

Libertad (económica) de competencia y derecho (social) a la negociación laboral: ¿hacia una autonomía colectiva «supertutelada» por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia?

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto

Aunque en el plano comunitario el derecho social a la negociación colectiva laboral tiene el mismo rango jurídico que la libertad de competencia, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sigue empeñada en subordinar el derecho social a la libertad económica. Con un celo especial, la autoridad reguladora de la competencia viene sometiendo a una férrea supervisión el ejercicio tanto del derecho a la negociación colectiva (IV y V Acuerdo Marco de la Estiba) como del derecho de huelga por los sindicatos del sector de la estiba portuaria. A tal fin está practicando una política de control y presión más propia de un poder de intimidación (autoritario) que de una institución democrática. En este análisis de actualidad se realiza una crítica jurídica a este tipo de prácticas por considerarlas injustificadas y desproporcionadas, por lo que vulnera la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, sin embargo, dice defender.

Palabras clave: libertad de competencia; negociación colectiva; derecho de huelga; estiba portuaria.

Fecha de entrada: 23-11-2020 / Fecha de aceptación: 23-11-2020

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2020). Libertad (económica) de competencia y derecho (social) a la negociación laboral: ¿hacia una autonomía colectiva «supertutelada» por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 185-206.



Antitrust law and the social right to labor bargaining: towards a collective autonomy «supervised» by the National Commission of Markets and Competency?

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

At the community level, the social right to collective labor bargaining has the same legal status as freedom of competition. But the National Market and Competition Commission insists on subordinating the social right to economic freedom. With extreme zeal, the competition regulatory authority has been subjecting to strict supervision the exercise of both the right to collective bargaining (IV and V framework agreement of the port stowage sector) as well as the right to strike by the unions of the sector of the dock work. The Commission is applying a policy of control and pressure more typical of a power of intimidation (authoritarian) than of a democratic institution. In this analysis of labor news, a legal criticism is made of this type of practice as it is considered unjustified and disproportionate, therefore it violates the jurisprudence of the European Court of Justice, which, however, it claims to defend.

Keywords: freedom of competency; collective bargaining; the right to strike; dock work; antitrust law.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2020). Antitrust law and the social right to labor bargaining: towards a collective autonomy «supervised» by the National Commission of Markets and Competency? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 185-206.





Sumario

1. Hecho inaudito: cláusula de sumisión expresa de la vigencia del convenio al criterio de la autoridad de la competencia
2. Una sumisión (servidumbre) no voluntaria, sino intimada: el *nula osta* de la CNMC evoca un control homologador e intimidatorio
3. ¿El «fuero» por el «huevo»? la inmunidad del convenio colectivo respecto de la libre competencia como norma de orden público laboral
4. El presupuesto erróneo de la CNMC: las cláusulas de subrogación sí son inherentes a la negociación colectiva como condición de estabilidad
 - 4.1. Centralidad de las «cláusulas subrogatorias» en los convenios para una economía de generalizada externalización (gestión indirecta del trabajo)
 - 4.2. Inherencia de los efectos restrictivos de las normas colectivas laborales en la libre competencia como condición de su carácter leal
5. De la fiscalización de mercado a la negociación a la intimación frente al derecho de huelga: ¿cautela frente al boicot o antisindicalidad?
6. Reflexión final: más competencia en los puertos, sí, pero con renglones rectos de derecho laboral

El error y el descrédito del liberalismo clásico provinieron de haber tenido por bandera el principio de no intervención [...]. Así, cuando [...] se opuso a la política social, por intervenir y limitar el mercado libre de trabajo, esta actitud del liberalismo era lo más antiliberal que cabe concebir, pues la legislación social no es más que el marco jurídico necesario para que funcione ese mecanismo central y esencial en todo sistema de economía libre, a saber: el engranaje natural entre libertad y responsabilidad, entre libertad económica y responsabilidad social.

V. Andrés Álvarez (*Libertad económica y responsabilidad social: diez estudios*)

1. Hecho inaudito: cláusula de sumisión expresa de la vigencia del convenio al criterio de la autoridad de la competencia

Pendiente de publicación, ha sido ya enviado para su registro y depósito, tras su firma, el –ciertamente dilatado y muy polémico– V Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (V AME). Con él se ha pretendido tanto (1) adaptar la ordenación colectiva del sector de la estiba a la radical modificación legal impuesta para dar cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13, dirigida a la liberalización económica y laboral de aquel sector de actividad, cuanto (2) pacificar la extremada conflictividad generada a propósito de este cambio de paradigma de gestión, por las resistencias a abandonar modelos y prácticas de otro tiempo (propios de un proteccionismo social acusado como respuesta, a su vez, a prácticas de precarización de épocas más antiguas). Buena prueba de este nuevo espíritu de «paz y armonía» entre los valores de la calidad en el empleo (estándar de trabajo portuario decente) y el de la libertad de competencia sería la cláusula suspensiva de la vigencia del convenio colectivo incluida por las partes firmantes en su escrito de remisión del acuerdo a la autoridad laboral. En virtud de tal condición suspensiva, el V AME: «no se considerará adoptado por las partes, no producirá ninguna clase de efectos y no entrará en vigor hasta que la CNMC [Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia] no emita su análisis» (punto VII).

Por si no había quedado bien claro el significado y alcance de esta cláusula condicional, que somete la entrada en vigor de la norma colectiva a la decisión de autoridad reguladora mercantil propia de la CNMC, en el punto siguiente (VIII) se explicita. El acuerdo condicional tomado por las partes firmantes del convenio colectivo tiene los siguientes efectos –muy claros sin esta explicación redundante–:

- a) Si la valoración de la CNMC expresa «reservas sobre la compatibilidad con la normativa aplicable en materia de defensa de la competencia de alguna disposición del V AME, la condición suspensiva no se tendrá por cumplida». En consecuencia,

el **V AME** no entrará en vigor y las partes firmantes harán uso de las facultades previstas en su artículo 3 (poder de renegociación de las cláusulas afectadas por la reprobación o reserva de la autoridad).

- b) Si la CNMC da su conformidad, la condición se tendrá por cumplida y, en consecuencia, «se interesa expresamente que la autoridad laboral ordene la publicación del V AME».

La perplejidad del jurista y de la jurista del trabajo no puede ser mayor y más alarmante ante esta cláusula de sumisión expresa de un poder de regulación constitucional originario, la autonomía colectiva, ex **artículo 37** en relación con los artículos **7** y **28** de la Constitución española (CE), a un poder administrativo derivado, con lo que toda la doctrina (cuasi jurisdiccional) del Comité de Libertad Sindical sufre una conmoción. Primero porque la autoridad competente para instar –que no realizar directamente– el control de legalidad del convenio es la autoridad laboral (**art. 91 Estatuto de los Trabajadores –ET–**). El convenio de colaboración (2010) entre ambas autoridades administrativas, para facilitar la labor de la autoridad laboral respecto de materias económicas del convenio, no puede ser un juicio de conformidad previa, condición *sine qua non* para la vigencia. Segundo porque, en cualquier caso, la autonomía colectiva, en un sistema democrático de relaciones laborales, a diferencia del precedente autoritario, no puede someterse a ningún poder administrativo autorizador. Esta prohibición es inherente al principio de autonomía colectiva mismo y es una exigencia de los Convenios **87** y **98** de la Organización Internacional del Trabajo (**art. 10.2 CE**), como viene afirmando con contundencia la doctrina constitucional, desde su época gloriosa (Sentencia del Tribunal Constitucional –**STC– 11/1981, de 8 de abril**) hasta las más reciente, y devaluada (**STC 8/2015, de 22 de enero**).

Cierto, la CNMC no asume su mera condición de autoridad reguladora administrativo-mercantil. Por eso pretende para sí no solo un estatus de poder jurisdiccional, sino bastante más que eso. En realidad, sueña con crear, como «superregulador del mercado», una gran excepción al principio de la separación de poderes («muerte a Montesquieu»), aglutinando el poder ejecutivo (sancionador) y jurisdiccional (control de la legalidad), e incluso cierto papel de legislador negativo (capacidad para dejar inaplicadas las leyes que considere contrarias a la libertad de competencia).

Afortunadamente, tan magna ensoñación, contraria a los más elementales principios de un Estado de derecho, cuanto más si está presidido por los principios democrático y social (**art. 1.1 CE**), y que, sobre el altar de las razones de mercado, a las que todo se debe sacrificar, produce monstruos, ha sido abortada de raíz por el *praetor imperator* comunitario, el TJUE. La **STJUE de 16 de septiembre de 2020, asunto C-462/19**, inadmite la cuestión prejudicial planteada por la CNMC. Este mecanismo privilegiado de creación jurídica mediante diálogo entre órdenes y niveles jurisdiccionales nacionales con el TJUE no es para órganos administrativos. En la medida en que la CNMC lo es, queda excluida de inmediato de aquel selecto club de autoridades.

2. Una sumisión (servidumbre) no voluntaria, sino intimidada: el *nula osta* de la CNMC evoca un control homologador e intimidatorio

Pero no se ha resignado la CNMC con este revés (puesta en su sitio institucional del Estado) de la máxima autoridad jurisdiccional comunitaria, adalid de las libertades económicas, de forma especial de la libre competencia, siempre atendiendo a las razones imperiosas de interés general como la protección de las personas trabajadoras (de especial interés, la [STJUE, Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016, asunto C-201/15](#): considera contrario al derecho de la Unión Europea un sistema de autorización del despido colectivo, no en sí, sino si resulta excesivamente discrecional para la autoridad administrativa nacional). Aunque alberga dudas, evidenciando la debilidad de sus razonamientos jurídicos, ha terminado sancionando a los sujetos negociadores del IV AME, mediante su Resolución de 18 de septiembre de 2020 ([expte. S/DC/0619/17, Acuerdo Marco de la Estiba](#)), previamente [comentada por el profesor Antonio Ojeda](#), cuya crítica compartimos.

En lo sustancial, la CNMC, que había querido resolver sus dudas ante el TJUE preguntando no solo si el artículo 101 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) (TFUE) prohíbe las cláusulas de los convenios sobre subrogación de las personas trabajadoras vinculadas con la Sociedad Anónima de Gestión de la Estiba Portuaria (SAGEP) por las empresas que se separan de ella y el modo en que se realiza, sino también si se opone a una ley ([RDL 9/2019](#)) que los ampara, pese a servir de armonización de condiciones comerciales, ve la luz tras la inadmisión. Y con ella aquella volvía (tras el –fallido– precedente de la [Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia –CNC– de 27 de marzo de 2012](#), anulada por la [Sentencia de la Audiencia Nacional –SAN–, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de noviembre de 2013, rec. 240/2012](#)) a calificar estas cláusulas como infracción muy grave del derecho de la competencia ([art. 64 Ley de defensa de la competencia –LDC–](#)). ¿Por qué, si reconoce expresamente –por eso reivindicaba su estatus de órgano jurisdiccional, para liberarse del corsé legislativo– el aval del [Real Decreto-Ley 9/2019](#), lo que la haría atípica la conducta, o, en todo caso, justificada, en virtud del [artículo 4 de la LDC](#), estando, en todo caso, sometido a esa ley ex artículos [9.1](#), [103](#) y [106](#) de la CE? Sus «razones» serían, básicamente, tres. A saber:

- a) Implica una limitación injustificada de la libertad de empresa «al establecer condiciones de subrogación que no cumplen las exigencias de transparencia, objetividad y equidad». Una triple condición exigida por el [artículo 4 del Real Decreto-Ley 9/2019](#) al mecanismo subrogatorio que habilita pactar, según los principios y garantías que informan el [artículo 44 del ET](#).
- b) Conlleva, además, por su modo de regulación, una condición de ejercicio, la intervención de la comisión paritaria del IV AME, que, por su composición (están representadas las competidoras de la empresa que debe asumir la subrogación) violaría dichos principios.
- c) Se ha aplicado, *de facto*, en el único caso de separación, de forma anticompetitiva, pues se realizó un boicot contra todo el grupo empresarial al que pertenece la empresa que ejerció su derecho. Consecuentemente, la regulación crea un

«efecto disuasorio» que, en la práctica, perpetúa las distorsiones del mercado (económico y de trabajo).

La propuesta de sanción (y, por tanto, como vamos a intentar acreditar, la intimidación a la autonomía colectiva del sector –y, en general, como «aviso a navegantes»–) se confirma así, pero con una muy destacada diferencia. Si aquella reclamaba 7.000.000 de euros de multa (millonaria para la patronal, centenares de miles de euros para los sindicatos más representativos estatales, decenas de miles para los más representativos autonómicos), esta se queda en «simbólica». Tan solo 77.000 euros (66.000 € para la patronal, ANESCO –Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Centros Portuarios de Empleo–; 11.000 para los sindicatos: 2.000 € para los estatales, 1.000 € para los autonómicos, 4.000 € para el mayor del sector –Confederación Española de Transporte de Mercancías, CETM–).

¿A qué se debe tal «magnanimidad» o benevolencia con la autonomía colectiva, pese a que la considera violadora de una norma fundamental de la competencia? Piénsese no ya solo en la abultadísima diferencia con la propuesta, sino con las sanciones aplicadas recientemente a estos mismos sindicatos en relación con el convenio colectivo (acuerdo Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba –SEED–, en vigor desde 1996, que se ha venido prorrogando año a año y que incluye acuerdos parciales de renovación en los años 2010 y 2013) que rige la estiba en el puerto de Vigo. La [Resolución de la CNMC de fecha 26 de julio de 2018 \(expte. S/DC/0596/16, estibadores de Vigo\)](#) les impone una sanción, por una infracción igualmente calificada como muy grave ex [artículo 64 de la LDC](#), y siguiendo los criterios de cuantificación «disuasoria» ex [artículo 63 de la LDC](#), de varios millones de euros a las empresas intervinientes en el acuerdo colectivo (va del mínimo de 42.412 a un máximo de 1.480.000 € para una de las empresas, pasando por otras de 490.000 o 700.000 €), así como de varios centenares de miles de euros para los sindicatos [170.000 para los estatales, 70.000 para la CIG –el sindicato autonómico gallego (Confederación Intersindical Galega)–, 20.000 para CGT (Confederación General del Trabajo) y 1.000 para CEEP-OEPV (Coordinadora Estatal de Estibadores Portuarios–Organización de Estibadores del Puerto de Vigo)]. ¿Qué han hecho en este caso tan grave como para determinar tan marcada diferencia sancionadora?

Realmente, no hay una diferencia de gravedad jurídica respecto de esta conducta calificada como anticompetitiva [en este caso se imputa al acuerdo, si bien respecto de otras cláusulas, bloquear o restringir la contratación por las empresas de personas trabajadoras ajenas a la SAGEP, eliminando toda autonomía contractual y organizativa de los operadores presentes en el mercado, con el consiguiente efecto de encarecimiento de los servicios complementarios a la estiba –alteración indebida del precio del servicio–, así como de garantía de uniformidad de su modo de prestación, y fundada sobre un precedente jurisprudencial a favor de su antijuridicidad –Sentencia del Tribunal Supremo (STS), [Sala 3.ª, de 8 de marzo de 2016, rec. 1666/2013](#), que confirma la resolución dictada por la CNC en el expte. 2805/07, empresas estibadoras–]. La diferencia está en la distinta actitud que habrían mostrado las personas encargadas de la interlocución social ante la «intimidación» (noción que utiliza de manera expresa la autoridad vigilante de las purezas de la competencia en todas sus resoluciones) que deben conllevar sus actuaciones en los destinatarios, aquí en la autonomía colectiva. En el caso que nos ocupa, la actitud «complaciente», «dócil» o adaptativa a los diversos requerimientos de la

todopoderosa CNMC se evidenciaría en la evolución del proceso de negociación del [V AME](#), y en su resultado en forma de nuevo acuerdo de regulación colectiva estatal de la estiba, porque:

[...] pone de manifiesto una clara voluntad de las partes de alcanzar un acuerdo que, cumpliendo con el legítimo objetivo de protección de los trabajadores [el lenguaje inclusivo de género falla también aquí], respete las exigencias normativas [...] de una competencia efectiva [...].

Ahora podemos comprender mejor el origen de la referida –inaudita y alarmante– cláusula de condicionalidad, sometiendo «voluntariamente» la vigencia del [V AME](#) a la conformidad de la CNMC, habiendo incluido previamente en sus redactados las «recomendaciones» de aquella. En consecuencia, parece igualmente claro que ese sometimiento no es tan «voluntario», sino que más bien resulta inducido, «intimado», en la terminología de la CNMC. En esta resolución, como en [la relativa al puerto de Vigo](#), se incorpora el siguiente punto cuarto: «Intimar a las entidades infractoras para que en el futuro se abstengan de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente resolución».

Conforme a la RAE, una acepción de la palabra «intimar» (otra es establecer con una persona una amistad íntima –no parece que llegue a tanto este nuevo tiempo relacional entre los sujetos de la autonomía colectiva y la CNMC–) es «requerir, exigir el cumplimiento de algo, especialmente con autoridad o fuerza para obligar a hacerlo». Aquí la presión intimidatoria es manifiesta, por lo desmedida que, para un sindicato, podría suponer una sanción de la CNMC, aunque esté en el ejercicio de sus derechos fundamentales, incluso, en estos tiempos, de índole comunitaria [art. 28 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (CDFUE) –derecho a la negociación colectiva–, en relación con el principio social comunitario de mantenimiento del empleo –incluyendo la sucesión de plantilla, conforme a la jurisprudencia comunitaria en aplicación de la [Directiva 2001/23/CE](#), relativa a la transmisión de empresas–]. Una presión que, además, es continuada, proyectándose no solo en el momento regulador, sino en el de aplicación, pues siempre advierte expresamente de que seguirá «verificando no solo el proceso de redacción sino de ejecución del acuerdo que finalmente se alcance».

No, no es mera advertencia, sino que se lleva a la práctica, generando no solo un entorno de intimidación, sino de notable incertidumbre, tanto por lo provisional de sus criterios, siempre revisables, cuanto por la amplitud de su ejercicio. Respecto a esta provisionalidad, piénsese en la situación de inseguridad que genera el [Informe de la CNMC de 10 de noviembre de 2020 \(INF/CNMC/094/20, propuesta del V AME\)](#). En él, de un lado, guarda de «vincularse» («mojarse»), distinguiendo entre «función consultiva» (informe) y «función de vigilancia-sanción», a través de la instrucción de expediente (una vez desaparecido el régimen de autorización previa de los acuerdos restrictivos de la competencia). En el ejercicio de esta función debe tener en cuenta una serie de circunstancias concurrentes, «de hecho y de derecho», distintas y mayores de las que derivan del informe. Precisamente, en todas sus resoluciones sancionatorias, también en la relativa al IV AME, expresa que seguirá alerta o vigilante con el cumplimiento de los acuerdos. De otro, pese a valorar favorablemente el cambio de actitud de la autonomía colectiva y la aceptación de parte de sus «recomendaciones» y propuestas para resultar no solo neutral con la libre competencia, sino para favorecerla, advierte de

«riesgos de cláusulas anticompetitivas» en el **V AME**, pese a incluir las «autoevaluaciones de eficiencia» competitivas sugeridas. Y ello en la medida en que las mismas han de respetarse en todo el sistema de subrogación empresarial, no solo en el mecanismo de salida. Además, requeriría un análisis exhaustivo y *a posteriori* del balance final entre «efectos restrictivos de la competencia» (efectos anticompetitivos) y «efectos de eficiencia competitiva» (beneficios para la competencia de mercado), de modo que estos no pueden compensar «las eventuales deficiencias generadas» (pp. 8-9). Unos beneficios de mejora competitiva (valor de la eficiencia económica) que no pueden evaluarse solo desde el punto de vista «subjetivo de las partes», sino únicamente «objetivo», según la jurisprudencia del TJUE en esta materia y la posición de la Comisión Europea en la interpretación general del artículo 101 del **TFUE**. No sorprende, pues, la inquietud mostrada tanto por los sindicatos como por la **patronal** a raíz de este ambiguo informe, cuyo efecto de inseguridad jurídica sí que es nocivo a los efectos de la competitividad, porque retrae inversiones, tráfico portuario y alienta nueva conflictividad, al perturbar la paz social que implica la firma de un convenio largamente trabajado.

En suma, la CNMC no solo se arroga –sin amparo legal suficiente– el papel de autoridad de «súper-fiscalización» de la negociación colectiva, por encima de la autoridad laboral, a la que condiciona, sino que obliga a la regulación colectiva a primar valores económico-mercantiles, imponiéndose al equilibrio productivo-distributivo autónomo que realiza, por sí, la norma jurídica pactada por dos sujetos con intereses contrapuestos por definición. Pero no se frena aquí tampoco el efecto condicionante y de presión mercantilista sobre la autonomía colectiva, sino que el principio de autoridad líbero-competitiva se adentra en su dimensión de autotutela colectiva. Crecidas estas autoridades –no solo está la CNMC, también las autonómicas¹– con la posición de superioridad arbitral, se atreven incluso con esa misma presión de forma previa a ejercer el derecho de huelga. Es el caso de la convocada para el puerto de Bilbao –no ha sucedido lo mismo en la convocada para Valencia–. La Autoridad Vasca de la Competencia (AVC/LEA) emitió dos comunicados; el segundo (5 de octubre de 2020) incluso utiliza la sanción de la CNMC, pese a no ser firme, como prueba de fuerza (intimidación seria) de sus advertencias, ahora contra el boicot que entienden subyace a la referida convocatoria de huelga, esgrimiendo además el pretendido –tiene truco– aval jurisprudencial (**STS, Sala 3.ª, 1516/2018, de 19 de octubre**).

3. ¿El «fuero» por el «huevo»? la inmunidad del convenio colectivo respecto de la libre competencia como norma de orden público laboral

A luz de los datos anteriormente aportados, sintéticamente expresados, y de las elementales reglas jurídicas esgrimidas, queda evidenciada tanto la rabiosa actualidad de esta

¹ Cataluña, Galicia, Comunidad Valenciana, Aragón, Castilla y León, País Vasco, Extremadura y Andalucía cuentan con este tipo de autoridades reguladoras de la competencia. *Vid.* <https://www.cnmc.es/ca/node/232390>.

cuestión sociolaboral cuanto la profunda anomalía jurídico-social de este proceder de la autoridad de vigilancia de un juego libre de la competencia, en cuanto que no se limita a ser árbitra, sino que quiere hacer de «juez y parte» en el proceso, pese a que el TJUE le ha cortado tales ínfulas. En realidad, actúa de una forma tan celosa de la libre competencia en este ámbito que se extralimitaría de forma muy notable, tanto en el procedimiento como en el fondo, contradiciendo el propio sistema jurídico que dice vigilar y garantizar. Y, desde luego, quiebra por completo la protección reforzada que la autonomía colectiva (tanto en su faceta de negociación colectiva, como de derecho de huelga) tiene en nuestro sistema constitucional, pero también comunitario (art. 28 CDFUE), sin que el artículo 101 del TFUE pueda servir, según una consolidada jurisprudencia comunitaria ([doctrina Albany](#)), para su arrumbamiento, desarme u obstaculización, como ha pretendido soterradamente la CNMC, contrariada por el revés comunitario en su pretensión de ser autoridad jurisdiccional y, a su través, poder apartarse incluso de las leyes que considera incómodas u obstaculizadoras para el libre juego competitivo del mercado, también de trabajo.

Consciente, sin duda, tanto de lo arriesgado de su apuesta de autoridad, más típica de aquel desterrado modelo de autorización previa (para el sector de la competencia), e incluso de una homologación previa de los contenidos de los convenios colectivos (para el sector del control de legalidad de los convenios), evidenciándose con su pregunta –intencionada– al TJUE, cuanto del gran «miedo» que infunde en las partes negociadoras (hasta hace unos días apenas sindicatos y patronal querían hacer declaraciones sobre el Informe de la CNMC que somete la vigencia del [V AME](#) a la espada de Damocles de la CNMC), por lo desmesurado de sus sanciones, ha querido hallar una vía transaccional. Acepta reducir a simbólicas las sanciones («el huevo»), manteniendo todo el rigor de su juicio de antijuridicidad muy grave de su conducta anticompetitiva, a cambio de obtener la «adhesión» de la autonomía colectiva a sus postulados de libre mercado, con renuncia parcial al «fuero general de inmunidad» de la negociación colectiva respecto del artículo 101 del TFUE, según consagrara el TJUE, con carácter general en la [doctrina Albany](#) y para las reglas de subrogación empresarial la [doctrina Somoza Hermo](#). Con ello, las personas encargadas de la interlocución social incurren en un riesgo extremo de desnaturalización de la norma colectiva y de vaciamiento del valor práctico de la misma, sin que sea cierta la «ganancia» de esta «transacción de poderes reguladores» (recuérdese la ambigüedad de su [Informe sobre el V AME](#)). Pero, en cualquier caso, lo más importante es que tal «intercambio» sería antijurídico.

La posición jurídica de la autonomía colectiva es la de un poder constitucional originario ex artículos 7 y 28 de la CE, con una posición prevalente respecto de un poder derivado y de autoridad típica de la intervención público-administrativa, por cuanto también la CNMC está obligada a respetar la Constitución Social del Trabajo (nacional e internacional, también comunitaria). Cierto, es muy bien conocido que la autonomía colectiva es un poder limitado constitucional y legalmente y ha de respetar los márgenes que las leyes establecen, siempre que estas leyes, a su vez, respeten los «límites de los límites», esto es, los imperativos derivados de normas superiores (art. 85 ET en relación con los arts. 9.1, 10, 93 y 96 CE; STC 58/1985, de 30 de abril). Este marco legal incluye la LDC. Pero también, en tanto no sea declarada inválida, por inconstitucional o contraria al derecho de la Unión Europea, o inaplicable (como pretendía, frustradamente, la CNMC) la que habilita a introducir cláusulas de subrogación

([art. 4 RDL 9/2019](#)), sin que pueda presumir, ni juzgar de forma laxa, el incumplimiento de sus límites por la cláusula subrogatoria enjuiciada, ejerciendo un poder de control de legalidad previa, incluso un poder de jurisdicción cautelar frente al riesgo de cláusula anticompetitiva que no tiene fundamento jurídico. Desde luego no en el artículo 101 del [TFUE](#) ni en el [artículo 4 de la LDC](#), que eximen de tal control (inmunidad) al convenio, incluida su cláusula de subrogación para situaciones no constitutivas, de inicio, sucesión de empresa ex [artículo 44 del ET](#).

Esta tutela funcionalmente privilegiada o reforzada del derecho social de negociación colectiva sobre la libertad económica de competencia forma parte tanto del «orden público constitucional económico-laboral» como del «orden público comunitario socioeconómico» y, en consecuencia, no es irrenunciable para sus titulares, menos a través de decisiones de autoridad reguladora administrativa, aun autónoma. Como recordó la [STJUE de 4 de diciembre de 2014, asunto C-413/13, FNV](#):

[...] el Tribunal de Justicia tiene declarado que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas que tienen lugar entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE (apdo. 23).

¿No lo sabe la CNMC? Sí, por supuesto; pero valora que, precisamente, ni por su «naturaleza» ni por su «objeto», la cláusula subrogatoria, incluso con fundamento legal específico como la del sector de la estiba, se incluye dentro de los acuerdos colectivos laborales (reguladores de condiciones de empleo y de trabajo), sino de los acuerdos colectivos de regulación económica (directamente reguladores del precio y del modo de prestación de servicios –aquí del sector de la estiba–). Por lo tanto, este tipo de cláusulas, al margen de cómo se denominen los acuerdos en que se integran, quedarían extramuros de la inmunidad frente al artículo 101.1 del [TFUE](#). De este modo, puesto que la regla general es la defensa de la libre competencia, la eventual restricción requeriría de una interpretación muy estricta, como la hecha. Pero ¿es correcta jurídicamente esta aseveración? A mi juicio, no.

4. El presupuesto erróneo de la CNMC: las cláusulas de subrogación sí son inherentes a la negociación colectiva como condición de estabilidad

4.1. Centralidad de las «cláusulas subrogatorias» en los convenios para una economía de generalizada externalización (gestión indirecta del trabajo)

La CNMC (su Sala de Competencia del Consejo de la CNMC) siempre (es muy previsible en sus razonamientos jurídicos, pues los utiliza casi a modo de cláusulas de estilo en todas las resoluciones de un mismo tipo) formula el siguiente alegato: la CNMC no cuestiona la negociación colectiva (es una obviedad, lo tiene prohibido), sino tan solo las cláusulas del

convenio que entiende no constituyen condiciones «*directamente*» laborales, sino solo indirecta o tangencialmente, resultando «*condiciones económicas*» (aquellas que fijan tanto el modelo de organización del servicio prestado, como factores que inciden en los precios y, por lo tanto, en las expectativas de beneficio –ventaja competitiva–). Su denuncia va, pues, solo contra las cláusulas convencionales que se resisten al impulso liberalizador dado por el TJUE y por las nuevas leyes al sector, que busca conseguir un sector portuario mucho más competitivo, «uniformando las condiciones comerciales de las empresas firmantes» y privando de la «libertad de contratación de trabajadores en materias» sin amparo legal a tal fin.

Desde esta perspectiva estrictamente mercantil, en lo que concierne al citado acuerdo del puerto de Vigo ([Resolución de 26 de julio de 2018](#)), la CNMC considera fraudulentas las cláusulas convencionales que limitan la libre contratación de personas trabajadoras para la prestación de servicios complementarios y la realización de carga y descarga de vehículos a motor sin matricular, al pretender eludir la ley que autoriza tal contratación sin las exigencias establecidas por las normas de los servicios de estiba. De este modo, el acuerdo de las empresas estibadoras de no competencia en este factor de contratación laboral concreto (barrera de entrada o acceso de empresas), con implicaciones negativas para la clientela final de los servicios portuarios (los productos importados y exportados se encarecerán por el mayor coste de estos servicios portuarios –incide en la política de costes de estas empresas–), tan solo tendría el nombre jurídico de convenio colectivo, pero ni su naturaleza ni su objetivo, pues materialmente «[oculta] un acuerdo de determinación uniforme de condiciones comerciales entre los competidores de manera contraria a las posibilidades ofrecidas por la normativa sectorial y generando, en consecuencia, una infracción de la competencia» (p. 39)².

Casi *mutatis mutandi*, pese a que se exige una valoración individualizada de las cláusulas y a la clarísima diferencia de naturaleza y objeto de la cláusula subrogatoria, sin perjuicio de que, como toda regulación laboral tiene efectos restrictivos de la libre competencia, en aras de otros valores, principios y derechos sociales igual –o más– prevalentemente fundamentales, la CNMC extiende esa calificación a las cláusulas propias de la subrogación en las relaciones de trabajo, considerándolas como pacto anticompetitivo. Sin embargo, la autoridad reguladora de la competencia orilla por completo no ya solo que este tipo de cláusulas están a la orden del día de la negociación colectiva desde hace varias décadas y se han convertido en una garantía fundamental para la estabilidad en el empleo de múltiples sectores de actividad y en situaciones en las que no es directamente aplicable el

² La SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de julio de 2012 (rec. 800/2009), habría avalado esta calificación por la –antigua– CNC en la Resolución de 24 de septiembre de 2009 (expte. 2805/07) y sería confirmada por la citada STS, Sala 3.ª, de 8 de marzo de 2016:

[...] en cuanto extiende su ámbito de aplicación tanto a empresas no dedicadas o relacionadas con la estiba, como a trabajadores que prestan servicios en otras empresas, y a actividades y labores complementarias a las de estiba y desestiba de buques, constituye una conducta potencialmente lesiva, por su objeto, de la libre competencia, que ha producido efectos reales sobre los competidores [...] al desincentivar que empresas no estibadoras entren en el mercado afectado, lo que habilita a la Comisión Nacional de la Competencia a aplicar el régimen sancionador contemplado en la Ley de defensa de la competencia [...] (FJ 2.º).

[artículo 44 del ET](#), sino que cuentan con un pleno aval de la jurisprudencia, tanto social como contenciosa, así como de la jurisprudencia comunitaria.

Al respecto, resulta extraordinariamente sorprendente que la CNMC invoque una doctrina del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), a su vez alegada por la Comisión Europea –la mayor campeona de la política de libre competencia en el seno de la Unión, incluso en detrimento de los objetivos de política social– en la cuestión prejudicial fallida que planteó ante el TJUE en este asunto (de nuevo vemos cómo la CNMC no puede «superar emocionalmente» –más bien en su «orgullo institucional»– la frustración del fracaso estrepitoso ante el TJUE y sigue aferrada, de un modo u otro, a su pretensión) y, en cambio, «olvide» la más mínima mención de la doctrina del TJUE que avala este tipo de cláusulas convencionales. En efecto, la [Sentencia del Tribunal de la AELC de 19 de abril de 2016, asunto E-14/15 \(caso Holship\)](#)³, concluyó que:

La excepción a las normas de competencia del EEE [Espacio Económico Europeo] aplicable a los convenios [...] no abarca la evaluación de la prioridad de una regla de enfrentamiento como la del caso de autos, ni el recurso al boicoteo contra un usuario del puerto a fin de obtener la aceptación de un convenio colectivo, cuando dicha aceptación entrañe que el usuario del puerto tenga que otorgar preferencia a la adquisición de servicios de carga y descarga prestados por otra empresa, [...] en lugar de recurrir a sus propios empleados para efectuar el mismo trabajo. [Y ello porque] puede tener un efecto disuasorio o incluso impedir el establecimiento de empresas de otros Estados del EEE y, por lo tanto, constituye una restricción a la libertad de establecimiento con arreglo al artículo 31 del Acuerdo EEE.

Dos son los argumentos principales que le interesa extraer de esta doctrina a la CNMC, como es obvio de forma extremadamente interesada, pero incorrecta jurídicamente. El primero, más teórico, se construye sobre un encuadramiento más que dudoso de las cláusulas subrogatorias dentro de las «normas colectivas no inherentes a la negociación colectiva laboral», porque no se dirigen a una «mejora directa de las condiciones de trabajo» de las personas trabajadoras (en el caso para el sector de la estiba). En otros términos, si bien existe un interés colectivo compartido entre empresas y representación laboral en su negociación colectiva, lo acordado «no produciría un efecto inmediato y significativo en sus condiciones laborales». Para intentar dar solvencia a una decisión tan sorprendente, e irrealista, desde un plano jurídico-laboral práctico, real, acude no a la doctrina del TJUE, que no explaya este concepto, sino a las [conclusiones del abogado general](#) en el asunto resuelto por la citada STJUE de 4 de diciembre de 2014, C-413/13, FNV. Por lo que concierne al segundo, es evidente que lleva a cabo una valoración de la cláusula normativa, a la que incluso somete a un juicio de conformidad previa (cierto, a instancia de las partes, inducida, a su vez, por

³ La sentencia se produce a solicitud del Tribunal Supremo de Noruega (*Norges Høyesterett*) y con arreglo al artículo 34 del Acuerdo entre los Estados de la AELC sobre el establecimiento de un órgano de vigilancia y un tribunal de justicia, sobre la interpretación del Acuerdo sobre el EEE, y, en particular, de sus artículos 31, 53 y 54.

el temor que infunde el riesgo –peligro– seguro de una sanción voluminosa de no resultar del gusto de la CNMC) por una concreta práctica de boicot, confundiendo norma de eficacia general con aplicación práctica –ciertamente reprochable– en un caso concreto, tras el cual se habría producido un efecto disuasorio real en las demás potencialmente dispuestas.

En lo que concierne al primer argumento, resulta manifiesta su no pertinencia jurídica, en la medida en que el asunto ventilado en ese caso nada tiene que ver con la subrogación como una cláusula de empleo inherente o no a la negociación colectiva, sino sobre la condición subjetiva de las personas trabajadoras a favor de la cual se negociaba, de modo que si se trata de personas asalariadas se habla de «salario» y si se trata de personas autónomas, salvo «falsas autónomas», se trata de «precios» del servicio y, en consecuencia, de «acuerdos entre empresas». Por tanto, en vez de afrontar directamente la doctrina comunitaria sobre la cláusula concreta que enjuicia desde el punto de vista de la competencia en su relación con el punto de vista laboral, prefiere acoger una vía elíptica, elusiva, vaporosa, como es la distinción entre «condiciones directamente laborales» y «condiciones de empleo indirectamente laborales». Una distinción que, al margen de la genérica, y a mayor abundamiento, que realiza el abogado general, no ha sido desarrollada por el TJUE. En cambio, lo que sí ha hecho el TJUE es asumir plenamente el valor convencional de las cláusulas de subrogación empresarial y sus efectos de estabilidad en el empleo. Así sucede con la célebre –menos para la CNMC, que ni la menciona en su resolución– [STJUE de 11 de julio de 2018, asunto C-60/17, Somoza Hermo](#), y que obligó a un cambio –rectificación– profundo por parte de la doctrina jurisprudencial social nacional. El resultado es una copiosa jurisprudencia que evidencia lo central de las cláusulas convencionales subrogatorias (por ejemplo, [STS 70/2020, de 28 de enero](#)).

La doctrina jurisprudencial comunitaria es cristalina al efecto. El artículo 1.1 de la [Directiva 2001/23/CE](#) debe interpretarse en el sentido de que resulta de aplicación a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios (en el caso de vigilancia de instalaciones) celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de la prestación:

[...] ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, *en virtud de un convenio colectivo*, de una parte esencial [...] del personal [...] siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas.

Justamente, entre sus argumentos para llegar a tal juicio avalador de la subrogación como contenido típico de un convenio, y frente a la alegación realizada por el Gobierno español del carácter convencional de la obligación subrogatoria, razona el TJUE:

[...] si bien el Gobierno español sostiene [...] que VINSa se vio obligada a hacerse cargo del personal [...] en virtud de un convenio colectivo, dicha circunstancia no afecta, en cualquier caso, al hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica. *Además, hay que subrayar que el objetivo perseguido por el Convenio colectivo de las empresas de seguridad es el mismo que el de la Directiva 2001/23 y que este convenio colectivo regula expresamente*, en lo que atañe a la asunción de una parte del personal, el caso de una nueva adjudicación [...] (véase, en este sentido, la STJCE de 24 de enero de 2002, Temco, C-51/00, apartado 27) ([Sentencia Somoza Hermo](#), apdo. 38).

Atendiendo a esta consistente y consolidada doctrina jurisprudencial, parece claro que la premisa de la que parte la CNMC al enjuiciar, desde el prisma de la competencia, esta cláusula es errada, en la medida en que constituyen elementos esenciales, inherentes, a buena parte de los convenios colectivos de sector de nuestro tiempo, en los que la externalización de actividad económica y la constante sucesión entre las empresas que las ejecutan se han generalizado, es decir, se han normalizado. Y la experiencia enseña que estas prácticas son determinantes para el estatuto de condiciones de empleo y de trabajo de las personas trabajadoras, pues surgieron, justamente, para evitar los procesos de inestabilidad y precarización subsiguientes a procesos de sucesión en los que no se entendía directamente aplicable la garantía del [artículo 44 del ET](#). Para dar consistencia práctica a esta afirmación baste traer a colación la situación resuelta por la [STS 148/2020, de 18 de febrero](#) (la no aplicación de la cláusula subrogatoria a raíz del incumplimiento de las obligaciones informativas –garantía de transparencia– no impidió la contratación de todas las personas trabajadoras de la empresa saliente por la entrante, pero sí determinó condiciones de empleo y de trabajo diferentes y peyorativas respecto de las que hubieran correspondido de cumplirse adecuadamente las obligaciones de transparencia informativa convencionales).

El irrealismo, o la ceguera mercantilista, del juicio de la CNMC son extremos, porque son legión las decisiones jurisprudenciales que evidencian la gran importancia de estas cláusulas en la negociación colectiva de nuestro tiempo para los derechos de estabilidad en el empleo. Basta con citar la [STS 92/2020, de 31 de enero](#), que, para el sector de *contact center*, concluye que la contratista entrante ha incumplido los criterios de selección convencionales, haciendo tabla rasa del criterio de antigüedad (50 % de la puntuación total en el proceso de selección), con un efecto importante laboral, nada menos que un despido injustificado. Así:

[...] el incumplimiento por la empresa entrante de los criterios por los que debe regirse la selección del personal de la empresa saliente [...] entraña un manifiesto fraude de ley tendente a perjudicar a los trabajadores de superior antigüedad en el servicio y determina una injustificada pérdida del derecho [...] a conservar su puesto [...] y ser subrogados por la nueva adjudicataria en todos sus derechos y obligaciones, incluida la antigüedad adquirida a todos los efectos [...] (FJ 3.º).

Esta conclusión jurídica y su fundamentación en una jurisprudencia social consolidada, con el aval del TJUE –incluso inducida por él–, así como desde una valoración realista, práctica, de estas cláusulas, debería servir para evidenciar el error de la CNMC y anular su sanción por las cláusulas subrogatorias del IV –y V– AME. Ni estas cláusulas son un «acuerdo entre empresas» en sentido estricto, como afirma la CNMC, ni superan el ámbito de la negociación colectiva. De este modo, o bien se entiende que, por su naturaleza y por su objeto, la cláusula subrogatoria de la estiba queda exenta del juicio de conformidad competitiva, al quedar extramuros del artículo 101 del [TFUE](#), o bien se valora que, aun incluida dentro de él, concurre una justificación legal de la restricción ex [artículo 4 de la LDC](#), por lo que no procedería la sanción⁴.

⁴ Para un interesante debate sobre la diferencia práctica de una opción u otra está la [STS, Sala 3.ª, 955/2019, de 1 de julio](#) (excluye del juicio de competencia al servicio de asistencia de turno de oficio por

4.2. Inherencia de los efectos restrictivos de las normas colectivas laborales en la libre competencia como condición de su carácter leal

Pese a la claridad y contundencia de esta razón jurídico-laboral y comunitaria, aunque cabría esgrimir, como hace la CNMC, que la ley habilitadora no da una patente de corso –lógicamente, otra obviedad– a los convenios colectivos para introducir cualquier cláusula de subrogación, sino que le pone condiciones, los efectos restrictivos de la competencia inherentes a estas normas deben respetar ciertas reglas de procedimiento y de fondo. De hecho, recuerda que son tres: transparencia, objetividad y equidad.

La CNMC afirma –más bien desde un juicio apriorístico que desde un razonamiento preciso– que la cláusula de subrogación del IV AME implica una distorsión de la competencia, porque ni es necesaria ni es proporcionada: iría más allá de las medidas de garantía de estabilidad en el empleo habilitadas por la legislación actual, obstaculizando la transición desde el régimen derogado hacia un contexto de libre competencia. Los condicionantes procedimentales fijados en el régimen de subrogación (acuerdos de modificación del IV AME), así como la práctica (insiste la CNMC en valorar la legalidad de la cláusula por el modo en que se ha ejercido, lo que supone confundir el deber ser normativo con el ser particular), constituirían una discriminación de quienes pretenden ejercer su derecho de separación de la SAGEP, porque no solo obstaculizaría su ejercicio, en sí, sino que su aplicación ha disuadido a los demás de ejercerlo. De ahí, concluye –insistiendo «erre que erre»– en la ausencia de justificación jurídica ex [artículo 4 de la LDC](#) (la excepción de conductas exentas por ley –recuérdese que como cláusula convencional colectiva laboral debería estar excluida por sí misma, al margen de la habilitación legal específica, por mor de la interpretación comunitaria del art. 101 [TFUE](#), por lo que son dos supuestos distintos⁵). En las leyes habilitadoras se «establece un régimen transitorio que vela por el mantenimiento del empleo, pero no ampara la subrogación forzosa, que, además, no está basada en criterios que respondan a los principios de transparencia, objetividad y equidad» (según el [art. 4.2 RDL 9/2019](#)).

Cómo no, para reforzar este argumento, vuelve la CNMC a la «nostalgia» por su «cuestión prejudicial perdida» y recuerda que la Comisión Europea interpreta que tal norma nacional ni impone ni exige cláusulas de este tipo, manteniéndose en un espacio de autonomía colectiva

obedecer a un derecho social fundamental ex [art. 24 CE](#) en relación con el [art. 1.1 CE](#), por lo que anula la sanción establecida –tan voraz es la CNMC que incluso este servicio quería someterlo a competencia–, y su razonado voto particular (sí considera este servicio incluido en el juicio ex [art. 1 LDC](#), pero justifica sus efectos restrictivos por tener fundamento legal ex [art. 4 LDC](#)).

⁵ Para el entendimiento de esta excepción, sobre la base de una comprensión amplia, no tan estricta como sostiene la CNMC, pues prima una lectura finalista –la voluntad legal de excluir esos acuerdos del juicio de competencia, aunque sea consciente de los efectos restrictivos de la misma, primando el valor social defendido por la ley de habilitación–, no modal –ajustarse estrictamente al cauce establecido en la ley de exclusión–, *vid.* [STS, Sala 3.ª, 1833/2016, de 18 de julio](#).

que, en función del modo de ejercicio, podría o no vulnerar el artículo 101 del **TFUE**. Y el elegido sería contrario –no explica realmente por qué, pues todo su esfuerzo argumental se ha dirigido hacia el rechazo de su condición de norma laboral pactada directamente dirigida a la mejora de las condiciones de empleo y de trabajo, condición para la inmunidad de la **Sentencia Albany**– a tal precepto, siendo culpables incluso quienes no lo firman (por ejemplo, ELA), pues:

[...] se debió exclusivamente a razones de política sindical de carácter territorial, ajenas por completo al contenido material de lo pactado en la citada reunión, en la cual [...] manifestaron expresamente su plena conformidad con el contenido de la disposición adicional 7.^a incorporada al IV acuerdo (punto 4).

Esto es, se sanciona incluso –evidenciando la óptica de terror jurídico que imprime su vista facultad de intimar el cumplimiento hacia el futuro– el pensamiento conforme, aunque no quede plasmado en conductas (firma del convenio). Además de seguir obviando la dimensión legal laboral del asunto, que no prescinde de la condición de respeto de la competencia, de ahí la llamada a estos principios típicos del derecho económico contractual, pero requiere ponderarla con la garantía de «un marco laboral que asegure tanto la continuidad, regularidad y calidad del servicio [...] como la protección de los trabajadores», sigue evidenciándose la visión sesgada, o deficiente, que la CNMC tiene de la negociación colectiva. Si ni en el plano de la tipicidad ni en el de la antijuridicidad tiene en cuenta el sentido y alcance laboral de las cláusulas subrogatorias, identificando un pretendido ilícito competencial de forma abstracta –puede servir para este tipo de cláusula o de cualquier otra–, cuando en el plano procedimental reprocha la intervención de la comisión paritaria, por su composición, pasa también por alto que la misma obedece más bien a la eficacia general de norma jurídica que en nuestro derecho tienen los convenios colectivos.

En realidad, aquí reside todo el problema central de disconformidad de la actuación tenida y mantenida por la CNMC en este ámbito. Infravalora, cuando no ignora, deliberadamente, que estamos ante un poder de regulación constitucional originario –ni siquiera precisa la citada habilitación legal del derecho derivado– y ante un producto suyo estrictamente normativo. Desde esta perspectiva, sujetarlo a un control de legalidad como si de un puro acto contractual (enfaticando esa dimensión frente a la normativa, en su típica naturaleza mixta) se tratara y bajo un poder administrativo sancionador, concebido de forma intimidatoria y preventivo-disuasoria, en vez de bajo el control jurisdiccional de legalidad previsto (**art. 91 ET**), distorsiona totalmente todo el procedimiento. Hasta el punto de que, fuera de la cuestión práctica (parece claro que se ejerció una presión, a su vez, excesiva sobre la única empresa que evidenció su voluntad de un ejercicio del derecho de separación, extendiéndose el boicot a todo el grupo empresarial), pero que no puede mezclarse en términos jurídicos (sería tanto como entender inválidas –otra cosa será el juicio de eficacia, incluso de efectividad– las normas de protección laboral porque son continuamente defraudadas), las imputaciones de la CNMC, en este caso, son evanescentes.

Desde esta perspectiva más realista, lo que la CNMC está cuestionando son los efectos de restricción de la competencia que tienen estas típicas normas laborales subrogatorias,

como las tienen otras, pero que se justificarían no solo por su valor social, sino por su valor económico. En última instancia, como evidencia una experiencia inveterada y copiosa en esta materia, muy a menudo el objetivo de estas normas es reducir la condición puramente liberal del principio de la competencia para que resulte leal. Una condición que se recoge también en el artículo 151 del [TFUE](#).

Desde luego, ese efecto restrictivo en aras de un modo de competencia más leal lo hallamos en toda cláusula de subrogación. Los ejemplos se podrían multiplicar. Piénsese, por ejemplo, en los convenios que obligan a la subrogación, incluso «independientemente de que el servicio se haya visto reducido en la nueva adjudicación a la empresa contratista entrante», con lo que implica de restricción de la libertad de empresa (su legitimidad, si bien excluye su aplicación cuando un centro de trabajo no forme parte de lo adjudicado, en la [STS 744/2020, de 9 de septiembre](#)). O en preceptos como el [artículo 130 de la Ley de contratos del sector público](#) (LCSP), que hacen de las normas colectivas la fuente típica de las obligaciones de subrogación –distintas, pero convergentes, con la sucesión de empresa ex [art. 44 ET](#)–, afectando también a empresas y colectivos de personas trabajadoras que, si se atiende solo al libre juego de la competencia, quedarían fuera (por ejemplo, Centros Especiales de Empleo, y, por tanto, para las personas con discapacidad: la [STS 667/2020, de 16 de julio](#), descarta su aplicación a un proceso selectivo de personal para la prestación del servicio telefónico de cita previa de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, solo por razones temporales, por no estar en vigor todavía el [art. 130 LCSP](#)).

Si salimos del ámbito de las cláusulas de subrogación para referir a otras condiciones de gran relieve laboral, pero determinantes del modelo de organización de servicios, hallaremos efectos restrictivos de la libre competencia en aras de su ejercicio leal análogos. Sería el caso, entre los más típicos, y de mayor conflictividad en su día (antes del convenio estatal, que ya va por su [VI edición](#), y de la trasposición de la [Directiva 2008/104/CE](#)) de las empresas de trabajo temporal (ETT). Implicando la sola existencia del convenio estatal una reordenación de todo el sector, con efectos excluyentes de ETT basadas en modelos de ventaja competitiva atentos solo al precio, no en ciertos derechos de calidad en el empleo, la ley nacional ([disp. adic. cuarta](#)) y la [directiva](#) (art. 4.1) asumen expresamente la legitimidad de las prohibiciones o limitaciones de contratar mediante ETT, por ley o por convenio colectivo, cuando se justifican por razones de protección laboral, así como para «garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar abusos» (sobre el alcance de estas limitaciones, *vid.* SSTJUE de [17 de marzo de 2015, asunto C-533/13](#), y [14 de octubre de 2020, asunto C-681/18](#))⁶. Un tipo de conflictos estrictamente sociolaborales asociados de forma directa e inmediata con cuestiones de libre, pero leal, competencia

⁶ Por su importancia, esta última será comentada, en relación con la [STS 728/2020, de 30 de julio](#), y su voto particular de fondo (el voto mayoritario excluye la modalidad de contratación laboral fija discontinua para las ETT, el minoritario la incluye, con los efectos de protección por desempleo que de ello derivaría), en el número de enero/2021 de esta revista, a cargo del profesor Ignacio González del Rey.

que ahora se traslada a un sector de actividad «alternativo» –no sé si lealmente– a las ETT: las empresas multiservicios.

Precisamente, la [STS 438/2020, de 11 de junio](#) (que confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 12/2018, de 23 de octubre; [comentada](#) de forma muy sugerente en el número de octubre/2020 de esta revista por la profesora Margarita Miñarro), al justificar por qué ahora asume como criterio de determinación del convenio aplicable, en ausencia de convenio propio de empresa multiservicios, no el que ha venido utilizando habitualmente (el de la actividad prevalente de la empresa), sino el propio de la actividad efectivamente realizada por la persona trabajadora, razona que:

Con esta solución [...] no se afecta a la competencia en el mercado de trabajo, pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicios.

En suma, junto al principio clásico de primacía de la realidad, se reclaman las reglas de la competencia, pero no meramente libre, sino leal, para exigir unos estándares sociolaborales que, por sus efectos, precisamente de homogeneización sectorial, eviten las tentaciones, y las prácticas, de *dumping* social. Es importante esta mención porque, como hemos visto, la CNMC les reprocha a todas estas normas convencionales, por pretendidamente anticompetitivas, una «función homogeneizadora de mercado» que, sin embargo, la jurisprudencia social considera un valor de economía social de mercado, además de protección laboral. Del mismo modo que, si desde la perspectiva de la libre competencia cláusulas convencionales relativas a la definición de su ámbito funcional en términos expansivos, como las del [artículo 4 del Convenio estatal del sector de hostelería](#), que incluye también los servicios de reparto de comida por «las plataformas digitales o a través de las mismas», serían restrictivas de la competencia, desde la perspectiva jurídico-laboral sería una opción absolutamente legítima, como forma de prevenir situaciones de precariedad –en el caso digital–, más porque estamos en un ámbito de personas «falsas autónomas» ([STS 805/2020, de 25 de septiembre](#) –asunto personas repartidoras de Glovo–).

El TJUE es inequívoco ([asunto FNV](#)). Las cláusulas de los convenios concluidos por las organizaciones de personas trabajadoras, «pero en nombre y por cuenta de los prestadores autónomos de servicios» que se integran en ellos, «no son negociación colectiva que tenga lugar entre interlocutores sociales y, en razón de su naturaleza, no pueden quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1» (apdo. 30). No obstante, sí quedarían excluidas de este tipo de controles cuando se trate de personas falsas autónomas –en situación comparable a la de las personas trabajadoras asalariadas– (apdo. 31). Eso sí: «en las circunstancias económicas actuales no [...] es fácil determinar si determinados prestadores autónomos [...] son o no empresas» (apdo. 32).

5. De la fiscalización de mercado a la negociación a la intimación frente al derecho de huelga: ¿cautela frente al boicot o antisindicalidad?

Crecidas con una sanción no firme de la CNMC y, como vemos, de débil fundamento jurídico, ya evidenciamos cómo otras autoridades reguladoras de la competencia autonómica, como la AVC/LEA, han decidido tensar más la cuerda frente al ejercicio del poder de autonomía colectiva, llevando la presión intimatoria ahora al propio derecho de huelga. Las sucesivas convocatorias de huelga en el puerto de Bilbao han determinado también sendos comunicados (28 de julio de 2020 y 5 de octubre de 2020) de la AVC/LEA, en los que se alerta de la posible extralimitación de los convocantes respecto de su derecho de huelga, para invadir los dominios bajo «jurisdicción» de las autoridades de la competencia, entre otras cosas porque se desbordaría el sector de la estiba, para afectar a otros servicios comerciales y, en consecuencia, a personas trabajadoras que están fuera del sector, «lo que puede tener importantes implicaciones desde el punto de vista de la competencia». En consecuencia, inquiera (p. 6), más bien conmina, a la acción sindical a restringir su actuación a la mera defensa de las condiciones de trabajo, sin ir más allá, so pena de ser sometida a un nuevo procedimiento sancionador por afectar a un tipo de «cuestiones que pueden impedir, restringir o falsear la competencia en el puerto de interés general de Bilbao».

Una vez más, se impone un «control administrativo preventivo» frente al ejercicio de un derecho social fundamental, exhibiendo una suerte de «poder de jurisdicción cautelar» arrojado para sí por las autoridades de la competencia a favor de la evitación de restricciones de la libertad de competencia que, sin embargo, carece de fundamento legal serio y pone en riesgo la efectividad del derecho fundamental. A fin de crear una apariencia de aval judicial al ejercicio de este poder de control-intimación administrativo previo, se citan precedentes que habrían tenido confirmación judicial. Sin embargo, de nuevo, se hace una llamada algo «tramposa», por cuanto se silencia, deliberadamente, que se trata de unas situaciones muy diferentes a las que motivan los actuales comunicados, pues el boicot sancionado por la jurisprudencia contenciosa nacional (al igual que vimos para la [Sentencia del Tribunal de la AELC de 19 de abril de 2016, E-14/15, asunto Holship](#)) lo fue basándose en la no exención del juicio de conformidad al artículo 101 del TFUE de los acuerdos (recomendaciones colectivas) adoptados por asociaciones integradas por personas trabajadoras autónomas (transportistas del puerto de Bilbao). Así lo confirma la [STS, Sala 3.ª, 1516/2018, de 19 de octubre](#), que estimó el recurso de la AVC frente a la sentencia de instancia que entendió legítimo el acuerdo por tratarse de un ámbito de representación profesional.

Dejando de lado la diferente comprensión que de este tema tiene la [Carta Social Europea](#) (en virtud de la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales), que reconoce este tipo de derechos colectivos también a las personas trabajadoras autónomas (para el derecho a la libertad sindical de las personas socias de cooperativas de trabajo asociado, de interés la [STS 347/2019, de 8 de mayo](#)), y el derecho de la Unión Europea (en virtud de

la jurisprudencia citada del TJUE), lo que ahora interesa reseñar es que la Sala 3.^a del TS fundamenta el aval que da a la sanción de la AVC no por considerar violado el derecho de huelga, sino porque:

[...] sin perjuicio de las singularidades [...] de cada caso, [...] la protección dispensada por el derecho de asociación (art. 22 de la CE) no abarca las conductas o recomendaciones colectivas de las asociaciones, incluso las adoptadas en defensa de los intereses profesionales de sus asociados, cuando por su contenido, por quien la efectúa y por su difusión, tienen por objeto propiciar una pauta común de comportamiento [...] que pueda considerarse contrario a la competencia (FJ 3.º).

En suma, se legitima un control de la autoridad de la competencia porque procede de una acción profesional autónoma, sometida al artículo 101 del [TFUE](#). Frente al TS, que distingue, la AVC lleva a la confusión, a fin de infundir más «intimidación» al sujeto sindical, con el ejercicio de un poder de «jurisdicción cautelar» que solo los tribunales –y con mucha prudencia– tienen. Carecen de él las autoridades administrativas de la competencia, pues contrariaría las más elementales reglas internacionales y constitucionales en materia ([STC 11/1981, de 8 de abril](#)). A mi juicio, este uso –deliberadamente– confuso tiene el efecto de una intimidación, pues no se trata de una mera información, sino que «oculta datos» trascendentes, por lo que la autoridad de la competencia falta a su deber de comunicación de buena fe, para ejercer una forma de presión que, no por sutil, resulta justificada. La jurisprudencia social reprueba, por intimidatorios, estos comunicados (en los que las empresas mandan cartas donde narran los efectos negativos para las personas trabajadoras de seguir la convocatoria), por su efecto de presión disuasoria de la huelga (por ejemplo, SSTS de [12 de febrero de 2013, rec. 254/2011](#), y [18 de julio de 2014, rec. 11/2013](#)).

6. Reflexión final: más competencia en los puertos, sí, pero con renglones rectos de derecho laboral

La CNMC ha sufrido una gran decepción con el TJUE. Este le ha negado su pretensión de ser «juez y parte» en los procesos sancionadores de su «jurisdicción». Pero ese revés no ha refrenado sus ínfulas de convertirse en la gran fiscalizadora de la autonomía colectiva cuando considere que puede restringir la libre competencia. Y, en principio, lo ha conseguido. Los sujetos sindicales del sector de la estiba le han reconocido ese papel, condicionando la vigencia del [V AME](#) a la decisión de autoridad administrativa de la competencia, determinando la de la propia autoridad laboral.

Pero no solo. También habría conseguido que un buen número de preceptos convencionales se escriban bajo redactados y con un espíritu claramente de eficiencia mercantil. Sin poder ahora entrar en ello (el citado [Informe de la CNMC sobre la propuesta de V AME](#)

ilustra bien lo que se quiere decir), bastará con un ejemplo. El artículo 37.1, párrafo segundo, relativo a la «obligación convencional de recolocación», se expresa así, evidenciando la colonización mercantil:

A los efectos de determinar el personal del CPE [Centro Portuario de Empleo] afectado, la empresa estibadora saliente y la dirección del CPE realizarán la autoevaluación de las eficiencias de la recolocación del personal para las partes y las necesidades del personal vinculadas directamente a tal actividad, de tal manera que la contratación directa e integración en su plantilla se limite al personal que resulte necesario [...]. En caso de discrepancia [...] se encargará a un tercero independiente [...].

¿Y qué sucede en los casos en que la autoevaluación de eficiencia o el informe realizado por una tercera persona independiente no acrediten las eficiencias de recolocación del personal? Se exime de la obligación de subrogación. Por lo tanto, la norma convencional reconoce el primado de la eficiencia de mercado sobre la seguridad en el empleo. ¿Está satisfecha la CNMC? No. Las eficiencias son un imperativo voraz. Por eso, la CNMC, como también se anticipó, considera que siguen existiendo riesgos de ineficiencias y obstaculización de la competencia. Además de que, siguiendo a la Comisión en sus directrices sobre la aplicación del artículo 81.3 del tratado (actual art. 101.3 [TFUE](#)): «49. Únicamente pueden tenerse en cuenta los beneficios objetivos. [...] las eficiencias no se evalúan desde el punto de vista subjetivo de las partes [...]».

Pero, más aún. Ilustrando la carrera sin fin que es el imperativo de mercado dejado a «sus leyes», recuerda que «la identificación de eficiencias es solamente una de las cuatro condiciones que deben verificarse de modo cumulativo para que un acuerdo restrictivo de la competencia sea admisible». En definitiva, el lenguaje y las condiciones son económicas, no sociales. Se invierte, así, el orden de valores constitucionales, también comunitarios. Resulta, pues, jurídicamente inasumible, al subordinar lo social a lo mercantil. El dislate jurídico-social puede ser mayor. El deseo de tutelaje mercantil se ha extendido a la autotutela colectiva, al derecho de huelga, tanto que incluso parece querer imponérsele una suerte de «autoevaluación cautelar de eventuales daños al mercado» en la convocatoria misma de huelga. Un despropósito.

Afortunadamente, los sindicatos no han aceptado el trueque del «huevo» por el «fuero» y han recurrido. Confiamos en que la jurisdicción contenciosa esté a la altura y pueda reponer las cosas en su sitio, ubicando a cada autoridad en su lugar, sin que la CNMC se desborde en sus «horizontes de grandeza» como una autoridad reguladora por encima de todas las demás, ni de la misma ley (como pretendió, pero el TJUE le negó) ni de la negociación colectiva. Veremos.