 21.2 ET. En la misma línea la SAP, núm. 8/2005 (Sección 15ª), de 20 enero y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, (Núm. 17), de 31 julio 2003, procedimiento núm. 330/2002

¹¹³⁰ SAP Gipuzkoa (Sección 2ª), de 19 de enero, núm. 2019/2005.

empresariales, contenida en el art. 13 de la LCD, estaba prevista en el art. 72 de la LCT de 1944 y actualmente no se encuentra tipificada de manera expresa como ilícito laboral en el ET. Sin embargo, como demuestra la experiencia práctica, su control se deriva efectivamente del deber general de buena fe del trabajador.

Teniendo el deber de no concurrencia desleal insito en la relación laboral una mayor amplitud, dada la especial relación existente entre trabajador y empresario, que las obligaciones del mismo tipo extracontractuales, parece que lo oportuno sería demarcar la aplicación de ambas normas teniendo como frontera la existencia de una relación laboral. Si el art. 21 ET, conjuntamente con la previsión genérica del deber de buena fe, es una entrada clara de la protección de los intereses concurrenciales del empresario y en última instancia implica una pieza más en la defensa de la competencia en el mercado, la situación idónea sería una limitación del ámbito subjetivo de las normas. Los ilícitos de deslealtad cometidos durante la vigencia de la relación laboral se controlarían en exclusiva por las normas laborales, siendo competente el orden social, que ya ha declarado reiteradamente su competencia para las cuestiones indemnizatorias derivadas del contrato de trabajo.

3.2. La ausencia de una articulación normativa expresa entre la negociación colectiva y la defensa de la competencia.

En el plano de las relaciones colectivas, y a diferencia del supuesto anterior, no existe ninguna articulación, ni en las normas de la competencia ni en las laborales, que permita estructurar la relación entre los convenios colectivos y la defensa de la competencia. Los cada vez más abundantes supuestos de interacción, que se producen de manera similar a los visitados en el recorrido por la experiencia comparada, carecen de cauces de solución específicos para resolver lo que, en última instancia, es un choque entre dos

derechos constitucionales: la libertad de empresa en su vertiente objetiva y el derecho a la negociación colectiva.

Al igual que la libertad de empresa, la negociación colectiva ha encontrado reconocimiento constitucional en el artículo 37, dentro de la Sección 2ª del Capítulo II del Título I, es decir, dentro de los “derechos y deberes de los ciudadanos”, compartiendo con la libertad de empresa las garantías reconocidas por el resto del articulado a los artículos incluidos en esta sección. Esta consagración ha sido “...fruto a su vez del reconocimiento de un auténtico “poder social” de los empresarios y sus representantes y los representantes de los trabajadores, con capacidad para crear normas al margen de los poderes normativos estatales”¹¹³¹. En este sentido ha señalado el Tribunal Constitucional que “el reconocimiento autónomo y diferenciado de la negociación colectiva en el art. 37.1 CE supone la superación de la mera idea de libertad de negociación, como esfera libre de injerencias, y asegura, mediante una tarea encomendada específicamente al legislador, un sistema de negociación y contratación colectiva y la eficacia jurídica del convenio colectivo”¹¹³².

A diferencia de la libertad de empresa, la negociación colectiva se encuentra íntimamente conectada con uno de los derechos fundamentales que gozan de la garantía de amparo, la libertad sindical, formando parte de su contenido esencial, tal y como ha sido reiterado por el Tribunal Constitucional en abundante jurisprudencia¹¹³³. Así, “negar u obstaculizar el

¹¹³¹ El tratamiento de esta cuestión por la doctrina iuslaboralista ha sido exhaustivo. A modo de remisión general y dada la abundante bibliografía reseñada por la autora, va a permitirse acudir al detallado estudio de PÉREZ YÁÑEZ, R.M., *El control judicial de los convenios colectivos*, CES, Madrid, 1997, pp. 81-95, y a los autores por ella citados.

¹¹³² STC 208/1993 de 28 de junio, FJ 3.

¹¹³³ El TC ha recogido su doctrina al respecto en la STC 238/2005 de 26 de septiembre, afirmando que “el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos está integrado en el contenido del derecho del art. 28.1 CE, como recoge, por otra parte, expresamente, la Ley Orgánica de Libertad Sindical al señalar que «la libertad sindical comprende el derecho a la actividad sindical» [art. 2.1 d) LOLS], y que el ejercicio de esta actividad en la empresa o fuera de ella comprende entre otros derechos, en todo caso, «el derecho a la

ejercicio de dicha facultad negociadora por los sindicatos o desvirtuar su eficacia han de entenderse no sólo como prácticas vulneradoras del art. 37.1 CE y de la fuerza vinculante de los convenios declarada por dicho precepto, sino también como violaciones del derecho de libertad sindical que consagra el art. 28.1 CE¹¹³⁴. Remarcando la importancia de la negociación colectiva para el desarrollo de los derechos sindicales, el TC ha señalado que “en la negociación colectiva de condiciones de trabajo converge no sólo la dimensión estrictamente subjetiva de la libertad sindical en relación con el sindicato afectado -medida la afección como perturbación o privación injustificada de medios de acción- sino que alcanza también al sindicato en cuanto representación institucional a la que constitucionalmente se reconoce la defensa de determinados intereses”¹¹³⁵. Todo este marco constitucional implica, como ha reiterado la doctrina, no sólo una actitud pasiva y no intervencionista del Estado sino “una postura promocional de la negociación colectiva independiente de las instancias estatales a través de una legislación de apoyo al sindicato”. Una muestra de esta promoción es la introducción del deber de negociar, como un plus de tutela adicional para garantizar el derecho a la negociación colectiva, en el art. 89.1 ET¹¹³⁶.

Como ha señalado la doctrina, el contenido posible de la negociación colectiva viene marcado por el término “laboral”, precisado en el art. 37.1 CE, que debe entenderse en un sentido amplio, englobando todas las cuestiones que afectan a las relaciones laborales y que sean disponibles por

negociación colectiva» [art. 2.2 d) LOLS]. Ello es así, como recuerda nuestra jurisprudencia, por erigirse la negociación colectiva en un medio necesario para el ejercicio de la acción sindical que reconocen los arts. 7 y 28.1 CE (STC 98/1985, de 29 de julio, F. 3) y porque la libertad sindical comprende inexcusablemente también aquellos medios de acción sindical (entre ellos, la negociación colectiva) que contribuyen a que el sindicato pueda desenvolver la actividad a la que está llamado por la Constitución (SSTC 9/1988, de 25 de enero, F. 2; 51/1988, de 22 de marzo, F. 5; 127/1989, de 13 de julio, F. 3; y 121/2001, de 4 de junio, F.2, por todas).

¹¹³⁴ SSTC 238/2005 de 26 de septiembre, FJ 3; 108/1989, de 8 de junio, FJ 2; y 105/1992, de 1 de julio, FJ 5.

¹¹³⁵ STC 238/2005 de 26 de septiembre, FJ 3 y las en ella citadas.

¹¹³⁶ ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J, SALA FRANCO, T, *Derecho del trabajo*, cit., pp. 415-416.

las partes negociadoras¹¹³⁷. Concretamente, el contenido material viene demarcado por los arts. 82.2 y 85.1 ET que mencionan las “condiciones de trabajo y productividad” y las “materias de índole económica, laboral, sindical y en general cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las organizaciones empresariales”¹¹³⁸.

Los límites del contenido de los convenios colectivos quedan igualmente señalados en el Estatuto de los Trabajadores, debiendo los convenios respetar los mínimos de derecho necesario y las leyes (art. 3.3 ET y 85.1. ET), las condiciones más beneficiosas de origen contractual (art. 3.1 c) ET), el principio de igualdad de trato y la interdicción de lesión grave de intereses de terceros. A la construcción de estos límites ha colaborado el TC, que respecto de la frontera entre la negociación colectiva y la libertad de empresa ha señalado cómo el reconocimiento de la primera no supone negar la virtualidad de la segunda y el derecho del empresario “a un ámbito de ejercicio de poderes y facultades para la gestión de la empresa, incluidas medidas referentes a la llamada gestión de personal que afectan al desarrollo del contrato de trabajo”¹¹³⁹.

Caracterizada de esta manera, la negociación colectiva interactúa con la libertad de empresa manteniendo una suerte de equilibrio, derivado y exigido por el reconocimiento constitucional que ostentan ambos derechos. Ciertamente, la negociación colectiva contribuye de manera fundamental a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores, por ser

¹¹³⁷ Acerca de las normas internacionales que tratan el contenido de la negociación colectiva vid. *supra*, nota 94.

¹¹³⁸ Interpretando estos preceptos legales se ha señalado que cabe negociar: las condiciones que afecten a las relaciones individuales de trabajo; a las relaciones colectivas; a la actuación económica empresarial con repercusión en las condiciones de trabajo; las materias de seguridad social complementaria y en general todas aquellas materias que afecten a la situación social de los trabajadores. ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J, SALA FRANCO, T, *Derecho del trabajo*, cit., pp. 437-438.

¹¹³⁹ STC 208/1993 de 28 de junio, FJ. 4.

un instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo que justifica el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos que la componen. Sin embargo, y aun a pesar de la relevancia constitucional de esta función, su efecto restrictivo sobre los intereses individuales, en este caso empresariales, no puede ser ilimitado¹¹⁴⁰.

Por este motivo, y contemplando los parámetros reseñados, el Tribunal Constitucional ha enmarcado la relación entre la negociación colectiva y la libertad de empresa con la siguiente afirmación: “... ni la negociación colectiva supone negar virtualidad a la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE, y por ello, a un ámbito de ejercicio de poderes y facultades para la gestión de la empresa, incluidas medidas referentes a la llamada gestión de personal que afectan al desarrollo del contrato de trabajo, ni la negociación colectiva puede anular la autonomía individual «pues ésta, garantía de la libertad personal, ha de contar con un margen de actuación incluso en unos ámbitos como los de la empresa en los que exigencias de índole económica, técnica o productiva reclaman una conformación colectiva de condiciones uniformes» [STC 58/1985]. La capacidad de incidencia del convenio colectivo sobre el contrato individual y la prevalencia del mismo sobre el contrato de trabajo, y el condicionamiento que supone sobre la voluntad unilateral del empleador, impide que la voluntad individual prevalezca sobre la colectiva, pero sólo esto, y no puede excluir un espacio propio para la autonomía individual y para el ejercicio de los poderes empresariales”¹¹⁴¹.

Explorando esta relación en equilibrio, BORRAJO ha tratado la articulación entre la libertad de empresa y la negociación colectiva, señalando que la conexión más evidente entre ambas se encuentra en la

¹¹⁴⁰ STC 208/1995 de 28 de junio, FJ 4.

¹¹⁴¹ STC 208/1995 de 28 de junio, FJ. 4, reiterado en numerosas sentencias posteriores, entre otras reiterado en otras posteriores, entre ellas las SSTC 107/2000, de 5 de mayo, 225/2001, de 26 de noviembre o la ya citada 238/2005 de 26 de septiembre.

faceta de “autonomía organizativa”, ostentando el titular de la empresa una serie de poderes de decisión que atañen, evidentemente, a la mano de obra que emplea en su empresa. Como contrapeso, la protección de los derechos sociales que da sentido al Estado Social de Derecho, implica el reconocimiento de la libertad sindical y de la negociación colectiva que actúan como límites a esta autonomía empresarial. De esta manera, señala el mencionado autor, por una parte se mantiene en el titular de la empresa el poder de gestión económica y de constitución de las relaciones de trabajo con el personal. Mientras, por otra parte se establece un sistema de regulación heterónoma que debe ser respetado por el empresario y que tiene como límite el contenido esencial de la libertad de empresa¹¹⁴².

Evidentemente esto devuelve la cuestión a un lugar complicado, el contenido esencial de esta libertad, concepto poco útil para apoyar una construcción como la que se pretende. En cualquier caso, y a tenor de los pronunciamientos del TC antes señalados y del desarrollo de las distintas cuestiones que integran el mencionado núcleo irreducible del derecho, parece que la negociación colectiva puede fijar un número considerable de límites a la libertad del empresario con respecto al establecimiento de las condiciones de trabajo. En esta línea ha mantenido BORRAJO que la capacidad de la empresa para resistirse de manera individual a la imposición de un convenio colectivo supraempresarial debería circunscribirse a su derecho de participación en la toma de decisiones en el seno de la asociación profesional que participa en la negociación. Más allá de este momento, el empresario tendría que asumir como lesión obligatoriamente soportable las decisiones adoptadas en el proceso de

¹¹⁴² BORRAJO DACRUZ, E., “Negociación colectiva y libertad de empresa”, en *25 años de economía de mercado*, Revista del Instituto de Estudios Económicos, N° 63, 2004, p. 329.

negociación colectiva. Otra solución, continúa el autor, vulneraría el mismo sistema de relaciones colectivas¹¹⁴³.

Cabe sin embargo la posibilidad de que la adopción de un convenio colectivo afecte, no ya al ámbito subjetivo de la libertad de empresa de un empresario determinado sino a la competencia en el mercado y a los intereses de los otros competidores¹¹⁴⁴. Al igual que es posible, como vimos en los epígrafes anteriores, que la conducta individual de un trabajador conculque la posición competencial de un empresario en el mercado, las acciones colectivas y fundamentalmente la negociación pueden conllevar efectos sobre las posiciones concurrenciales de los agentes económicos, provocando situaciones que son habitualmente situadas bajo el control de las normas de defensa de la competencia

No se trata de un supuesto ajeno a nuestra realidad, al contrario, parece que la interacción entre los convenios colectivos y la defensa de la competencia, es cada vez es más habitual. La misma puede manifestarse de distintas formas, de entre las que destacan las siguientes: En primer lugar la presencia en los convenios colectivos de cláusulas que regulan las relaciones de las empresas firmantes con terceros actores económicos, afectando a la competencia de los mismos. En segundo lugar, puede observarse la relación entre competencia y convenios cuando existen determinadas disposiciones en los convenios que, sin afectar directamente a terceras empresas, provocan de *facto* unas consecuencias, como una disminución de ventas, en su situación en el mercado. En tercer lugar, es igualmente posible que un convenio afecte particularmente a uno o varios actores económicos de su ámbito de aplicación, situándolos en peor posición que el resto. Por último, es ya habitual la presencia en los convenios colectivos del sector servicios de cláusulas que regulan las

¹¹⁴³ Ibidem, p. 329.

¹¹⁴⁴ Es una cuestión que ya ha sido puesta de manifiesto por la doctrina mercantil, como claramente se aprecia en ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos restrictivos...”, cit., p. 20.

relaciones mercantiles entre las empresas firmantes, el ejemplo más reiterado entre los convenios colectivos actualmente vigentes, es la cada vez más habitual inclusión el llamado “pacto de repercusión en precios y competencia desleal”. Bajo esta rúbrica se contempla la siguiente previsión: “(l)as partes firmantes de este convenio hacen constar expresamente que las condiciones pactadas en este convenio tendrán repercusión en los precios de los servicios. La Comisión Paritaria del convenio será la encargada de la comprobación del cumplimiento de lo pactado en este artículo. Se considerará competencia desleal, con las consecuencias derivadas de la legislación vigente, las ofertas comerciales realizadas por las empresas que sean inferiores a los costes del presente convenio”¹¹⁴⁵. Algunos convenios han llegado más allá incluyendo previsiones como la que sigue: “Al amparo de la Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal, se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, siempre que se realice en el mercado de trabajo y actividad propia de la asistencia a domicilio y con fines concurrenciales, sin que

¹¹⁴⁵ Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad, 2005-2008, art. 74, BOE de 10 de junio de 2005, núm. 138; III Convenio colectivo estatal para el sector de telemarketing, art. 54, BOE de 5 de mayo de 2005, núm. 107; Convenio colectivo de sector de limpieza de edificios y locales de Sevilla, art. 33, BO. Sevilla de 7 de abril de 2005, núm. 79; Convenio colectivo del sector de Casas de Juventud, art. 42, BO. Zaragoza de 23 de junio de 2006, núm. 143; Convenio colectivo de sector de limpieza de edificios y locales de las Illes Balears, disposición 4ª, BO. Illes Balears, de 29 de octubre de 2005, núm. 163. Convenio colectivo de sector de limpieza de edificios y locales de las Illes Balears, disposición 4ª, BO. Illes Balears, de 29 de octubre de 2005, núm. 163; Convenio colectivo de sector de monitores de comedores escolares de Aragón, disposición 2ª, BO. Aragón de 15 de julio de 2005, núm. 85; Convenio colectivo de sector de limpieza de edificios y locales de Zaragoza, art. 32, BO. Zaragoza, de 9 de julio de 2005, núm. 155; Convenio colectivo de sector de limpieza de edificios y locales de Lleida, DO. Generalitat de Catalunya de 15 de septiembre de 2004, núm. 4224; Convenio colectivo de sector de limpieza de edificios y locales de Guadalajara, BO. Guadalajara de 22 de agosto de 2003, núm. 101; Convenio colectivo de trabajo del sector de limpieza de edificios y locales y limpieza industrial para la región de Cantabria, art. 51, BO. Cantabria, de 5 de julio de 2004, núm. 130; Convenio colectivo de Galicia para la actividad de ayuda a domicilio, art. 24, DO. Galicia, de 4 de agosto de 2004, núm. 150; Convenio colectivo del sector de Servicios de ayuda a domicilio de Zaragoza, art. 37, DO. Zaragoza, de 3 de febrero de 2004, núm. 26.

pueda supeditarse a la existencia de una relación de competencia directa entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal”¹¹⁴⁶.

En tanto en cuanto las situaciones anteriores inciden en las condiciones de competencia en el mercado, modulando el comportamiento empresarial, podrían controlarse bajo el paraguas de las normas de la competencia, aplicando la LDC y la LCD, como intervenciones normativas orientadas a regular el comportamiento de los actores económicos. Sin embargo, la viabilidad este camino debe cuestionarse, y a ello se orientan los epígrafes que siguen, a la luz de las implicaciones que la participación de los sindicatos, la naturaleza de los convenios colectivos y la regulación de los mismos contenida en el Estatuto de los Trabajadores puedan conllevar para la aplicación de las mencionadas normas y de sus excepciones.

Sección II. El control de los posibles efectos anticompetitivos de los convenios colectivos.

Como se ha venido señalando, la relación entre la defensa de la competencia en el mercado y la negociación colectiva revela claramente la contraposición de dos intereses, de dos bienes jurídicos protegidos por sendos conjuntos normativos cuya finalidad, proteger y regular la competencia en el mercado y delimitar un ámbito sobre el cual no caben las estrategias competitivas, siendo a la vez contradicción y complemento.

Si, como señaló el TJCE en el caso *Albany*, “los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos (convenios colectivos) resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado en la búsqueda común de medidas

¹¹⁴⁶ Convenio colectivo de servicios de ayuda a domicilio y afines, art. 51, BO. del Principado de Asturias de 16 de marzo de 2005, núm. 62. Convenio colectivo de sector de las empresas de ayuda a domicilio de Cantabria, art. 51, BO. Cantabria, de 10 de mayo de 2004, núm. 90.

destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo”, la coherencia del ordenamiento jurídico impone la convivencia de ambos conjuntos y la articulación entre ellos.

Parece por tanto que debe imperar una interpretación útil y coherente del sistema normativo, sea supranacional o estatal, que permita conjugar la promoción de la negociación colectiva con las distintas vías de defensa de la competencia en el mercado y la protección del interés empresarial.

La necesidad de proteger este interés frente a disposiciones contrarias a la competencia presentes en un convenio colectivo no es un asunto novedoso en nuestra doctrina. En efecto, durante la década de los ochenta, en el periodo de configuración de las vías de control de los convenios colectivos, este tema fue tratado abiertamente. Así, CAMPS y SALA¹¹⁴⁷ o SAGARDOY¹¹⁴⁸, afirmaron claramente la posibilidad de que un convenio colectivo incida de manera negativa sobre la posición de una o varias empresas en el mercado de bienes y servicios. De igual manera, y a renglón seguido, todos ellos coincidieron en aseverar que, aun cuando el aspecto objetivo de la libertad de empresa sea tutelable, esta protección no puede hacerse a consta del derecho a la negociación colectiva¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁷ CAMPS RUIZ, L. M., SALA FRANCO, T., “Control de legalidad de los convenios colectivos: prohibición legal de concurrencia y lesión de intereses de terceros. Estaciones de servicio (a propósito de la STCT de 17 de marzo de 1987)”, RPJ, N° 13. Marzo 1989 pp.155-162

¹¹⁴⁸ SAGARDOY Y BENGOCHEA, J.A., “La lesión a terceros en la contratación colectiva (El contrato de lesividad en los convenios selectivos)”, REDT, N° 18, 1984, pp. 201-216

¹¹⁴⁹ Respecto a la cuestión de la fijación de horarios para las gasolineras en convenios colectivos de empresa, CAMPS y SALA afirmaron que “(c)on independencia de que, en un ámbito de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, sea o no tutelable el interés de un grupo de empresarios a que determinados colegas competidores suyos no se acojan a la libertad de horario de apertura de establecimientos permitida por la legislación general aplicable a todos ellos, parece evidente que, en todo caso, ese eventual interés no puede tutelarse a consta del derecho a la negociación colectiva”, en RUIZ, L. M., SALA FRANCO, T., “Control de legalidad de los convenios colectivos...”, cit., p. 162; en el mismo sentido afirmaba SAGARDOY que parece evidente que todo convenio colectivo sitúa a unos individuos en una posición menos favorable o distinta que a otros y esto no implica, *per se*, que se reconozca a todos ellos la facultad de quejarse

En este doble argumento se enmarca la relación entre convenios colectivos y derecho de la competencia. La interacción suscita dos problemas jurídicos fundamentales uno de carácter sustantivo y otro de carácter procedimental. Así, por un lado, debe determinarse en función de qué parámetros normativos han de analizarse los convenios que presuntamente conculcan o inciden directamente en la competitividad de las empresas. Por otro, es necesario determinar en que sede debe a controlarse esta lesión de la libertad de empresa, sin vulnerar el contenido esencial de la negociación colectiva.

Los numerosos interrogantes planteados pueden sintetizarse como sigue:

- ¿Es posible someter a los convenios colectivos al análisis *antitrust*?, ¿serían aplicables las exenciones previstas en la LDC, en particular la del art. 2.1?
- ¿Es posible considerar un incumplimiento empresarial de un convenio colectivo como un ilícito de deslealtad competitiva por infracción de normas?
- De ser aplicable la normativa *antitrust*, ¿tiene el TDC competencia para examinar la adecuación de los convenios colectivos a la LDC?, ¿cabe alegar la LDC en sede del control de legalidad ante el orden social?
- Por último, ¿existen vías adecuadas en la normativa laboral para controlar los ilícitos competenciales provocados por los convenios colectivos?

Como ya se ha afirmado anteriormente, el punto de partida para la resolución de estas cuestiones es la inexistencia en el ordenamiento jurídico

por el daño y pretender su resarcimiento pues suponer esta facultad significaría “desnaturalizar *in radice* todo el sistema de contratación colectiva. SAGARDOY Y BENGOCHEA, J.A., “La lesión a terceros en la contratación colectiva (El contrato de lesividad en los convenios selectivos)”, REDT, Nº 18, 1984, p. 206

español, ni en su rama laboral ni en las normas de defensa de la competencia, de una articulación de ambas cuestiones. Por ello, el tratamiento de su interacción requiere un ejercicio constructivo, partiendo de la realidad jurídica actual del encuentro mediante el análisis jurisprudencial y normativo. Del mismo, se desprende la existencia de soluciones posibles de articulación pero también la ausencia de determinados mecanismos para solucionar las posibles vías de escape, potencialmente conflictivas. Ante esta realidad, la labor del jurista debe sobrepasar el análisis técnico y entrar en las propuestas *de lege ferenda*, con las que se cierra el capítulo, articuladas a la luz de la experiencia comparada y teniendo presente los imperativos impuestos por el derecho comunitario.

1. La aplicación de las normas de defensa de la competencia a los convenios colectivos.

La valoración de los convenios colectivos a la luz de las normas de defensa de la competencia requiere insertar los mismos en los ámbitos de aplicación, subjetivo y material, de las mismas. La extraordinaria amplitud del primero ya se constató en epígrafes anteriores. Tanto la Disposición Adicional Cuarta del PLDC, que entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, como el art. 20 de la LCD, que utiliza el término “cualquier persona”, revelan que la pretensión de una excepción del ámbito de aplicación de las normas ligada al sujeto comitente es altamente difícil. Será necesario por tanto focalizar el estudio de la articulación de la defensa de la competencia con el reconocimiento del derecho de negociación colectiva en las cuestiones materiales, diferenciando ya entre la LDC y la LCD.

1.1. La posible consideración de los convenios colectivos dentro del ámbito de aplicación de la LDC.

La amplia acepción del término “empresa” que se ha acogido en la defensa de la competencia estatal, de manera similar a lo constatado en las normas comunitarias, no permite afirmar una exclusión *per se* de las actividades realizadas por sindicatos. Si las normas de la competencia se aplican desde el momento en que existe una actividad económica, sea cual sea el sujeto que la realiza, podría pensarse que la concertación entre varios sindicatos para incidir en las condiciones de regulación de la mano de obra (y por tanto de los costes laborales) es susceptible de ser controlada por dichas normas.

Evidentemente esta afirmación debe ser tomada con extrema cautela pues lo contrario supondría desconocer las garantías derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad sindical y del derecho de huelga como derechos fundamentales. Así, parece inviable que una acción sindical, aun cuando tenga repercusiones económicas (como efectivamente las tiene una huelga) pudiera ser controlada por el TDC o sancionada por aplicación de la LDC. De esta manera, todo indica que los supuestos en los que la acción sindical entre en los tipos prohibidos por la ley de defensa de la competencia deben ser muy restringidos, abarcando únicamente aquellos supuestos en los que la organización se comporta como una empresa, actuando en el mercado de bienes y servicios sin atender a su carácter y objetivos de representación de los trabajadores.

Ahora bien, si esto es evidente para la acción sindical sin participación de los empresarios, en lo relativo a la negociación colectiva existe diversidad de opiniones. Algunos autores defienden, como ya se comentó, que por su naturaleza de acuerdo entre los agentes sociales y por su reconocimiento constitucional, los convenios colectivos deberían quedar

totalmente al margen de la aplicación de la LDC¹¹⁵⁰. En el otro extremo podría afirmarse que este argumento subjetivo carece del sustento anterior pues los convenios colectivos supraempresariales entrañan, en todo caso, la voluntad conjugada de varios empresarios y siempre restringen, de alguna manera, la competencia económica en el sector, al fijar condiciones de obligado cumplimiento para todos los empresarios que son parte de su ámbito de aplicación¹¹⁵¹.

Concurrirían de esta manera en cualquier convenio colectivo de ámbito superior a la empresa los presupuestos de aplicación del art. 1 de la LDC, aun sin considerar a los sindicatos como agentes económicos. Más aún, dado que en términos objetivos lo que con el análisis *antitrust* se evalúa es la *aptitud* para producir la afectación de la competencia y no la efectiva producción del daño¹¹⁵² y dado que los convenios colectivos implican, por naturaleza, una restricción de la competencia, podría llegar a afirmarse una incompatibilidad *per se*, lo cual es evidentemente absurdo y desacorde con nuestro ordenamiento constitucional. Para evitar este resultado, y dado que la vía de la excepción subjetiva está invalidada, es necesario recurrir a la segunda posibilidad: la apreciación de una exención de las contenidas en la LDC, en particular la exención por ministerio de la ley del art. 2.1 LDC.

1.1.1. La aplicación de la exención por ministerio de la ley a los convenios colectivos.

La posibilidad de utilizar el art. 2.1 LDC como vía de articulación entre las normas laborales y el derecho de la competencia ya fue

¹¹⁵⁰ Las principales opiniones en este sentido provienen de la doctrina francesa, comentada en la Sec. III del Cap. I de esta Segunda Parte.

¹¹⁵¹ Resolución del TDC, expte. A 42/93 de 10 de marzo, FD. 3º.

¹¹⁵² PASCUAL y VICENTE, J., “Las conductas prohibidas en la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”, GJ, N° 205, Enero/Febrero 2000, p. 13.

mencionada por OJEDA. Considerando que el reconocimiento constitucional y el desarrollo normativo de la negociación colectiva activan la exención por ministerio de la ley, el autor propuso que los convenios colectivos quedaran fuera del ámbito de aplicación de la LDC por ser reconocidos, permitidos y regulados por una norma¹¹⁵³.

Hasta el momento, ni los órganos encargados de la aplicación de las normas de la competencia ni los jueces y tribunales laborales han apreciado la posibilidad de aplicar la exención por ministerio de la ley a los convenios colectivos. De hecho, tanto en una sede como en otra se ha afirmado, en las contadas ocasiones en las que se ha tratado la cuestión, la posibilidad de aplicar la norma *antitrust* a los convenios colectivos. En estos escasos supuestos, tanto el TDC como el orden social se han considerado competentes para efectuar este control de la adecuación de un convenio colectivo a la LDC, sin mencionar la exención del art. 2.1 LDC. Es especialmente relevante la actuación del TDC, el cual, prescindiendo de la posibilidad de aplicar esta exención, ha procedido en una reciente Resolución a imponer una multa a un sindicato por la firma de un convenio colectivo¹¹⁵⁴

Aun a pesar de esta actuación de los órganos encargados de aplicar las normas de la competencia, debe valorarse la aplicabilidad de la exención como camino para articular la relación entre la defensa de la competencia y los convenios colectivos. Como ya se comentó, la exención por ministerio de la ley, excluye la prohibición *antitrust* por la existencia de otra disposición legislativa que imponga de manera ineludible el acuerdo o la práctica, revelándose la misma como necesaria para conseguir los objetivos de la norma. La activación de la exención impide la realización de un examen *antitrust*, produciendo una inaplicación directa, antes de tal

¹¹⁵³ OJEDA AVILÉS, A., “National report: Spain”, en BRUUN, N., HELLSTEN, J., (coord.) *Collectives agreements and Competition law...*, cit p. 153.

¹¹⁵⁴ Resolución del TDC, expte. 607/06, *Ayuda a domicilio*, de 29 de enero de 2007

valoración. Para aplicar esta disposición debe comprobarse que la disposición y la conducta están directamente relacionadas y que la primera ejerce esta acción positiva de promoción de la acción contraria a la competencia, sin eliminar la facultad de decidir de los infractores. Además, el mencionado análisis ha de revelar que el acuerdo restrictivo de la competencia respeta la finalidad de la norma habilitante y está amparado en todos sus términos por la disposición. Entre las restricciones consideradas cubiertas por la exención del art. 2.1 LDC se encuentran, como fue señalado en epígrafes anteriores, normas cuyo objeto específico es eliminar el régimen general de lucha competitiva, permitiendo un acuerdo entre agentes económicos justificado en la protección de otro bien jurídico, que es incompatible con el mencionado régimen.

Teniendo en cuenta estos parámetros parece posible situar a los convenios colectivos bajo el paraguas de la exención por ministerio de la ley. Varias son las razones que apuntalan esta afirmación. En primer lugar, el enganche constitucional de la negociación colectiva, considerando que, según ha reiterado el TC, la fuerza vinculante de los Convenios “emana de la Constitución, que garantiza con carácter vinculante los Convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario”¹¹⁵⁵. En segundo lugar, la regulación normativa que el Estatuto de los Trabajadores realiza de la negociación colectiva, con imposición del deber de negociar en el art. 89.1. Evidentemente, si uno de los objetivos del reconocimiento constitucional de la negociación colectiva es el fomento de la misma, y ello se demuestra por el propio art. 89.1 del ET, los convenios colectivos son la plasmación de una práctica necesaria para conseguir los objetivos de la norma, y su interdicción por la vía del derecho de la competencia sería contraria a la coherencia del ordenamiento.

¹¹⁵⁵ STC 58/1985, de 30 de abril, F.J. 3.

El derecho comunitario, tanto la regulación de aplicación de los arts. 81 y 82 TCE como la jurisprudencia del TJCE juega en apoyo de esta interpretación y dado que el primer inciso del art. 2.1 LDC afirma que la exención por ministerio de la ley tiene una virtualidad “sin perjuicio de lo dispuesto por el Derecho comunitario de la competencia”, parece evidente recurrir al mismo, incluso en aquellos casos en los que no se aprecie una afectación del comercio interestatal, para valorar la aplicabilidad de las normas de la competencia. Así, debe recordarse que 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 añadidura, y fundamentalmente, el TJCE aun negando la existencia de una exención *per se*, ha restringido la vía de un análisis *antitrust* del contenido de los convenios, al limitarse a apreciar la naturaleza y objeto del convenio para considerarlos fuera del ámbito de aplicación del art. 81 TCE¹¹⁵⁶. Se trata ésta de una solución similar a la propuesta en caso de activar la exención del art. 2.1 LDC, puesto que, si el convenio se ajusta a lo previsto en cuanto a forma y contenido en la norma que le da cobertura, la aplicación de la LDC debe evitarse. De esta manera, dada la existencia de una vulneración de la competencia en el mercado derivada de un convenio colectivo, cabría realizar un examen de la adecuación del mismo a su norma de cobertura, el ET, y no un análisis *antitrust*, para valorar la aplicabilidad de la exención por ministerio de la ley.

Para una mejor valoración de la posible incardinación de los convenios colectivos en el ámbito de la exención es conveniente atender a la doctrina sentada sobre la misma por el TDC. En particular, con la Resolución conocida como “semillas de remolacha”, el TDC descartó la aplicación de la exención a un pacto por el cual las asociaciones empresariales firmantes se comprometían a comprar la semilla en

¹¹⁵⁶ STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, apartado 60.

determinados puntos de venta. Según los demandados, el acuerdo podía ampararse en normas tanto estatales como comunitarias. El TDC, analizando la cuestión, consideró que las entidades firmantes estaban autorizadas a suscribir los acuerdos interprofesionales regulados por la normativa comunitaria (Reglamento CEE 206/68), que hacía mención expresa a la inclusión de disposiciones sobre la elección y suministro de semillas. Sin embargo, el acuerdo en cuestión no había sido formalizado debidamente ante el Ministerio y el Tribunal se apoyó en esta falta para señalar que del Reglamento comunitario no podía derivarse que cualquier pacto en estas materias quedara fuera de la LDC que, “como norma general deberán respetar los contratantes en tanto no sean legal y expresamente excluidas”. Por añadidura, el TDC señaló que la Ley sobre Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias dispone expresamente que la adopción de acuerdos por las organizaciones mencionadas debe respetar la LDC. En base a estos dos motivos, el TDC no consideró aplicable la exención, examinando el acuerdo a la luz de la normativa de la competencia¹¹⁵⁷.

Del análisis del TDC se deriva el examen sucesivo de dos cuestiones: la completa adecuación al contenido y requisitos impuestos por la ley de cobertura y la inexistencia de una previsión expresa en la norma que indique la aplicabilidad de la LDC. Teniendo en cuenta la primera de ambas cuestiones podría afirmarse que el ET actúa como ley de cobertura de un convenio colectivo estatutario. Así, en tanto en cuanto se cumplan las previsiones de esta norma en relación a la forma y contenido del acuerdo, cabe pensar que el convenio está amparado frente a la aplicación de la LDC. Respecto del segundo requisito, evidentemente, el art. 85.1 del ET comienza con la afirmación de que los convenios pueden regular “dentro del respeto a las leyes...” una serie de materias. Aunque expresamente no se incluye la mención a la LDC cabría derivar la misma de la remisión

¹¹⁵⁷ Resolución del TDC, Expte. 569/03, *Semillas de remolacha*, FD. 4.

general. La falta de una exclusión expresa, que podría contenerse en alguna de las dos normas que se enfrentan en este caso, el ET y la LDC, empaña la aplicabilidad de la exención, aun cuando no enerva los argumentos sostenidos anteriormente, puesto que el Estatuto tampoco incluye una sujeción expresa a las disposiciones de defensa de la competencia como la Ley sobre Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias o el mismo art. 13.1 del Proyecto de Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo¹¹⁵⁸.

A efectos de clarificar la situación sería interesante incluir en las normas laborales una previsión explícita de “no aplicación”, (en sentido contrario a las contenidas en las normas citadas) de la LDC a los convenios colectivos. Esto no significaría que los convenios quedaran blindados fuera cual fuera la lesión que se provoque en las condiciones de competencia del mercado, sino que los parámetros normativos apropiados para el control serían los establecidos en sede laboral, mediante los exámenes de legalidad y lesividad de los convenios. De hecho, como se verá en los epígrafes siguientes, es posible encontrar pronunciamientos de los tribunales laborales relativos a los controles señalados, en los que se resuelve una cuestión cuyo fondo es, en realidad, un ejemplo del conflicto entre la defensa de la competencia en un sector y las disposiciones de un convenio colectivo.

1.1.2. Cuestiones procesales relativas a la competencia para la aplicación de la LDC como parámetro de control de los convenios colectivos:

Es por todos conocido que, a partir del reconocimiento y la potenciación de la negociación colectiva con la Constitución de 1978, el

¹¹⁵⁸ Publicado en el BOCG de 1 de diciembre de 2006, serie A, N° 115-1. El ejemplo por excelencia de este tipo de situaciones de sujeción expresa es el art. 5.2 de la Ley 7/1997 de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales establece que “...los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica observarán los límites del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia”, HUERTA, F, “Doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia...”, cit, p. 25.

control de los convenios se ha derivado a los jueces y tribunales, minimizando la actuación de la Administración, protagonista en la regulación anterior. Como ha venido señalando la doctrina, dada la configuración actual del sistema de relaciones laborales, el desarrollo y la eficacia de los convenios colectivos “...no pueden verse válidamente fiscalizados por otros órganos estatales que no sean los encargados de velar por el respeto a la legalidad vigente y por la adecuación al ordenamiento jurídico de toda norma...”¹¹⁵⁹. Así, con el objetivo de garantizar estrictamente el reconocimiento constitucional de la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos, la intervención administrativa en la negociación colectiva se ha reducido a una serie de competencias de tramitación (art. 90.2 y 3 ET) y a la facultad de iniciar el procedimiento de impugnación de convenios por ilegalidad o lesividad (art. 90.5 ET)¹¹⁶⁰.

Junto con esta limitación de la actividad administrativa en el control de los convenios colectivos, debe recordarse que los órganos jurisdiccionales del orden social tienen atribuido el conocimiento de las cuestiones litigiosas de todo tipo, excepto las expresamente excluidas, surgidas en el desarrollo de las relaciones laborales, en conflictos tanto individuales como colectivos (arts. 9.5 LOPJ y 2, 3 y 4 LPL). En particular, el apartado m) del art. 2 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral afirma que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan sobre impugnación de convenios colectivos.

Es evidente que el control judicial de los convenios colectivos conlleva una serie de características especiales y connotaciones que lo

¹¹⁵⁹ Para un panorama general de la doctrina al respecto de esta cuestión vid. PÉREZ YÁÑEZ, R.M., *El control judicial...*, cit., pp. 98 y 114 y ss.

¹¹⁶⁰ MARTÍN VALVERDE, A., GARCÍA MURCIA, J., “La impugnación de los convenios colectivos de trabajo”, REDT, N° 24, 1985, p. 486.

diferencian y separan de otros procesos que se tramitan ante el orden social, pues se ha otorgado a este orden jurisdiccional la facultad de depurar el ordenamiento, habitualmente atribuida al orden contencioso-administrativo¹¹⁶¹. En este sentido, el TS ha afirmado que nos encontramos ante "... un proceso de impugnación de normas jurídicas, lo que lo acerca al objeto y fines del proceso contencioso-administrativo. La atribución a los Jueces laborales del control de legalidad y lesividad de los Convenios Colectivos, supone asignarles la facultad de depuración de las normas jurídicas de naturaleza singular que crea la negociación colectiva; no se trata, por tanto, del modo ordinario de otorgar la tutela judicial, que consiste generalmente en resolver la controversia «inter partes» reconociendo y otorgando, en todo o en parte, el derecho discutido a una de ellas y negándoselo a la contraria, sino de una forma muy concreta de hacer efectiva tal tutela llevada a cabo mediante el examen de una norma o conjunto de normas para contrastar si se ajustan o no al ordenamiento jurídico, y proceder, en caso de que no se ajusten, a su expulsión del mismo"¹¹⁶².

Esta adscripción del control de los convenios colectivos al orden social se justifica fundamentalmente en el origen pactado de la norma que se cuestiona¹¹⁶³. Así, aun cuando resulte curioso que la defensa de la legalidad de una norma, como es el convenio, no se realice por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, debe entenderse esta cuestión por el especial carácter de los sujetos creadores del convenio, que impregna toda su estructura y efectos. El legislador ha acogido plenamente esta interpretación, reconociendo la competencia para conocer del control de los convenios al orden social que, mediante el procedimiento de impugnación de convenios, debe garantizar la adecuación de las normas colectivas a la

¹¹⁶¹ LÓPEZ CUMBRE, L., *La impugnación del convenio colectivo por sujeto firmante*, CINCA, Madrid 2006, pp. 73 y ss.

¹¹⁶² STS de 23 de marzo de 1994, Recurso núm. 2256/1992, FJ. 4.

¹¹⁶³ LÓPEZ CUMBRE, L., *La impugnación del convenio colectivo...*, cit., p. 76.

totalidad de la legalidad vigente¹¹⁶⁴. Los órganos del orden social deben conocer y resolver en la misma sentencia que recaiga en el litigio laboral, todas las cuestiones atribuidas a otros órganos jurisdiccionales pero cuya solución sea necesaria para fallar el litigio sobre el que tienen competencia¹¹⁶⁵, incluyendo las relacionadas con la LDC y por tanto la valoración de la aplicación de la exención por ministerio de la ley prevista en la misma¹¹⁶⁶. Un último motivo que apoya la aplicación de la LDC por los jueces laborales es que, aun cuando su art. 1.2 de la misma afirma que serán nulos de pleno derecho los acuerdos prohibidos que no sean amparados por exenciones expresas, el TCD no tiene atribuida la potestad para declarar la nulidad sino que ésta debe ser acordada por la jurisdicción competente en cada caso. De hecho, como ya se comentó, el art. 12.3 del PLDC legitima a la Comisión Nacional de la Competencia para impugnar ante la jurisdicción competente disposiciones generales de rango inferior a la Ley de las que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, entre los que cabe incluir a los convenios colectivos.

¹¹⁶⁴ Arts. 9.5 y 93 de la LOPJ y 2.m) y 161 y ss. de la LPL; En este sentido afirmaba DE LA VILLA que “hablar de ley es hablar de cualquier ley”, por lo que la expresión del art. 90.5 ET debe entenderse comprensiva de todas las normas jurídicas dictadas por el Estado o por las organizaciones internacionales, con independencia de su rango legal o reglamentario, DE LA VILLA GIL, L.E., “El papel de la ley en el sistema de relaciones laborales”, RMTASS, 1997, Nº 3, p. 80; BLASCO PELLICER, A., (Dir.), *Proceso Laboral II*, cit., p. 1126.

¹¹⁶⁵ ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C., BLASCO PELLICER, A., GOERLICH PESET, J.M., *Derecho Procesal Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 6ª Edición, 2004, p. 30; Esta solución, como indica el art. 4 de la LPL, se produce a efectos prejudiciales y sólo surte efectos en el proceso en que se indica, teniendo una única excepción las cuestiones prejudiciales penales cuando la decisión sobre falsedad del documento sea necesaria para el adoptar el fallo en el orden social.

¹¹⁶⁶ Se aplica aquí *mutatis mutandis*, lo señalado por BAÑO LEÓN respecto del orden civil en BAÑO LEÓN, J.M., “El Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia: funciones y procedimiento”, cit., pp. 240-247 y BAÑO LEÓN, J.M., *Potestades Administrativas y garantías...*, cit., pp. 267 y ss.

El propio TS se pronunció sobre la cuestión en la sentencia de 15 de marzo de 1993, conocida como el asunto de las “farmacias militares”¹¹⁶⁷. Con esta resolución el Tribunal anuló en casación el art. 67.2 del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ministerio de Defensa, que reconocía al personal laboral el derecho a utilizar talonarios de farmacias militares para la extracción de medicamentos en las condiciones reconocidas al resto del personal por el Ministerio de Defensa. El Tribunal estimó el recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid y por la Asociación de Empresarios de Oficinas de Farmacia, que consideraban que la cláusula producía una lesión grave en los intereses de sus representados además de constituir una extralimitación de la autonomía de las partes negociadoras. El Abogado del Estado había señalado lo inadecuado de la vía optada por los recurrentes, apuntado que lo que se estaba persiguiendo era evitar el perjuicio económico que para las oficinas de farmacia se derivaba de la cláusula impugnada. Conocer de tal cuestión correspondería, según la opinión del Abogado con base en la LDC, al Tribunal de Defensa de la Competencia, y en su caso al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo. Por este motivo, la sala que conoció de la sentencia de instancia habría incurrido en un exceso de jurisdicción, que no quedaba justificado por el carácter de norma pactada del convenio colectivo.

Contrario a este parecer, el TS estimó que “(1)a 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

¹¹⁶⁷ STS de 15 de marzo de 1993, núm. 1730/1991.

legalidad o de lesividad de convenios colectivos; control que, como antes se ha dicho, corresponde al ámbito jurisdiccional del Orden Social”¹¹⁶⁸.

En este razonamiento del Tribunal se apuntan dos cuestiones básicas que van a ser tratadas a continuación, la primera relativa a la competencia del orden social, y a la exclusión del TDC, en los procesos de control de los convenios colectivos. La segunda, se refiere a la utilización de los controles de legalidad y lesividad como vía para evitar las prácticas que desestabilicen la competencia en el mercado de bienes y servicios.

A. El control de los convenios colectivos por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

A pesar de la claridad de este precedente jurisprudencial y de la atribución normativa del control de los convenios colectivos al orden social, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha entrado a conocer supuestos en los que se debatía la adecuación de un convenio colectivo, o de un pacto entre trabajadores y empresarios, a la LDC.

El primer asunto en el que el TDC entró a controlar un convenio colectivo es la Resolución de 10 de marzo de 1993¹¹⁶⁹. En este caso, la empresa demandante presentó un escrito ante el Servicio de Defensa de la Competencia contra la patronal del sector, de la cual se había dado previamente de baja, que había suscrito un convenio colectivo en el ámbito del cual se encontraba la empresa actora¹¹⁷⁰. Considerándose perjudicada por el convenio, y apreciando la intención de los negociadores de afectarle expresamente, la empresa impugnó la norma ante la jurisdicción social, que

¹¹⁶⁸ STS de 15 de marzo de 1993, núm. 1730/1991.

¹¹⁶⁹ Resolución del TDC, expte. Nº A 42/93 de 10 de marzo. Se trata de una decisión del Tribunal en la que falla contra el acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia que había decidido archivar las actuaciones.

¹¹⁷⁰ Se trataba del convenio de panaderías Sevilla y su provincia. En el mismo se habían establecido tres tipos de panaderías, quedando la actora como única integrante de una de las categorías.

le denegó la legitimación activa. Posteriormente, la entidad interpuso una demanda de no aplicación del convenio por el procedimiento ordinario.

Además de la vía laboral la empresa consideró que sus intereses eran tutelables por la vía prevista en la Ley de Defensa de la Competencia, dado el perjuicio en su posición en el mercado que se derivaba del convenio. En la instrucción del asunto, el SDC ordenó el archivo de las actuaciones, fundamentando su resolución en que no se cumplían los requisitos subjetivos para la aplicación de la LDC. Esta opinión del SDC es particularmente relevante por cuanto parece dibujar una suerte de exención por naturaleza de los convenios colectivos, al afirmar que para poder aplicar la LDC es necesario que la parte denunciada, en este caso todos los firmantes del acuerdo, tengan el carácter de actores económicos. Al ser el convenio un concierto de voluntades entre empresarios y sindicatos, este requisito subjetivo no se cumple, razón por la cual el SDC estima que el asunto debe ser archivado.

Recurrida la resolución, el TDC no acogió la argumentación anterior, sino que consideró que, en tanto en cuanto el convenio incluía la voluntad conjunta de varios empresarios, agrupados en la patronal, no podía descartarse la idoneidad del presupuesto subjetivo de aplicación de la LDC. De esta manera, considerando que no importa dilucidar si los sindicatos tienen o no carácter de operador económico, el Tribunal afirmó que la LDC, por ser desarrollo del art. 38 CE, obliga a todos los contratos o acuerdos, eliminando así la posibilidad de excluir de su ámbito a los convenios colectivos por razón de su naturaleza de norma pactada (y de su amparo en el art. 37.1 CE). A mayor abundamiento el TDC justificó su postura en la necesidad de evitar que la patronal pudiera obtener por la vía laboral “una restricción de la competencia intolerable y fuertemente sancionada como concertación horizontal de empresarios para excluir a un tercer por el derecho de la competencia”. De esta manera, continuando con la argumentación del órgano administrativo, lo fundamental no es valorar la

naturaleza de las partes sino evaluar “si el contenido del convenio colectivo se ha redactado en términos tales que creen condiciones discriminatorias que expulsen del mercado a la denunciante...”¹¹⁷¹.

La diferencia de posiciones entre el SDC y el TDC con respecto a la consideración de los sindicatos se expresó con mayor claridad en la Resolución del TDC de 16 de diciembre de 1996¹¹⁷², en relación a un acuerdo entre una serie de gremios y los sindicatos UGT y CCOO. En este asunto, el TDC apreció claramente la vulneración de la competencia por tratarse de un acuerdo entre distintos operadores económicos que limitaba la libertad comercial de los que lo suscribían. Como en el caso anterior, el instructor afirmó que los sindicatos no podían ser considerados como operadores económicos pues habían actuado como representantes de los intereses de los trabajadores que pudieran resultar afectados por el acuerdo empresarial relativo a la actividad productiva en la que aportaban su trabajo. Por este motivo, el Director General de Defensa de la Competencia acordó el sobreseimiento del expediente con respecto a UGT y CCOO.

Aun cuando dicho acuerdo no fue recurrido, los otros imputados criticaron esta decisión en el procedimiento ante el TDC, afirmando que con ella se producía una vulneración del principio de igualdad. Esto llevó al Tribunal a pronunciarse de nuevo, *obiter dictum*, sobre la calificación de los agentes sociales en la negociación colectiva. A este respecto el órgano administrativo consideró que no es posible negar a los sindicatos la

¹¹⁷¹ Resolución del TDC, expte. A 42/93 de 10 de marzo, FD. 3º.

¹¹⁷² Resolución del TDC, expte. 377/96, *Pan de Barcelona*, de 16 de diciembre de 1996. En este asunto la denuncia ante el SDC se planteó por la Unión de Consumidores de Catalunya a propósito de un acuerdo firmado por los gremios de pasteleros y panaderos de Barcelona y las correspondientes federaciones de UGT y CCOO. En el mismo, con el objetivo de cubrir la demanda de pan en domingos y festivos, se acordó que las pastelerías artesanas con fabricación propia podían comercializar los domingos y festivos, excepto aquéllos que coincidieran en sábado y/o lunes, junto con los artículos que les eran propios, un único módulo de pan especial enriquecido, de cualquier forma y volumen, con un peso máximo de hasta 100 gramos. De esta manera, se establecía una limitación en la producción que, a juicio del SDC, vulneraba lo dispuesto en el art. 1.1 b) LDC.

condición de operadores económicos por principio, sino que debe analizarse en cada caso los intereses defendidos por estos actores, para evaluar si se ciñen a aquellos que les son propios o se extienden a otros, en cuyo caso podrían incurrir en las prohibiciones establecidas en las normas reguladoras de la libre competencia¹¹⁷³.

La ratificación de esta línea de razonamiento ha llegado con la Resolución de 29 de enero de 2007¹¹⁷⁴. En ella se ha planteado por primera vez ante el TDC la adecuación con la LDC de una de las mencionadas cláusulas de “fijación de precios y competencia desleal”, contenida en un convenio colectivo de sector de las empresas de ayuda a domicilio de la Comunidad Autónoma de Cantabria. En este caso, la denuncia fue formulada por la Alcaldía de un municipio contra Comisiones Obreras de Cantabria y la Asociación de Servicios de Ayuda a Domicilio de Cantabria. La denuncia se fundamentaba en la incorporación en el convenio de una fijación del precio mínimo y obligatorio al que las empresas del sector deben ofertar sus servicios¹¹⁷⁵.

¹¹⁷³ Resolución del TDC, expte. 377/96, *Pan de Barcelona*, de 16 de diciembre de 1996, FD. 3º.

¹¹⁷⁴ Resolución del TDC, expte. 607/06, *Ayuda a domicilio*, de 29 de enero de 2001.

¹¹⁷⁵ Convenio colectivo de sector de las empresas de ayuda a domicilio de Cantabria, art. 51, BO. Cantabria, de 10 de mayo de 2004, núm. 90. Artículo 51. Repercusión en precios de servicios y competencia desleal: “Ambas representaciones hacen constar expresamente que las condiciones económicas pactadas en este convenio colectivo tendrán repercusión en los precios de los servicios.

La Comisión Paritaria del convenio, establecida en el artículo 10, será la encargada de la comprobación del cumplimiento de lo pactado en este artículo.

Se considerará incumplimiento del convenio, con las consecuencias derivadas en la legislación vigente, las ofertas comerciales realizadas por las empresas que sean inferiores a los costes del presente convenio. A estos efectos, se considerarán costes mínimos repercutibles, o precio de referencia, para la categoría de Auxiliar de Ayuda a Domicilio, en los servicios concertados con las Administraciones Públicas o entidades mercantiles, para el año 2004, los siguientes:

-Coste convenio por hora: 11,5 euros/hora.

-Coste por hora nocturna: 13,5 euros/hora.

Estos costes se actualizarán cada año, por parte de la Comisión Paritaria, teniendo en consideración los incrementos salariales pactados en este convenio para cada uno de los años de vigencia del mismo, y las modificaciones legales que afectasen a los mismos.

Aquellas empresas, trabajadores o sus representantes, pondrán en conocimiento de la Comisión Paritaria cualquier incumplimiento de lo dispuesto en este artículo, quedando

En su defensa, el Sindicato expuso que la inclusión de esta cláusula había sido una imposición de la patronal, exigida como condición indispensable para la firma del convenio, con la finalidad de evitar la competencia desleal que supondría una licitación por debajo del coste salarial que expulsaría a determinadas empresas (generalmente las más pequeñas) del sector. Argumentando su falta de interés en la introducción de la cláusula, CCOO señalaba cómo la misma se arrastraba desde el convenio anterior, negociado por UGT. Por último el sindicato entró a valorar la cláusula en cuestión, afirmando que la fijación de un precio de referencia que, con carácter mínimo, se debe respetar en las ofertas a las licitaciones públicas, no supone una infracción de las normas de la competencia, puesto que dichas licitaciones deben partir de los costes salariales como mínimo posible y no sujeto a ningún tipo de negociación a la baja, por tratarse su fijación de una norma de derecho indisponible, incluida en los Convenios colectivos. En definitiva, según las alegaciones de CCOO, el Convenio cuestionado no pretendía otra cosa que los contratos con las administraciones públicas no se formalizasen por debajo del coste salarial previsto para 2005, permitiendo a las empresas la libre competencia siempre que respetaran los costes reales.

Para la resolución del asunto, el TDC acudió al contenido de los convenios configurado en los arts. 82.2 y 85.1. ET. De los mismos infería que el ámbito de estas normas colectivas se circunscribe a las condiciones de empleo y a las relaciones de los trabajadores con los empresarios. El art. 51 del convenio cuestionado se excede de estas materias por cuanto en él no

facultados los miembros de dicha Comisión Paritaria para iniciar las acciones legales o de denuncia de la empresa ante quien corresponda o se consideren pertinentes. Al amparo de lo dispuesto en la Ley 3/1991, de 10 de enero (RCL 1991, 71), de Competencia Desleal, se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, siempre que se realicen en el mercado de trabajo y actividad propia de la asistencia a domicilio y con fines concurrenciales, sin que pueda supeditarse a la existencia de una relación de competencia directa entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal”.

se regulan los salarios que las empresas deben abonar a los trabajadores sino que se fijan los precios mínimos por hora trabajada para cada categoría de auxiliares que las empresas deben aplicar a sus clientes. Esto, según el TDC, queda fuera del ámbito de la negociación colectiva, siendo más bien una pretensión de regular el beneficio empresarial y de eliminar la competencia en precios en el mercado de la ayuda a domicilio¹¹⁷⁶. Por añadidura, tampoco consideró el TDC aceptable la justificación de proteger la leal competencia, sugiriendo que la rigidez a la baja en precios perjudica a los clientes del servicio y al propio empleo del sector.

Por último, el TDC desestimó las alegaciones de CCOO, que pretendía exonerar su responsabilidad, considerándole igualmente culpable del ilícito concurrencial que a la patronal y sancionando ambos con una multa de 3000 euros. Además de la sanción pecuniaria, el Tribunal resolvió obligar a las partes a la publicación de la parte dispositiva de la resolución en el BOE, en el Boletín de la Comunidad Autónoma de Cantabria y en uno de los diarios de mayor difusión de la Comunidad.

Ciertamente, la inclusión de una cláusula como la controvertida puede causar extrañeza. En este sentido, es necesario admitir que la utilización de los convenios colectivos para regular cuestiones directamente relacionadas con las relaciones interprofesionales vulnera los límites de los convenios colectivos y supone un incumplimiento de la normativa laboral orientada a la regulación de la misma. Sin embargo, la propia entidad constitucional de la negociación colectiva obliga a una más cuidadosa valoración del asunto.

Por un lado, debe analizarse el contexto fáctico que rodea la cláusula controvertida. Más allá de su tenor literal, puede deducirse que la voluntad de los actores firmantes no era tanto fijar los precios como evitar que la competencia se produjera mediante una reducción de los costes laborales.

¹¹⁷⁶ Resolución del TDC, expte. 607/06, *Ayuda a domicilio*, de 29 de enero de 2001, FD. 3º.

Por tanto, e independientemente de la desafortunada redacción del precepto, la finalidad de la cláusula considerada contraria a la competencia no se aleja de la históricamente asignada a los convenios colectivos.

Por otro lado, es necesario tomar como punto de partida de toda valoración la afirmación de que el convenio colectivo estatutario no es un simple acuerdo entre empresas, entre otras cosas, por la eficacia general que le reconocen las normas laborales, derivada del art. 37.1 CE¹¹⁷⁷. Por ello, el TDC no debería entrar en su valoración, sino que, en el caso de apreciar que un convenio vulnera la LDC, debería impugnarlo ante la jurisdicción competente, que es sin lugar a dudas el orden social. De hecho, el PLDC establece en su art. 12.3, ya señalado con anterioridad, que la Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las administraciones públicas sujetos a derecho administrativo y las disposiciones generales con rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercado, donde sin duda entran los convenios colectivos estatutarios.

Esto no implica que los convenios colectivos queden siempre y en todo lugar fuera del ámbito de aplicación de la LDC. Como ya se ha

¹¹⁷⁷ Debe en este momento recordarse que el Tribunal Supremo acogió en su jurisprudencia una definición ya clásica de convenio colectivo, conceptuándolo como “un híbrido que tiene cuerpo de contrato y alma de Ley, que al mismo tiempo crea derechos y deberes entre las partes que lo conciertan y tiene eficacia normativa, con un contenido dual como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, y del carácter de fuente de la relación laboral reguladora de los derechos y obligaciones de la misma concernientes que tal convenio ostenta -arts. 3 y 82 del Estatuto de los Trabajadores de 10 marzo 1980-, que cumple una función social y una función económica, facilitando, por un lado, la composición de intereses entre quienes participan en la producción, ya como operarios ya como patronos, con lo que mejora las condiciones individuales en que se desenvolverá aquella y ordenando y disciplinando, de otro, la economía empresarial, todo ello con eficacia jurídica plena, y sin que pueda, con carácter general, ser desplazado «in peius» por norma ni convenio posterior que contengan, en su conjunto, condiciones menos beneficiosas para los trabajadores”, STS (Sala de lo Social) de 5 de noviembre de 1982, Considerando 2º.

afirmado, la exención por ministerio de la ley requiere de un examen del convenio a la luz de las normas laborales. Este examen debe realizarse por el orden social que, en caso de no apreciar la aplicabilidad de la exención, podrá proceder a aplicar la LDC, como efectivamente ha hecho en alguna ocasión.

En todo caso, a la cláusula controvertida se le puede criticar su inutilidad, teniendo en cuenta que el art. 17.2 c) de la LCD que califica como desleal la venta de servicios por debajo de los costes cuando la misma tiene como finalidad sacar a otros competidores del mercado. Lo cual es precisamente la actuación que pretendían evitar los firmantes del convenio¹¹⁷⁸.

En términos generales, del análisis de estos casos se extraen tres conclusiones básicas. En primer lugar, el TDC no se ha planteado su posible incompetencia para conocer de la adecuación al ordenamiento, a la LDC, de un convenio colectivo, por entender que el mismo conlleva un acuerdo entre varios actores económicos y que, por tanto, entra en su ámbito de actuación. En segundo lugar, el Tribunal ha ignorado la posibilidad de aplicar la exención por ministerio de la ley, sin atender a la configuración normativa de la negociación colectiva ni especialmente al deber de negociar contenido en el art. 89.1 ET, aplicándoles a los convenios colectivos un análisis *antitrust* ordinario. Por último, con las resoluciones anteriores se constata que la presencia de los sindicatos no es susceptible, según este órgano administrativo, de alterar la consideración del convenio como un pacto entre los mencionados actores. Dos han sido las estrategias adoptadas por el Tribunal para justificar esta tercera conclusión: considerar

¹¹⁷⁸ Sobre esta cuestión es especialmente interesante la STS de 30 de mayo (Sala de lo civil, Sección 1ª), núm. 412/2005. En ella se afirma la existencia de competencia desleal por parte de una auto-escuela que procedió a rebajar los precios de las clases por debajo del coste en perjuicio de la otra existente en la localidad. La auto-escuela demandada hacía frente a sus pérdidas mediante las ganancias de otras empresas del mismo titular, siendo su objetivo sacar a la competidora del mercado. Efectivamente, la rebaja de los precios de los servicios consiguió el cierre de la otra auto-escuela.

que, al margen de la actividad de los actores sociales, podía apreciarse un acuerdo entre el banco empresarial que era, *per se*, contrario a la defensa de la competencia, y entender que los sindicatos podían ser considerados actores económicos cuando en sus actuaciones sobrepasaran la “defensa de los intereses que le son propios”.

Esta paulatina apertura del ámbito de aplicación del examen *antitrust* a las cuestiones relativas a la organización del mercado de trabajo, se aprecia de manera general, ya no sólo circunscrita a la acción sindical, en la Resolución de 22 de noviembre de 2006¹¹⁷⁹. En ésta, el Tribunal ha considerado expresamente la mano de obra como un factor de producción más, sin características que permitan diferenciarlo del resto. En esta ocasión se trata de un supuesto ajeno a la negociación colectiva, pero que ofrece especial interés por cuanto el Tribunal rechazó, de nuevo *obiter dictum*, la opinión del SDC, que archivó la denuncia al considerar que el mercado laboral debía entenderse exento del ámbito de aplicación de las normas de competencia. Contrario a este parecer el TDC afirmó que “(l)a mano de obra, y más como en este caso la mano de obra especializada, puede ser un factor de competencia importante entre los operadores del sector de distribución. Desde esta perspectiva, un acuerdo de no competencia entre operadores competidores, repartiéndose la oferta de un medio de producción, que además es escaso, estaría sujeto al ámbito de aplicación de la LDC, porque estaría alterando, o podría alterar, la competencia en el

¹¹⁷⁹ Resolución del TDC, expte. R 690/06, *Operadores Sector de Distribución*, de 22 de noviembre de 2006. En este caso la denuncia se apoyaba en declaraciones aparecidas en varios medios de comunicación en las que, según el denunciante, se evidenciaba la existencia de un acuerdo de las empresas de distribución, no “robarse” los trabajadores, lo que a juicio de esta parte perjudicaba a “un colectivo aún más indefenso que el de los consumidores: el de los asalariados”. Las declaraciones recogidas en los diarios y aportadas en la denuncia fueron las siguientes “en ese sector (en referencia a la distribución) las empresas tienen una especie de acuerdo tácito para no robarse a los empleados, especialmente a los profesionales de los productos frescos que son los más demandados” (...) “Esto nos permite controlar la retribución, en un sector en el que los márgenes de negocio no son demasiado elevados, pero no nos resuelve el problema principal, que es la escasez de candidatos”.

mercado de los operadores de distribución minorista. Y eso al margen del medio de producción de que se trate, sin perjuicio de que el mercado de trabajo, por sus características de mercado con regulación especial, tenga un tratamiento legal diferenciado”.

B. La aplicación de la LDC por los jueces y tribunales del orden social en los procesos de control de legalidad y lesividad de los convenios colectivos.

La aplicación de la LDC a un convenio colectivo en el orden jurisdicción social se realizó expresamente en la sentencia de la AN de 7 de noviembre de 2001¹¹⁸⁰. En este asunto, la introducción de una cláusula de fomento del empleo por cuenta ajena fue considerada acorde a derecho por la AN, tras analizarla en un proceso de impugnación de convenios, no sólo en relación a la normativa laboral sino también, expresamente, con respecto a la LDC.

En este caso, el proceso de impugnación se inició por demanda de la cooperativa Trabajo Asociado, Servicarne, SCoop. CL, cuyo objeto social coincidía con el del convenio colectivo de Mataderos de Aves y Conejos, suscrito entre las empresas del sector y los sindicatos. La cláusula controvertida fue el art. 60, “las partes firmantes del presente Convenio coinciden en señalar que la utilización de las denominadas cooperativas de trabajo asociado no es la solución adecuada para la necesaria estabilidad del empleo en el Sector, la formación profesional de los trabajadores, la mejora de la productividad y la competitividad de las empresas. Consecuentemente, las partes acuerdan que las empresas que hayan venido utilizando cooperativas de trabajo asociado durante el año 2000, reducirán progresivamente el uso de las mismas, tomando como base el porcentaje de su utilización a 31 de diciembre de 2000, hasta los siguientes porcentajes de trabajadores en cada empresa...”, estableciendo a continuación unos niveles

¹¹⁸⁰ SAN de 7 de noviembre, núm. 9/2001, FD. 2.

máximos de contratación con las mencionadas cooperativas. Como señala la Audiencia, el contexto social en el que se inserta el supuesto de hecho demuestra que se trata de una respuesta a una realidad laboral en la que se ha empleado con profusión, la externalización como técnica de flexibilidad productiva.

La AN consideró que el fomento de la contratación es una política laboral legítima que no se encuentra fuera del ámbito del art. 85 ET porque se persigue “garantizar un estatus de mayor estabilidad al ciudadano que oferta su actividad personal a cambio de dinero en el mercado laboral”. Además, la Audiencia afirmó que la cláusula controvertida tampoco consistía en una práctica restrictiva de la competencia contraria a la LDC.

Para llegar a esta conclusión la Audiencia ensayó una suerte de doble análisis laboral/*antitrust*, partiendo de la base de que el estudio de la impugnación debía circunscribirse tanto a la comprobación de la mengua grave del interés de la actora, fundamentado en una “discriminación de la facturación mercantil de la Sociedad”, como a la constatación de si el precepto era contrario al art. 38 CE, al 85 del ET y al 1.1 de la LDC.

En su análisis, la AN no valoró la posible incardinación del convenio en la exención por ministerio de la ley, como hubiera sido deseable, desestimando la vulneración de la LDC por otras razones ciertamente ajenas al habitual análisis *antitrust* y más cercanas al habitual control de lesividad de un convenio. Así, tras el examen de la cláusula reseñada, la Audiencia concluyó que no podía calificarse la misma como una práctica restrictiva de la competencia por tratarse de una norma *ad intra* de la empresa, dirigida a distribuir sus elementos constitutivos, y sin proyectarse *ad extra*, al mercado competitivo. Apoyó su afirmación en la consideración de que las Cooperativas de Trabajo Asociado no concurrían en el tráfico económico con las empresas firmantes del convenio. Además, la Audiencia no apreció una lesión grave al interés de la parte actora, es decir, no

consideró probado un perjuicio real. Al no observar notas de ilegalidad en el convenio, la AN consideró que la introducción de la cláusula había sido un “puro ejercicio de libertad de empresa, por las patronales firmantes del convenio, que no tienen impuesta por Ley -ni consta que por contrato alguno- obligación alguna al respecto con la actora”. Así, desestimó la demanda afirmando que el interés de tercero (en este caso la protección de su situación concurrencial) ha de ser un interés consolidado en derecho, no hipotético ni futurible y que la lesividad no es cualquier perjuicio, sino la lesión por el Convenio de un derecho adquirido o en trance de adquisición, debiendo probarse un perjuicio real. A mayor abundamiento, la Audiencia estimó incluso que la demanda podría traducirse como un intento de imponer a las empresas firmantes del convenio, una contratación forzosa lo que pugna directamente con la libertad negociadora, aneja a la libertad de empresa del art.38 de la Constitución.

Como puede apreciarse, aun cuando la AN afirmaba aplicar la LDC su razonamiento no estuvo guiado por las pautas que ordenan la actividad del TDC por varios motivos. En primer lugar, y con carácter general, por la exigencia de un perjuicio real, ya que es una línea de razonamiento clara del TDC el considerar que lo relevante no es la efectiva producción del daño sino la aptitud para producir la afectación de la competencia¹¹⁸¹. En segundo lugar, las apreciaciones de la AN en cuanto al carácter de norma *ad intra* y a la finalidad no encuentran paralelismos en las resoluciones del TDC. Por añadidura, en la misma sentencia la Audiencia reconocía que carecía de datos económicos suficientes para identificar debidamente el interés en juego y apreciar la existencia de lesividad derivada de una cláusula que vulnerara la competencia empresarial.

¹¹⁸¹ En este sentido ver la Resolución del TDC en el expte. 434/98, *Prensa Segovia*, de 12 del 2 de 1999, en la que el Tribunal afirma que, “si la conducta concreta sobre la que hay que resolver no ha tenido efectos reales sobre la competencia, (...), pero resultara apta para vulnerar la competencia, estaría incurso en la prohibición del art. 1 LDC”

Para ejemplificar la diversidad de razonamientos es interesante contrastar el planteamiento efectuado por la AN en el juicio *antitrust* con el que ha realizado el TDC en un asunto que guarda ciertas similitudes. Para ello se trae de nuevo la ya mencionada resolución sobre las “semillas de remolacha”, a efectos de examinar cuales fueron los parámetros utilizados por el órgano administrativo para valorar la existencia de un ilícito competencial¹¹⁸². El acuerdo estimado colusorio en este caso regulaba el comportamiento de las empresas implicadas en relación con terceros, cuya finalidad era la defensa de los intereses de los cultivadores y la transparencia en el mercado. En la resolución del expediente, el Tribunal se basó en el examen de los efectos potenciales de la cláusula, del peso económico de los participantes en el acuerdo y de sus consecuencias para la competencia en el mercado. Contrariamente al razonamiento desarrollado por la Audiencia, el Tribunal no consideró que la finalidad del pacto pueda eximir de responsabilidad por una conducta contraria a la competencia, ni que el carácter de acuerdo *ad intra* evite la repercusión en las condiciones de competencia en el mercado.

Sin olvidar que en ambos supuestos se daba una finalidad última de carácter público, que no busca la satisfacción de los intereses de las partes sino una repercusión *erga omnes*, es evidente que la aplicación de la LDC por la Audiencia tenía diferente objetivo inmediato que la realizada por el TDC. En el primer caso, el objetivo era comprobar si el convenio colectivo vulneraba la legalidad vigente, con la finalidad de depurar el ordenamiento jurídico. En el segundo caso se perseguía la defensa de la competencia en el mercado, buscando impedir los comportamientos de actores privados contrarios a la misma. Esta motivación distinta podría justificar la disparidad de líneas de razonamiento, pero no soluciona los problemas de congruencia que podrían darse de iniciar las empresas afectadas un

¹¹⁸² Resolución del TDC, Expte. 569/03, *Semillas de remolacha*, FD. 4-5.

procedimiento ante el TDC en el que se acabara consiguiendo una declaración de ilegalidad del acuerdo considerado acorde a la legalidad vigente en la vía laboral.

A tenor de todo lo antedicho, debe por tanto estimarse que el orden social puede aplicar la LDC, como un parámetro más en los procesos de control de legalidad de los convenios colectivos. Esta aplicación requeriría, *a priori*, un examen de la posible activación de la exención por ministerio de la ley, valorando la adecuación tanto formal como material, del convenio a las normas laborales. En el caso de no apreciarse la exención, no parece haber impedimento para que los jueces y tribunales de orden social aplicaran el control de legalidad tanto en base a la inadecuación del convenio con las normas laborales como afirmando su contravención de la LDC, pues, como se verá en las páginas siguientes, dicho control debe realizarse respecto de la totalidad del ordenamiento jurídico.

1.2. El incumplimiento de las condiciones fijadas en el convenio como supuesto de competencia desleal.

Hasta este momento se han analizado diversos supuestos de aplicación de la LDC a convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, que incidían de una u otra manera en las condiciones de competencia en el mercado al regular determinadas cuestiones relativas a las relaciones entre las empresas firmantes. De hecho, la capacidad de los convenios para servir de cauce regulador de la competencia ha sido explotada por los empresarios, en ocasiones fuera de los límites marcados por las normas laborales. La voluntad de mantener una determinada condición de producción (como el precio del servicio ligado a los salarios marcados en convenio o el descanso dominical obligatorio para los trabajadores) ha sido ligada a la “leal competencia”, afirmándose en determinadas cláusulas convencionales y en diversos pronunciamientos

jurisprudenciales que establecer condiciones laborales por debajo del convenio podría constituir un acto de competencia desleal.

Como se analizó anteriormente, el art. 15 LCD prevé la deslealtad por infracción de normas, siendo considerados los convenios colectivos dentro del conjunto de disposiciones cuyo incumplimiento se considera desleal¹¹⁸³. Puede así afirmarse que una empresa, cuyos intereses económicos resulten perjudicados directamente o amenazados por un incumplimiento de un convenio por parte de otra de las obligadas, estará legitimada *ex art. 19 LCD* para el ejercicio de las acciones previstas en los cinco primeros apartados del art. 18 de la misma norma. El supuesto de hecho que más nítidamente muestra la controversia es el siguiente: dado un convenio colectivo provincial de la industria de la panadería que establece el descanso dominical obligatorio para los trabajadores de todas las empresas del sector, ¿podría ser perseguido el incumplimiento de esta prohibición por alguna de las empresas afectadas a instancias de una de sus competidoras, utilizando la vía del art. 15. 1 LCD¹¹⁸⁴?

¹¹⁸³ Como ha señalado la jurisprudencia, “La acción constitutiva de la infracción de normas como acto de competencia desleal exige, como reza el art. 15 LCD, constatar una «violación» de «normas». Resulta, pues, obligado incidir en los dos elementos que definen la acción relevante. En primer lugar, el elemento activo o violación, que la doctrina identifica acertadamente como infracción directa o inmediata o como defraudación, esto es, mediante la obtención del resultado normativamente prohibido recurriendo a una norma de cobertura. En segundo lugar, el elemento objetivo o norma. Aquí, la doctrina defiende de modo unánime -y asimismo con acierto- que en el ámbito de los dos apartados del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal se integra la infracción de toda norma jurídica que reúna los caracteres de imperatividad, generalidad y coercibilidad, lo que permite incluir Leyes orgánicas y ordinarias, Decretos-Ley y Decretos-Legislativos, Decretos. Órdenes acordadas por comisiones delgadas del Gobierno, órdenes ministeriales, otras disposiciones de autoridades y órganos inferiores como las circulares del Banco de España o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las ordenanzas y reglamentos de las entidades locales, los estatutos generales y particulares de las corporaciones profesionales, los convenios-colectivos, y evidentemente también la normativa análoga dictada por cada Comunidad Autónoma”. SAP de La Rioja (Sección 1ª), de 30 diciembre de 2004, núm. 368/2004, FD. 3º.

¹¹⁸⁴ En la STSJ de Extremadura (Sala de lo contencioso-administrativo) de 5 de julio, núm. 1223/2001, fue confirmada la sanción impuesta a una empresa incumplidora del descanso dominical obligatorio previsto por el convenio colectivo de la Industria de Panadería de la provincia de Badajoz. En su defensa, la sancionada alegó que existían

Además de estas situaciones de incumplimiento, existen otras vías por las que el empresario individual puede separarse de las condiciones pactadas en un convenio de ámbito superior a la empresa. Como es bien sabido, mediante los acuerdos de empresa, de creciente importancia en nuestro sistema de relaciones laborales¹¹⁸⁵, es posible inaplicar determinadas condiciones pactadas en convenios colectivos de ámbito superior. Con estos acuerdos se produce *de facto* una situación desigual entre las empresas obligadas por el mismo convenio, que podría llegar a utilizarse como una ventaja competitiva en el mercado¹¹⁸⁶. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el ET regula determinados supuestos, de carácter limitado, en los que se permite la modificación de las condiciones establecidas en los convenios por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Más allá de los mismos, cabe preguntarse si la separación de las condiciones de la norma de ámbito superior podría considerarse no sólo como un incumplimiento del convenio sino también como un ilícito concurrencial. Así, dado este supuesto, se presenta de nuevo el interrogante de si esta actuación sería perseguible, ya no únicamente por la vía laboral, sino también por la vía de la defensa de la competencia, quedando legitimadas las otras empresas competidoras y

otras empresas incumplidoras que se prevalían de esta falta para realizar una competencia desleal. Evidentemente, el juzgador desestimó que el incumplimiento por parte de otras obligadas pudiera justificar la conducta de la sancionada.

¹¹⁸⁵ La doctrina ha explicado este fenómeno como una respuesta a las mayores exigencias de adaptabilidad/flexibilidad en las relaciones laborales, que refleja la pérdida de importancia de la intervención normativa estatal en la conformación del régimen del contrato de trabajo. Los acuerdos de empresa, que reúnen una decisión colectiva, permiten evitar que estos fenómenos redunden en un aumento de las competencias individuales del empresario en la regulación de la relación de trabajo. GOERLICH PESET, J.M., “Los acuerdos de empresa”, en ALBIOL MONTESINOS, I., *Convenios colectivos y acuerdos de empresa*, CISS, 2007, p. 320.

¹¹⁸⁶ La posibilidad de que esta acción, prevista por la Ley en determinados supuestos, sea contraria a la regulación del mercado de bienes y servicios ya ha sido apuntada por el TJCE. Como se mencionó en la Parte Primera del presente estudio, en el caso *Portugaia* (STJCE de 24 de enero de 2003, *Portugaia*, C-164/99, apartado 35) el TJCE consideró que la posibilidad de que los empresarios alemanes pudieran pactar con los sindicatos convenios específicos mediante los cuales se separaban de las normas colectivas de ámbito general podía constituir una restricción injustificada de la libre prestación de servicios de las empresas extranjeras que carecían de esta posibilidad

sujetas al convenio de ámbito superior para actuar contra la empresa infractora por la vía de la LCD¹¹⁸⁷.

La vigilancia y control del cumplimiento de los convenios colectivos puede ser instada por un empresario, denunciando al que vulnera la norma laboral ante la inspección de trabajo (art. 13 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social). Esta denuncia activa la función de vigilancia de la Inspección que puede iniciar un procedimiento sancionatorio en caso de constatar la infracción. Las actas de infracción que puede levantar la Inspección pueden prever, en su caso, una estimación de los perjuicios económicos en caso de que la vulneración de la norma laboral haya dado lugar a la violación de derechos económicos de uno o más trabajadores, pero en ningún caso, evidentemente, podrían contener la misma previsión respecto de un empresario afectado por el incumplimiento. La vía de la LCD ofrece esta posibilidad, permitiendo a los empresarios afectados por la actuación de otro que utiliza un incumplimiento del convenio como ventaja competitiva, ejercitar alguna de las acciones tipificadas en el art. 18 LCD. Por este camino, el empresario afectado podría obtener tanto la cesación del acto como el resarcimiento por daños y perjuicios ocasionados por el mismo.

Teniendo abierta esta posibilidad, por la misma existencia del art. 15.1 LCD, la introducción en los convenios colectivos de previsiones como las apuntadas, que califican la contravención del convenio como un acto de

¹¹⁸⁷ El supuesto de hecho de la STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo social), de 2 de octubre, núm. 1489/2006, muestra un caso similar al indicado. Vigente el convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Albacete, una empresa de servicios contrata a una trabajadora aplicándole un convenio de empresa, del que no consta publicación en el BOE ni participación de los representantes de los trabajadores, previendo salarios inferiores. En este caso es la trabajadora la que interpone una demanda contra la empresa reclamando los salarios conforme al convenio. El juzgador le da la razón y afirma que la norma por la que se regía el contrato, que más bien parecía una reglamentación de trabajo establecida *ad hoc* por la empresa y aceptada individualmente por el trabajador, podría llegar a ser “un arma peligrosa de fraude generalizado para los trabajadores y de competencia desleal para las demás empresas con actividad sectorial única”.

competencia desleal, no parece en absoluto necesaria. Es más, la introducción de las previsiones relativas a los precios de los servicios, que ciertamente se sitúan más allá de los límites materiales de los convenios colectivos al contener cuestiones fundamentalmente referidas a la relación entre los empresarios, puede tener como efecto el aumentar el ámbito de aplicación de la LCD, constriñendo puede que más allá de lo permitido, la libertad de empresa de los firmantes. La vía para controlar la inclusión en los convenios de este tipo de cláusulas, como ya se señaló en epígrafes anteriores, no es otra que la laboral, pues sólo en esta sede puede efectuarse el control de los convenios colectivos.

2. El control laboral del contenido y los efectos de los convenios colectivos que puedan afectar a la competencia empresarial.

Retomando la experiencia estadounidense, debe recordarse que en el momento del nacimiento de la regulación de la defensa de la competencia no existía en el ordenamiento norteamericano una norma laboral orientada al control de los convenios colectivos. El auge del derecho *antitrust* y la interacción existente entre la acción sindical y la competencia empresarial dio lugar a la utilización de la *Sherman Act*, como instrumento de control de las consecuencias anticompetitivas de los convenios, considerando los mismos como un acuerdo entre empresas que entraba en el ámbito subjetivo de la norma y que, en determinadas ocasiones, podían quedar exentos tras el análisis de sus contenidos.

Evidentemente, en nuestra realidad actual existe toda una regulación laboral destinada al control de los convenios colectivos, mediante la cual se pretende impedir que mediante estas normas se conculque la legalidad vigente (incluyendo las normas de defensa de la competencia) o se produzca un daño a intereses de terceros (concepto dentro del cual es posible incluir al resto de actores con los que se mantiene una relación

competitiva). Existiendo esta vía de control, cabe preguntarse si, mediante la misma, es posible tutelar los intereses protegidos por la LDC y por la LCD.

Como ya se señaló, el art. 37.1 CE supone el fomento de la negociación colectiva y la garantía de un espacio de desarrollo para la misma pero, también, un encargo al legislador de delimitar los contornos que deben ser respetados por el ejercicio del derecho¹¹⁸⁸. Esta fuerza vinculante de los convenios colectivos, que se constituyen como fuente jurídica en sentido propio, justifica el control estatal de los mismos. Así, el proceso de control de los convenios colectivos se orienta a asegurar su adecuación a las disposiciones estatales de carácter imperativo, objetivo idéntico al del resto de procesos previstos en el ordenamiento jurídico para garantizar la adecuación de normas de inferior rango a aquellas situadas en una posición superior en la jerarquía normativa¹¹⁸⁹. Es precisamente en este control judicial de los pactos colectivos, atribuido por el art. 90.5 ET a la jurisdicción laboral, donde se manifiesta con especial claridad la tensión entre las prerrogativas normativas de los actores sociales y la protección tanto de los intereses de terceros como del propio ordenamiento del Estado en el que se insertan los convenios. De hecho, como ha señalado la doctrina, es fundamental evitar que la similitud de procesos y la consideración del convenio como fuente estatal conlleven el desconocimiento del origen extraestatal de los convenios colectivos y sus características de norma pactada. Sólo teniendo presente la doble naturaleza puede comprenderse que el control jurisdiccional de la negociación colectiva conlleva un “presunto conflicto entre poderes normativos en el

¹¹⁸⁸ MARTÍN VALVERDE, A., GARCÍA MURCIA, J., “La impugnación de los convenios colectivos de trabajo”, cit., p. 479.

¹¹⁸⁹ BLASCO PELLICER, A., (Dir.), *Proceso Laboral II*, Valencia, Tirant, 2005, p. 1114.

sentido más puro del término” y un “permanente conflicto entre ordenamientos”¹¹⁹⁰.

El art. 90 ET, de manera coherente con el respeto a la negociación colectiva, establece tres tipos de limitaciones para el convenio colectivo *erga omnes*: la elaboración del convenio debe realizarse observando todas las reglas de procedimiento establecidas en el Título III del ET; el contenido del convenio debe ser respetuoso con otras normas imperativas; el ámbito de aplicación del convenio debe respetar las reglas de concurrencia del ET y estar referido a un conjunto de relaciones de trabajo en las que exista una mínima comunidad de intereses profesionales¹¹⁹¹, prohibiéndose así los excesos en la utilización de los poderes de negociación de los actores implicados en la negociación y aprobación del acuerdo. De esta manera, el procedimiento de control cumple con tres funciones institucionales: la ya mencionada defensa de la legalidad, la garantía de la regularidad en el procedimiento de la negociación colectiva y “la prevención del “abuso” o “ejercicio antisocial en perjuicio o con lesión grave de terceros, del derecho a la negociación colectiva”¹¹⁹².

La adecuación a estos parámetros puede controlarse por una doble vía, dependiendo de la pretensión. Si lo que se persigue es la adopción de un criterio interpretativo o la inaplicación singular del convenio debe seguirse el proceso ordinario. Por el contrario, cuando lo que se insta es la confrontación del convenio con un precepto estatal de naturaleza imperativa con el objetivo de conseguir la nulidad de la norma pactada con efecto *erga*

¹¹⁹⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “El control jurisdiccional de la negociación colectiva”, en *La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas de trabajo*, IV Jornadas Universitarias Andaluzas de derecho del trabajo y Relaciones Laborales, Sevilla, 1989, p. 224.

¹¹⁹¹ MARTÍN VALVERDE, A., GARCÍA MURCIA, J., “La impugnación de los convenios colectivos de trabajo”, cit., p. 479.

¹¹⁹² *Ibidem*, p. 487.

omnes, debe seguirse el proceso de impugnación de convenios colectivos, regulado en la LPL¹¹⁹³.

Es opinión compartida que en la actualidad los cauces procesales para la impugnación abstracta de los convenios colectivos se han reconducido a uno solo, el de los arts. 161 a 164 LPL¹¹⁹⁴. En este proceso, como ya se comentó, el papel de la Administración ha sido muy limitado. Según señalan los arts. 90.5 ET y 161.1. ET, si la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros debe dirigirse de oficio a la jurisdicción competente, dado que es el orden jurisdiccional el único que puede declarar la disconformidad del convenio con el ordenamiento jurídico. Evidentemente, en esta fase previa al registro del convenio, la actuación de oficio debe instarse por los sujetos interesados, entre los que el art. 161.1 de la LPL prevé a “los representantes legales o sindicales de los trabajadores o los empresarios”. Este es el único momento de la vida del convenio en el que se contempla como prioritaria la vía de oficio. Una vez registrado el convenio, o en los casos en los que la autoridad laboral se negara a impugnarlo o no contestara, la LPL abre una vía directa desarrollada en los arts. 161.2 y ss. LPL. En este caso, los sujetos legitimados deben tramitarla por la vía del proceso de conflicto colectivo.

El art. 90.5 y el 161.1. LPL establecen dos motivos de impugnación, dependiendo de si el convenio conculca la legalidad vigente o produce una lesión grave a terceros. Aun cuando exista esta distinción normativa, en la

¹¹⁹³ Como ha señalado la doctrina, esta acción impugnatoria directa “contempla esencialmente el convenio colectivo objeto de la misma como norma, y tiene por objeto que el juez declare, con efectos generales, la nulidad de todo o parte de éste, bien porque contraviene la ley que regula su creación, bien porque excede de los límites que el propio ordenamiento estatal impone a los negociadores como requisito para incardinar el resultado de su poder normativo negocial en nuestro sistema de fuentes”, PÉREZ DEL RÍO, T., “La impugnación directa de convenios colectivos por vía ordinaria”, RL, Nº 1, 1988, p. 479.

¹¹⁹⁴ BLASCO PELLICER, A., (Dir.), *Proceso Laboral II*, cit., p. 1115.

práctica es difícil encontrar supuestos jurisprudenciales en los que se distinga nítidamente en un camino y otro, puesto que, de hecho, el control de lesividad se ha acompañado habitualmente de una valoración de la adecuación del convenio al ordenamiento jurídico¹¹⁹⁵.

Con respecto a la legitimación activa entre un supuesto y otro la diferenciación es clara. Como indica el art. 163.1.a), 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 proceso¹¹⁹⁶. Como es sabido, esta delimitación impide, *de facto*, que los sujetos individuales, empresarios o trabajadores, puedan accionar por esta vía¹¹⁹⁷. 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, *ex. Art. 163.1 b) de la LPL*¹¹⁹⁸.

¹¹⁹⁵ Como ha apuntado la doctrina, la confusión entre ambos controles se debe, además de los motivos ya indicados, a la ausencia de precedentes normativos y de base dogmática que fundamente el control de lesividad, BLASCO PELLICER, A., (Dir.), *Proceso Laboral II*, cit., p. 1128. En todo caso, como ha señalado parte de la doctrina, el que ambos controles se presenten normalmente ligados no puede significar la pérdida de autonomía del control de lesividad como vía para la impugnación de los convenios colectivos, pues el ET, y la LPL, han establecido los dos caminos, en este sentido vid. CABEZA PEREIRO, J., “La impugnación por lesividad de convenios colectivos”, REDT, Nº 69, 1995, p. 25. En el mismo sentido se pronuncia LÓPEZ CUMBRE, L., *La impugnación del convenio colectivo...*, cit., p. 79.

¹¹⁹⁶ BLASCO PELLICER, A., (Dir.), *Proceso Laboral II*, cit., p. 1136.

¹¹⁹⁷ Esta cuestión, en tanto que tiene una especial repercusión para el tema que nos ocupa, se trata con mayor profundidad en el apartado tercero de la presente Sección.

¹¹⁹⁸ Examinando los aspectos sustantivos del control de lesividad, SAGARDOY diferenciaba entre la existencia de una lesión grave y de un interés jurídicamente protegible (SAGARDOY Y BENGOCHEA, J.A., “La lesión a terceros en la contratación colectiva...”, cit., p. 202). En este sentido, el TS ha reiterado que la impugnación de un Convenio Colectivo por causa de lesividad “requiere, para su viabilidad, la existencia de un daño con tal origen, no potencial o hipotético, sino verdadero y real, de entidad grave, no necesariamente causado con *animus nocendi*, que afectare a un interés de aquél, jurídicamente protegido, o que se le hubiera producido por

Con esta configuración, el objetivo perseguido por el mecanismo de control señalado, es tanto la defensa de la legalidad del convenio como la protección del ordenamiento jurídico frente a normas supuestamente ilegales¹¹⁹⁹. Dados estos objetivos, la cuestión que procede resolver, y a su tratamiento se dedican los posteriores epígrafes, es si entre los mismos cabe entender incluida la defensa de la competencia en el mercado, considerando la vía laboral como un cauce apropiado para un eventual control *antitrust* de las normas colectivas.

Repasando la jurisprudencia del orden social relativa a la impugnación de convenios colectivos es posible encontrar un elenco de sentencias en donde lo que se ventila es, claramente, una cuestión de competencia empresarial. En este sentido, existen ejemplos en nuestra jurisprudencia en los que se ha afirmado que la afectación de la competitividad de una empresa, en el sector de actividad al que se refiere el convenio, puede implicar la existencia de un daño verdadero y real, perseguible por la vía laboral¹²⁰⁰. Esto no implica, como afirmaba SAGARDOY, que toda posible lesión a la competencia económica producida por un convenio colectivo deba considerarse perseguible, al contrario, los afectados “...no pueden considerarse perjudicados en sentido

quienes negociaron el convenio, usando abusivamente sus derechos o contraviniendo de otro modo el ordenamiento jurídico”, STS de 15 de marzo de 1993, núm. 1730/1991. Como ha señalado la doctrina, esta exigencia de un daño real y efectivo no ha sido un criterio unánimemente seguido en la jurisprudencia, así, el TCT afirmaba en una sentencia de 8 de mayo de 1984 que el perjuicio causado por los convenios era tanto real, en relación con los trabajadores actuales de la empresa, como potencial, puesto que podía afectar a los que en un futuro pudieran incorporarse. Sobre esta cuestión, vid., CABEZA PEREIRO, J., “La impugnación por lesividad...”, cit., p. 27.

¹¹⁹⁹ En este sentido, y recogiendo las distintas opiniones doctrinales vid. PÉREZ YÁÑEZ. R.M., *El control judicial...*, cit., p. 169.

¹²⁰⁰ TSJ de Andalucía, Málaga de 25 de enero, núm. 136/2002, FD. 2.

jurídico, ni pretender el resarcimiento, en líneas generales, si su pretensión no es tutelada jurídicamente”¹²⁰¹.

Para analizar los casos más relevantes se ha procedido a dividir los mismos en los siguientes supuestos: en primer lugar va a analizarse la jurisprudencia relativa a los convenios colectivos que incluyen cláusulas que regulan las relaciones de las empresas firmantes con terceros actores económicos, afectando a la competencia de los mismos; en segundo lugar, se estudian los supuestos en los que determinadas disposiciones de los convenios, sin afectar directamente a terceras empresas, provocan de *facto* unas consecuencias, como una disminución de ventas, en su situación en el mercado; en tercer lugar, van a tratarse los casos en los que un convenio afecte particularmente a uno o varios actores económicos de su ámbito de aplicación, situándolos en peor posición que el resto. Del conjunto de casos analizados se desprende, adelantando ya la conclusión fundamental, que la vía laboral del control de los convenios colectivos presenta características de idoneidad para solventar los asuntos en los que tales normas laborales vulneren la competencia empresarial. Es más, hasta el momento esto ha sido así sin necesidad de que los tribunales laborales apliquen la LDC.

2.1.1. Convenios colectivos que regulan directamente cuestiones relativas a la relación de las empresas afectadas con terceros actores económicos:

Como ya se ha mencionado, los convenios colectivos que integran a más de una empresa en su ámbito de aplicación conllevan, *per se* un acuerdo entre varias empresas. Si alguna de las cláusulas de ese acuerdo se orienta a regular el comportamiento de las empresas afectadas por el convenio en relación con un actor o un grupo de actores económicos ajenos

¹²⁰¹ SAGARDOY Y BENGOCHEA, J.A., “La lesión a terceros en la contratación colectiva (El control de lesividad en los convenios colectivos)”, REDT, Nº 18, 1984, p. 206.

al ámbito de aplicación de la norma pactada se está, evidentemente, afectando a la competencia en el mercado. La cuestión, como en el caso anterior, es determinar los parámetros para articular la defensa de la competencia con el derecho a la negociación colectiva.

Además del ya mencionado asunto resuelto por la AN relativo a la introducción de una cláusula de fomento del empleo por cuenta ajena¹²⁰², han existido otros supuestos en los que los tribunales laborales se han enfrentado a la ponderación entre el contenido de un convenio colectivo de sector y la defensa de la competencia de terceros actores económicos. En la sentencia del TJS de Andalucía de 10 de julio de 2001¹²⁰³, la impugnación fue presentada por la Asociación de Empresas de Trabajo Temporal que consideró lesivo e ilegal el contenido de una cláusula de un convenio de sector de Granada y provincia¹²⁰⁴. La disposición encausada rezaba de la siguiente manera: “Las necesidades productivas que no puedan ser atendidas por los/as trabajadores/as fijos, fijos-discontinuos, se cubrirán con eventuales, o con contratos de puesta a disposición, si bien estos últimos, no podrán mantener esa relación más de una temporada, debiendo ser contratados directamente por la empresa usuaria en la segunda que fueran llamados en su caso”. La demandante consideró esta cláusula limitaba su actividad en el sector de manera indirecta, afectando así, aun cuando no lo dijo expresamente, a su competencia empresarial.

El Tribunal en cambio consideró que lo dispuesto en el convenio no podía tacharse de lesivo pues respetaba los límites legalmente impuestos para la negociación colectiva. Así, las partes de la negociación se habían movido dentro de lo dispuesto por los arts. 37 CE y 85.1 ET, en cuyos

¹²⁰² SAN de 7 de noviembre, núm. 9/2001.

¹²⁰³ SSTJ de Andalucía, Granada, de 10 de julio, núm. 2169/2001.

¹²⁰⁴ Se trata de los apartados d) y e) del art. 7 Convenio Colectivo del Sector del Manipulado y Envasado de Frutas, hortalizas y Patata temprana y extratemprana de Granada y Provincia. Descartando la relevancia del primero, por constatar una obviedad, el Tribunal se centró en el análisis del segundo de ellos, que se transcribe en el texto.

límites, entendía el TSJ deben entenderse libres para regular las condiciones de trabajo. Se trataba, por tanto, de un precepto obligacional *inter partes*, que respetaba la legalidad vigente y el orden público por lo que no cabía estimar la pretensión de nulidad de la Asociación empresarial que se entendía perjudicada. Debe observarse cómo, aun cuando el juzgador menciona la libertad de empresa, ni valora la existencia de una lesión a la libre competencia ni evalúa el posible daño existente, aun cuando es evidente que la reclamación de nulidad se plantea por la lesividad a terceros pues, no cabía legitimidad para iniciar la vía del control de legalidad.

En este caso, no cabe duda de que una eventual aplicación de la LDC, según los parámetros del TDC, podría haber cambiado el sentido del fallo, en tanto en cuanto la cláusula conllevaba un daño potencial evidente para la actividad de las ETT's, aun cuando respetara la normativa laboral.

De nuevo con respecto a las Empresas de Trabajo Temporal se ha presentado un conjunto de casos en los que se ha reclamado la nulidad de diversas disposiciones de contenido casi idéntico, presentes en distintos convenios colectivos de sector¹²⁰⁵. Las cláusulas impugnadas, y declaradas nulas, rezaban, por lo general, de la siguiente manera "Las empresas afectadas por este Convenio, cuando utilicen los servicios de trabajadores con contratos de puesta a disposición, aplicarán las condiciones pactadas en las tablas salariales del presente Convenio"¹²⁰⁶. En todos los casos

¹²⁰⁵ Sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de enero, núm. 93/1999; 4344/2000 de 31 de octubre; 6357/2001 de 20 de noviembre; del TSJ de Murcia núm. 750/1999, de 28 de julio; 790/2000 de 5 de junio; del TSJ de Andalucía, Málaga, núm. 136/2002 de 25 de enero.

¹²⁰⁶ En otros supuestos las cláusulas impugnadas afirmaban que: "las empresas afectadas por el presente Convenio al contratar con las ETT, exigirán en dicho contrato, que el personal de dichas empresas durante el tiempo de duración de tal contrato, goce de todos los derechos económicos y sociales establecidos en este Convenio, quedando con ello obligada la empresa usuaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 16.3 Ley 14/94"; o que "Las empresas afectadas por este Convenio cuando contraten los servicios de empresas de trabajo temporal garantizarán que los trabajadores puestos a disposición tengan los mismos derechos laborales y retributivos que los correspondientes a sus trabajadores en aplicación de su correspondiente convenio colectivo. Esta obligación

señalados la doctrina de suplicación llegó a conclusiones similares. Partiendo de ya comentada jurisprudencia del TS que predica la imposibilidad de que un convenio colectivo obligue a empresas no incluidas en su ámbito de aplicación, los Tribunales Superiores de Justicia apreciaron la ilegalidad de las cláusulas, por contravenir la Ley 14/94¹²⁰⁷, así como la existencia de lesividad. En este sentido, en todos los supuestos se estimó tanto la condición de terceros de la parte actora como la existencia de un daño verdadero y real pues, “si la empresas usuarias afectadas por el Convenio han de cumplir aquella previsión es evidente que se tornaría en una 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”. Así, este daño se traduciría en una “ausencia de estímulo de las usuarias para acudir a este sistema de contratación regulado por ley en determinados casos, y en definitiva, reducción del volumen de sus transacciones”.

La constatación de la ausencia de *animus nocendi* y la apreciación de que la intencionalidad de la cláusula es acabar con las desigualdades entre unos trabajadores, no varió el parecer de los Tribunales, que, como ya se ha dicho, encontraron el fundamento básico para la nulidad de las cláusulas en una contravención del ordenamiento jurídico, en concreto las previsiones contenidas en el artículo 82.3 del ET¹²⁰⁸. Es evidente cómo, aun cuando en

constará expresamente en el contrato de puesta a disposición celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria que esté vinculada por el presente Convenio”.

¹²⁰⁷ Debe observarse que el cuadro normativo de referencia en todos estos asuntos no incluía las disposiciones de la ley 29/1999 que modificó la ley 14/94 de 1 de junio reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal. La antigua redacción del art. 11 establecía que la obligación de la ETT de remunerar los servicios de los trabajadores temporales de conformidad con lo establecido en el convenio colectivo aplicable a las empresas de trabajo temporal y sólo en su defecto, con lo que se establezca en el convenio colectivo de la empresa usuaria. En cambio, el actual art. 11 actualmente reconoce a los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias el derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a las empresas usuarias calculada por unidad de tiempo.

¹²⁰⁸ TSJ de Andalucía, Málaga, núm. 136/2002 de 25 de enero, FD. 2º.

estos asuntos los Tribunales han afirmado la existencia de un daño real, que por otro lado no demuestran, la base jurídica para la declaración de nulidad de las cláusulas ha sido la ilegalidad de las mismas por ser contrarias a las disposiciones del ET y de la Ley 14/94.

Cabe señalar un último supuesto en el que la existencia de una afectación directa a las condiciones de competencia en el mercado ha sido considerada contraria al ordenamiento laboral. En este caso, la vulneración de la competencia se deriva de la actuación fraudulenta de las partes en la negociación con efectos sobre los intereses de terceros. Un ejemplo de este comportamiento es el de una empresa o conjunto de empresas que, *por razones de mercado*, pactan unas condiciones de trabajo “con el claro propósito de dañar a las empresas competidoras”¹²⁰⁹. Como pudo apreciarse en la experiencia americana, esta actuación, que integraría un claro *animus nocendi*, es un síntoma de la posible existencia de un ilícito competencial.

No se trata de una cuestión ajena a nuestra realidad, de hecho, el TSJ de Navarra ha señalado que es cierto que pueden producirse actuaciones fraudulentas en las que se establezcan en un convenio colectivo condiciones de trabajo superiores con la única finalidad de gravar al empresario entrante o de dificultar las ofertas competitivas al vencimiento de una concesión o contrata¹²¹⁰. El Tribunal realizó esta afirmación valorando un caso en el que existían indicios de actuación fraudulenta, como era la firma del nuevo convenio en fecha muy próxima al cambio de contratista con el establecimiento de ciertas mejoras salariales y de otra índole respecto a las previstas en el Convenio colectivo de sector. Sin embargo, el citado Tribunal no estimó finalmente la existencia de *animus nocendi*, ni la lesividad del convenio, por carecer de pruebas fehacientes que le permitieran estimar la misma, demostrando así las dificultades de

¹²⁰⁹ SAGARDOY Y BENGOCHEA, J.A., “La lesión a terceros en la contratación colectiva...”, cit., p. 206.

¹²¹⁰ STSJ de Navarra de 19 de julio, núm. 256/2005.

fundamentar la nulidad del convenio en este tipo de desviaciones de la actividad negocial.

2.1.2. La afectación indirecta de la competencia de terceros.

El primer ejemplo de este tipo de supuestos en los que se ha debatido una posible afectación a la competencia empresarial es la STCT de 17 de marzo de 1987¹²¹¹, relativa a la apertura de estaciones de servicio en domingo, en cuyo supuesto de hecho se evidencia una situación de posible vulneración de la competencia empresarial provocada por un conjunto de convenios de empresa. En el tiempo que medió entre la denuncia del convenio colectivo de ámbito nacional para estaciones de servicio y la adopción el nuevo convenio, el 27 de julio de 1984, fueron aprobados en la provincia de Tenerife quince convenios colectivos de ámbito empresarial. En estos convenios de empresa se permitía la apertura en domingo de las estaciones de servicio. En cambio, en el convenio estatal aprobado posteriormente, se preveía el cierre con carácter rotativo del 50 por 100 de estaciones de servicio en domingos y festivos de carácter nacional. La Consejería de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social del Gobierno de Canarias presentó demanda en reclamación de nulidad de convenio colectivo, alegando por un lado que los convenios de empresa vulneraban los artículos 84 y 86.3 del ET, así como el artículo 19 del convenio estatal de 1984 y que, por otro lado, ocasionaban un perjuicio evidente a aquellas otras estaciones que tenían prohibida la apertura dominical por regirse por el convenio nacional¹²¹².

¹²¹¹ Comentada por CAMPS RUIZ, L. M., SALA FRANCO, T., “Control de legalidad de los convenios colectivos...”, cit., pp.155-162

¹²¹² La demanda fue desestimada, solución que confirmó el TCT en la Sentencia de 17 de marzo de 1987.

En el proceso de impugnación, la autoridad laboral alegó, entre otros motivos, la lesión grave de intereses de terceros, considerando que los distintos convenios de empresa suscritos en el intervalo de tiempo transcurrido entre la denuncia y el fin de la vigencia de un convenio estatal y la aprobación del siguiente, perjudicaban a los terceros que no eran parte de los convenios de empresa mencionados.

Contrario a esta opinión el TCT reconoció en primer lugar que “la libertad de contratación que el artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores reconoce a las partes que negocian un convenio colectivo tiene como límite el respeto a las leyes y dentro de ese marco pueden regular materias de índole económica, laboral, sindical, asistencial y cuantas afecten a las condiciones de empleo”. Examinando las cláusulas cuestionadas el Tribunal consideró que éstas respetaban los mínimos de derecho necesario y representan el ejercicio de la facultad que reconoce tanto el artículo 37 del ET como las distintas normas de aplicación al supuesto. Por ello, aun sin descartar la posibilidad de que se hubiera producido una lesión grave al interés de terceros, el TCT entendió que en todo caso la lesión habría sido fruto de una distinta organización empresarial dentro del marco de la legalidad, por lo que carecía de entidad suficiente para anular los convenios libremente suscritos por empresarios y representantes de los trabajadores.

Comentando esta sentencia señalan CAMPS y SALA como, si bien cabe la posibilidad de que el interés empresarial se vea perjudicado por la deslealtad competitiva, deben darse varios condicionantes, relacionados con el reconocimiento constitucional y normativo de la negociación colectiva para que esta afectación conlleve la nulidad del convenio. Por un lado, esa lesión, en todo caso, debe ser adecuadamente probada. Por otro, aun cuando se pruebe la misma, no cabe derivar consecuencias jurídicas para el convenio si la lesión o el perjuicio provienen de “cláusulas convencionales que, respetando los mínimos de derecho necesario, den lugar a una diferente organización de la actividad productiva empresarial permitida asimismo por

el marco legal”¹²¹³. En estos casos, señalan los autores tal perjuicio debe ser soportado.

Así, el principio de libertad de las partes en la negociación colectiva se encuentra un límite general en la legislación vigente. En el caso de respetar la misma, aun cuando perjudicara a un tercero, sólo podría restringirse la voluntad de las partes cuando se diera el supuesto de un ejercicio abusivo o antisocial del derecho a la libertad de contenido del convenio colectivo. Como corolario a este argumento, los autores afirman que, dado el carácter excepcional de estas limitaciones a un derecho constitucionalmente reconocido, la aplicación de las mismas debe ser restrictiva. En el mismo sentido que comentara SAGARDOY, la apreciación del daño a terceros en estos supuestos requiere la existencia de “una lesión, de carácter grave, a un interés que sea merecedor de tutela, siempre que, además, esa tutela únicamente pueda obtenerse a través del sacrificio de aquel derecho”¹²¹⁴.

A juicio de los autores del comentario, en principio no hay nada que objetar a la posibilidad de que un convenio colectivo de empresa incluya a cambio de determinadas mejoras laborales y/o salariales, condiciones de trabajo que -respetando los mínimos de derecho necesario-supongan ciertas ventajas económicas para la empresa en relación con sus competidoras, siempre que, naturalmente, tales ventajas no vengán prohibidas por otras normas.

De nuevo sobre la lesividad patrimonial aunque fallando en sentido contrario a la sentencia anterior, se pronunció el TS en la comentada sentencia de 15 de marzo de 1993, conocida como el supuesto de las “farmacias militares”¹²¹⁵. En esta ocasión el Tribunal desestimó un recurso

¹²¹³ CAMPS RUIZ, L. M., SALA FRANCO, T., “Control de legalidad de los convenios colectivos...”, cit., apartado 9.

¹²¹⁴ Ibidem.

¹²¹⁵ STS de 15 de marzo de 1993, núm. 1730/1991.

de casación contra una sentencia que había anulado por lesividad una cláusula convencional contraria al interés patrimonial de terceros. Al igual que en el supuesto anterior, se trataba de una lesión patrimonial que afectaba a la competencia económico-empresarial. Sin embargo, en este asunto el TS no consideró que el perjuicio debiera ser “soportado” y ello no con base en la entidad del daño sino en la tutela jurídica del interés conculcado¹²¹⁶.

Así, para determinar la nulidad de la cláusula impugnada el Tribunal estimó que era necesario constatar que, o bien el interés lesionado era objeto de protección jurídica o bien la existencia de una quiebra de los límites marcados por el ordenamiento jurídico para la negociación colectiva¹²¹⁷. Sin embargo, al declarar dicha nulidad, el TS no se pronunció acerca del carácter disponible o no de la norma que considera conculcada, más aun, afirmó que el fallo se basaba en la lesión grave que produce el artículo del convenio impugnado¹²¹⁸.

El voto particular que acompaña a esta sentencia discrepa de la ilegalidad de la cláusula y afirma que, en realidad, en el asunto comentado se ventila la contraposición de dos intereses, el de los trabajadores protegido por los agentes sociales en la negociación y el de los empresarios farmacéuticos, cuyo poder de mercado se había visto afectado por el convenio. Afirma el Magistrado autor del voto disidente que esta lesión a este último interés carece de virtualidad propia para provocar la nulidad del convenio, ciñéndose de manera estricta a la afirmación de que la lesividad de una cláusula requiere de la ilegalidad de la misma.

¹²¹⁶ Así lo señala en el análisis que realiza de la sentencia CABEZA PEREIRO, J., “La impugnación por lesividad...”, cit., pp. 30-31.

¹²¹⁷ De hecho, la nulidad de la cláusula acabó determinándose tras el análisis del marco regulador de la dispensación de medicamentos, al apreciar el Tribunal que la cláusula del convenio era contraria al mismo.

¹²¹⁸ Cuestiones apuntadas igualmente por CABEZA PEREIRO, J., loc. cit.

De las sentencias anteriores se desprende que la afectación a la competencia provocada por un convenio de empresa que afecta indirectamente a la competencia del resto de actores económicos con los que comparte mercado es difícilmente apreciable si no existe una contravención de alguna disposición normativa.

2.1.3. Convenios colectivos que afectan de manera específica a una determinada empresa dentro de su ámbito de aplicación: consideraciones específicas acerca de la impugnación de convenios colectivos por las empresas que son parte del ámbito del mismo.

Como ya se ha mencionado, los empresarios individuales, al igual que los trabajadores, carecen de legitimación activa para impugnar los convenios por ilegalidad, ya que la misma se reconoce a los sujetos colectivos. Por añadidura, si se trata de un convenio que les afecta tampoco pueden impugnarlo por lesividad puesto que esta vía está reservada a los terceros, es decir, a los sujetos no incluidos en el ámbito de aplicación del convenio. La conjunción de ambos límites en la legitimación activa establecidos en el art. 163.1 LPL deja a los empresarios individuales afectados por el convenio sin la posibilidad, *a priori*, de instar el control abstracto del mismo, teniendo, evidentemente y en todo caso, la vía del proceso ordinario para conseguir la inaplicación de la cláusula lesiva.

Se trata de una cuestión de particular importancia para el estudio de las relaciones entre las relaciones colectivas y la defensa de la competencia por cuanto, ya no sólo en la experiencia comparada sino también en nuestra realidad jurídica, es posible encontrar supuestos en los que determinadas cláusulas de convenios colectivos afectan particularmente a la situación en el mercado de una empresa que se encuentra dentro de su ámbito de aplicación. Las vías para que la mencionada empresa defienda sus intereses

se limitan al ya señalado proceso ordinario. De esta manera, incluso aunque pueda demostrar un vicio en la formación del acuerdo por existir un ánimo de perjudicarla entre las partes negociadoras, el empresario individual carece de legitimación para instar el control abstracto del convenio¹²¹⁹, quedándole tan sólo la posibilidad de actuar frente a los actos singulares de aplicación del convenio.

Como es bien sabido, las restricciones establecidas en la legitimación activa para impugnar convenios colectivos han sido examinadas en un buen número de ocasiones por el TC que las ha encontrado acordes al art. 24.1 CE¹²²⁰, por ser razonables y proporcionadas. Razonables porque atienden a las notas que dan carta de naturaleza al Convenio Colectivo, como norma que nace de una voluntad colectiva (en virtud del principio de «autonomía colectiva») y que concentra en su seno un conjunto de contrapartidas de dimensión colectiva. Proporcionadas por cuanto no impiden la posibilidad de que la existencia de otras vías de acción contra los convenios colectivos, que a través del proceso ordinario permiten actuar frente a los actos de aplicación del Convenio que directamente lesionen derechos o intereses

¹²¹⁹ Se trata de un supuesto que ha sido objeto de un pronunciamiento del TDC precisamente porque a la empresa en cuestión se le cerró la vía de impugnación del convenio por carecer de legitimidad activa. Esta Resolución del TDC, expte. Nº A 42/93 de 10 de marzo, será analizada en la Sección II del presente capítulo.

¹²²⁰ La restricción de la legitimación activa de los trabajadores individuales para la impugnación de convenios colectivos ha sido un tema tratado por abundante doctrina y jurisprudencia. En este sentido destacan las STC 47/1988 de 21 de marzo y la STC 65/1988 de 13 de abril. En el FJ 3 de esta última el Tribunal afirmó que “...no supone establecimiento de obstáculos impositivos del derecho a la tutela judicial la limitación que el legislador establezca en orden a la legitimación para deducir pretensiones genéricas dirigidas al control abstracto de normas laborales pactadas, (...), el interés particular de trabajadores individuales puede legitimarlos para ejercitar acciones procesales contra aquellas normas del Convenio que les causen lesión concreta en sus derechos o intereses, pero no para demandar la nulidad, anulabilidad o inaplicación genérica de los Convenios Colectivos...”. Posteriormente el Tribunal ha tenido numerosas oportunidades de pronunciarse acerca de la limitación mencionada, destacando entre las más recientes las relativas a la impugnación de convenios colectivos por pensionistas, SSTC 88, 89 y 90/2001 de 2 de abril, comentadas por GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La impugnación de convenios colectivos por pensionistas”, AS, Nº 2, 2003, p. 631-647.

legítimos¹²²¹. De esta manera queda claro que, la imposibilidad de utilizar la acción de impugnación de convenios por los sujetos individuales tiene como presupuesto la existencia de otras vías jurisdiccionales que permiten la defensa de sus intereses frente a actos concretos de impugnación del convenio¹²²².

Especialmente con anterioridad a la redacción actual de la LPL, que plasma con claridad la legitimación activa, la doctrina estaba dividida en dos posturas. Los autores que optaban por excluir a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio fundamentaban su posición argumentando que la dinámica propia de las relaciones colectivas implicaba la obligación de soportar las lesiones, siempre que no infringieran la legalidad o supusieran un abuso de derecho, como resultado de la representación¹²²³. En sentido contrario se mantenía por otro sector doctrinal que sería ilógico que no se pudieran beneficiar de las vías de impugnación los individuos directamente afectados y sí los terceros¹²²⁴. Desde estos sectores críticos con la restricción¹²²⁵ se ha

¹²²¹ STCE 124/88 de 23 de junio, FJ. 5.

¹²²² Así lo recordaba, comentando la citada STC 65/1988, MARTÍN VALVERDE, A., “Sobre la diversidad de cauces para impugnar el convenio colectivo y su adecuación a cada supuesto”, REDT, 1988, Nº 36, p. 634.

¹²²³ CABEZA PEREIRO, J., “La impugnación por lesividad...”, cit., p.33; en este sentido, comentando la citada STC 47/1988, CASAS BAAMONDE afirmaba que la sentencia no rechazaba la existencia de otros medios de armonizar el juego de intereses colectivos e individuales en la impugnación judicial de la ilegalidad del convenio a la luz del art. 24.1 CE, admitiendo la legitimación de los trabajadores individuales para incoar el proceso ordinario como vía de *impugnación indirecta* frente a actos singulares de aplicación del convenio. CASAS BAAMONDE, M^a E., “Sobre el cambio de la unidad de negociación y sobre la legitimación para la impugnación del convenio colectivo”, REDT, Nº 39, 1989, p. 316.

¹²²⁴ Señalaba GONZALEZ ORTEGA cómo la opción de la LPL, que reflejaba la jurisprudencia anterior, incorporaba una noción enormemente restrictiva de tercero quizá con la voluntad de reconducir todos los supuestos de acción individual a los de demanda de inaplicación por la vía del proceso ordinario, excluyendo así el carácter *erga omnes* de la sentencia. En opinión del autor, la redacción de la LPL merecía una valoración negativa en tanto en cuanto no había eliminado la disparidad entre la legitimación activa por lesividad, donde se permitía la acción de los sujetos individuales, y la legitimación por ilegalidad, camino cerrado a empresarios y trabajadores, GONZALEZ ORTEGA, S.,

afirmado que aun a pesar de la existencia de la vía indirecta, se excluye de la posibilidad de actuar contra el convenio, pretendiendo efectos *erga omnes*, a “todos aquellos que potencialmente están más en peligro de sufrir las consecuencias negativas de un exceso en el ejercicio de las facultades normativas de los negociadores”¹²²⁶.

Sin embargo, como ha constatado el TS, la LPL descartó esta argumentación doctrinal a favor de la ampliación de la legitimación activa para la impugnación directa, adoptando una postura restrictiva. En este sentido el Tribunal ha afirmado que la norma “ha recogido la orientación interpretativa de los órganos judiciales del orden social al establecer la necesidad de correspondencia entre el carácter colectivo de la pretensión y el sujeto accionante en los procesos de impugnación directa de convenios colectivos”¹²²⁷. De esta manera considera el TS que queda claro que la LPL faculta únicamente una impugnación directa individual por los terceros lesionados, es decir, por quienes son externos a la unidad de negociación. No es un impedimento para esta interpretación que el art. 161.2 permita que los empresarios individuales soliciten a la autoridad laboral que curse su comunicación ante el órgano judicial correspondiente. Así, dibujando el cuadro de la legitimidad activa para la impugnación del convenio, el TS afirmaba que “el art. 160.2 debe contemplarse sistemáticamente dentro del contexto general del capítulo dedicado a la impugnación de los convenios colectivos y concretamente en relación con la legitimación activa para la impugnación en el proceso de conflicto colectivo. Lo que regula el art. 160.2 de la LPL es una vía procesal que los sujetos legitimados conforme al art. 162.1 tienen que utilizar previamente en lugar de la prevista en el art.

“La impugnación individual del convenio colectivo. Comentario a la Sentencia del TC 81/1990 de 4 de mayo”, RL, N° 2, 1990, p. 391.

¹²²⁵ Es esta la postura mantenida por GONZÁLEZ VELASCO, J., “Los convenios colectivos como normas susceptibles de impugnación por los sujetos individuales (I) y (II)”, en AL, N°47 y 48, 1988, pp. 2765 y 2833 respectivamente.

¹²²⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “El control jurisdiccional de la negociación...”, cit., p. 235.

¹²²⁷ STS de 10 de febrero de 1992, Recurso núm. 1048/1991, FD. 2°.

162 cuando el convenio «no hubiera sido aún registrado», pero la legitimación activa es la misma en ambos procesos con la particularidad que establece el art. 161.5. Con independencia de la amplitud subjetiva que pueda tener la denuncia de la ilegalidad del convenio, los denunciados calificados que han de adquirir la condición de parte son los que menciona el apartado a) del núm. 1 del art. 162 sin perjuicio de que, cuando se trate de convenios de ámbito empresarial o inferior, este precepto pueda, a su vez, completarse con lo que disponen los arts. 151.c) y 160.2 de la LPL”. Con base en todo lo antedicho, el Tribunal supremo ha negado la legitimación activa para la acción de impugnación de un convenio a un empresario que era parte del ámbito de aplicación del mismo¹²²⁸.

A pesar de esta claridad cabe recordar, siguiendo lo señalado por PÉREZ YÁÑEZ, que el art. 90.5 ET podría haber sido objeto de una interpretación jurisprudencial y de un desarrollo normativo distinto, tendente a la ampliación del concepto de terceros hasta el punto de incluir en el mismo a los trabajadores y empresarios que se colocan dentro del ámbito de aplicación del convenio debido a la fuerza expansiva de éste. De esta manera, a juicio de un sector de la doctrina, la ampliación del concepto de tercero en los supuestos de existencia de una incorrecta representación permitiría complementar debidamente el control abstracto de los convenios colectivos, asumiéndolo como mecanismo de reacción frente a desviaciones o abusos en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva¹²²⁹.

No ha sido esta la opción legislativa adoptada, por lo que, así las cosas, la vía que tiene un empresario individual para evitar los efectos lesivos del convenio que le afecta es el procedimiento ordinario, o según el parecer del TDC, el recurso ante este órgano administrativo. Esta segunda vía, dada la específica atribución al orden social del control de los

¹²²⁸ STS de 10 de febrero de 1992, Recurso núm. 1048/1991, FD. 4, en el mismo sentido STS de 15 de octubre de 1996, Recurso de Casación núm. 1383/1995.

¹²²⁹ PÉREZ YÁÑEZ. R.M., *El control judicial...*, cit., pp. 233 y 241.

convenios colectivos, *ex art. 2. m) LPL*, parece un camino cuanto menos extraña para conseguir la defensa de los intereses empresariales. Cabría no obstante entender, como se mencionó anteriormente, que la presentación por un empresario de una denuncia por infracción de la LDC producida mediante una cláusula de un convenio colectivo abriría la posibilidad para que este órgano administrativo impugnara el convenio ante la jurisdicción competente. A ello le habilita expresamente el art. 12.3 del PLDC.

Sección III. Balance de la interacción y propuesta de articulación entre la defensa de la competencia y la autonomía colectiva.

Como ha sido reiterado a lo largo de las páginas anteriores, no existe en el ordenamiento jurídico español una exención normativa expresa que permita excluir las normas laborales o las actuaciones sindicales del ámbito de aplicación de la LDC. Aun así, y para dar respuesta a un problema real e *in crescendo*, la articulación entre el derecho del trabajo y el derecho de la competencia debe aclararse, bien sea por la vía normativa o pretoriana. Cualquiera que sea la opción adoptada, deben ser respetados en todo caso dos parámetros: por un lado, el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva, el cual se encuentra además estrechamente vinculado a un derecho fundamental como es la libertad sindical; por otro, la constitucionalización de una libertad de empresa, claramente limitada, enfundada en el corsé de la función social¹²³⁰.

¹²³⁰ En este sentido afirma FONT GALÁN, que, al exigir el texto constitucional que la libertad de empresa se ejercite “de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”, se está ligando la libertad económica a la utilidad económica y social, que se constituye como “límite intrínseco y presupuesto inherente de la libertad de empresa” (FONT GALÁN, J.I., *Constitución Económica...* cit, p. 127). Aun más, como recordaba MAESTRO, con esta fórmula se han constitucionalizado la “vinculación del conjunto del sistema económico a imperativos de solidaridad, imponiendo el momento distributivo como uno de los determinantes en el funcionamiento del sistema”, (MAESTRO BUELGA. G., “Constitución económica y derechos sociales...”, cit., pp. 125-126).

Así las cosas, el primero de los límites mencionados, el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva, impide la simple y directa aplicación de las normas de defensa de la competencia a los convenios colectivos, que no pueden ser considerados como un acuerdo entre empresas pues esto implicaría desatender su especificidad propia. Mientras, el segundo parámetro, el reconocimiento expreso de los límites de la libertad de empresa, permite afirmar la posibilidad de restringir la vertiente objetiva de la libertad de empresa en base a otros objetivos constitucionalmente consignados.

Sin embargo, la realidad jurídica analizada evidencia que ninguno de los dos parámetros apuntados ha sido convenientemente considerado al aplicar las normas de la competencia a los convenios colectivos. Sintetizando tanto los casos analizados como las soluciones que se consideran oportunas van a responderse los interrogantes que se enunciaron al inicio del capítulo:

1. ¿Es posible someter a los convenios colectivos al análisis *antitrust*?, ¿serían aplicables las exenciones previstas en la LDC, en particular la del art. 2.1? Dado que no es posible defender una exención subjetiva, la vía idónea es la aplicación de la exención por ministerio de la ley a los convenios colectivos, siempre y cuando los mismos respeten los límites, en cuanto a forma y contenido, marcados en el ET, norma que les da la cobertura necesaria para activar la exención del art. 2.1 LDC.
2. ¿Es posible considerar un incumplimiento empresarial de un convenio colectivo como un ilícito de deslealtad competitiva por infracción de normas? No parece existir ningún impedimento para entender que un incumplimiento de un convenio que proporcione a un empresario una mejor situación competitiva que el resto puede ser perseguido por la vía de la LCD. Debe tenerse presente, no obstante,

que en el momento en que la separación del convenio general responda a un acuerdo modificativo o de adaptación de condiciones de trabajo expresamente permitido por el ET, tal acuerdo quedará a cubierto de la acción de deslealtad. En este caso, evidentemente, no existe incumplimiento de un convenio, sino una actuación amparada en una norma superior. La vía de la LCD se presenta como un cauce habilitador para instar al cumplimiento de los convenios colectivos, apuntalando su carácter regulador de la competencia e igualador de las condiciones concurrenciales en el mercado.

3. En la aplicación de las normas de defensa de la competencia:

- ¿Es competente el TDC para examinar la adecuación de los convenios colectivos a la LDC? El TDC ha afirmado su competencia para evaluar la adecuación de un convenio a la LDC, alegando que el mismo implica, *per se*, un acuerdo entre empresas. En esta misma línea, tampoco ha descartado este órgano administrativo la posibilidad de controlar el comportamiento sindical, cuando las organizaciones de trabajadores actúen como agentes económicos. Sin embargo, frente a estos argumentos debe señalarse que la LOPJ y la LPL establecen de manera clara la competencia del orden social para conocer de los conflictos tanto individuales como colectivos que se produzcan dentro de la rama social del derecho y en particular para controlar la legalidad de los convenios colectivos, articulando para ello los cauces apropiados ya estudiados. Por todo ello parece apropiado descartar la posibilidad de que un órgano administrativo entre a valorar la adecuación de un convenio colectivo con el ordenamiento vigente. La vía que le queda cuando se aprecie un ilícito competencial provocado por una cláusula insita en estas normas de origen colectivo es la impugnación de la misma ante la autoridad competente, camino abierto por el art. 12.3 del PLDC

- ¿Cabe alegar la LDC en sede del control de legalidad ante el orden social? Dado que el control de la legalidad de los convenios debe realizarse respecto a la totalidad del ordenamiento jurídico, no parece existir impedimento alguno para que los jueces y tribunales del orden social apliquen esta norma cuando la ilegalidad del convenio se fundamente en un incumplimiento de la misma. Tal aplicación, de manera coherente con lo sostenido en las páginas anteriores, debe orientarse en primer lugar a valorar la activación de la exención por ministerio de la ley. Sólo descartada esta posibilidad, dada una extralimitación de los límites formales o materiales del convenio, sería posible pasar a un examen *antritrust* del contenido del mismo. Evidentemente, deben considerarse que las dificultades mencionadas relativas a la realización de este examen por el orden civil son igualmente predicables respecto del social. Sin embargo, como demuestra el análisis realizado no se aprecia ningún obstáculo procesal efectivo para impedir que el orden jurisdiccional social aplique la LDC en los asuntos de su competencia. Al contrario, el PLDC es el exponente de un esfuerzo por una mayor coordinación entre la aplicación privada de la defensa de la competencia y la actuación de los órganos administrativos especializados en la misma, pudiendo entenderse que la coordinación prevista en las Disposiciones Adicionales del nuevo texto juega igualmente en el caso de la aplicación de la LDC por el orden social.
4. ¿Existen vías adecuadas en la normativa laboral para controlar los ilícitos competenciales provocados por los convenios colectivos? Como ha demostrado el análisis jurisprudencial acometido en las páginas anteriores, las vías laborales de control de legalidad y lesividad de los convenios colectivos han servido, *de facto*, para sancionar ilícitos concurrentiales. Las posibles carencias detectadas

en la articulación del control de los convenios colectivos, que podrían en su caso permitir la fuga de algún comportamiento contrario a la competencia, deberían ser, en todo caso, corregidas en sede laboral, no siendo necesaria la participación de las autoridades de la competencia para complementar el mecanismo comentado. La coherencia del sistema apunta a la necesidad de utilizar la vía laboral cuando el sujeto sea un sindicato o cuando se trate de controlar la legalidad de un convenio colectivo. Todo ello sin perjuicio, merece la pena repetirlo, de que en esta vía se entienda aplicable la normativa *antitrust*.

En términos generales, la conclusión no puede ser otra que la afirmación de la existencia de un conflicto, en situación todavía embrionaria en nuestra realidad jurídica, pero con un potencial efecto desestabilizador del sistema tradicional de relaciones laborales, por cuanto puede llegar a permitir la entrada de los órganos administrativos de defensa de la competencia en el control de la acción colectiva en materia laboral. Por ello, y dado que, como se vio en la Parte I, la introducción de excepciones sociales se ha comenzado a utilizar en el derecho comunitario, parece oportuno proponer la inclusión de una cláusula en sede laboral que blinde a los convenios colectivos, fundamentando en mayor medida la activación de la exención por ministerio de la ley.

Evidentemente, como ya se ha demostrado, esto no implica evitar todo control de las lesiones a la competencia empresarial de las partes del convenio o de los terceros afectados pues la vía laboral es el camino idóneo para obtener la mencionada protección.

CONCLUSIONES GENERALES

El análisis realizado a lo largo de los capítulos anteriores demuestra la existencia del conflicto apuntado en la introducción del presente trabajo: el desarrollo de las normas que articulan la defensa de la competencia, conjuntamente con la integración económica comunitaria, ha cuestionado los límites que desde el derecho del trabajo se imponían tradicionalmente a la disciplina del mercado.

En la actualidad, no cabe duda de que el derecho del trabajo, y las distintas normas estatales de carácter social se encuentran sometidos a una evaluación jurídica efectuada a la luz del derecho del mercado, tanto comunitario como estatal. De hecho, la evolución observada confirma, como ya anunció G. LYON-CAEN, que el principio “laboriosamente forjado durante el siglo XX” según el cual la competencia entre las empresas no debe realizarse sobre la base de las condiciones laborales, se difumina de manera paulatina, con el consiguiente peligro para la estructura del derecho del trabajo.

Con esta fricción se evidencia, una vez más, la difícil cohabitación de dos lógicas opuestas y obligadas a imbricarse. Por un lado, el vínculo social y la intervención, ligados a la propia concepción de Estado Social, (art. 1 CE en el caso español) y por otro lado mercado y liberalización, categorías inherentes a la definición y justificación de las Comunidades Europeas y presentes tanto en los Tratados originarios como en la actual versión consolidada del TCE (art. 2 y 3).

Dos son pues los planos alrededor de los cuales discurre la relación entre el ordenamiento laboral y la defensa de la competencia. Desde el punto de vista vertical, la realización del mercado interior a través del derecho de la competencia y de las libertades de circulación ha incidido directamente en el desarrollo de las competencias sociales de los Estados

miembros influenciando en la capacidad normativa estatal en materia laboral.

La construcción del mercado interior mediante la libre circulación de mercancías y servicios ha convertido la diversidad existente entre los ordenamientos jurídicos laborales estatales en una cuestión problemática. Particularmente, la capacidad para las empresas de “elegir” la norma aplicable al contrato de trabajo ha promovido la competencia entre los sistemas jurídicos del mercado integrado. Se ha producido, como anunciaba la doctrina, produciéndose una especie de “competitividad entre países por la vía del derecho”.

De manera paralela, tanto las normas laborales, autónomas o heterónomas, como las instituciones y entidades estatales de carácter social han sido discutidas a la luz del derecho comunitario de la competencia, que se expande al compás del crecimiento del concepto de empresa, definitorio de su ámbito de aplicación subjetivo.

La anunciada *corrosión* no ha causado indiferencia. Ambos fenómenos de expansión de las libertades de circulación y del derecho de la competencia hacia los dominios sociales de los Estados miembros han provocado reacciones normativas y jurisprudenciales, en ocasiones contradictorias, en el plano comunitario. Es necesario destacar en primer lugar que se ha evitado, hasta el momento, todo tipo de respuestas contundentes. Así, no se ha incluido en sede de TCE una exención social expresa que evitara la aplicación de las normas que regulan las libertades de circulación y el derecho de la competencia al ámbito socio-laboral regulado por los Estados miembros. Tampoco se ha optado por la vía alternativa, el refuerzo de la armonización de las cuestiones sociales en el ámbito comunitario, aumentando la acción de la CE en la materia con un engrose competencial.

En sentido contrario, tampoco es posible afirmar que las normas del mercado se han impuesto sin ambages sobre las disposiciones laborales estatales. De hecho, tanto en el derecho derivado como en la actuación del TJCE, puede apreciarse la disposición de ciertos límites a la aplicación de las normas *antitrust* y a la libre concurrencia entre los sistemas jurídicos.

Entre las reacciones normativas pueden señalarse dos tipos. En el primero se engloban las fundamentadas directamente en los derechos fundamentales y constituyen un intento indirecto de establecer una excepción destinada a evitar una posible vulneración de los mismos por la vía de la aplicación de las disposiciones del derecho del mercado interior. Se incluyen en este grupo el Reglamento 2679/1998 y el apartado 37 de la Exposición de motivos del Reglamento 1/2003, en el que se afirma que dicho Reglamento debe ser interpretado y aplicado respetando los derechos y principios recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Las debilidades de esta inclusión ya fueron señaladas, debiendo recordarse que, ni la Carta de Niza ha sido incardinada en el derecho originario ni la introducción de la mención de los derechos fundamentales en la Exposición de motivos puede ofrecer una sólida base jurídica para construir su inmunidad respecto del derecho de la competencia.

El segundo tipo de excepciones normativas lo protagoniza la Directiva 96/71. Esta norma, si bien es muestra de una articulación expresa entre la libre circulación de servicios y los ordenamientos laborales estatales, también ha sido criticada por sus abundantes puntos débiles.

Por último, pasando del plano normativo al jurisprudencial, cabe señalar que el propio TJCE, mediante las sentencias *Albany et al.*, parece haber demostrado igualmente la voluntad de construir una suerte de exención social, de límites todavía inciertos, pero con un especial valor por cuanto anuncia la voluntad de utilizar los objetivos sociales plasmados en el TCE como frontera de las normas que regulan el mercado interior.

Estos intentos de articulación de las normas que estructuran la defensa de la competencia en el mercado comunitario con las normas estatales laborales son, como se ha venido señalando a lo largo de los capítulos anteriores, todavía insuficientes. La coherencia y el buen funcionamiento del sistema jurídico, estatal y comunitario, requieren de un paso de mayor entidad, de una articulación de valores de porte *constitucional*, elevando a sede de Tratado los derechos sociales fundamentales. Sólo de esta manera, tal y como ha señalado la doctrina, una vez alcanzado el rango de derecho constitucional, los derechos sociales “se convierten en no negociables y deben ser respetados y dotados de un status preferente, incluso sobre las libertades del mercado”.

En este sentido, una mayoría de la doctrina iuslaboralista ha abogado de manera reiterada por la búsqueda de las referencias de la Europa Social y por la plasmación de las mismas mediante una “operación constituyente”, que las elevara al rango de Derecho originario, equiparando los objetivos sociales a los económicos y permitiendo así la convivencia en plano de igualdad del Derecho del mercado con el derecho del trabajo. Tal constitucionalización, como ya afirmaron RODRÍGUEZ PIÑERO y CASAS BAAMONDE, “...se revela imprescindible para garantizar el mantenimiento y desarrollo futuro del modelo social europeo”. Así, la inclusión de estos derechos en plano de igualdad en las futuras iniciativas de dotar a la Unión Europea de un texto constitucional, debe ser considerada como una cuestión fundamental para la pervivencia del derecho del trabajo estatal y para la construcción de una Europa social respetuosa con las realidades jurídico-laborales de los Estados miembros.

En cuanto al plano horizontal, al cual se ha dedicado la Parte II del trabajo, la interacción se ha circunscrito mayoritariamente al par defensa de la competencia-acción sindical, siendo el foco de atención por excelencia la negociación colectiva. En el ámbito de los Estados miembros se ha comprobado que la interacción se maneja en la actualidad mediante una

doble estrategia. Una minoría de países han optado por la articulación normativa expresa de la relación entre ambas ramas del ordenamiento. En sentido contrario, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos del ámbito comunitario, entre los que se sitúan tanto el francés como el español, carecen de previsiones similares, lo que ha conllevado la utilización de los parámetros constitucionales para evaluar la relación.

En los ordenamientos jurídicos visitados se ha comprobado cómo el manejo de la interacción entre la acción sindical y la defensa de la competencia ha sido protagonizado por los órganos administrativos encargados de la aplicación de las normas de defensa de la competencia y las jurisdicciones competentes para revisar sus resoluciones. Los primeros se han mostrado particularmente activos en la ampliación del ámbito de aplicación de estas normas, incluyendo sin ambages a los sindicatos y entrando a analizar la adecuación de los convenios colectivos a la luz de las disposiciones *antitrust*. En cambio, por regla general, los órganos jurisdiccionales competentes de la revisión de las resoluciones antedichas han optado por una posición prudente, tomando en consideración el reconocimiento constitucional de la negociación colectiva (o de la libertad sindical) y evitando la aplicación de las normas de defensa de la competencia sobre las organizaciones de trabajadores y sobre las normas colectivas.

A pesar de este comportamiento jurisprudencial, los problemas que ha suscitado la consideración por parte de los órganos administrativos de la sujeción de sindicatos y normas laborales al derecho de la competencia son diversos. Tomando como ejemplo el caso español, se observan cuestiones fundamentalmente de carácter procesal que, a pesar de la clara ubicación del control de los convenios colectivos en el orden social, siguen abiertas. Se revela pues como necesaria una intervención normativa o jurisprudencial que ratifique la falta de competencia del TDC para valorar la adecuación de un convenio colectivo a la legalidad vigente. De manera paralela, debe

utilizarse el reconocimiento y la regulación de la negociación colectiva como punto de partida para entender aplicable la exención por ministerio de la ley, evitando la plena consideración de los convenios colectivos dentro del ámbito de aplicación de las normas *antitrust*, siempre que los mismos respeten los límites impuestos por el ordenamiento laboral.

En cualquier caso, debe tenerse presente que, en el ordenamiento jurídico español, la voluntad de realizar un análisis *antitrust* de los convenios colectivos ha de respetar dos parámetros. Por un lado, el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva, el cual se encuentra además estrechamente vinculado a un derecho fundamental como es la libertad sindical; por otro, la constitucionalización de una libertad de empresa, claramente limitada, enfundada en el corsé de la función social.

Ambos límites no implican, desde luego, una inmunidad absoluta. De hecho, no puede descartarse que la capacidad de los convenios para servir de cauce regulador de la competencia sea explotada por los empresarios más allá de los límites marcados por las normas laborales. Cuando esto ocurra, no cabe duda que dicho convenio, ilegal y lesivo, debe ser expulsado del ordenamiento, mediante la correspondiente aplicación de los controles de legalidad y lesividad por los jueces y tribunales del orden social, en el ínterin de los cuales es aplicable la LDC.

Ahora bien, si se admite la entrada de las normas de la competencia para controlar el exceso, esto es, la extralimitación de las partes con la afectación de las condiciones de competencia de terceros, debe admitirse igualmente la utilización de estas normas para perseguir el defecto, es decir, el incumplimiento del convenio que sitúe al empresario infractor en una mejor situación competitiva.

De hecho, puede afirmarse que este tipo de incumplimientos suponen un acto de competencia desleal, susceptible de ser perseguido en virtud del

art. 15.1 de la Ley de Competencia Desleal que prevé la deslealtad por infracción de normas. De hecho, ya se señaló que los convenios colectivos han sido considerados por la jurisprudencia dentro del conjunto de disposiciones cuyo incumplimiento se considera desleal. Por tanto, un incumplimiento de convenio con las consecuencias antes mencionadas, podría ser perseguido ya no únicamente por la vía laboral, sino también por la vía de la defensa de la competencia, quedando legitimadas las otras empresas competidoras y sujetas al convenio incumplido para actuar contra la empresa infractora por la vía de la LCD. Por este camino, los empresarios afectados podrían obtener tanto la cesación del acto como el resarcimiento por daños y perjuicios ocasionados por el mismo.

Como colofón de todo lo antedicho y síntesis de la idea fundamental que impregna la totalidad de las páginas anteriores, debe recordarse que el control *antitrust* de la acción sindical olvida un planteamiento fundamental, columna vertebral del derecho del trabajo, que ha sido señalado por la doctrina francesa, (GOLDMAN, LYON-CAEN, VOGEL) afirmando que “(l)os sindicatos obreros o de trabajadores no enmascaran *ententes*; tampoco las constituyen los convenios o acuerdos colectivos concluidos entre los sindicatos y los empresario o patronales. La razón de esta limitación necesaria es tan profunda como anciana y existe en todos los Estados de la Comunidad. El reconocimiento por el Estado de la libertad sindical que conlleva el derecho a asociarse y actuar en común en defensa de intereses profesionales, y el reconocimiento del convenio colectivo como procedimiento de reglamentación de las condiciones de trabajo y de empleo implica que, dentro del ámbito del trabajo subordinado, la libertad individual de acción y de elección conlleva irremediamente unos límites. La existencia de un derecho del trabajo implica este precio”.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Derecho al trabajo, Libertad profesional y deber de trabajar”, RPS, N° 121, 1979.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores y el Protocolo 14 de Maastricht”, en MORENO, L., (coord.), *Unión Europea y Estado de Bienestar*, CSIC-MT, Madrid, 1997.

ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J., SALA FRANCO, T, *Derecho del trabajo*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 5ª Ed., 2003, p. 23.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Competencia desleal por infracción de normas”, *Rev. Derecho Merc.*, 1991, pp. 668 y ss.

- “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho antimonopolio”, *InDret*, N° 253, 2004.

ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “Las conductas prohibidas en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia”, *GJ*, N° 241, Enero/abril 2006, pp. 23 y ss.

ALONSO SOTO, R., “Competencia desleal y defensa de la competencia en España”, *ICE Defensa de la Competencia*, N° 750, febrero, 1996, pp. 9 y ss.

- “Las relaciones entre los derechos comunitario europeo y español de la competencia”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., (dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia, Unión Europea y España*, BOSCH, Barcelona, 2005.

ALONSO OLEA, M., *Introducción al derecho del trabajo*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1981.

- “La Constitución española como fuente del Derecho del Trabajo”, en AA.VV., *El modelo social en la Constitución española de 1978*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2003.

ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M^a E., *Curso de derecho del Trabajo*, Madrid, 19^a Ed., 2001.

ALONSO UREBA, A., “El marco constitucional económico español y la adhesión a las Comunidades Europeas”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZALEZ CAMPOS, J.D., Y MUÑOZ MACHADO, S., (dir.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1986.

AMEYE, E.M., “The interplay between Human Rights and Competition Law in the EU”, *ECLR*, vol. 25, Issue 6, June 2004.

ANDERSER, W. R., ROGERS, C.P., *Antitrust law: police and practice*, Matthew Bender & Co., Inc., 1992.

ANTONMATTEI, P.H, DESTOURS, S., “Convention collective et droit de la concurrence: nouvelle rencontre”, *DS*, N° 11, 2003, pp. 999 y ss.

APARICIO TOVAR, J., *Introducción al Derecho Social de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2005.

ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y Estado social*, Mc.Graw-Hill, Madrid, 1996.

- “El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (coord.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pp. 23 y ss.

ARNULL, A., “What shall we do on Sunday”, *E.L.Rev.*, N° 16 (2), 1991, pp. 112 y ss.

- BALAGUER CALLEJÓN, F., “El estado social y democrático de derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del estado social” en: MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M^a N., y MONEREO PÉREZ J.M., *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 89 y ss.
- BALANDI, G. G., “La Constitución Europea, entre lo social y la libre competencia”, en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006.
- BAÑO LEÓN, J.M., *Potestades Administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Mc.Graw Hill, Madrid, 1996.
- “El Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia: funciones y procedimiento”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, N^o 7, 1996, pp. 211 y ss.
- BAQUERO CRUZ, J., “La protección de los derechos sociales en la Comunidad Europea tras el Tratado de Ámsterdam”, *RDCE*, N^o 4, 1998, pp. 648 y ss.
- *Entre competencia y libre circulación, el Derecho Constitucional Económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 2002.
- BARNARD, C., “Social dumping and race to the bottom: some lessons for the European Union from Delaware”, *E.L. Rev.*, 2000, 25 (1), pp. 57 y ss.
- *EC employment law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
 - “Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw”, *E.L.Rev.*, 2001, 26 (1), pp. 35 y ss.

- BARNARD, C., DEAKIN, S., “Market access and regulatory competition”, Jean Monnet Working Paper 9/01, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/012701.rtf>.
- “In search of coherence: social policy, the single market and fundamental rights”, IRJ, 31:4, 2000, pp. 331 y ss.
 - “Negative and positive harmonization of labor law in the European Union”, Col. Journ. Eur. Law., vol. 8, 2002.
- BARNÉS VAZQUEZ, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, RAP, N° 135 (Septiembre-Diciembre 1994), pp. 495 y ss.
- BARON, F., *Marché intérieur et Droit social dans l'Union européenne*, Aix-en-Provence, PUAM, 1998.
- BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985.
- BAYLOS GRAU, A., “La prohibición de concurrencia desleal. Notas sobre la evolución legal y jurisprudencial”, TL, N. 8, 1986, pp. 11 y ss.
- *Derecho del trabajo, un modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991.
 - “Globalización y Derecho del Trabajo: Realidad y Proyecto”, Cuadernos de Relaciones Laborales N° 15, 1999, pp. 19 y ss.
- BAYLOS, CARUSO, D'ANTONA, SCIARRA, *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi, Bologna, 1996.
- BELLAMY, C., CHILD, G., *European Community law of Competition*, London, Sweet & Maxwell, 2001.
- BELTRÁN MIRALLES, “Comentario a la Directiva comunitaria 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios”, AL, N° 2, 2000, pp. 319 y ss.

- BENEYTO PÉREZ, J.M., (dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia, Unión Europea y España*, BOSCH, Barcelona, 2005.
- BERCOVITZ, A., “La competencia desleal”, *Derecho de los Negocios*, N° 20, 1992, pp. 1 y ss.
- BERCUSSON, B., “European labour law and sectorial bargaining”, *Ind. Rel. J.*, Vol. 24, N° 4, 1993, pp. 257 y ss.
- “The dynamic of European Labour law after Maastricht”, *Ind. Law J.*, Vol. 23, N° 1, March 1994.
 - *European Labour law and the EU Charter of Fundamental Rights*, ETUI, Brussels, 2002.
 - “The role of the EU Charter of Fundamental Rights in building a system of industrial relations at EU level”, *TRANSFER*, 2/2003, pp. 209 y ss.
 - “Protecting collective agreements”, *Labour and European Law Review*, N° 41, <http://www.thompsons.lae.co.uk/lttext /10560004-.htm>.
- BERGERÉS, M.-C., "Les organismes chargés de la gestion des régimes sociaux échappent- ils aux règles communautaires de la concurrence? ", *Recueil Dalloz*, 1996 Jurisprudence.
- BERTHELOT, J.-M., “Épistémologie des sciences sociales”, Puf, Paris, 2001.
- BLANPLAIN, R., (ed.), *Labour law and industrial relations in European Union*, Kluwer Law International, The Hague, 1998.
- BLANPLAIN, R., (ed.), *Labour Law, Human Rights and Social Justice*, Kluwer Law International, The Hague, 2001.

- BLANPLAIN, R., HEPPLÉ, B., SCIARRA, S., WEIS, M., “Derechos sociales fundamentales, propuestas para la Unión Europea”, REDT, N° 74, 1995, pp. 873 y ss.
- BLANPLAIN, R., JAVILLIER, J., *Droit du travail communautaire*, L.G.D.J., Paris, 1995.
- BLASCO PELLICER, A., (Dir.), *Proceso Laboral II*, Valencia, Tirant, 2005.
- BORRAJO DACRUZ, E., “De las Comunidades Europeas a la Unión Europea: el Acta Única y la Europa social”, AL, Tomo I, 1986, pp. 1011 y ss.
- “Negociación colectiva y libertad de empresa”, en *25 años de economía de mercado*, Revista del Instituto de Estudios Económicos, N° 63, 2004, pp. 325 y ss.
- BOUDON, R., BOURRICAUD, F., “Dictionnaire critique de la sociologie”, Quadrige/Puf, Paris, 2004.
- BRAAKMAN, A.J., SCHORÖTER, H.R., *La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE por los Tribunales nacionales en los Estados miembros*, Comisión Europea, Dirección General de Competencia, Bruselas, 1997. Disponible en http://europa.eu.int/comm/competition/publications/art8586_es.pdf.
- BRAIBANT G., "La Charte des droits fondamentaux", DS, N° 1, 2001, pp. 69 y ss.
- BRIARD, F-H., "Lorsque l'Europe de la concurrence triomphe au Palais-Royal...", *Recueil Dalloz*, 1997, Jurisprudence, pp. 281 y ss.
- BRINO, V., “La sentenza INAIL: spunti di riflessione”, Dir. Relz.ind., N° 1, 2003, pp. 151 y ss.

- “Diritto del lavoro e Diritto della concorrenza: dinamiche e modelli a confronto”, en LYON-CAEN, A., PERULLI, A., (a cura de), *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro: atti Seminario dottorale internazionale, Venezia 14-19, giugno 2004*, CEDAM, Padova, 2005, pp. 235 y ss.
- BRUUN, N., HELLSTEN, J., *Collectives agreements and Competition law in the EU, the report of the COLCOM-project*, DJOF, Copenhagen, 2001.
- BURCA, G., ASCHEMBRENNER, J.B., “European Constitutionalism and the EU Charter of Fundamental Rights”, *Col. Journ. Eur. Law*, Vol. 9, summer 2003, Nº 3.
- CABEZA PEREIRO, J., “La impugnación por lesividad de convenios colectivos”, *REDT*, Nº 69, 1995, pp. 15 y ss.
- “La cuestión social en el derecho originario de la Unión Europea”, *Documentación Laboral*, Nº 63, 2000, pp. 27 y ss.
- CALVET, V.H., DINTILHAC, F., “Droit d’établissement et libre prestation des services ”, *RTD eur.* 1991, pp. 59 ss.
- CALVO-CARAVACA, A.-L., y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Política y Derecho de la competencia en la C.E.E.: una aproximación”, *RGD*, Nº 583, 1993, pp. 3378 y ss.
- CALVO-CARAVACA, A.-L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado interior y libre competencia en la Unión Europea*, COLEX, 2003.
- CAMAJI, L. “Rapports entre concurrence et protection sociale en droit communautaire”, en LYON-CAEN, A., PERULLI, A., (a cura de), *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro: atti Seminario dottorale internazionale, Venezia 14-19, giugno 2004*, CEDAM, Padova, 2005.

CAMPS RUIZ, L. M., SALA FRANCO, T., “Control de legalidad de los convenios colectivos: prohibición legal de concurrencia y lesión de intereses de terceros. Estaciones de servicio (a propósito de la STCT de 17 de marzo de 1987)”, RPJ, N° 13, Marzo, 1989.

CANTARO, A., “El trabajo en la Constitución Europea. De Toqueville a Bolkestein”, ReDCE, N° 5, Enero-Junio de 2006, pp. 31 y ss.

CARLIER, J.-Y., DE SCHUTTER, O., *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2002.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., “Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo”, R.L., N° 2, 1993, pp. 382 y ss.

CASAS BAAMONDE, M^a E., “Sobre el cambio de la unidad de negociación y sobre la legitimación para la impugnación del convenio colectivo”, REDT, N° 39, 1989, pp. 307 y ss.

- “Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las directivas: el permiso parental”, RL, N° 2, 1996, pp. 85 y ss.

- “La negociación colectiva europea como institución democrática (y sobre la representatividad de los interlocutores sociales europeos)”, RL, N° 21, 1998, pp. 71 y ss.

- “Organización del sistema europeo de negociación colectiva y desarrollo convencional del derecho social comunitario”, RL, N° 22, 1999, pp. 1 y ss.

CASTAÑEIRA FERNÁNDEZ, J., *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, MTSS, Madrid, 1977.

- CASTRO-VILLACANA PÉREZ, D., “La aplicación privada del Derecho de competencia y los nuevos juzgados de lo mercantil”, *Boletín económico del ICE*, N° 2818, 2004, pp. 3 y ss.
- CHARBIT, N., *Secteur public et droit de la concurrence*, JOLY, Paris, 1999.
- CHEROT, J-Y., “L’article 90 § 1 du Traité CEE lu en combinaison avec l’article 86”, *Travaux de la CEDECE, L’entreprise dans le marché unique européen*, Doc. Française, 1995.
- COLINA ROBLEDO, M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., y SALA FRANCO, T., *Derecho Social Comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 1995.
- COLLIN, F., DHOQUOIS, R., GOUTIERRE, P.H., JEAMMAUD, A., G. LYON-CAEN, G., ROUDIL, A., *Le Droit capitaliste du travail*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1980.
- Comisión Consultiva Nacional de convenios colectivos, *La negociación colectiva en Europa*, MTAS, Colección de Informes y Estudios, Madrid, 2004.
- COMMONS, J.R. (Ed.), *Documentary history of American industrial society*, Vol. 3, Arthur Clark Company, Cleveland (Ohio), 1910.
- CONSTANTINESCO, V., *Compétences et pouvoirs dans les CE., contribution à l’étude de la nature juridique des Communautés*, LGDJ, Paris, 1974.
- COX, “Labor and the Antitrust Laws - A Preliminary Analysis”, 104 U. Pa. L. Rev., 1955, pp. 252 y ss.
- CRUZ VILLALÓN, J., y PÉREZ DEL RÍO, T. (Coord.) *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Tecnos, Madrid, 2000.
- DALMASSO E.I., “Un análisis sobre el alcance del reconocimiento del derecho al trabajo en la Constitución Española”, AS, N° 46/2003.

DAUBLER, W. “la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el derecho colectivo del trabajo”, RDS, N° 17, 2002, pp. 13 y ss.

DAVIES, A.C.L., “The right to strike v. freedom of establishment in EC law: the battle commences”, ILJ, Vol. 35, N° 1, March 2006, pp.75 y ss

DAVIES, P., “Market integration and Social Policy in the Court of Justice”, Ind. Law J., Vol. 24, N° 1, March 1995, pp. 49 y ss.

-“Posted workers: single market or protection of national labour system”, CMLR, 1997, pp. 517 y ss.

- “Can selling arrangements be harmonised”, E. L. Rev. 2005, 30 (3), pp. 371 y ss.

DE AREILZA CARVAJAL, J.M., BECERRIL ATIENZA, B., “La nueva interpretación del artículo 30 del TCE: limitación de competencias por la puerta de atrás”, REDC, N° 51 (Septiembre-Diciembre 1997), pp. 189 y ss.

DE CABO, C., *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986.

- *Teoría Constitucional de la Solidaridad*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

DE LA VILLA, L.E., “La función del derecho del trabajo en la situación económica y social contemporánea”, *Revista de trabajo*, 1984, N°

- “El papel de la ley en el sistema de relaciones laborales”, RMTASS, 1997, N° 3, pp. 79 y ss.

DE LEYSSAC, C.L., PARLEANI, G., *Droit du marché*, Puf, Paris, 2002.

DE SCHUTTER, O., “La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l’ordre juridique communautaire, RDUH, 2001, pp. 33 y ss.

- "L'affirmation des droits sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne" en LYON-CAEN, A., et LOKIEC, P. (dir.) *Droits fondamentaux et DS*, Dalloz, Paris, 2004.
 - "Droits fondamentaux dans le projet européen, des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux", en *Réflexions sur les transformations du droit de l'Union Européenne*, Larcier, Bruxelles, 2004.
 - "Réflexions sur les transformations du droit de l'Union Européenne", DE SCHUTTER, O., NIHOUL, P. (coord.) *Une Constitution pour l'Europe*, Larcier, Bruxelles, 2004.
- DE VICENTE PACHÉS, F., "El desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional", TS, N° 110, 2000, pp. 5 y ss.
- DE VOS, M., *A decade beyond Maastricht: The European Social Dialogue Revisited*, Kluwer Law International, Great Britain, 2003.
- DEL REY GUANTER, S., "Una década de transformación del sistema de negociación colectiva y la "refundación" de la teoría jurídica de los convenios colectivos", RL, Tomo I, 1996, pp. 178 y ss.
- DEAKIN, S., "Labour law as a market regulation, the economic foundations of European social policy" en *European Community labour law: principles and perspectives*, Liber Amicorum Lord Wedderburn, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- DEAKIN, S., WILKINSON, F., "Rights vs. Efficiency? The Economics Case for Transnational Labour Standards", ILJ, N° 23, 1994, pp. 289 y ss.
- DEINERT, O., "Modes of implementing European collective agreements and their impact on collective autonomy", *Ind. Law J.*, 2003, vol. 32, N° 4, pp. 319 y ss.

- DEL VAL ARNAL, “La búsqueda del equilibrio entre las libertades fundamentales de la Unión Europea y el derecho a la protección social”, *Noticias de la Unión Europea*, Nº 191, 2000, pp. 91 y ss.
- DESAI, K., “Competition law and trade unions”, *Eur. com. law rev.*, 1999, pp. 175 y ss.
- DÍEZ ESTELLA, F., “Las complicadas relaciones entre la Ley de defensa de la competencia y la Ley de competencia desleal”, *GJ*, Nº 213, Mayo/Junio 2001, pp. 11 y ss.
- DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., GULLÓN, L. *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 2002.
- DONAT, F., CASAS, D., “Les conventions collectives et le droit de la concurrence”, *AJDA*, 2003, *Jurisprudence*, pp. 1150 y ss.
- DRIGUEZ, L., *Droit social et Droit de la concurrence*, Tesis de Doctorado, Universidad Paris I Panteón-Sorbonne, Paris, 2005.
- DRUESNE, G., “Liberté de prestation des services et travailleurs salariés, (les arrêts Webb et Seco de la Court de justice des Communautés européennes) ”, *RTD Eur*, 1982, pp. 75 y ss.
- EDELMAN, B., “A bas le droit du travail, vive la concurrence !”, *Chron. D.*, 1992, pp. 1 y ss.
- “Où la concurrence sera le genre humain” *Chron. D.*, 2000, pp. 261 y ss.
- EKLUND, R., “European Developments, the Laval Case”, *ILJ*, Vol. 35, Nº 2, June 2006, pp. 202 y ss.
- ESCUADERO, J.F., FRIGOA, J., CORBELLA, T., *El principio de buena fe en el contrato de trabajo*, Bosch, Barcelona, 1996.
- ESTEBAN DE QUESADA, C., “Normas sobre competencia aplicables a empresas: comentario al Art. III-162”, en ÁLVAREZ CONDE, E.,

- GARRIDO MAYOL, V., GARCÍA COUSO, S. (Coord.)
Comentarios a la Constitución Europea, Vol. 3, Tirant lo Blanch,
Valencia, 2004.
- EVJU, S., "Collective agreements and competition law. The Albany puzzle
and Van der Woude", *IJCLLIR*, Vol. 17, N° 2, 2001, pp. 165 y ss.
- EWING, K.D., "Swimming with the Tide: Employment Protections and the
implementation of European Labour law", *IJCLLIR*, Vol. 22, N° 3,
1993p. 165 y ss.
- FALLON, M., "Libertés communautaires et règles de conflit de lois", en A.
FUCHS, A., MUIR WATT, H., PATAUT, E., (Eds.), *Les conflits
de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris, 2004.
- FARJAT, G., *Droit Économique*, Puf, Paris, 1971.
- FARIA, *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., "El control jurisdiccional de la negociación
colectiva", en *La intervención administrativa y jurisdiccional en
las relaciones colectivas de trabajo*, IV Jornadas Universitarias
Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Sevilla,
1989.
- *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991.
- FIKENTSCHER, W., "Las tres funciones del control de la economía
(Derecho antimonopolio)", *Rev. Derecho Merc.*, 1984, N° 172-173,
pp. 459 y ss.
- FONT GALÁN, J.I., *La libre competencia en la Comunidad Europea*,
Publicaciones del Real Colegio de España de Bolonia, Bolonia,
1986.
- *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*, Tecnos,
Madrid, 1987.

FONT GALAN, I., MIRANDA SERRANO, L.M., “Defensa de la competencia y competencia desleal” en FONT GALAN, I., PINO ABAD, M., (coords.), *Estudios de Derecho de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

FOTINOPOULOU BASURKO, O., “El diálogo social europeo y las Directivas sectoriales comunitarias de origen convencional. La Directiva 1999/63/CEE del Consejo relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar”, *RMTAS. Derecho Social Internacional y Comunitario*, N° 22, 2000. pp. 135 y ss.

FOTINOPOULOU BASURKO, O., LANDA ZAPIRAIN, J.P., “Breve comentario de la Ley 45/1999 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 96/71/CE”, *RL*, N° 1, 2000, pp. 611 y ss.

FRANSSEN, E., *Legal aspects of the European Social Dialogue*, Antwerp, Intersentia, 2002.

FURET, M.-D., “Les conséquences en termes de santé publique des arrêts Kohll et Decker sur la construction de l'Europe de la santé”, *Revue du marche commun et de l'Union Européenne*, N° 487, 2005, pp. 253 y ss.

GABDIN, D., “Les fonds de pension obligatoire face au droit communautaire de la concurrence: des positions dominantes à préserver dans le futur marché intérieur des services financiers” *DS*, 2001, N° 2, pp. 179 y ss.

GALIANA MORENO, J.M^a, “El lento camino de gestación de la política social comunitaria: desde el Tratado de Roma a la cumbre de Maastricht”, *REDT*, N° 58, 1993, pp. 189 y ss.

- “Aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam”, REDT, N° 88, 1998, pp. 189 y ss.
- GALBRAITH, J.K. *Historia de la economía*, Ariel, 5ª Ed., Barcelona, 1991.
- GARCÍA NINET, I., VICENTE PALACIO, M.A., “La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, RMTAS, N° 27, 2000, pp. 13 y ss.
- GARRIDO RUÍZ, F., “Novedades aportadas por el nuevo Reglamento n° 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 TCE”, GJ, N° 231, Mayo/Junio, 2004, pp. 71 y ss.
- GAVALDA, C., PARLEANI, G., *Droit des affaires de l’Union Européenne*, 4ª Ed., Litec, Paris, 2002.
- GERBER, D., *Law and Competition in Twenty Century in Europe, protecting Prometheus*, Claredon Press, Oxford, 1998.
- GERNIGON, B., ODERO, A., GUIDO, H., “ILO principles concerning collective bargaining”, IRL, Vol. 139, N° 1, 2000.
- GIESEN, R., “Posting: social protection of workers vs. fundamental freedoms?”, CMLR, N° 40, 2003, pp. 143 y ss.
- GIL y GIL, J.L., “La relevancia de la empresa en el Derecho del trabajo”, en *Revista de trabajo y seguridad social*, RTSS, N° 183, 1998.
- GIL y GIL, J.L. y USHAKOVA, T., “Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, RL, 2003, (8), pp. 1319 y ss.
- GIUBBONI, S., *Diritti Sociali e Mercato, la dimensione sociale dell’integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2003.

- GODYER, D.G., *EC competition law*, 4ª Ed, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- GOERLICH PESET, J.M., *Proyecto Docente*, Universidad de Valencia, Valencia, 1995.
- GOERLICH PESET, J.M., “Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (coord.), *Libertad de empresa y relaciones laborales*, IEE, 2005, pp. 221 y ss.
- “Los acuerdos de empresa”, en ALBIOL MONTESINOS, I., *Convenios colectivos y acuerdos de empresa*, CISS, 2007, pp. 319 y ss.
- GOLDMAN, LYON-CAEN, VOGEL, *Droit commercial européen*, Précis Dalloz, 5è Ed., 1994.
- GOLDFIELD, M., *El declive del sindicalismo en Estados Unidos*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.
- GONDRA ROMERO, “Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZALEZ CAMPOS, J.D., Y MUÑOZ MACHADO, S., (dir.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1986.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F. A., *Los medios de prueba en el proceso laboral*, Civitas, 2005.
- GONZALEZ ORTEGA, S., “La impugnación individual del convenio colectivo. Comentario a la Sentencia del TC 81/1990 de 4 de mayo”, RL, Nº 2, 1990, pp. 381 y ss.

- GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “Aplicación del principio fundamental de la libre circulación al ámbito de la Seguridad Social: la Sentencia “Decker”, RDCE, Año 3, N° 5, 1999, pp.129 y ss.
- GONZÁLEZ VELASCO, J., “Los convenios colectivos como normas susceptibles de impugnación por los sujetos individuales (I) y (II)”, en AL, N°47 y 48, 1988.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El diálogo social en la Unión Europea: incidencia en el sistema de fuentes del Derecho”, TS, N° 55/00, pp. 65 y ss.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La impugnación de convenios colectivos por pensionistas”, AS, N° 2, 2003, pp. 631 y ss.
- GORMAN, *Basic text on Labor Law, unionization and collective bargaining*, West Publishing, 1976.
- GOULD IV, W.B., *Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1991.
- GOYDIER, D.G., *E.C. Competition law*, fourth edition, Oxford University Press, 2003.
- GRAU PINEDA, M.C., “La incidencia de las sentencias Decker y Kohll sobre el reembolso de los gastos médicos producidos en otro estado miembro en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de ciencias jurídicas*, N° 4, 1999, pp. 151 y ss.
- GRAU PINEDA, M.C., “Reembolso de los gastos médicos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios ajenos a la Seguridad Social española: las sentencias Decker y Kohll del TJCE”, RMTAS, N° 19, 1999, pp.55 y ss.
- GUAYO CASTIELLA, I.; MELLADO RUIZ, L., “Derecho económico de la Unión Europea, (Constitución Económica Europea), en

- MONEREO PÉREZ, J.L., *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Comares, 2002.
- GUARRIELLO, F., *Ordinamento Comunitario e autonomia collettiva. Il dialogo sociale*, Franco Angeli, Milano, 1992.
- GUTIERREZ, I., PADILLA, A.J., “Economía de la competencia”, en BENEYTO PÉREZ, J.M., (dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia, Unión Europea y España*, BOSCH, Barcelona, 2005.
- GYSELEN, L., “L’applicabilité des règles de concurrence communautaires à des régimes de protection sociale”, en *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruylant, Bruselas, 1999, pp. 1071 y ss.
- HANDLER, M., ZIFCHAK, W.C., “Collective bargaining and the Antitrust law. The Emasculation of the labor Exemption”, *Col. Law Rev.*, N° 81, 1981, pp. 459 y ss.
- HASSENTEUFEL, P., HENNION-MOREAU, S., *Concurrence et protection sociale en Europe*, Presses Universitaires de Rennes, 2003.
- HATZOPOULOS, V., “Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie des théories ou pas de théorie du tout ?”, *RTD eur.* 34 (2), avr.-juin 1988, pp. 191 y ss.
- HENNION-MOREAU, S., “La notion d’entreprise en Droit social communautaire” en *DS*, 2001, N° 11, pp. 957 y ss.
- HEPPLE, B., *La formación del Derecho del Trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, MTAS, Madrid, 1986.
- “The future of labour law”, *Ind. Law J.*, Vol. 24, N° 4, December 1995, en HERVEY, T. K., KENNER, J., *Economic and social rights under the EU Charter of Fundamental Rights*, Hart, Oxford, 2003.

- HOVENKAMP, H., “Labor conspiracies in American Law, 1880-1930”, 66 Tex. L. Rev., 1987-1988, pp. 919 y ss.
- *Federal antitrust policy, the law of competition and its practice*, Second Edition, Hornbook series, ST. Paul, Minn. 1999.
- HUERTA, F., “Doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre los ilícitos tipificados en la Ley de Defensa de la Competencia”, Cuadernos de Derecho Judicial, 2002, N° 11, pp. 11 y ss.
- HUGLO, J-G, “Liberté d’établissement et libre prestation de services”, RTD eur., N° 4, 1998.
- “Liberté d’établissement et libre prestation de services”, RTD eur., N° 4, 2001.
- ICHINO, P., “Collective bargaining and antitrust laws: an open issue”, IJCLLR, vol. 17, N° 2, 2001, pp. 185 y ss.
- IDOT, L. “Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence ? À propos de quelques développements récents...”, *Europe*, janvier, 1996, Chron., pp. 1 y ss.
- “Droit social et droit de la concurrence, confrontation ou cohabitation” *Europe*, 1999, Chron. 11, pp. 4 y ss.
- “La notion d’entreprise”, Rev. Soc., (2) avr-juin, 2001. pp. 191 y ss.
- “La notion d’entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l’ordre concurrentiel”, en *L’Ordre Concurrentiel*, Mélanges en l’honneur d’Antoine Pirovano, Frison-Roche, Paris, 2003.
- IDOT, BLAISE, “Concurrence”, RTD eur, 40 (4), oct.-déc. 2004, pp. 670 y ss.

ILLESCAS ORTIZ, R., Voz “Derecho de la competencia: la libre competencia” (RI §0911329), *Base de conocimiento*, iustel.com.

ILLESCAS, R., “El campo de aplicación del derecho de la competencia. Los instrumentos jurídicos de la aplicación”, BENEYTO PÉREZ, J.M., (dir.), *Tratado de derecho de la competencia, Unión Europea y España*, BOSCH, Barcelona, 2005

ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, 3ª Edición, Madrid, 1997.

JAZOTTES, G., "La CJCE examine la justification de restrictions à la libre circulation simultanément au regard des articles 28 et 49 CE, (CJCE 22 janv. 2002, *Canal Satellite Digital SL*, aff. C-390/99, Rec. p. I-607)", *RTD Com.*, 2003, *Chron.*, pp. 597 y ss.

JEAMMAUD, A., "Les fonctions du droit du travail ", en COLLIN, F., DHOQUOIS, R., GOUTIERRE, P.H., JEAMMAUD, A., G. LYON-CAEN, G., ROUDIL, A., *Le Droit capitaliste du travail*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1980.

- "La condition du travailleur dans l'ordre concurrentiel", en *L'Ordre Concurrentiel*, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Frison-Roche, Paris, 2003, pp. 371 y ss.

- *Le Droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005.

JEAN, A., DABOSVILLE, B., *La jurisprudence de la CJCE concernant les systèmes de retraite. –Entre concurrence et protection sociale-*, Mémoire pour la maîtrise de Droit européen, Université de Rennes 1, année universitaire 2001/2002, (trabajo inédito).

JOERGES, C., “The Market without the State? The 'Economic Constitution' of the European Community and the Rebirth of Regulatory Politics”, *European Integration on line Papers (EIoP)*, Vol. 1, N° 19, 1997, <http://eoip.or.at/eiop/texte/1997-019a.htm> .

- “What is left of the European Economic Constitution?”, EUI Working Paper, LAW, N° 2004/13, European University Institute, Florence.
- JOERGES, C., RÖDL, F., “Social Market economy as Europe’s social model?” EUI Working Paper, LAW, N° 2004/8.
- JONES, A., SUFRIN, B., *EC Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- KAHN FREUND, O., *Trabajo y Derecho*, (trad. J. M. Galiana Moreno), MTSS, Madrid, 3ª Ed., 1987.
- KARYDIS, G., “Le principe de l’opérateur économique privé, critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu’aides d’Etat, au sens de l’article 87.1 du Traité CE” RTD eur, 39 (3) 2003.
- KESSLER, F., “Droit communautaire de la concurrence et régimes de base de protection sociale, à la recherche d’un fondement juridique cohérent”, JCP, Éd. G, N° 6-7, pp. 65 y ss.
- KESSLER, F., LHERNOULD, J-P., “L’impact sur le droit de la protection social de la jurisprudence de la CJCE relative à la libre prestation des services” DS, 2002, N° 7/8, 749.
- KOCHAN, T., KATZ, H.C., McKERSIE, R.B., *La transformación de las relaciones industriales en los Estados Unidos*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.
- KOUTRAKOS, P., “On groceries, alcohol and olive oil: more on free movement of goods alter Keck”, E. L. Rev. 2001, 26(4).
- KOVAR, R., “Le droit communautaire de la concurrence et la « règle de raison »”, RTD eur, (2) 1987, pp. 237 y ss.
- “Droit communautaire et service public: esprit d’orthodoxie ou pensée laïcisée”, RTD eur, 32 (2) 1996, pp. 215 y ss.

- “Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82”, D. Chron., N° 7, 2003, pp. 478 y ss.

- “Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE”, D. Chron., N° 7, 2003, pp. 478 y ss.

- “*Dassoneville, Keck* et les autres: de la mesure avant toute chose”, RTD eur. 42 (2), avr.-juin 2006, pp. 213 y ss.

LAI GRE, Ph., “Les organismes de la Sécurité sociale, sont-ils des entreprises?” DS, 1993, N° 5, pp. 489 y ss.

- “L’intrusion du droit communautaire de la concurrence dans la champ de la protection sociale” DS, N° 1, 1996, pp. 82 y ss.

- “Régimes de Sécurité sociale et entreprises d’assurance” DS, 1996, N° 7/8, pp. 705 y ss.

LALANDE, A., “Vocabulaire technique et critique de la philosophie”, Quadrige/Puf, Paris, 2002.

LANGLOIS “Europe sociale et principe de subsidiarité”, DS, N° 2, 1993, pp. 206 y ss.

LEIBFRIED, S., PIERSON, P., (ed.), *Politiques sociales européennes, entre intégration et fragmentation*, L’Harmattan, Paris, 1998.

LO FARO, A., *Regulating social Europe. Reality and myth of collective bargaining in the EC legal order*, Hart, Oxford, 2000.

LOKIEC, P., ROBIN-OLIVIER, S., et al., “Points de vue nationaux sur l’harmonisation communautaire du temps du travail”, RDT, Juillet-Août 2006, pp. 123 y ss.

LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Competencia desleal y calificación del despido”, AS, N°5, 1997, pp. 363 -364.

LÓPEZ CUMBRE, L., *La impugnación del convenio colectivo por sujeto firmante*, CINCA, Madrid 2006

LÓPEZ ESCUDERO, M., “La jurisprudencia sobre la prohibición de las medidas de efecto equivalente tras la sentencia Keck y Mithouard”, *Gaceta Jurídica de la C.E.E.*, D-28 (1997), pp. 47 y ss.

LYON-CAEN, A., “De la mobilité des salariés à l’intérieur de la Communauté européenne” DS, 1989, N° 6, pp. 467 y ss.

- “Le droit, la mobilité et les relations du travail : quelques perspectives”, RMCUE, 1991, N° 344, pp. 108 y ss.

- "Droit social et droit de la concurrence, observations sur une rencontre ”, *Les orientations sociales du droit contemporain, Ecrits en l’honneur de Jean Savatier*, Puf, Paris, 1992.

- “Les droits fondamentaux et l’Europe du droit du travail”, en NAYER, A., *Droit du travail: effectivité, efficacité?*, La Charte, Bruxelles, 1996.

- “La négociation collective dans ses dimensions internationales”, DS, N° 4, 1997, pp. 352 y ss.

- “Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire”, DS, 1997, N° 1, pp. 69 y ss.

- "Le travail dans le cadre de la prestation international de services, Quelques observations ”, DS, N° 5, Mai, 2005, pp. 352 y ss.

- “Droit du travail et libéralisation des échanges : regards sur leur liaison”, en LYON-CAEN, A., PERULLI, A., (a cura de), *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro: atti Seminario dottorale internazionale, Venezia 14-19, giugno 2004*, CEDAM, Padova, 2005.

LYON-CAEN, A., SIMITIS, S., “L’Europe sociale à la recherche de ses références”, *Revue du Marché Unique Européen*, 4/1993.

LYON-CAEN, A., CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Études, Dalloz, 2001.

LYON-CAEN, G., “La infiltration du Droit du travail par le droit de la concurrence” *Droit ouvrier*, 1992.

- *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, 1995.

- “Subsidiarité et Droit social européen”, *DS*, 1997, N° 4, pp. 383 y ss.

- “Vielles lunes et nouvelle lune (action syndicale et accords collectifs sous l’éclairage du Droit de la Concurrence)”, *Dr. ouv.*, Avril 2000, pp. 143 y ss.

- “La concurrence par la réduction du coût du travail”, *Dr. ouv.*, 2003, pp. 261 y ss.

LYON-CAEN G., LYON-CAEN, A., *Droit Social international et européen*, Dalloz, Paris, 7^a Ed., 1991.

MAESTRO BUELGA, G., “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, *RDC*, N° 7, 2000, pp. 123 y ss.

- *La constitución del trabajo en el Estado social*, Comares, Granada, 2002.

- “El sistema de competencias en la Constitución económica europea: Unión y estados miembros”, *ReDCE*, N° 5, Enero-Junio de 2006, pp. 68 y ss.

MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit interne de la concurrence*, Colin, Paris, 1996.

MANCINI, V.G, “Labour law and community law”, 20 *The Irish jurist*, 1985.

- MARCHAND, D., “Rivalité entre normes européennes et normes internationales du travail” DS, 1993, Nº 7/8, pp. 703 y ss.
- MARÍN ARESTI, P., “Competencia para declarar la existencia de infracciones a la Ley de Defensa de la Competencia”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 52, 2000, pp. 393 y ss.
- MARTÍN VALVERDE, A., “Ideologías jurídicas y contrato de trabajo”, en AAVV., *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Universidad de Sevilla, 1978.
- “La formación del Derecho del Trabajo en España”, en *Legislación social histórica de España, de la revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid 1987.
 - “Sobre la diversidad de cauces para impugnar el convenio colectivo y su adecuación a cada supuesto”, REDT, 1988, Nº 36, pp. 633 y ss.
- MARTÍN VALVERDE, A., GARCÍA MURCIA, J., “La impugnación de los convenios colectivos de trabajo”, REDT, Nº 24, 1985, pp. 479 y ss.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El nuevo régimen de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE. El Reglamento (CE) Nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 TCE”, RGDE, Nº 1, Mayo/Junio, 2003, pp. 4 y ss.
- MARTÍNEZ FONS, D., *Libre competencia y derecho del trabajo*, La Ley, Madrid, 2006.
- MARTÍNEZ LAGE, S. MARTÍNEZ LAGE, “La contribución de la jurisprudencia a la realización de la libre circulación de mercancías: la eliminación de las medidas de efecto equivalente”, en RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, *El*

derecho comunitario europeo y su aplicación judicial, Civitas, Madrid, 1993, pp. 71 y ss

- “La aplicación judicial de los artículos 81 y 82 a partir del 1 de mayo de 2004”, GJ, N° 231, Mayo/junio, 2004, pp. 4 y ss.

MARTÍNEZ SIERRA, J.M., “La Carta de Derechos fundamentales”, *La Constitución destituyente*, Los libros de la Catarata, 2005.

MARTÍNEZ SIERRA, J.M., GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “Fuentes del Derecho y acuerdos colectivos: en torno al contexto y texto del artículo II-88 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, *Ágora*, N°12, 2005, pp. 119 y ss

MARZAL, A. (Ed.), *Crisis del Estado del bienestar y Derecho social*, ESADE, Barcelona, 1997.

MASSAGUER FUENTES, J., “La cláusula de prohibición de la competencia desleal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 11, 2002, pp. 95 y ss.

MAVRIDIS, P., “Le citoyen européen peut-il se faire soigner dans l’État de son choix ?” DS, 1996, N° 12, pp. 1087 y ss.

- “Régimes complémentaires : droit de la concurrence ou Droit social communautaire?, Quelques réflexions parfois peu conformistes”, DS, 1998, N° 3.

- “Une libéralisation des soins de santé ?” DS, 1999, N° 2, pp. 173 y ss.

- "La sécurité social et les promesses des droits fondamentaux dans l’union Européenne ”, CDE, 2002, N° 5-6, pp. 633 y ss.

McCLEAN, D., *The Conflict of Laws*, 5^a Ed., Sweet and Maxwell, London, 2000.

MELTZER, B.D., “Labor Unions, collective bargaining and the antitrust laws”, *University of Chicago Law Review*, 964, 1965, p. 659.

MENÉNDEZ A., *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988.

MERCADER UGUINA, J. R., “Los nuevos contenidos de la negociación colectiva en las grandes empresas”, en AA.VV., *Nuevas relaciones laborales y negociación colectiva. XV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, MTAS, Madrid, 2003.

MIRANDA BOTO, J.M., “Los servicios públicos de colocación en el Derecho comunitario: ¿Derecho social o Derecho de la competencia?”, *AL*, N° 2, 2001, pp. 255 y ss.

MOLINA, M., *La negociación colectiva europea*, Tirant lo Blanch, 2003.

MONEREO PÉREZ, J. L., “La participación de los agentes sociales en la construcción de la Comunidad Europea y el diálogo social”, *AL*, N° 29, 1989.

- “Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores”, (I y II), *REDT*, 1992-3, (56 y 57).

- *Derechos Sociales de la Ciudadanía y Ordenamiento Laboral*, CES, Madrid, 1996.

- *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998.

- *Teoría Jurídica de los grupos de empresas y derecho del trabajo*, Estudios de derecho del trabajo, COMARES, Granada, 1997.

MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “Las funciones de la autonomía colectiva en el escenario post-industrial”, *RGDTSS*, N° 5, Marzo 2004.

MONEREO PÉREZ, J. L., y MOLINA NAVARRETE, C., “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión y oficio: principios

institucionales del mercado de trabajo”, AAVV., *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.

MONEREO PÉREZ. J.L., MORENO VIDA, M^a N., *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MONTOYA MELGAR, “Dimensión social de la Unión Europea”, Jornadas sobre la armonización legislativa de la Unión Europea, Madrid, (Dykinson), 1995.

- *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 23^a, Ed., 2002.

MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A, *Derecho Social Europeo*, Tecnos (Madrid), 1995.

MOREAU, M-A., “Sur la représentativité des partenaires sociaux européens”, DS, 1999, N° 1, pp. 53 y ss.

- *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, confrontations et mutations*, Dalloz, 2006.

MOREAU, M.A., SATELENS, P., TRUDEAU, G., “Nouveaux espaces économiques et distorsions sociales (ALENA/CEE/EEE)” DS, 1993, N° 7/8, pp. 687 y ss.

MTSS, *Política Social de la Comunidad Europea*, vol. I, Espacio Social Europeo, Madrid, 1989.

MUÑOZ MACHADO, S. “Los límites constitucionales de la libertad de empresa”, en COSCULLUELA MONTANER, L., (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico: libro homenaje al profesor Dr. D., Sebastián Martín Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.

- NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.
- NAVARRO NIETO, M., “La negociación colectiva en el Derecho comunitario del Trabajo”, REDT, 2000, pp. 377 y ss.
- NIELSEN, R., SZYSZCZAK, E., *The Social Dimension of the European Union*, Business School Press, Copenhagen, 3ª Ed. 1997.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Madrid, 1997.
- OJEDA AVILÉS, A., “La calidad social europea desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, RL, Tomo I, 1998, pp. 235 y ss.
- “La calidad social europea desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, RL, Tomo I, 1998, pp. 237 y ss.
 - “La negociación colectiva europea”, RL, Nº 15 1993, pp. 71 y ss.
 - “Los euroacuerdos reforzados y la naturaleza de la decisión del Consejo”, REDT, Nº 62, noviembre-diciembre, 1993, pp. 855 y ss.
- OLAVARRÍA IGLESIA, J., VICIANO PASTOR, J., “Normas sobre competencia aplicables a Estados”, en ÁLVAREZ CONDE, E., GARRIDO MAYOL, V., GARCÍA COUSO, S. (Coord.) *Comentarios a la Constitución Europea*, Vol. 3, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ORDOÑEZ SOLÍS, D., “La libre prestación de servicios por las empresas y los derechos de los trabajadores desplazados en la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, Nº 2001, 2000, pp. 83 y ss.
- PALAO MORENO, G., “La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Un nuevo paso hacia la consolidación de un

mercado de trabajo integrado en Europa”, GJ. N° 128, Julio/Agosto, 2000, pp. 45 y ss.

- “Las normas de Derecho Internacional Privado de origen comunitario en materia de contrato individual de trabajo, ante los retos de la integración europea y de la globalización”, AEDIPr., t., V, 2005, pp. 309 y ss.

PANEIBIANCO, M. (dir) Repertorio della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, Giuffrè Editore, Milano, 2001.

PATAUT, E., “Lois de police et ordre juridique communautaire”, en A. FUCHS, A., MUIR WATT, H., PATAUT, E., (eds), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004.

PAZ-ARES, C., “Constitución económica y competencia desleal”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 34, N° 4, 1981, pp. 927 y ss

PÁZ-ARES, C., ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de al productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, en MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M^a N.; MONEREO PÉREZ J.M., *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “La reforma de la negociación colectiva a vueltas”, iustel.com, RGDTSS, N° 1, febrero 2003.

PEDRAJAS MORENO, A., “El pacto de no concurrencia postcontractual: aspectos prácticos para su instrumentación, desde la óptica jurisprudencial”, AS, N° 7, 2002.

PÉLISSIER, J., SUPIOT, A., JEAMMAUD, A., *Droit du travail*, Dalloz, París, 21^a Ed., 2002.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “El papel de los interlocutores sociales europeos después de Maastricht”, TS, N° 46, 1994.

- “Algunas reflexiones metodológicas sobre la investigación del iuslaboralista”, REDT, N° 68, 1994.
 - “El diálogo social en el ámbito de la Unión Europea”, REDT, septiembre-octubre, 1997, N° 85.
- PÉREZ DEL RÍO, T., “La impugnación directa de convenios colectivos por vía ordinaria”, RL, N° 1, 1988, pp. 477 y ss.
- PERULLI, A., *Diritto del Lavoro e globalizzazione*, Cedam, Padova, 1999.
- PÉREZ YÁÑEZ, R.Mª, *El control judicial de los convenios colectivos*, CES, Madrid, 1997.
- PESCATORE, P., *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Liège, Presses universitaires, 2ª Ed., 1973.
- PETTITI, C., “La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs : un progrès” DS, 1990, N° 4, pp. 387 y ss.
- PIROVANO, A., “Progrès économique ou progrès social, (ou les contradictions du droit de la concurrence)” Chron. D. 1980, A-24.
- “Droit de la concurrence et progrès social, (après la loi NRE du 15 mai 2001)” Chron. D., N° 1, 2002.
- POCHET, P., “L’actualité du droit du travail communautaire : la mise en oeuvre de la charte de 1989”, DS, 1993, N° 7/8, pp. 695 y ss.
- POIARES MADURO, M., *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A critical reading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart, Oxford, 1998.
- “Europe Social Self: the sickness unto Death”, Constitutionalism Web-Papers, <http://les1.man.ac.uk/conweb> Con Web, N° 2/2000.
 - POIARES MADURO, M., “Never on Sunday-What has (EU) Law got to do with it?”, en SCIARRA, S., (Ed.), *Labour law in*

the Courts, National judges and the European Court of Justice,
Hart publishing, Oxford, 2001.

PRÉTOT, X., “Le conseil de la concurrence et le Sécurité sociale” DS,
1994, N° 7/8, 723.

- “Les développements du Droit social européen”, DS, 1998, N° 5,
pp. 419 y ss.

- “La Court de Justice des Communautés Européennes et les fonds
de pension néerlandais. *Ad augusta per angusta...*” DS, 2000, N° 1,
pp. 106 y ss.

PRIETO, C., “Liberté d’établissement et de prestation de services”, RTD
eur. 39 (3), juill.-sept. 2003.

- “Liberté d’établissement et libre prestation de services”, RTD
eur. 40 (3), juill.-sept. 2004.

- “Liberté d’établissement et libre prestation de services”, RTD
eur. 41 (4), nov.-déc. 2005.

PUTMAN, E., “Les rapports entre le Droit social et le Droit de la
concurrence”, RIDE, N° 2, 1998, pp. 170 y ss.

QUIÑONES ESCÁMEZ. A., “Libre prestación de servicios y normas de
policía sobre el salario mínimo: es oportuno el control de
proporcionalidad”, La Ley, N° 4, 2002, pp. 1996 y ss.

- “Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento
de trabajadores (del asunto Arblade al Portugaia)”, RDCE, Año N°
6, N° 12, 2002, pp. 435 y ss.

- “Ley aplicable a los contratos internacionales en la propuesta de
Reglamento Roma I, de 15.12.2005”, Indret 3/2006,
www.indret.com.

- RACLET, A., *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, DALLOZ, 2002.
- RAMOS MARTÍN, “El diálogo social en la Unión Europea”, AL, Tomo III (I), 2000, pp. 570 y ss.
- RICCI, G., “Il controverso rapporto fra principio comunitari della concorrenza e normative nazionali del lavoro, il caso Job Centre II”, DRI, N° 2, 1998, pp. 145 y ss.
- RIDEAU, J., *De la communauté de droit à l’union de droit, continuités et avatars européens*, L.G.D.J. 2001.
- ROBIN-OLIVIER, S., “La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d’Amsterdam”, DS, 1999, N° 6, pp. 609 y ss.
- *Le principe d’égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, PU Aix-Marseille, 1999.
- “La mobilité international du salarié ”, DS, N° 5, 2005, pp. 945 y ss.
- ROCELLA, M., *La Corte de Giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997
- ROCELLA, M., y TREU, T., *Diritto del lavoro nella Comunità Europea*, Cedam, Padova, 1995.
- RODIÈRE, P., *Droit social de l’Union Européenne*, L.G.D.J., Paris, 2002.
- “Le juge et les appréciations économiques : opposition de deux approches”, en JEAMMAUD, A., *Le Droit du travail confronté à l’économie*, Dalloz, 2005, pp. 124 y ss.
- RODRÍGUEZ CRESPO, M.J., “La función codificadora de la nueva directiva en materia de ordenación del tiempo de trabajo. Comentario

sobre la directiva 2003/88/ce relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo”, RGDE, N° 5 (Octubre 2004).

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La huida del derecho del trabajo”, RL, 1992.

- “La negociación colectiva europea hasta Maastricht”, RL, tomo II, 1992, pp. 6 y ss.

-“Ley y diálogo social en el Derecho Comunitario Europeo”, RMTAS, Serie Derecho del Trabajo, N° 3, 1997, pp. 49 y ss.

- “El desplazamiento temporal de trabajadores y la directiva 96/71”, RL, N° 2, 1999

- “El diálogo de los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Derecho Social”, RL, N° 15-16, 2001, pp. 1 y ss.

- “Derecho del Trabajo y disciplina de mercado”, RL, N° 2, 2001, pp. 1 y ss.

- “Ayudas públicas para el empleo v. libre competencia”, RL, N° 23, 2001, pp. 1 y ss.

-“Buena fe y ejercicio de los poderes empresariales”, RL, N° 17, 2003, pp. 35 y ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Y BRAVO-FERRER, M., CASAS BAAMONDE, M^a E., “Las incertidumbres de lo social en el Mercado Único”, RL, N° 1, 1993, pp. 3 y ss.

-“El reconocimiento de los derechos sociales en la Unión Europea”, RL, N° 1, 1995, pp. 103 y ss.

-“Por una Constitución Social europea”, RL, N° 2, 1995, pp. 3 y ss.

- "In support of a European Social Constitution", en *European Community labour law: principles and perspectives*, *Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Claredon Press, Oxford, 1996.

RODRÍGUEZ-PIÑEIRO ROYO, M., "El proceso legislativo comunitario y el Derecho Social Europeo", *RMTAS*, Nº 12, 1998, pp. 13 y ss.

- "El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE", *RL*, Nº 2, 1999, pp. 78 y ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y RIVAS VAÑÓ, A. "Relaciones laborales y libertad de empresa, algunas reflexiones", en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006.

ROFES PUJOL, M.I., "Los regímenes nacionales de Seguridad Social y la libre prestación de servicios sanitarios en la Comunidad: el estado de la cuestión. Las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictadas en los asuntos Decker, Kohll, Vanbraeckel y Smits y Peerbooms. El asunto Müller - Fauré", *Noticias de la Unión Europea*, Nº 222, 2003, pp. 65 y ss.

ROJO, A., "Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución Española", *Rev. Derecho Merc.*, Nº 169-170, 1983, pp. 309 y ss.

ROJOT, J., LE FLANCHEC, A., VOYNNET-FOURBOUL, C., "European collective bargaining, new prospects or much Ado about Little?", *IJCLLIR*, 2001, Vol. 17, Nº 3.

ROMAGNOLI, U., "Divagaciones acerca de la relación entre economía y trabajo", en *AAVV, Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al*

profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, La Ley, Madrid, 2006.

ROUSSEAU, Y., "L'interdiction du courtage sur le marché du travail est contraire aux règles communautaires", Recueil D., 2002 Sommaires commentés pp. 3047 y ss.

- "Le service public de l'emploi et la jurisprudence de la CJCE", DS, 2002, N° 11, pp. 975 y ss.

RUBIO LLORENTE, F., "La libertad de empresa en la constitución", en BORRAJO, E., (dir), *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, 1993, pp. 25 y ss.

RUIZ CASTILLO, "El diálogo social en el ámbito de la Unión Europea", REDT, 1997, (85), pp. 725 y ss.

RUIZ PERIS, I., "Normas sobre competencia aplicables a empresas: comentarios al Artículo III-50" en ÁLVAREZ CONDE, E., GARRIDO MAYOL, V., GARCÍA COUSO, S. (Coord.) *Comentarios a la Constitución Europea*, Vol. 3, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

RUIZ-RICO RUIZ, G., "La libertad de empresa en la constitución Económica Española: especial referencia al principio de la libre competencia", Rev. Derecho Merc., N° 215, 1995, pp. 223 y ss.

SAGARDOY Y BENGOCHEA, J.A., "La lesión a terceros en la contratación colectiva (El contrato de lesividad en los convenios selectivos)", REDT, N° 18, 1984, pp. 201 y ss.

SAMUEL, L. *Fundamental social rights. Case law of the European Social Charter*, Council of Europe, Strasbourg, 2ª Ed., 2002.

SAMUELSON, P.A., NORDHAUS, W.D., *Economía*, Madrid, McGraw Hill, 13ª Ed., 1992.

SARAMITO, F., “Le progrès social est-il encore un objectif du droit communautaire?”, *Mélanges en l’honneur de Hélène Synai*, Paris, 1999.

SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996.

SCHAPIRA, J., LE TALLEC, G., BLAISE, J-B, IDOT, L., *Droit européen des affaires*, Tome 1, Puf, Paris, 5^a ed., 1999.

SCIARRA, S., “Derechos sociales, reflexiones sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales”, TL, N° 62/2001. pp. 9 y ss.

- *Labour law in the Courts, National judges and the European Court of Justice*, Hart publishing, Oxford, 2001.

- *Job Centre: An Illustrative Example of Strategic Litigation*, en “Labour law in the Courts, National judges and the European Court of justice”, Hart, Oxford, 2001

- *The evolution of labour law, (1998-2003)*, Volume I, General Report.

SEGURA SERRANO, A., “Hacia la Unificación definitiva del concepto de restricción a las libertades de circulación. A propósito de la STJE de 5 de octubre de 2004, *Caixa Bank* (C-442/02), RGDE, N° 6, Enero 2005.

SEMPERE NAVARRO, A.V, “El Tratado de Ámsterdam y el Derecho Social Europeo”, AS, N° 2, 1998, pp. 27 y ss.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y CANO GALÁN, Y., “La Constitución española y el derecho social comunitario (y II)”, AS, N° 19, 2000, pp. 305 y ss.

SEMPERE NAVARRO A.V y PEREZ CAMPOS, “El lugar de la política social comunitaria”, Noticias de la Unión Europea, N° 186, 2000, pp. 127 y ss.

- SEN, A., "Work and Rights", ILR, vol. 139, N° 2, 2002.
- SHAPIRA, BLAISE, LE TALLEC, *Droit européen des affaires*, Puf, Paris, 4 Ed., 1999.
- SHAW, J., *Social law and Policy in an involving European Union*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2000.
- SIMITIS, S., LYON-CAEN, A., "Community labour law: A critical introduction to his History", en *European Community labour law: principles and perspectives*, Liber Amicorum Lord Wedderburn, Claredon Press, Oxford, 1996.
- SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, Puf, Paris, 2001.
- SINZHEIMER, H., "La esencia del Derecho del Trabajo", en *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Instituto de estudios laborales y de seguridad social, Madrid, 1984
- SOLER MASOTA, P., "Infracción de normas como acto de competencia desleal", *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 11, 2002, pp. 183 y ss.
- SORIANO GARCÍA, J.E., "Autorizaciones singulares y seguridad jurídica: una propuesta viable", GJ, N° 241, Enero/Abril, 2006, pp. 42-45.
- SUBRA DE BIEUSSES, P., "Droit de la concurrence et droit du travail", AJDA, 2003, Chron., pp. 1849 y ss.
- SUPIOT, A., (Coord.), *Transformations of Labour and future of Labour Law in Europe*, 1998, disponible en http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/supiotreprt_en.pdf.
- *Critique du droit du travail*, Puf, Quadrige, 2002.
- *Le droit du travail*, Puf, Paris, 2004.
- SULLIVAN, L.A., *Antitrust*, Hornbook series, ST. Paul, Minn. 1997.

- SYRPIS, P., “Smoke without fire: The social policy agenda and the internal market”, *Ind. Law J.*, Vol.30, Nº 1. September 2001.
- SZÉLL, G., *European labour Relations*, Volume I: Common Features, Gower, Hampshire, 2001.
- SZYSZCAK, E., “Future directions in European Social Policy”, *Ind. Law J.*, Vol. 24, Nº 1, March 1995.
- *EC labour law*, Longman, 2000.
 - “The new paradigm for social policy: a virtuous circle?”, *CMLR*, Nº 38, 2001, pp. 1125 y ss.
- TEYSSIÉ, B., *Droit européen du travail*, Litec, Paris, 2001.
- TONE-SCHAN, *Essai sur la construction juridique de la catégorie du marché*, LGDJ, 2002.
- TORRENTS MARGALEF, J., “La merecida normalización de la política social comunitaria”, *Documentación Laboral*, Nº 61, 2000, pp. 105 y ss.
- TWOMEY, D.P., *Labour and employment law, text & cases*, Thomson, 12^a ed, 2004.
- VALDÉS ALONSO, A., “La Carta de Derechos Fundamentales en la Unión Europea”, *RL*, Tomo I, 2001, pp. 1173 y ss.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “La contratación colectiva europea: más que un proyecto y menos que una realidad consolidada”, *RL*, Tomo 2, 1997, pp. 68 y ss.
- “Transformaciones del derecho del trabajo y orden económico globalizado”, *Revista andaluza de relaciones laborales*, Nº 12, 2003, pp. 131 y ss.
 - “Soft law, Derecho del trabajo y orden económico globalizado”, *RL*, Nº 1, 2005, pp. 37 y ss.

- “El modelo español de la negociación colectiva”, en PÉREZ DE LOS COBOS, F., GOERLICH PESET, J.M., (Coord.), *El régimen jurídico de la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- *Libertad de asociación de trabajadores y empresarios en los países de la Unión Europea*, MTAS, Colección de Informes y Estudios, General, Madrid, 2006.

VALLEJO LOBETE, E., “Las excepciones a las libertades de establecimiento, circulación de personas y servicios motivadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas”, GJ, Serie D-30, 1999.

VALTICOS, N., “Droits de l’homme et droits du travail sur le plan international. Questions anciennes et problèmes nouveaux”, en *Mélanges en l’honneur de Jean-Maurice Verdier*, Droit syndical et droits de l’homme à l’aube du XXI^e siècle, Dalloz, 2001.

VAN DER BERGH, R., CAMESASCA, P., “Irreconcilable principles? The Court of Justice Exempts Collective Agreements from the Wrath of Antitrust”, E.L.Rev, N^o 25, 2000, pp. 503 y ss.

VAN RAEPENBUSCH, S., "La libre choix par les citoyens européens des produits médicaux et des prestataires de soins, conséquence sociale du marché intérieur. Note sous les arrêts du 28 avril 1998, Decker, C-120/95 et Kohll, C-158/96 ", CDE, Vol. 34, N^o 5-6, 1998, pp. 683 y ss.

- “Le devoir de loyauté dans l’ordre juridique communautaire”, DS, 1999, N^o 11, pp. 909 y ss.

VÁZQUEZ LEPINETTE, T., “Concurrencia en el mercado y cláusula general de competencia desleal, Comentario a la Sentencia del TS

de 15 de abril 1998”, *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 2, 1999, pp. 301 y ss.

VERNAC, S., “Des rapports entre le Droit du travail et le Droit de la concurrence, une question de valeurs”, en LYON-CAEN, A., PERULLI, A., (a cura de), *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro: atti Seminario dottorale internazionale, Venezia 14-19, giugno 2004*, CEDAM, Padova, 2005.

VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

VIGNEAU, C., “De la soustraction des accords collectives aux règles communautaires de concurrence “, *JFPC, E*, N° 25, 2001, pp. 1032 y ss.

- “Partenaires sociaux européens et nouveaux modes communautaires de régulation : la fin des privilèges”, *DS*, 2004, N° 9/10, pp 883 y ss.

VOGEL, L., *L'influence du droit communautaire sur le droit français de la concurrence*, *JCP*, 1992, p. 3550.

VOGEL-POLSKY, E., “L’Acte Unique ouvre-t-il l’espace social européen?”, *DS*, 1989, N° 2, pp. 177 y ss.

VOUSDEN, S., “Albany, Market and Social Exclusion”, *ILJ*, N° 39, 2003, pp. 180 y ss.

WEISS, “Fundamental Social Rights for the European Union”, en *Labour law and industrial relation in the European Union*, Blanplain, R., (ed), Kluwer law International, The Hague, 1998.

WHISH, R., *Competition Law*, Butterworths, London, 2001.

WINTER, R.K., Jr., “Collective bargaining and competition: the application of antitrust standards to Union activities”, 73 Yale L.J., 14, 1963-1964.

ZACHERT, Y., “Los derechos fundamentales de los trabajadores en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, TL, N° 65/2002. pp. 9 y ss.

ZUFIAUR, “Luces y sombras de la nueva dimensión social comunitaria”, Economía y Sociología del Trabajo, N° 17, 1992, pp. 61 y ss.

Sumario	I
Abreviaturas utilizadas.....	II
INTRODUCCIÓN	1
I. Evolución histórica de la relación entre el derecho del trabajo y la ordenación del mercado de bienes y servicios.	21
1. Nexos, similitudes y divergencias entre el par analizado.	21
2. Los escenarios del encuentro: la negociación colectiva como espacio privilegiado para el choque.....	30
II. La experiencia estadounidense como ejemplo del conflicto: el derecho antitrust y la actividad sindical en EEUU.	36
1. La aplicación de las normas <i>antitrust</i> a las relaciones laborales.	37
1.1. Características del fenómeno sindical estadounidense.....	42
1.2. La utilización de la <i>Sherman Act</i> como herramienta de control de la actividad sindical.....	49
2. La articulación normativa de las normas de competencia y la acción sindical.....	51
2.1. La <i>Clayton Act</i> y sus efectos sobre la acción sindical.....	51
2.2. La respuesta normativa al empeoramiento de la conflictividad: la <i>Norris-La Guardia Act</i>	55
3. La articulación jurisprudencial de las exenciones laborales	59
3.1. El primer desarrollo de la exención laboral estatutaria: la etapa protectora.	60
3.2. El establecimiento de nuevos límites a la aplicación de la exención estatutaria y la construcción de la no estatutaria.....	67
4. La existencia del conflicto a pesar de la introducción de exenciones en las normas de la competencia.	76

PARTE I. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DEL MERCADO INTERIOR COMUNITARIO Y EL DERECHO DEL TRABAJO DE LOS ESTADOS MIEMBROS.83

Capítulo I. El marco del encuentro: objetivos económicos y sociales en el ordenamiento jurídico comunitario.89

Sección I. La balanza entre lo social y lo económico en la construcción del mercado interior comunitario. 89

1. La evolución de las disposiciones de carácter social en el Tratado de Roma.91

1.1. La separación inicial entre lo social y lo económico en la construcción comunitaria. 93

1.2. La paulatina introducción de las cuestiones sociales en el Tratado de Roma. 98

2. El reconocimiento de los derechos sociales fuera del TCE.108

Sección II. Los dos pilares de la integración comunitaria: la defensa de la competencia y las libertades de circulación. 114

1. La estrecha relación entre las normas que disciplinan el mercado comunitario.117

2. La complementariedad de ambos conjuntos normativos.119

Capítulo II. El control de las normas e instituciones sociales estatales bajo el prisma de las libertades de circulación.125

Sección I. La prohibición de las restricciones a las libertades de circulación: alcance y excepciones. 129

1. La ampliación progresiva del concepto de restricción a las libertades de circulación.130

2. La justificación de las restricciones a las libertades de circulación de mercancías y servicios.138

2.1. Las excepciones previstas en el Tratado. 139

2.2. La doctrina de las razones imperativas de interés general. 141

Sección II: la actuación de la libre circulación de mercancías sobre la esfera social.....	148
1. Las disposiciones estatales que regulan el tiempo de trabajo son consideradas compatibles con la libre circulación de mercancías.....	148
1.1. La regulación del trabajo nocturno como obstáculo a la exportación: la apreciación de la finalidad social en el asunto <i>Oebel</i>	150
1.2. El descanso dominical ante la libre circulación de mercancías.....	152
1.2.1. La calificación de una regulación relativa al tiempo de trabajo como una MEE y la justificación de la misma con arreglo a la <i>rule of reason</i>	153
1.2.2. La regulación del tiempo de trabajo está fuera del ámbito del art. 28 TCE: la influencia de la jurisprudencia <i>Keck</i>	158
2. Aplicación del art. 28 TCE sobre diversas normas de carácter social.....	161
2.1. El asunto <i>Merci</i> como ejemplo de la acción de la libre circulación de mercancías sobre las normas estatales con incidencia en la esfera laboral.....	161
2.2. Los asuntos <i>Decker</i> y <i>Kholl</i> , paralelismos en la interacción entre las disposiciones nacionales de seguridad social y las libertades de circulación de mercancías y servicios.....	164
3. Las restricciones a la libre circulación de mercancías derivadas de la acción sindical.....	169
Sección III: Los efectos de la libre circulación de servicios sobre las normas sociales estatales.....	172

1. Normas laborales que condicionan o restringen el acceso a la actividad y libre circulación de servicios.	175
1.1. Libre prestación de servicios v. regulación estatal de la intermediación privada.	176
1.2. La imposición del carácter laboral de la prestación como contraria a la libre circulación.....	181
2. Desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios: impacto de la cuestión sobre las normas sociales de los Estados miembros.	187
2.1. Síntesis del marco normativo de los desplazamientos temporales de trabajadores.....	191
2.2. Parámetros generales de la construcción jurisprudencial del régimen de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios.....	197
2.2.1. La determinación del objetivo de la norma.....	203
2.2.2. Del principio de no-duplicación a la “ventaja significativa”.....	206
2.2.3. La proporcionalidad de la medida estatal.....	209
2.2.4. La influencia de la Directiva 96/71 en la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios.	211
3. Acción colectiva y libre prestación de servicios.....	214
Sección IV. Valoración de la aplicación de las libertades de circulación a la ordenación estatal de las relaciones laborales.	218
Capítulo III: El control de la norma laboral por el Derecho comunitario de la competencia.....	225
Sección I. Cuestiones fundamentales del modelo comunitario de defensa de la competencia.	229
1. Las normas de la competencia aplicables a empresas.	230

2. La normas comunitarias de la competencia dirigidas a los Estados miembros.....	235
Sección II. El concepto de empresa y los límites de la expansión del ámbito subjetivo de las normas de la competencia.....	238
1. Evolución histórica del concepto de empresa en el Derecho comunitario de la competencia.....	240
2. La actividad económica como criterio determinante para la aplicación de las normas de la competencia.....	243
2.1. La colocación de la mano de obra como ejemplo de actividad económica y la aplicación de las normas de la competencia a los servicios públicos de empleo.....	246
2.2. Límites al concepto de empresa derivados de la realización de funciones exclusivamente sociales: los criterios de determinación según la jurisprudencia del TJCE.....	253
2.2.1. La exclusión de entidades con una “función de carácter exclusivamente social”.....	254
2.2.2. La inclusión de las entidades con un “grado de solidaridad” no suficiente.....	258
2.3. La exclusión de los trabajadores a título individual.....	264
Sección III: derecho comunitario de la competencia y negociación colectiva: ¿existe una exención en función de la naturaleza del acuerdo?.....	268
1. <i>Albany et al.</i> , primeros pronunciamientos del TJCE sobre la cuestión.....	272
1.1. La influencia de la experiencia norteamericana en las conclusiones del Abogado General.....	275
1.2. La excepción por la naturaleza y contenido del acuerdo, ¿una vía abierta para el análisis antitrust de los convenios colectivos?.....	279

1.3. La naturaleza de las partes como requisito determinante para la exención del análisis antitrust.....	283
2. De nuevo sobre la cuestión, el caso <i>Van der Woude</i>	287
3. Los puntos débiles de la exención por la naturaleza y el objeto de los convenios colectivos.....	290
Sección IV: La relación entre el Derecho comunitario de la competencia y las normas laborales colectivas estatales como ejemplo del balance entre lo social y lo económico en el ámbito comunitario: evaluación de la jurisprudencia del TJCE.....	297
PARTE II: EL ENCUENTRO ENTRE EL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO ESTATAL.....	303
Capítulo I. Las distintas manifestaciones de interacción en el ámbito de los Estados miembros: defensa de la competencia v. negociación colectiva.....	309
Sección I. El análisis <i>antitrust</i> de la negociación colectiva en el centro del debate doctrinal europeo.....	313
Sección II. Los distintos modelos de convivencia entre las normas <i>antitrust</i> y las normas laborales colectivas en el ámbito de los Estados miembros.....	316
Sección III. Las particularidades del caso francés: los efectos anticompetitivos de la acción sindical y de las normas colectivas.	322
1. La aplicación del derecho de la competencia a los convenios colectivos por el <i>Conseil de la Concurrence</i>	323
2. Acción sindical y derecho de la competencia.....	326
3. Las implicaciones de los procedimientos administrativos de extensión sobre la cuestión.....	330

Capítulo II. El encuentro entre el derecho del trabajo y el derecho de la competencia en el Estado español.....	335
Sección I. El marco normativo: la libertad de empresa como nexo entre el derecho de la competencia y la negociación colectiva.	336
1. Breve referencia a la configuración constitucional de la libertad de empresa y sus límites.	339
1.1. El contenido esencial de la libertad de empresa.	344
1.2. Los límites de la libertad de empresa.	351
2. La relación entre la libertad de empresa y la defensa de la competencia: articulación constitucional y configuración normativa.....	354
2.1. Cuestiones fundamentales sobre la regulación de la prohibición de acuerdos colusorios de la competencia empresarial.....	359
2.1.1. Conductas colusorias autorizables y conductas de menor importancia.	363
2.1.2. La exención por ministerio de la ley.	365
2.1.3. Las vías de control de los actos contrarios a la LDC.	372
2.2. El control de los actos de competencia desleal.....	380
2.2.1. La Ley de Competencia Desleal como límite jurídico a la libertad de empresa: breve referencia al contenido de la norma.	382
2.2.2. Conductas desleales de especial interacción con las relaciones de trabajo: la exigencia general de buena fe y la inducción a la finalización de un contrato.	385
2.3. Los nexos de unión entre las normas de defensa de la competencia: paralelismos entre el art. 2 LDC y el 15 LCD (la deslealtad por infracción de normas).	387

3. La articulación normativa entre la defensa de la competencia y la regulación de las relaciones laborales individuales y colectivas.	392
3.1. La prohibición de concurrencia desleal presente en el art. 21.1 del ET y su relación con la LCD.	393
3.2.1. El contenido del deber de no concurrencia laboral y su relación con los actos de competencia desleal de la Ley 3/1991.	398
3.2.2. La articulación entre la prohibición de competencia desleal laboral y mercantil.	404
3.2. La ausencia de una articulación normativa expresa entre la negociación colectiva y la defensa de la competencia.	412
Sección II. El control de los posibles efectos anticompetitivos de los convenios colectivos.	420
1. La aplicación de las normas de defensa de la competencia a los convenios colectivos.	423
1.1. La posible consideración de los convenios colectivos dentro del ámbito de aplicación de la LDC.	424
1.1.1. La aplicación de la exención por ministerio de la ley a los Convenios colectivos.	425
1.1.2. Cuestiones procesales relativas a la competencia para la aplicación de la LDC como parámetro de control de los convenios colectivos:	430
A. El control de los convenios colectivos por el Tribunal de Defensa de la Competencia.	435
B. La aplicación de la LDC por los jueces y tribunales del orden social en los procesos de control de legalidad y lesividad de los convenios colectivos.	444
1.2. El incumplimiento de las condiciones fijadas en el convenio como supuesto de competencia desleal.	448

2. El control laboral del contenido y los efectos de los convenios colectivos que puedan afectar a la competencia empresarial.....	452
2.1.1. Convenios colectivos que regulan directamente cuestiones relativas a la relación de las empresas afectadas con terceros actores económicos:	458
2.1.2. La afectación indirecta de la competencia de terceros.....	463
2.1.3. Convenios colectivos que afectan de manera específica a una determinada empresa dentro de su ámbito de aplicación: consideraciones específicas acerca de la impugnación de convenios colectivos por las empresas que son parte del ámbito del mismo.....	467
Sección III. Balance de la interacción y propuesta de articulación entre la defensa de la competencia y la autonomía colectiva.....	472
CONCLUSIONES GENERALES	477
BIBLIOGRAFÍA CITADA	487

