

Estudio sobre la incidencia de la competencia en el mercado laboral en Euskadi

CONSEJO VASCO DE LA COMPETENCIA
LEA/AVC Nº 605-PROM-2022

Pleno:

Alba Urresola Clavero, Presidenta

Rafael Iturriaga Nieva, Vocal

Enara Venturini Álvarez, Vocal

Ainara Herce San Martín, Secretaria

El Consejo Vasco de la Competencia (en adelante CVC), con la composición ya expresada, ha dictado en su reunión celebrada el 21 de diciembre de 2022 el siguiente estudio.

Índice

I. Objeto del Estudio	5
II. En relación con el marco jurídico de referencia.....	5
III. Estudio de los convenios colectivos sectoriales desde la perspectiva del Derecho de la competencia.....	7
A. La práctica de las autoridades de competencia y la jurisprudencia de los tribunales en relación con los convenios colectivos sectoriales	8
1. Los convenios colectivos sectoriales como instrumentos susceptibles para restringir la competencia	8
1.1. La fijación de los precios a través del clausulado del convenio colectivo sectorial	10
1.2. La ordenación del tiempo de trabajo y, muy en particular, de los horarios comerciales, a través de los convenios colectivos sectoriales ...	12
1.3. Cláusulas de los convenios colectivos sectoriales que tienen la capacidad de afectar a terceros operadores económicos	13
1.4. La prohibición de las empresas de contratación de trabajadores a través de Empresas de Trabajo temporal recogida en convenios colectivos sectoriales	15
1.5. La limitación de la subcontratación recogida en convenios colectivos sectoriales	16
B. Identificación de los principales y más destacados convenios colectivos provinciales y autonómicos en el ámbito del País Vasco	18
C. Análisis desde la perspectiva de defensa de la competencia de los principales y más destacados convenios colectivos provinciales y autonómicos del País Vasco	21
IV. Análisis de los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de los trabajadores por cuenta propia sin asalariados.....	24
V. Análisis de otras prácticas en el ámbito laboral que son susceptibles de afectar a la competencia en el mercado.....	31
1. La instrumentalización de las obligaciones de subrogación de trabajadores	31

1.1. Las cláusulas que obligan a la subrogación de los trabajadores en el ámbito de la contratación pública que pueden restringir la competencia en el marco de los procedimientos de licitación	32
1.2. La subrogación impuesta prevista en los convenios colectivos	34
2. La inclusión de las llamadas “cláusulas sociales” en los pliegos de los procedimientos de contratación pública	35
3. Uso indebido de cláusulas de no captación de incidencia generalizada que obstaculizan o reducen la competencia	36
4. La obstaculización de la competencia mediante la instrumentalización, por parte de determinados operadores, de los profesionales autónomos que prestan los servicios	43
VI. Recomendaciones	48
A. Algunas reflexiones y recomendaciones relacionadas con el clausulado de los convenios colectivos sectoriales:	48
1. En relación con la fijación de precios de venta de los productos o servicios	48
2. En relación con la ordenación de los horarios comerciales	48
3. En relación con actuaciones que afectan operadores económicos de terceros sectores de actividad	49
4. El tratamiento de la figura de la subcontratación en los convenios colectivos sectoriales.....	49
5. En relación con la regulación de las horas extraordinarias en la mayoría de los convenios colectivos analizados	50
6. En relación con la fijación de salarios mínimos.....	50
7. La introducción de la obligación expresa relativa a que los organismos que reciban y distribuyan información guarden sigilo profesional	52
B. Recomendaciones y observaciones al respecto de los convenios colectivos de los trabajadores por cuenta propia sin asalariados	52
C. Recomendaciones y observaciones al respecto de otras prácticas en el ámbito laboral que son susceptibles de afectar a la competencia en el mercado	
53	
8. La instrumentalización de las obligaciones de subrogación de trabajadores	54

9. La inclusión de las llamadas “cláusulas sociales” en los pliegos en el marco de procedimientos de contratación pública.....	55
10. El uso indebido de cláusulas de no captación que desincentivan la competencia entre empresas.....	55
11. La obstaculización de la competencia mediante la instrumentalización, por parte de determinados operadores, de los profesionales autónomos que prestan los servicios	56

I. Objeto del Estudio

- Recoge el análisis llevado a cabo desde la perspectiva de Derecho de la competencia a la luz de las normas puestas a disposición por nuestro ordenamiento jurídico en materia de defensa de la competencia: la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, “**LDC**”) y los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, “**TFUE**”). El estudio también tiene en cuenta la interpretación y la aplicación práctica que de dichas disposiciones han hecho las autoridades de competencia y tribunales.
- El contenido del presente estudio se concreta a través de los siguientes puntos:
 - En primer lugar, se expone de manera sucinta el marco normativo de aplicación y los principales precedentes administrativos y judiciales relevantes en los que el Derecho de la competencia ha incidido en el mercado laboral.
 - En segundo lugar, identifica las principales conductas susceptibles de obstaculizar o, de algún modo, limitar una competencia efectiva en el mercado laboral, en el que las empresas compiten constantemente entre sí por captar el mejor talento humano. Como se verá, son varias las autoridades de competencia que han analizado el fenómeno relacionado con cómo determinados tipos de conductas que se desarrollan en el ámbito laboral son susceptibles de restringir o limitar una competencia efectiva.
 - En tercer lugar, recoge un compendio de las cláusulas contenidas en los convenios colectivos sectoriales susceptibles de limitar u obstaculizar una competencia efectiva en el mercado laboral.
 - Por último, partiendo del análisis de las conductas más controvertidas desde el punto de vista de la competencia en el mercado laboral y de los citados convenios colectivos, se proporcionan una serie de recomendaciones y reflexiones orientadas a evitar las prácticas y cláusulas que, en el mercado laboral, reducen la competencia a fin de garantizar una mayor competencia entre las empresas.

II. En relación con el marco jurídico de referencia

- El marco jurídico de referencia para el análisis que recoge este estudio tiene una doble dimensión:
 - Por un lado, la relacionada con las normas que conforman la regulación estrictamente laboral, a las que nos referiremos de manera sucinta en la medida en que deben ser tenidas en cuenta para el análisis que aquí se recoge.
 - Por el otro, la que tiene que ver con las disposiciones normativas relevantes en materia de defensa de la competencia, así como la jurisprudencia y la doctrina administrativa relacionada, que han ido conformando un relevante acervo acerca de la aplicación de Derecho de la competencia en materia laboral.
- En relación con la **normativa de carácter exclusivamente laboral** de mayor relevancia para el análisis que aquí nos ocupa, deben destacarse las siguientes disposiciones:
 - Los artículos 7, 28 y 35 de la Constitución Española (en adelante, la “**CE**”) y, muy en particular, su artículo 37, que establece que la Ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral, evidenciando así el importante papel de los convenios colectivos.
 - El artículo 3 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en adelante, el “**ET**”), que establece que, entre otros, las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, así como los convenios colectivos, serán fuentes de la relación laboral. Asimismo, el artículo 4.1 recoge, como derecho básico de los trabajadores, el derecho a la negociación colectiva y el de información, consulta y participación en la empresa, entre otros.
 - El artículo 26.3 del ET, que prevé de manera expresa la posibilidad de que por medio de la negociación colectiva se determine la estructura del salario.
 - El artículo 35 del ET, que permite y regula las horas extraordinarias, entendidas como aquellas que se realicen por encima de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo que, en todo caso, deberán fijarse de conformidad con el artículo 34 del ET.

- Los artículos 42, 43 y 44 del ET, que regulan las figuras de la subcontratación, cesión de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal (en adelante, “ETT”) debidamente autorizadas, y la subrogación en caso de sucesión empresarial, respectivamente.
 - El artículo 82 del ET, que dispone que los convenios colectivos son fuente de relación jurídico-laboral y que cristalizan la expresión del acuerdo libremente adoptado por los representantes de los trabajadores y de los empresarios.
 - El artículo 85 del ET, también relacionado con los convenios colectivos, que establece, entre otros, que los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, social, laboral, sindical y cuantas otras materias que afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de las relaciones de los trabajadores y las organizaciones representativas de éstos con el empresario y asociaciones empresariales.
 - El artículo 151 del TFUE, que establece que la Unión Europea y los Estados miembros tienen el objetivo de fomentar el empleo y mejorar las condiciones de vida y de trabajo.
 - Por último, el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que consagra de manera expresa el derecho fundamental la negociación y acción colectiva y que debe ponerse en relación con el artículo 67 del TFUE, que establece que la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales.
- Por lo que se refiere a la **normativa de aplicación materia de defensa de la competencia**, eminentemente se trata de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, que prohíben las conductas colusorias, en sus distintas formas, siempre que tengan por objeto o tengan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, y de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, que prohíben que el abuso por una empresa de una posición de dominio en un determinado mercado.

III. Estudio de los convenios colectivos sectoriales desde la perspectiva del Derecho de la competencia

A. La práctica de las autoridades de competencia y la jurisprudencia de los tribunales en relación con los convenios colectivos sectoriales

1. Los convenios colectivos sectoriales como instrumentos susceptibles para restringir la competencia

- La práctica de las autoridades de competencia demuestra una especial preocupación por la problemática que, a la luz del Derecho de la competencia, puede derivarse de la negociación colectiva sectorial, lo que viene fundamentalmente motivado por dos factores: primero, por el mero hecho de que la noción de “empresa” en el ámbito del Derecho de la competencia es verdaderamente amplia, de manera que incluso un trabajador por cuenta propia sin asalariados puede ser considerado una “empresa”; y, segundo, por la circunstancia relativa a que la negociación colectiva sectorial implica, inevitablemente, la suscripción de acuerdos entre una multitud de empresas pertenecientes al mismo sector (y, por tanto, competidoras entre sí), lo que se presta a que puedan tener lugar conductas colusorias.
- Es por lo anterior que, siguiendo la *praxis* de las autoridades de competencia y judiciales, una parte importante del análisis de este estudio se centra en los convenios colectivos sectoriales.
- Hoy por hoy, es cuestión pacífica que los convenios adoptados en el marco de una negociación colectiva pueden, en efecto, ser susceptibles de dar lugar a una infracción del artículo 1 de la LDC¹, lo que no significa que las autoridades de competencia puedan someter a su control la legalidad de un convenio colectivo, pues ello corresponde a la jurisdicción social.²
- En ese sentido, como bien apunta la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (en adelante, la “CNMC”) en su resolución de 18 de septiembre de 2020, dictada en el expediente

¹ La Resolución del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de marzo de 1993 en el expediente 42/93, *Fapanys* fue la primera resolución en la que una autoridad de competencia estatal analizó determinadas actuaciones en el marco de un convenio colectivo desde la perspectiva de defensa de la competencia, disponible mediante el siguiente enlace: <https://www.cnmc.es/sites/default/files/70377.pdf>.

² En este sentido se pronuncian la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2001 (recurso número 2/2001), disponible mediante el siguiente enlace: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5a5f01d311299072/20040618>. Véase, en ese mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Nacional de septiembre de 2010 (recurso número 815/2009), disponible mediante el siguiente enlace: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/76b224c7bdc77ae7/20101028>.

S/DC/0619/17, *Acuerdo marco de la estiba*³, la jurisprudencia europea “establece que los acuerdos adoptados entre interlocutores sociales en el marco de una negociación colectiva **no están automáticamente exentos de la aplicación de la normativa de competencia**, sino que existe el deber por parte de las autoridades de competencia de realizar un **examen previo de la naturaleza y objeto antes de concluir la aplicación o no de las normas de competencia, caso por caso**”.

- Entre otras, la CNMC se refirió a la ampliamente conocida sentencia de 21 de septiembre de 1999, en el asunto C-67/96 (*Albany*)⁴, en la que el actual TRIBUNAL DE JUSTICIA DE UNIÓN EUROPEA (en adelante, el “**TJUE**”) reconoció algo que resulta ahora indiscutible, y es que “*determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores*”.
- No obstante, el TJUE determinó 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*”, lo que le llevó a concluir que “*los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado*”.
- Es decir, el TJUE dispuso que los acuerdos producto de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales no se excluyen, *per se*, del ámbito de aplicación del actual artículo 101 del TFUE, sino únicamente cuando estén destinados a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo de los empleados. En esa misma línea, consta la más reciente sentencia de 3 de marzo de 2011, en el asunto C-437/09 (*AG2R Prévoyance*)⁵, en la que se reitera esa misma premisa:

³ Resolución de la CNMC de 18 de septiembre de 2020 en el expediente S/DC/0619/17, *Acuerdo marco de la estiba*, disponible mediante el siguiente enlace: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3144769_11.pdf.

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de septiembre de 1999, en el asunto C-67/96, *Albany*, disponible mediante el siguiente enlace: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44710&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4091272>.

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2011, en el asunto C-437/09, *AG2R Prévoyance*, disponible mediante el siguiente enlace: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=84216&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6151794>.

los acuerdos eventualmente restrictivos de la competencia que se traducen en convenios colectivos deben mejorar las condiciones de empleo y de trabajo de los empleados.

- Y en idénticos términos se han pronunciado los tribunales nacionales, que han apuntado que sólo se justifica la exclusión de los convenios colectivos del ámbito de aplicación de los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC, cuando éstos contribuyen directamente a la mejora de elementos constitutivos de las condiciones de empleo y trabajo, por entender que no son nocivos para la competencia⁶.
- El asunto *Albany* es buen ejemplo de en qué circunstancias debe entenderse que un convenio colectivo no se encuentra sometido a la normativa de defensa de la competencia. Así, en aquel caso, el TJUE determinó que el convenio colectivo bajo examen se encontraba fuera del ámbito de aplicación del actual artículo 101 del TFUE en la medida en que (i) habría sido producto del diálogo social y, por tanto, el resultado de una negociación colectiva entre organizaciones de empresarios y trabajadores, y (ii) que la concreta obligación impugnada (la relativa a contratar un régimen de pensiones de un fondo en concreto) contribuía a la mejora de la remuneración y, por tanto, fomentaba la mejora de las condiciones laborales (párrafo 63).
- Habiendo sintetizado brevemente el criterio jurisprudencial asentado acerca de la aplicación de la normativa de competencia a los convenios colectivos, a continuación, pasamos a identificar las principales conductas restrictivas de la competencia que pueden materializarse a través de los convenios colectivos sectoriales, que se corresponden con las siguientes: la fijación de precios (punto 1.1); la ordenación del tiempo de trabajo (punto 1.2); la afectación a terceros (punto 1.3); la prohibición de contratación a través de una ETT (punto 1.4); y la limitación de subcontratar (punto 1.5).

1.1. La fijación de los precios a través del clausulado del convenio colectivo sectorial

⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2013 (recurso número [349/2013](#)), disponible mediante el siguiente enlace: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6930709db8aaf97a/20131011>. Véase, en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2016 (recurso número 1666/2013), disponible mediante el siguiente enlace: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/61c0083935b5b136/20160322>.

- Aunque es algo que debe calificarse de ciertamente excepcional, los convenios colectivos son instrumentos que pueden ser utilizados para fijar, directa o indirectamente, precios a través de cláusulas que, en definitiva, buscan garantizar la igualdad entre los competidores que se encuentren dentro el ámbito de aplicación del convenio. Cláusulas de este tipo pueden propiciar la fijación de precios bien porque así lo pactan de manera explícita las partes que suscriben el convenio, bien porque éstas pactan condiciones que pueden tener una incidencia más o menos directa en la conformación de los precios.
- Son diversas las ocasiones en las que las autoridades de competencia se han pronunciado acerca de la existencia de este tipo cláusulas y su compatibilidad con la normativa de competencia.
- Así, ya el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el “**TDC**”) en su resolución de 29 de enero de 2007, en el expediente sancionador 607/06, *Ayuda a domicilio*⁷, determinó que el establecimiento, mediante un convenio colectivo, de los precios mínimos por hora trabajada para la categoría de auxiliares de ayuda a domicilio que las empresas firmantes debían aplicar a sus clientes era una conducta constitutiva de una infracción del artículo 1 de la LDC. Lo anterior, a pesar de ser una conducta fruto de la negociación de un convenio colectivo sectorial, en tanto que se trataba de una cuestión que escapaba al ámbito propio de la negociación colectiva y regulaba el beneficio empresarial, siendo apta para eliminar la competencia en precios en el mercado de la prestación de servicios de ayuda a domicilio.
- En esa misma línea, la COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (en adelante, “**CNC**”) en su resolución de 16 de marzo de 2009, en el expediente S/0076/08, *Convenio Contact Center*⁸, constató que uno de los artículos del convenio de los *contact center* se ocupaba de incidir de manera significativa en los precios de los servicios mediante la obligatoria repercusión de los costes laborales (costes que se recogían en el propio convenio) en el precio de prestación de los servicios. Esa conducta, vehiculada a través de un convenio colectivo, se estimó contraria a la normativa de competencia en la medida en que, a pesar de presentar un contenido menos

⁷ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de enero de 2007, en el expediente 607/06, *Ayuda a domicilio*, disponible mediante el siguiente enlace: https://www.cnmc.es/sites/default/files/39546_7.pdf.

⁸ Resolución de la CNC de 16 de marzo de 2009, en el expediente S/0076/08, *Convenio Contact Center*, disponible mediante el siguiente enlace: https://www.cnmc.es/sites/default/files/36887_7.pdf.

preciso que el examinado en el marco del expediente 607/06, *Ayuda a domicilio*, regulaba el beneficio empresarial y producía efectos que distorsionaban la competencia en precios.

1.2. La ordenación del tiempo de trabajo y, muy en particular, de los horarios comerciales, a través de los convenios colectivos sectoriales

- Las cláusulas que recogen los convenios colectivos sectoriales, que se relacionan con la organización del tiempo de trabajo, se encuentran igualmente sujetas a la normativa de competencia, en la medida en que el tiempo de trabajo establecido mediante los convenios colectivos sectoriales es susceptible de condicionar la capacidad de las empresas para ofrecer los productos o servicios que comercializa.
- La aplicación del Derecho de la competencia a los horarios comerciales se analizó por primera vez por el TDC, en su resolución de 16 de diciembre de 1995, en el expediente sancionador 377/96, *Pan de Barcelona*⁹:
 - En dicho expediente, el TDC sancionó a varias federaciones y asociaciones por haber llevado a cabo una práctica restrictiva de la competencia, consistente en la suscripción de un convenio colectivo en el que se establecía que las pastelerías artesanas con fabricación propia comercializaran un único módulo de pan especial enriquecido en domingos y festivos. Dicho de otra manera, en domingos y festivos, sólo podían comercializar un tipo de pan.
 - Consideró el TDC que se trataba de “*un acuerdo realizado entre distintos operadores económicos que limita la libertad comercial de los que lo suscriben, puesto que consagra, por una parte, la prohibición de que los industriales panaderos fabriquen pan los domingos y festivos y, por otra, impide que los industriales pasteleros fabriquen y comercialicen piezas de pan distintas de las pactadas, conductas todas ellas posibles y lícitas*” a la luz de la normativa de aplicación.

⁹ Resolución del TDC de 16 de diciembre de 1995, en el expediente 377/96, *Pan de Barcelona*, disponible mediante el siguiente enlace: <https://www.cnmc.es/sites/default/files/72183.pdf>.

- En una tónica similar, el TRIBUNAL VASCO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (en adelante, el “TVDC”) en su resolución de 25 de noviembre de 2009, en el expediente 11/2009, *Horarios comerciales*¹⁰, entendió que el acuerdo adoptado por la llamada “Mesa de Consenso sobre Horarios Comerciales”, que consistía en limitar la apertura al público de los grandes establecimientos comerciales en festivos y domingos a dos días anuales (a pesar de que el Decreto 33/2005, de 22 de febrero, de horarios comerciales en la Comunidad Autónoma del País Vasco permitiera hacerlo ocho días anuales), era constitutivo de una infracción del artículo 1 de la LDC. El TVDC entendió que dicha limitación era equiparable a una fijación directa de condiciones comerciales y, además, era incompatible con la propia de aplicación en materia de horarios comerciales vigente en aquel entonces. Determinó el TVDC que las aperturas de festivos y domingos debían ser fijadas libremente por cada empresario, y no de manera consensuada entre competidores.

1.3. Cláusulas de los convenios colectivos sectoriales que tienen la capacidad de afectar a terceros operadores económicos

- Es posible que los convenios colectivos sectoriales incluyan cláusulas que, pudiendo revestir múltiples formas, sean susceptibles de producir efectos sobre terceros operadores económicos que no sean parte en el acuerdo.
- Esta afectación puede darse de dos posibles maneras: por un lado, mediante el establecimiento de obligaciones a terceros, regulando así el comportamiento de quien no forma parte de esa negociación; o, por otro lado, mediante la introducción de cláusulas que puedan producir efectos excluyentes para terceros, dificultando así su actividad económica injustificadamente.
- El primero de los escenarios se da típicamente cuando las estipulaciones derivadas de un convenio se imponen a operadores económicos que, en principio, estarían al margen del ámbito de aplicación de éste:

¹⁰ Resolución del TVDC de 25 de noviembre de 2009, en el expediente 11/2009, *Horarios comerciales*, disponible en mediante el siguiente enlace: https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci/adjuntos/RESOLUCION%20HORARIOS%20COMERCIALES%20PARA%20WEB.pdf.

- La CNC, en su resolución de 24 de noviembre de 2009, en el expediente sancionador 2805/07, *Empresas Estibadoras*¹¹, examinó un acuerdo con valor de convenio colectivo (el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria) que extendía su ámbito de aplicación personal a empresas no dedicadas o relacionadas con la estiba y su ámbito funcional a actividades distintas a la estiba (en particular, las que tuvieran como actividad principal las actividades complementarias a la estiba).
 - Determinó la CNC que el referido convenio se extendía más allá de sus interlocutores firmantes y que, por tanto, se acreditaba la infracción del Derecho de la competencia mediante la firma del acuerdo que contiene disposiciones por las cuales se extiende su aplicación a empresas terceras. Este planteamiento de la CNC fue confirmado, en última instancia, por el TRIBUNAL SUPREMO que, mediante su sentencia de 8 de marzo de 2016 (recurso número 1666/2013)¹², confirmó que el ámbito definido en el convenio excedía de la actividad de la estiba y desestiba, restringiendo así la competencia en el mercado de los servicios portuarios.
- El segundo de los escenarios posibles es el que se da cuando las partes negociadoras deciden excluir de forma expresa determinadas empresas que cumplen con las condiciones para prestar los servicios, sin que exista motivo objetivo alguno que lo justifique:
 - La CNMC, en su resolución de 26 de septiembre de 2018, en el expediente S/DC/0596/17, *Estibadores Vigo*¹³, examinó un conjunto de acuerdos suscritos entre varias entidades que, en definitiva, consistían en la creación de una reserva en exclusiva para los trabajadores de las Sociedades Anónimas de Gestión de Trabajadores Portuarios (conocida como “**SAGEP**”) de actividades complementarias a las de la estiba que habían sido recientemente liberalizadas por la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003.

¹¹ Resolución de la CNC de 24 de noviembre de 2009, en el expediente 2805/07, *Empresas Estibadoras*. Resolución disponible mediante enlace: https://www.cnmc.es/sites/default/files/34234_9.pdf.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2016 (recurso número 1666/2013), disponible mediante el siguiente enlace: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/61c0083935b5b136/20160322>.

¹³ Resolución de la CNMC de 26 de septiembre de 2018, en el expediente S/DC/0596/17, *Estibadores Vigo*, disponible mediante el siguiente enlace: https://www.cnmc.es/sites/default/files/2121960_27.pdf

- Entendió la CNMC que los acuerdos controvertidos “[encarecía] los servicios complementarios a la estiba y [producían] beneficios tanto a la SAGEP como a los trabajadores vinculados con ella, dado que se les [permitía] realizar determinadas actividades en régimen de monopolio y obtener por tanto las rentas inherentes a toda actividad monopolística”, beneficiaba a las empresas estibadoras y contribuía a que estas mantuvieran su *status quo*, “eliminando un posible factor de competencia entre las mismas basado en la contratación de nuevos trabajadores ajenos a la SAGEP”. Concluyó la CNMC que la adopción de dichos acuerdos era, por tanto, una práctica contraria a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

1.4. La prohibición de las empresas de contratación de trabajadores a través de Empresas de Trabajo temporal recogida en convenios colectivos sectoriales

- El artículo 43 del ET prevé de forma manifiesta la figura de las empresas de contratación de trabajadores, siempre que se efectúe a través de una ETT debidamente autorizada.
- La prohibición de contratar trabajadores a través de una ETT es susceptible de restringir la competencia efectiva desde una doble perspectiva: en primer lugar, porque limita la libertad del empresario en la medida en que a éste se le impide el uso de un servicio (esto es, la contratación de trabajadores a través de una ETT), situándole así en una desventaja competitiva en relación con otras empresas no sometidas a dicha prohibición; y en segundo lugar, porque hace imposible para la ETT excluida prestar sus servicios a un amplio conjunto de operadores (todos a los que abarque el convenio colectivo).
- No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que este tipo de prohibición ha sido puntualmente validada por nuestros tribunales, admitiéndose su inclusión en un convenio colectivo.
- En este sentido, se encuentra la interesante sentencia del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA de 10 de julio de 2022 (recurso número 1573/2001)¹⁴:

¹⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 10 de julio de 2001 (recurso número 1573/2001), disponible mediante el siguiente enlace: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/55edd2ac7d49fbc2/20040207>.

- En este caso, una asociación de ETT impugnó el artículo 7 del Convenio Colectivo del Sector del Manipulado y Envasado de Frutas, Hortalizas y Patata temprana y extratemprana de Granada y su provincia que establecía lo siguiente en sus letras d) y e):

“d) En las empresas que tengan contratados/as trabajadores/ as con carácter fijo, fijo-discontinuo o eventuales. Sólo se podrán utilizar contratos de puesta a disposición de empresas de trabajo temporal cuando con dichos/as trabajadores/as no se puedan cubrir las posibles eventualidades”.

“e) Las necesidades productivas que no puedan ser atendidas por los/as trabajadores/as fijos, fijos- discontinuos, se cubrirán con eventuales, o con contrato 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”.

- A criterio del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, la letra d) no suponía lesión alguna, pues evidenciaba una realidad, y es que, si un empleador no precisa de esos trabajadores, dadas las circunstancias particulares, no tenía motivo por el que recurrir a dicha figura.
- Por lo que se refiere a la letra e), centrándose en la restricción de mantenimiento de la relación más de una temporada, el citado tribunal manifestó que las partes que suscribieron el convenio eran libres de regular las condiciones de trabajo, y ello por cuanto se trata de un precepto obligatorio inter partes, que no contraría ni el orden público ni las leyes.

1.5. La limitación de la subcontratación recogida en convenios colectivos sectoriales

- Al igual que ocurre con la figura de las ETT, el artículo 42 del ET contempla de forma expresa la posibilidad de llevar a cabo este tipo de negocios jurídicos.
- Aunque no es del todo habitual, tampoco es extraño observar que los convenios colectivos sectoriales incluyan una cláusula orientada a limitar, en mayor o menor medida, la posibilidad

de subcontratar obras o servicios con otras empresas (competidoras directas o que desarrollean su actividad en otro mercado).

- Cláusulas que promueven la limitación de la subcontratación son, efectivamente, susceptibles de restringir la competencia toda vez que limitan la libertad del empresario de recurrir a los servicios de otro operador si lo estima oportuno, lo que tradicionalmente ocurre cuando el empresario no dispone de los medios para prestar una obra o servicio determinado o le resulta más beneficioso encomendar la prestación a otro operador. De esta manera, se dificulta el acceso al mercado de aquellas empresas con posibilidades de ser subcontratadas. Éstas, además, fomentan la ineficiencia productiva que, en última instancia, puede traducirse en un perjuicio para el consumidor.
 - Acerca de la legalidad de los límites de la subcontratación en los convenios colectivos se pronuncia la Audiencia Nacional en su sentencia de 7 de noviembre de 2001 (recurso número)¹⁵, en la que analizó si la limitación de la subcontratación en un convenio colectivo era contraria al artículo 38 de la CE, el artículo 85 del ET y el artículo 1.1 de la LDC.
 - Dicha limitación estaba redactada en los siguientes términos: *“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”*.
 - A pesar de no haber sido parte en el convenio, la demandante dijo verse perjudicada por el contenido de dicha limitación por su condición de “cooperativas de trabajo asociado”.
 - La Sala, a pesar de aceptar que el convenio era susceptible de generar efectos frente a terceros, avaló la legalidad de la limitación descrita, señalando que *“Es claro que el fomento de la contratación por cuenta ajena, frente a la subcontratación, o sea la satisfacción preferente de las necesidades laborales de la empresa con personal interno, propio no constituye una política ajena al ámbito de la potestad normativa de la*

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2011 (recurso número 2/2001), disponible a través del siguiente enlace: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5a5f01d311299072/20040618>.

autonomía laboral, que delinea el art. 85 del E.T y desde luego no supone práctica restrictiva de la competencia al tratarse de una norma “ad intra” de la empresa, esto es dirigida a distribuir sus elementos constitutivos, y sin proyectarse “ad extra”, al mercado competitivo”.

- Y añadió que “*la decisión de optar, en ciertas proporciones, entre la contratación de trabajadores o la subcontratación de autónomos, lejos de suponer infracción del derecho de libertad de empresa, es ejercicio genuino de la misma, que al utilizar dos itinerarios productivos, admitidos ambos por la ley, y basados en diferentes regímenes jurídicos, no puede suponer discriminación alguna*”.
- También en relación con la figura de la subcontratación y su análisis desde la perspectiva de defensa de la competencia consta la reciente sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de junio de 2022 (recurso número 550/2016)¹⁶, que estimó parcialmente un recurso contra la resolución de la CNMC de 10 de noviembre de 2016, en el expediente S/DC/0555/12, *Prosegur – Loomis*¹⁷, en la que señaló que, en términos generales (y no estrictamente mediante la firma de un convenio colectivo), “*la subcontratación está prevista legalmente por la normativa sectorial y que limitar la subcontratación supondría eliminar la competencia efectiva que existe en un mercado ya concentrado en dos operadores nacionales puesto que Prosegur es la única empresa en España que tiene capacidad suficiente para prestar sus servicios en todo el territorio nacional*”.

B. Identificación de los principales y más destacados convenios colectivos provinciales y autonómicos en el ámbito del País Vasco

- Al objeto de identificar y analizar los principales convenios colectivos sectoriales de mayor relevancia en el ámbito geográfico del País Vasco, se ha tenido en cuenta, en primer lugar, el

¹⁶ Sentencia de la Audiencia nacional de 23 de junio de 2022 (recurso número 550/2016), disponible a través del siguiente enlace: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c9d4597d2853dcd4a0a8778d75e36f0d/20220714>.

¹⁷ Resolución de la CNMC de 10 de noviembre de 2016, en el expediente S/0555/15, *Prosegur-Loomis*, disponible a través del siguiente enlace: https://www.cnmc.es/sites/default/files/1026369_0.pdf.

Producto Interior Bruto (PIB) del País Vasco, fragmentado en las diferentes actividades que causan mayor impacto en la economía.

- De acuerdo con un informe sociolaboral realizado por el CONSEJO DE RELACIONES LABORALES DEL PAÍS VASCO en abril de 2022¹⁸ y las estadísticas¹⁹ del INSTITUTO VASCO DE LA ESTADÍSTICA de abril de 2022, los sectores predominantes son el industrial y el sector servicios:

Producto interior bruto y sus componentes

TASAS DE VARIACIÓN INTERANUAL			
	CAPV	ÚLTIMO DATO	ESTADO
PRODUCTO INTERIOR BRUTO	4,7	IV. TRIM 2021	6,4
AGROPECUARIO	2,6		-1,3
INDUSTRIA	4,3		1,3
CONSTRUCCIÓN	0,5		1,1
SERVICIOS	5,4		8,3

- A la vista de que los sectores que prevalecen en términos puramente económicos son el industrial y el sector servicios, los convenios que se analizan son el Convenio Colectivo del comercio en general, de la alimentación, del comercio de metal, de la Hostelería y de la Siderometalurgia.
- A lo anterior se suma que, entre los varios convenios colectivos que han sido objeto de estudio por las autoridades de competencia, incluida la propia AVC, se encuentran precisamente los convenios hosteleros, los de ayuda a domicilio y los relacionados con el sector de la estiba portuaria.

¹⁸ Dicho informe se encuentra disponible mediante el siguiente enlace: https://www.crl-lhk.eus/wp-content/uploads/2022/05/CRL-Informacion-sociolaboral_marzo-abril_2022.pdf.

¹⁹ Las citadas estadísticas se encuentran disponibles mediante el siguiente enlace: https://www.eustat.eus/elementos/el-pib-de-la-ca-de-euskadi-encadena-siete-trimestres-de-crecimiento-consecutivos-despues-de-aumentar-un-10-en-el-primer-trimestre-del-2022-/not0019896_c.html.

- Partiendo de lo anterior, los convenios colectivos sectoriales del País Vasco objeto de análisis son los que se identifican a continuación, relacionándose con cinco sectores distintos (comercio, hostelería, siderometalurgia, ayuda a domicilio y estiba):

Convenio	Fecha de publicación	Provincia
<u>Acuerdo Marco del Comercio</u>	08/01/2016	CAPV
<u>Comercio de metal</u>	23/03/2007	Álava
<u>Comercio de metal</u>	15/01/2007	Guipúzcoa
<u>Comercio de metal</u>	23/07/2018	Bizkaia
<u>Comercio de alimentación</u>	11/10/2017	Álava
<u>Comercio de alimentación</u>	26/01/2022	Bizkaia
<u>Acuerdo Marco de la Hostelería</u>	04/02/2021	CAPV
<u>Hostelería</u>	18/09/2018	Bizkaia
<u>Hostelería</u>	07/12/2018	Álava
<u>Hostelería</u>	05/02/2009	Guipúzcoa
<u>Siderometalúrgica</u>	28/02/2020	Bizkaia
<u>Siderometalúrgica</u>	14/09/2016	Álava
<u>Siderometalúrgica</u>	24/11/2020	Guipúzcoa
<u>Ayuda a domicilio</u>	20/05/2014	Bizkaia
	06/07/2022	Bizkaia

C. Análisis desde la perspectiva de defensa de la competencia de los principales y más destacados convenios colectivos provinciales y autonómicos del País Vasco

- Tras identificar las disposiciones de los convenios colectivos cuyo contenido es relevante desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, se ha realizado un análisis global de éstas. Este estudio se ha materializado en un compendio de las cláusulas destacadas:

Cláusula tipo número 1	
Cuestión objeto de análisis	La limitativa regulación de las horas extraordinarias en la mayoría de los convenios colectivos analizados
Descripción de la cláusula	<p>La regulación de las horas extraordinarias es una cuestión que, de manera muy recurrente, es regulada en los convenios colectivos sectoriales, al igual que sucede con las retribuciones, las primas y los pluses.</p> <p>Las horas extraordinarias están, en la mayoría de los convenios colectivos sectoriales, prohibidas. De tal prohibición se exceptúan algunas circunstancias tasadas, como son las situaciones de urgente necesidad o de fuerza mayor.</p> <p>De los convenios se desprende que la reducción o prohibición de las horas extraordinarias se percibe como una solución óptima para el fomento de la creación de empleo.</p>
Análisis	<p>Desde una estricta perspectiva del Derecho de la competencia, este tipo de cláusulas podrían conducir a una homogeneización de las condiciones de carácter laboral en todo un sector en lo que se refiere al límite de horas posibles realizadas por trabajador.</p> <p>La limitación de la carga de trabajo por trabajador que las empresas se ven obligadas a asumir como consecuencia del convenio colectivo tiene en muchos casos su justificación desde la perspectiva de la protección del empleado, aunque puede también propiciar un efecto de redistribución de trabajo en el sector. En efecto, una empresa no podrá o estará fuertemente desincentivada a asumir trabajos solicitados por sus clientes que no puedan ser atendidos por no disponer de recursos adicionales (horas) en su plantilla.</p> <p>Esto puede tener el efecto de que las empresas puedan verse obligadas a rechazar trabajos por falta de capacidad o, en su defecto, a intentar contratar recursos humanos adicionales (con las importantes</p>

	dificultades de toda contratación laboral, excesivo tiempo que eso conlleva e incierto resultado en sectores en los que, por la existencia de los propios convenios colectivos, todos los empleados perciben el mismo salario).
--	---

Cláusula tipo número 2	
Cuestión objeto de análisis	La fijación de los salarios
Descripción de la cláusula	<p>La fijación de las retribuciones de los trabajadores mediante negociación colectiva es una cuestión regulada en todos los convenios colectivos sectoriales analizados.</p> <p>En todo caso, debemos señalar que la redacción de este tipo de cláusulas es verdaderamente diversa.</p> <p>Así, en algunos convenios, se establece una fijación del salario mínimo, mientras que, en otros, no se precisa el carácter de mínimo, invitando a pensar que se trata de una fijación de salarios exacta.</p>
Análisis	<p>Tanto la fijación mínima de salarios como su fijación concreta pueden ser susceptibles de desincentivar una competencia efectiva a nivel empresarial.</p> <p>El anterior planteamiento se hace estableciendo cierta analogía entre la fijación de salarios y la fijación de precios que, además de consistir en una pérdida de autonomía de las empresas, es susceptible de dar lugar a una alineación en lo que al nivel salarial se refiere, desincentivando una práctica bastante común en aquellos mercados no regulados por convenios colectivos, como es la captación de empleados mediante la presentación de ofertas más atractivas desde un punto de vista salarial.</p> <p>La existencia de este tipo de cláusula que, o bien fijan el salario que debe pagarse, o bien fijan un suelo que actúa como referencia del salario que el empleador pagará al empleado, desincentiva la competencia entre las empresas y, además, priva a los trabajadores de la posibilidad de obtener salarios más elevados o mejoras sus condiciones laborales.</p>

Cláusula tipo número 3	
Cuestión objeto de análisis	La obligación de concertar una póliza de seguro con determinados operadores
Descripción de la cláusula	Todos los convenios colectivos sectoriales analizados recogen la obligación a las empresas consistente en contratar un seguro a favor de sus trabajadores.

	<p>No obstante, esta es una cláusula que, lejos de estar estandarizada, presenta una gran variedad de fórmulas. Ahora bien, existe cierto común denominador, y es que la mayoría de ellas detallan las pólizas a contratar y el importe de éstas.</p> <p>Se entiende que la cláusula que obliga a elegir la mutua de acuerdo con los representantes legales de los trabajadores es respetuosa con la normativa de competencia, pues no implica una limitación de principio que excluya a determinadas empresas o mutuas de la posibilidad de contratar.</p> <p>Distinto sería aquel caso en el que las partes negociadoras decidiesen excluir de forma expresa, en el propio convenio, a determinadas mutuas, o bien que señala de manera expresa con qué mutua debería contratarse el seguro obligatorio.</p>
--	--

Cláusula tipo número 4	
Cuestión objeto de análisis	Garantías Sindicales relacionadas con el acceso a determinada información sensible de carácter empresarial
Descripción de la cláusula	<p>En la totalidad de los convenios colectivos sectoriales analizados se desarrollan, mediante uno o varios artículos, las garantías sindicales del Comité de Empresa y de los Delegados de Personal, entre algunos otros órganos.</p> <p>Estas estipulaciones, en su gran mayoría, recogen que dichos órganos serán informados e informarán periódicamente acerca de la marcha de la empresa.</p> <p>Algunos convenios son un poco más específicos, y se refieren a información más concreta como los expedientes de clasificación profesional o el sistema de incentivos.</p>
Análisis	<p>Prácticamente ninguno de los convenios colectivos sectoriales analizados garantiza el tratamiento confidencial de dicha información.</p> <p>La inclusión del deber de guardar sigilo profesional es un aspecto a destacar muy positivamente, encontrándose en consonancia con la Ley 1/2019, de Secretos Comerciales, pues es una medida que previene la conducta anticompetitiva consistente en el intercambio de información sensible y otras conductas igualmente incompatibles con la normativa de defensa de la competencia.</p>

Cláusula tipo número 5	
Cuestión objeto de análisis	En relación con la posibilidad de contratar ETT

Descripción de la cláusula	En la totalidad de los convenios colectivos sectoriales analizados se desarrolla, mediante uno de varios artículos, la posibilidad de contratar trabajadores a través de una ETT.
Análisis	La nota general que se observa en los convenios colectivos sectoriales analizados es positiva en la medida en que, en su práctica totalidad, los convenios hacen posible la contratación de los servicios puestos a disposición por las ETT.

Cláusula tipo número 6	
Cuestión objeto de análisis	La inexistencia de restricciones en la identidad del operador que presta los servicios de formación
Descripción de la cláusula	<p>La formación profesional continua es, hoy en día, considerado una verdadera necesidad, lo que se desprende del hecho de que sean múltiples los convenios aquí analizados que incluyen cláusulas orientadas a asegurar que los trabajadores de las empresas reciban formación.</p> <p>Todos los convenios analizados que incluyen cláusulas de este tipo, prevén la constitución de una Comisión Paritaria de Formación Continua, destinada a promover la formación y, muy en particular, estudiando las necesidades de cada empresas para identificar las necesidades formativas tanto de los trabajadores como de la propia empresa.</p> <p>Lo cierto es que este tipo de cláusulas presentan una redacción muy similar en los convenios analizados que la incluyen.</p>
Análisis	De esta redacción tan parecida, cabe destacar positivamente el hecho de que no se discrimina a unas frente a otras en lo que se refiere a la prestación de servicios de formación.

IV. Análisis de los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de los trabajadores por cuenta propia sin asalariados

- De acuerdo con las Directrices sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión a los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados²⁰ (en adelante, “**las Directrices relativas a las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados**”) se entiende por “persona que trabaja por cuenta propia sin asalariados” toda aquella “*persona que no tiene un contrato de trabajo o que no*

²⁰ Directrices publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea el 30 de septiembre de 2022, 2022/C 374/02, disponibles mediante el siguiente enlace: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0930\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0930(02)&from=EN).

mantiene una relación laboral y que depende principalmente de su propio trabajo personal para la prestación de los servicios de que se trate”.

- El derecho de los trabajadores por cuenta propia sin asalariados a negociar colectivamente nunca ha sido cuestionado, estando éste ampliamente consagrado por el ordenamiento jurídico.
- Dicho lo anterior, cabe preguntarse si los convenios colectivos fruto de las negociaciones por parte de estos trabajadores deberían entenderse excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de competencia. La sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 2014, en el asunto C-413/13 (*FNV Kunsten*)²¹, se encargó de dar una respuesta a esta cuestión:
 - En ese caso, una organización sindical y una asociación de músicos celebraron un convenio colectivo acerca de los músicos sustitutos. Una de sus cláusulas estipulaba el abono de una serie de honorarios mínimos, no sólo a los sustitutos empleados por contrato laboral (es decir, los sustitutos por cuenta ajena), sino también a los sustitutos que ejercieran su actividad a través de un contrato por obra o servicios y que, por tanto, no tenían, a efectos del convenio, consideración de trabajadores (eran, entonces, sustitutos autónomos).
 - Adoptado el convenio, la Autoridad de Competencia de los Países Bajos (en adelante, la “ACM”) publicó un documento en el que declaró que las disposiciones de los convenios colectivos que estipularan honorarios mínimos debían entenderse incompatibles con la normativa de competencia.
 - Tras dicho pronunciamiento, la organización sindical firmante del convenio colectivo que afectaba a los músicos sustitutos decidió impugnarlo judicialmente con el objetivo de que se rectificara de conformidad con el criterio expresado por la citada autoridad de competencia.

²¹ Sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 2014, en el asunto C-413/13 (*FNV Kunsten*), disponible mediante el siguiente enlace: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=160305&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6168384>.

- El tribunal neerlandés que conoció el asunto decidió elevar una cuestión prejudicial al TJUE acerca de si la prohibición contenida en el artículo 101 del TFUE debía entenderse aplicable a las disposiciones de los convenios colectivos que establezcan unos honorarios mínimos para los prestadores autónomos de servicios que realicen para un empresario la misma actividad que los trabajadores por cuenta ajena.
 - La respuesta del TJUE fue que las disposiciones relativas a la negociación colectiva en relación con los trabajadores por cuenta propia sin asalariados no se encuentran fuera del ámbito de aplicación del artículo 101 del TFUE, a no ser que el prestador sea un “falso autónomo”, es decir, que se encuentre en una situación comparable a la de los trabajadores por cuenta ajena.
 - En este sentido, apuntó que el hecho de que una legislación nacional califique a una persona como autónoma no impide que esa persona sea calificada como trabajador en sentido de la legislación de la Unión, si su independencia es meramente teórica, ocultando así una relación laboral.
 - En definitiva, las personas que trabajen por cuenta propia son “empresas” en el sentido del artículo 101 del TFUE, ofreciendo sus servicios a cambio de una remuneración en un mercado determinado y ejerciendo sus actividades como operadores económicos independientes.
- En la actualidad, la Comisión Europea ha observado que el número de trabajadores autónomos en la Unión no para de crecer, lo que ha propiciado la publicación de numerosas leyes y directrices que recogen el derecho de los trabajadores autónomos a negociar colectivamente.
 - A título ilustrativo, en noviembre de 2019, la ACM publicó las Directrices sobre acuerdos de precios entre trabajadores autónomos (en adelante, las “**Directrices sobre acuerdos entre autónomos de la ACM**”)²² que amplía las posibilidades de que convenios colectivos entre trabajadores autónomos sean compatibles con el Derecho de la competencia:

²² Directrices “*Price arrangements between self-employed workers*”, disponibles mediante el siguiente enlace: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/guidelines-on-price-arrangements-between-self-employed-workers.pdf>.

- En sus Directrices sobre acuerdos entre autónomos, la ACM explica que pueden darse situaciones en las que las normas de competencia no deben resultar aplicables o en las que no procede la imposición de una sanción. En particular, la ACM proporciona una lista exhaustiva de estas situaciones, que con las que a continuación se explican de manera muy sucinta:
 - (i) Cuando las personas que trabajan por cuenta propia y sin asalariados desempeñan sus labores “codo con codo” con trabajadores por cuenta ajena. Entiende la ACM que los primeros se encuentran en una situación similar a la de los trabajadores por cuenta ajena, y ello por cuanto prestan sus servicios bajo la dirección del empleado y no asumen riesgos comerciales ni gozan de independencia en cuanto al ejercicio de la actividad económica.
 - (ii) Cuando los volúmenes de negocio o las cuotas de mercado son reducidos, en tanto que la normativa de competencia no se aplica a los acuerdos de poca importancia. Esta excepción resulta de aplicación en dos situaciones concretas:
 - (a) Acuerdos dentro de grupos formados por un máximo de ocho trabajadores autónomos con un volumen de negocio colectivo que no supere los 1.1 millones de euros.
 - (b) Acuerdos entre trabajadores autónomos con una cuota de mercado colectiva no superior al 10%.
 - (iii) Cuando los acuerdos, a pesar de restringir la competencia, contribuyen, en su conjunto, al bienestar de los consumidores. Para poder acogerse a esta excepción, es necesario que el acuerdo mejore la protección social de los trabajadores autónomos y no vaya más allá de lo estrictamente necesario. Además, como requisito añadido, los compradores de los servicios prestados por los trabajadores autónomos también deben ser beneficiarios del acuerdo.
 - (iv) Como última excepción, la ACM señala que no deberán sancionarse conductas que constituyan la adopción de acuerdos entre trabajadores autónomos que tengan por objeto fijar una tarifa mínima con el fin de garantizar el nivel de subsistencia de los trabajadores autónomos como, por ejemplo, las prestaciones a la seguridad social.

- Con el objetivo de aclarar la aplicación de las normas de competencia a las negociaciones colectivas de los trabajadores autónomos, recientemente, el pasado 29 de septiembre de 2022, la Comisión Europea adoptó las Directrices relativas a las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados, anteriormente mencionadas:
 - El objetivo de dichas Directrices no es otro que establecer los principios para evaluar, con arreglo al artículo 101 TFUE, los acuerdos celebrados como resultado de la negociación colectiva entre personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados y una o varias empresas.
 - Su ámbito de aplicación material se circscribe a los acuerdos negociados y celebrados colectivamente entre personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados o sus representantes y sus contrapartes y su ámbito de aplicación personal incumbe a las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados.
 - Estas Directrices identifican distintos escenarios en los que se entiende que los trabajadores por cuenta propia sin asalariados pueden reunirse para negociar colectivamente mejores condiciones de trabajo sin infringir la normativa de competencia. A continuación, profundizamos en cada uno de estos escenarios a partir de un conjunto de tablas en las que se identifica, por un lado, la categoría de trabajador identificada por la Comisión Europea y, por el otro, la justificación para que éstos puedan negociar colectivamente sin que ello contravenga la normativa de competencia.

Escenario nº1. Convenios colectivos celebrados por personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados que se encuentran en una situación equiparable a la de quienes trabajan por cuenta ajena (apartado 3 de las Directrices relativas a las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados)

Categoría	Breve descripción
Personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados y son económicamente dependientes (apartado 3.1)	La Comisión considera que las personas identificadas se encuentran en una situación de dependencia económica si perciben, al menos, el 50% de sus ingresos totales por rendimientos del trabajo de una sola contraparte en un periodo de uno a dos años.
Personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados “codo con codo” con trabajadores por cuenta ajena (apartado 3.2)	Estos trabajadores prestan sus servicios bajo la dirección de su contraparte, no asumen los riesgos comerciales de la actividad y no gozan de independencia en cuanto al ejercicio de ésta.
Personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados a través de plataformas digitales de trabajo (apartado 3.3)	Las plataformas digitales de trabajo, por lo general, imponen unilateralmente las condiciones de la relación. Esto último conduce a una dependencia hacia las plataformas para, entre otras cuestiones, llegar a sus clientes con ofertas de trabajo definitivas y con poco o ningún margen para negociar sus condiciones laborales, entre ellas, la remuneración.

Escenario nº2. Situaciones de desequilibrio en el poder de negociación

Categoría	Breve descripción
Personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados (apartado 4.1)	<p>Esta situación se da cuando los trabajadores tengan dificultades en influenciar sus condiciones de trabajo por encontrarse en una posición negociadora débil.</p> <p>Estas situaciones se dan como consecuencia directa de tratar con una o varias contrapartes que tienen un cierto nivel de potencia económica y, por tanto, de poder de demanda.</p> <p>Bajo estas circunstancias, a criterio de la Comisión Europea, los convenios colectivos suponen un medio legítimo para corregir el desequilibrio.</p> <p>Las Directrices presumen que existe dicho desequilibrio cuando:</p>

	<p><i>"a) cuando las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados negocien o celebren convenios colectivos con una o más contrapartes que representen a todo un sector o industria;</i></p> <p><i>b) cuando las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados negocien o celebren convenios colectivos con una contraparte cuyo volumen de negocios anual total o balance anual total sea superior a 2 000 000 EUR o cuyo número de empleados sea igual o superior a diez personas, o con varias contrapartes que rebasen conjuntamente uno de esos umbrales".</i></p>
--	---

Escenario nº3. Los trabajadores por cuenta propia negocian colectivamente de conformidad con la legislación

Categoría	Breve descripción
Personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados (apartado 4.2)	<p>El legislador nacional y europeo, en algunas ocasiones, corrige el desequilibrio en el poder de negociación de la contraparte.</p> <p>El legislador tiene la potestad de, por un lado, conceder a los trabajadores por cuenta ajena sin asalariados el derecho a la negociación colectiva y, por otro, excluir del ámbito de aplicación de la normativa de competencia los convenios colectivos de los trabajadores por cuenta propia sin asalariados en determinadas profesiones.</p> <p>A modo de ejemplo, las Directrices citan la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo²³, que establece el derecho a recibir una remuneración adecuada y proporcionada a los autores y artistas, ya que éstos tienden a encontrarse en una posición contractual más débil, cuando concedan licencias o cedan sus derechos.</p>

²³ Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (DO L 130 de 17.5.2019, p. 92), disponible mediante el siguiente enlace: <https://www.boe.es/doue/2019/130/L00092-00125.pdf>.

	La Directiva otorga flexibilidad a los Estados miembros para aplicar este principio, entre ellos, mediante la negociación colectiva.
--	--

V. Análisis de otras prácticas en el ámbito laboral que son susceptibles de afectar a la competencia en el mercado

- En este apartado, analizaremos tres tipos de conductas del ámbito de la defensa de la competencia que se relacionan con figuras expresamente reconocidas en el ordenamiento jurídico, pero cuyo empleo de forma fraudulenta o indebida es susceptible de generar una reducción de la competencia y, por tanto, resultar incompatible con la normativa de competencia.
- Muy en particular, se analiza la figura de la subrogación de los trabajadores prevista en las cláusulas contenidas en los procedimientos de licitación (apartado 1); la inclusión de las llamadas “cláusulas sociales” en los pliegos de los procedimientos de contratación pública (apartado 2); las cláusulas de no captación que imponen restricciones de contratación de trabajadores (apartado 3); y la problemática en torno a la clasificación de los trabajadores que desempeñan labores en las plataformas digitales, contribuyendo al poder de monopsonio de éstas (apartado 4).

1. La instrumentalización de las obligaciones de subrogación de trabajadores

- La subrogación de trabajadores, como es sabido, tiene lugar cuando se da un cambio en la titularidad de una empresa, una unidad productiva autónoma o un centro de trabajo, y la plantilla de trabajadores que forman parte de estos últimos se mantiene. Es decir, a pesar de que haya un cambio de manos de la empresa, unidad o centro, la plantilla de trabajadores se conserva de tal manera que estos últimos no pierden sus respectivos empleos.
- Como es lógico, las cláusulas que obligan a la subrogación tienen como último fin la preservación del empleo, siendo este un objetivo legítimo y una práctica habitual,

ampliamente aceptada y extendida. Las cláusulas de este tipo, en principio, no contravienen la normativa de competencia, pues encuentran amparo en el artículo 44 del ET, que se ocupa de regular de manera expresa esta figura.

- Se trata de una figura permitida en el ordenamiento jurídico, en relación con la que, no obstante, se ha apreciado un uso indebido en el marco de actuaciones consideradas restrictivas de la competencia.

1.1. Las cláusulas que obligan a la subrogación de los trabajadores en el ámbito de la contratación pública que pueden restringir la competencia en el marco de los procedimientos de licitación

- Es común que, en el ámbito de la contratación pública, los órganos licitantes incluyan en sus pliegos una cláusula obligatoria y específica que consista en el cumplimiento de la subrogación automática que recoja el convenio aplicable en cada caso concreto.
- Hasta hace relativamente poco, la obligación de subrogación automática recogida en los pliegos de las licitaciones era un aspecto reconocido y ampliamente aceptado en el ámbito del Derecho laboral, por lo que no se cuestionaba su posible incompatibilidad con la normativa de competencia.
- En ese sentido, el TJUE, en su sentencia de 25 de enero de 2001, en el asunto C-172/99 (*OY Likenne*)²⁴, apuntó que la obligación de subrogarse no es susceptible de falsear el juego de la libre competencia, incluso en aquellos casos en los que el titular que, hasta el momento, era titular de la concesión vuelve a presentarse. Al respecto, el TJUE añadió que *“desde luego, la empresa que ha sido la antigua concesionaria conoce exactamente, a diferencia de sus competidores, los costes en que tuvo que incurrir para garantizar el servicio que es objeto del contrato público; sin embargo (...) esta situación es inherente al sistema y no puede justificar la inaplicación de las legislaciones sociales”*.
- No obstante, es precisamente esa asimetría informativa sobre el servicio objeto de la licitación la que hace posible que, en la práctica, puedan darse situaciones en las que termina teniendo

²⁴ Sentencia del TJUE de 25 de enero de 2001, en el asunto C-172/99 (*OY Likenne*), disponible mediante el siguiente enlace: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=46014&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6170362>.

lugar una restricción de la competencia en el marco de un procedimiento de contratación pública.

- Efectivamente, desde la perspectiva de la normativa de competencia, el uso de esta figura puede derivar en situaciones en las que empresas que han explotado el servicio hasta el momento, a través del falseamiento o la aportación imprecisa de la información suministrada a la Administración Pública acerca de los trabajadores subrogables, se beneficien a través de la eliminación de la competencia de otros operadores.
- Esto sería posible, como decimos, gracias a una patente asimetría informativa entre la empresa originalmente concesionaria (que se presenta para explotarla nuevamente), los demás licitadores que participan en el proceso de licitación y, lógicamente, la Administración Pública de turno.
- En relación con esta cuestión, la COMISIÓN GALLEGA DE LA COMPETENCIA (en adelante, “**CGC**”) en su resolución de 8 de julio de 2020, en el expediente S 3/2020, *Arriva Noroeste*²⁵, sancionó a una empresa por haber suministrado a la Administración Pública, a petición de esta última, datos incorrectos acerca de los trabajadores que debían ser objeto de subrogación y que, por lo tanto, debían subrogarse en el nuevo prestatario de los servicios. En este caso, lo que ocurrió fue que la Administración Pública abrió un nuevo proceso de licitación, para lo que entendió necesario requerir a la empresa renunciante información precisa del personal en la medida en que existía el deber de subrogación de los trabajadores.
- En su resolución, la CGC recalcó que el número de trabajadores sujetos a subrogación constituye un factor determinante del coste de la oferta y que mediante la conducta que llevó a cabo la empresa titular hasta el momento, lo que esta última pretendía “*eliminar por medios desleales al resto de operadores*”.
- En relación con el desincentivo que, en la competencia, generan este tipo de cláusulas, debemos destacar que son habituales las quejas de algunas empresas participantes en procedimientos de licitación, que se muestran disconformes con la imposición de la

²⁵ Resolución de la CGC de 8 de julio de 2020, en el expediente S 3/2020, *Arriva Noroeste*, disponible mediante el siguiente enlace: https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/RES_3_2020_cast_0.pdf.

subrogación en la medida en que hace menos atractiva la presentación de ofertas por parte de las empresas, y ello por cuanto supone un incremento de la carga laboral. Así se desprende, por ejemplo, de la resolución de la CNMC de 16 de junio de 2021, en el expediente S/0011/19, *Transporte cántabro de viajeros*²⁶, que apunta que una de las empresas manifestó que el sobrecoste derivado de la subrogación de personal suponía una carga excesiva y una justificación para no licitar.

1.2. La subrogación impuesta prevista en los convenios colectivos

- La obligación de subrogación, prevista en numerosos convenios colectivos, obliga a la empresa entrante a subrogarse en las relaciones de trabajo. A pesar de que una obligación como ésta podría percibirse como limitativa de la libertad de organización de una empresa, lo cierto es que esta es una obligación muy recurrente en los convenios colectivos²⁷.
- Sin perjuicio de su aparente amplia aceptación, existe la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, las autoridades de competencia entiendan que una cláusula de este tipo sea nociva a la luz de las reglas de competencia. Tal fue el caso en la resolución de la CNMC de 18 de septiembre de 2020, en el expediente S/DC/0619/17, *Acuerdo Marco de la Estiba*²⁸.
 - En ese caso, la CNMC examinó un acuerdo por el que se modificaba el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria a raíz de la introducción del Real Decreto 8/2017, de 12 de mayo, que permitía a las empresas accionistas de la SAGEP separarse de ésta, sin más condiciones que la venta de sus acciones al resto de accionistas que decidían continuar en ella.
 - El acuerdo controvertido examinado por la CNMC introducía una serie de obligaciones adicionales, por ejemplo, ciertas obligaciones impuestas a las empresas que se separaban relativas a la obligación de subrogación del personal estibador de la SAGEP de una forma

²⁶ Resolución de la CNMC de 16 de junio de 2021, en el expediente S/0011/19, *Transporte Cántabro de Viajeros*, disponible a través del siguiente enlace: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3587358_33.pdf.

²⁷ En ese sentido, de entre los convenios colectivos sectoriales del País Vasco analizados en el presente estudio, destacamos el Convenio Colectivo de Hostelería de Guipúzcoa, el Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de Bizkaia y el Convenio Colectivo del Sector de Ayuda a domicilio de Bizkaia, pues contemplan expresamente la figura de la subrogación.

²⁸ Resolución de la CNMC de 18 de septiembre de 2020 en el expediente S/DC/0619/17, *Acuerdo marco de la estiba*, disponible mediante el siguiente enlace: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3144769_11.pdf.

determinada (entre otros, se especificaban los criterios de asignación de los trabajadores que deberían subrogarse y el número de trabajadores).

- La CNMC entendió que una modificación como la efectuada por el acuerdo controvertido generaba el efecto de impedir una competencia efectiva en la medida en que (i) suponía una limitación injustificada de la libertad de organización de la empresa al establecer condiciones de subrogación que no cumplen las exigencias de transparencia, objetividad y equidad, y (ii) resultaba en una discriminación de los operadores que pretenden separarse de la SAGEP, situándoles en una posición de desventaja competitiva.

2. La inclusión de las llamadas “cláusulas sociales” en los pliegos de los procedimientos de contratación pública

- Las cláusulas de carácter social o “cláusulas sociales” se definen como “*aquellas estipulaciones que obligan a los adjudicatarios de un contrato público a dar cumplimiento, junto con el objeto propio del contrato, a ciertos objetivos de política social que se estiman de interés general*”²⁹.
- A nivel europeo, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, de 28 de noviembre de 2001³⁰, fue adoptada con el fin de clarificar las posibilidades que el marco jurídico comunitario ofrece para integrar aspectos sociales en los contratos públicos. La citada comunicación sigue las distintas fases de un procedimiento de contratación pública y señala, para cada una de ellas, la eventual posibilidad de tomar en consideración ciertos aspectos sociales y en qué medida.

²⁹ Informe de la AVC de 17 de septiembre de 2013, sobre la conveniencia de impugnar una norma formal de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del sector público foral de Gipuzkoa, disponible mediante el siguiente enlace: https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/informes/es_informes/adjuntos/INFORME%20DEFINITIVO%20NORMA%20FORAL%204.2013%20JUNTAS%20GENERALES%20DE%20GIPUZKOA.pdf.

³⁰ Comunicación de la Comisión publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 28 de noviembre de 2001, COM (2001) 566, disponible mediante el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0566:FIN:ES:PDF>.

- En el ámbito nacional, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público³¹ prevé numerosos mecanismos para introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social.
- Así, en su artículo 145, bajo la rúbrica “*Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato*”, dispone que las características sociales del contrato se refieren, entre otros, “*al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato*
- A pesar de que estos objetivos sean del todo loables y tengan su razón de ser, la inclusión generalizada este tipo de cláusulas en los pliegos de las licitaciones (muy en particular, nos referimos a aquellas relacionadas con la mejora de condiciones laborales y salariales y con la formación y la protección de la salud en el trabajo) puede, eventualmente, dar lugar a la homogeneización de condiciones en cada uno de los sectores afectados por la contratación pública.

3. Uso indebido de cláusulas de no captación de incidencia generalizada que obstaculizan o reducen la competencia

³¹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, disponible mediante el siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902>.

- Como es sabido, mediante un acuerdo de no captación o cláusula de no captación, varias empresas acuerdan abstenerse de solicitar, contratar o reclutar al personal de la otra parte, renunciante así esencialmente a la competencia por este factor de producción (el trabajo de los empleados)³².
- La introducción y aplicación de estas cláusulas puede dar lugar a conductas anticompetitivas, lo que normalmente tiene lugar cuando varias empresas de un mismo sector se comprometen a no solicitar ni contratar al personal de otras empresas, renunciando así esencialmente a desarrollar una competencia efectiva.
- La imposición de restricciones a la contratación de trabajadores dentro de un mismo sector mediante este tipo de cláusulas conlleva la creación de barreras a la entrada de potenciales nuevos competidores, privando a los trabajadores, además, de oportunidades de trabajo o la posibilidad de obtener un salario más elevado o mejores condiciones.
- Las autoridades de competencia de los Estados Unidos han sido las que han seguido más de cerca las cláusulas de no captación y su potencial aptitud para afectar negativamente a la competencia efectiva.
- Así, en 2011, el DEPARTAMENTO DE JUSTICIA (en adelante, el “DOJ”) inició dos líneas de investigación frente a varias empresas tecnológicas por haber suscrito acuerdos mutuos para no contratar³³. En ambos casos, las investigaciones terminaron en *settlements*.
- Esta misma autoridad y la FEDERAL TRADE COMMISSION (en adelante “FTC”), muy activas en el seguimiento cercano de las cláusulas de no captación, están llevando a cabo una investigación en relación con las cláusulas de no captación incluidas en los contratos de franquicia de

³² “Les accords de non-débauchage, par lesquels plusieurs entreprises s’engagent à s’abstenir de solliciter, d’embaucher ou de recruter le personnel des autres entreprises, renonçant ainsi essentiellement à se faire concurrence pour obtenir ce facteur de production (le travail des salariés)”. Apartado 68 del Informe de la OCDE “Problématique de la concurrence sur les marchés du travail” de 5 de junio de 2019, DAF/COMP(2019)2, disponible mediante el siguiente enlace: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)2/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)2/fr/pdf).

³³ Resoluciones del DOJ de 17 de marzo de 2011 y de 3 de junio de 2011 *United States v. Adobe Systems, Inc., Apple Inc., Google Inc., Intel Corporation, Intuit, Inc., and Pixar y United States v. Lucasfilm Ltd.*, disponibles, respectivamente, mediante los siguientes enlaces: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-adobe-systems-inc-et-al> y <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-lucasfilm-ltd>.

MCDONALDS. En base a la información pública disponible hasta el momento³⁴, se restringía la posibilidad de que los franquiciados contraten personal que haya salido del franquiciador en los seis meses previos. El DOJ y la FTC preliminarmente consideran que estos acuerdos serán anticompetitivos, en la medida en que reducían la competencia *intramarca* e impide a los empleados optar a mejores condiciones laborales.

- En 2016, el DOJ y la FTC, las agencias federales antimonopolio, publicaron un documento conjunto de orientación sobre la competencia para los profesionales de recursos humanos (“Antitrust Guidance for Human Resource Professionals”)³⁵, en el que alertaron que este tipo de cláusulas se consideran restricciones de competencia *per se*, lo que significa que deben considerarse ilegales sin necesidad de considerar los posibles efectos procompetitivos. La citada guía enumera varios ejemplos de acuerdos prohibidos y aconseja a los profesionales de recursos humanos sobre cómo actuar si se encuentran con tales acuerdos. Entre esos acuerdos, la guía destaca los siguientes:
 - Los acuerdos entre empresas para no contratar a determinados empleados;
 - Los acuerdos de no competir en términos de remuneración; y
 - Los acuerdos para compartir información que, a pesar de no ser ilegales *per se*, pueden ser objeto de responsabilidad civil.
- Con el objetivo de evitar investigaciones y demandas judiciales, son varios los organismos de los Estados Unidos que ofrecen orientación individual mediante un proceso de revisión empresarial en el que se analiza el impacto competitivo de una conducta comercial sometida a consulta (ello, lógicamente, antes de que la conducta sea llevada a cabo por la empresa).
- Hasta la fecha, sin embargo, la mayoría de los casos aplican un análisis basado en la regla de la razón (más conocida como “*rule of reason*”), según el cual se tienen en cuenta los efectos

³⁴<https://www.forbes.com/sites/garyocchiogrosso/2022/11/16/doj-and-ftc-revisit-no-poach-claims-against-mcdonalds-corp/?sh=4ae188573ae8>

³⁵ La citada guía se encuentra disponible mediante el siguiente enlace: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/992623/ftc-doj_hr_guidance_final_10-20-16.pdf.

positivos y negativos para determinar si se ha producido una violación. Sólo en un caso se dictaminó que el acuerdo debía considerarse prohibido *per se*.

- Se trata de la sentencia del Tribunal del Distrito de Colorado de 14 de julio de 2021, *Davita Inc*³⁶, relativo al sector de la atención médica, en la que se investigó la existencia de un acuerdo, al menos desde 2012 hasta 2017, entre *Davita* y *Surgical Care Affiliates*, dos empresas competidores en su sector, consistente en un reparto de los empleados de alto nivel. En particular, los ejecutivos, empleados y reclutadores de ambas empresas participaban en reuniones periódicas para pactar la no captación de empleados de alto nivel, restringiendo el movimiento interestatal de los trabajadores. El Tribunal declaró que dicha conducta era ilegal por vulnerar el artículo 1 de la Ley Sherman (legislación *antitrust*).
- A pesar de que las autoridades de competencia estadounidenses hayan liderado la investigación del uso anticompetitivo de este tipo de cláusulas, lo cierto es que las autoridades de competencia europeas tampoco se han quedado muy atrás, poniendo también el foco en los acuerdos de no captación y su posible incompatibilidad con el Derecho de la competencia.
- Así, en 2019, la ACM publicó las Directrices sobre colaboración entre competidores³⁷, en las que señala expresamente que los competidores no pueden introducir cláusulas de no captación. Concretamente, el apartado 74 de las citadas directrices menciona que la Ley de Competencia Neerlandesa prohíbe los acuerdos en el mercado laboral, y ello por cuanto las empresas deben tomar decisiones de forma independiente sobre aspectos como la contratación de personal y las condiciones de empleo. En su apartado 75, se citan algunos ejemplos de estos acuerdos, entre los que se encuentran las cláusulas de no captación o fijación de salario.

³⁶ Sentencia del Tribunal del Distrito de Colorado de 14 de julio de 2021, *Davita Inc*, disponible mediante el siguiente enlace: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1412606/download>.

³⁷ Directrices “*Collaborations between competitors*”, disponibles mediante el siguiente enlace: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-09/guidelines-regarding-arrangements-between-competitors.pdf>.

- Por su parte, en 2021, la Autoridad de Competencia Portuguesa (en adelante, “AdC”) emitió dos documentos, un Informe³⁸ y una Guía de Buenas Prácticas³⁹, con el objetivo de prevenir este tipo de acuerdos proporcionando cierta orientación para las empresas, a los profesionales de recursos humanos y a los demás actores que puedan verse implicados en el proceso de contratación.
- En la Guía de Buenas Prácticas, la AdC recomienda, entre otros:
 - Eliminar los acuerdos y otras prácticas con los competidores susceptibles de obstaculizar la competencia. A modo de ejemplo, éstas no deben celebrar sus acuerdos con otras empresas para no contratar empleados de la otra o intercambiar información comercialmente sensible sobre remuneración y contratación de trabajadores.
 - Sensibilizar a los trabajadores, en particular, al personal de recursos humanos a través de formación interna para concienciar sobre los acuerdos y prácticas.
 - Informar a la autoridad de competencia de cualquier inicio de una posible práctica restrictiva de la competencia que se tenga conocimiento.
- Son ya varias las ocasiones en las que las autoridades de competencia de distintos Estados miembros han tenido la ocasión de examinar cláusulas de no competencia potencialmente anticompetitivas. Mediante la siguiente tabla, se recogen un par de precedentes relevante de la AdC y de la autoridad de competencia húngara, indicando el sector de la actividad afectado y una breve descripción de las valoraciones de las autoridades:

Expediente	Sector de actividad	Breve descripción

³⁸ Informe “Labour market agreements and competition policy”, disponible mediante el siguiente enlace: https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/Issues%20Paper_Labour%20Market%20Agreements%20and%20Competition%20Policy.pdf.

³⁹ Guía “Best Practices in preventing anticompetitive agreements in labor markets”, disponible mediante el siguiente enlace: <https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/documentos/guias-promocao-da-concorrencia/Best%20Practices%20in%20Preventing%20Anticompetitive%20Agreements%20in%20Labor%20Markets.pdf>.

<p>Resolución de la Autoridad Portuguesa de la Competencia de 28 de abril de 2022 en el expediente PRC/2020/1⁴⁰</p>	<p>Empresas deportivas</p>	<p>La AdC sancionó a 31 empresas deportivas participantes en la Primera y Segunda Liga y la Liga Portuguesa de Fútbol Profesional por haber suscrito un acuerdo restrictivo de la competencia que impedía la contratación por parte de clubes de Primera y Segunda de jugadores que rescindieron unilateralmente su contrato de trabajo.</p> <p>Según la AdC, el objetivo del acuerdo era mantener a los jugadores vinculados a las empresas deportivas reduciendo así la presión competitiva entre las empresas.</p> <p>Además, entendió la AdC que el acuerdo también era susceptible de reducir la calidad de los partidos, perjudicando a los consumidores al reducirse el entorno competitivo.</p>
<p>Resolución de la Autoridad Húngara de Competencia de 18 de diciembre de 2020 en el expediente VJ/61/2017⁴¹</p>	<p>Personal de recursos humanos</p>	<p>La Autoridad Húngara de Competencia (GVH) estableció que las reglas internas de la Asociación de Agencias Húngaras de Consultoría de Recursos Humanos restringían la competencia entre sus miembros.</p> <p>Se determinó la prohibición de incitar a los empleados de sus compañeros a cambiar de empleador mediante la introducción de cláusulas de no capación que pretendían repartir el sector entre los afiliados e impedir la libre circulación de los trabajadores.</p> <p>Por último, con el fin de repartir el mercado, se encontraron disposiciones que prohibían a los miembros contratar a empleados que habían trabajado previamente con otro miembro. Estas restricciones son también desventajosas para los trabajadores pues impiden encontrar un salario más alto y un empleo, levantando barreras en el mercado.</p>

- Asimismo, existen un conjunto de interesantes expedientes, tramitados por distintas autoridades de competencia de los Estados miembros, que actualmente siguen en curso y

⁴⁰ Resolución de la Autoridad Portuguesa de la Competencia de 28 de abril de 2022, en el expediente PRC/2020/1, disponible mediante el siguiente enlace: https://extranet.concorrencia.pt/PesquisAdC/PRC_OR_INC_OR_PCC_Page.aspx?IsEnglish=True&Ref=PRC_2020_1.

⁴¹ Resolución de la Autoridad Húngara de Competencia de 18 de diciembre de 2020 en el expediente VJ/61/2017. Nota de prensa de la resolución disponible en el siguiente enlace: https://www.gvh.hu/en/press_room/press_releases/press-releases-2020/the-gvh-cracked-down-on-a-cartel-and-imposed-a-fine-of-huf-1-billion-on-hr-consultants

sobre los que recaerá resolución próximamente. A continuación, identificamos algunos de estos expedientes:

Expediente	Sector de la actividad	Breve descripción
Expediente incoado por la Autoridad de Competencia Polaca <i>Energa Basket Liga</i> ⁴²	Empresas deportivas	<p>La Autoridad de Competencia Polaca (UOKiK) ha iniciado procedimiento contra Energa Basket Liga y 16 clubes de baloncesto.</p> <p>La información que habría llegado a las manos de la UOKiK parece ser indicativa de que dichas entidades podrían haber establecido las condiciones de rescisión de los contratos de los jugadores y acordado la retención de las remuneraciones de estos.</p> <p>La UOKiK puntuiza que los clubes deben tomar decisiones relativas a los jugadores de forma independiente y autónoma.</p>
Expediente 109/2021, <i>Associació d'Escoles Privades Independents</i> de Catalunya incoado por la Autoridad Catalana de Defensa de la Competencia ⁴³	Educación	<p>La Autoridad Catalana de Defensa de la Competencia (ACCO) ha iniciado una investigación sobre una posible conducta restrictiva de la competencia consistente en un acuerdo mediante el cual la <i>Associació d'Escoles Privades Independents</i> de Catalunya habría limitado la contratación recíproca de profesionales.</p>

- Finalmente, conviene subrayar la existencia de circunstancias particulares limitadas en las que se pueden permitir este tipo de cláusulas, entre ellas, en el control de las fusiones.
- Los acuerdos de mercado en el contexto de fusiones y adquisiciones han sido tradicionalmente permitidos en determinadas condiciones. La Comunicación de la Comisión Europea sobre las

⁴² Nota de prensa de la incoación del expediente *Energa Basket Liga* por la Autoridad de Competencia Polaca, disponible en el siguiente enlace: https://uokik.gov.pl/news.php?news_id=17405

⁴³ Expediente 109/2021, *Associació d'Escoles Privades Independents* de Catalunya incoado el 3 de febrero de 2022 por la Autoridad Catalana de Defensa de la Competencia. Nota de prensa disponible mediante el siguiente enlace: <http://acco.gencat.cat/ca/detall/article/20220203-Exp.-109-2021-Incoacio-Comunicat-web>.

restrictiones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin⁴⁴ considera que, para estar cubiertas, éstas deben estar directamente relacionadas con la operación y ser estrictamente necesarias para la realización de ésta. Es bastante común incluir las llamadas “restrictiones accesorias” en un contrato de adquisición en el que se acuerda que el vendedor no puede contratar personal del comprador durante un tiempo determinado, necesario para proteger el valor de la empresa.

- En todo caso, el hecho de que estas cláusulas en el ámbito de operaciones de concentración estén permitidas no significa que no exista supervisión por parte de las autoridades de competencia.
- Lo anterior ha sido recientemente recalado por el presidente de la ACM declarando, en la Conferencia “*New Frontiers of Antimonopolio*” organizada en Paris, en junio de 2022, que vigilará de cerca las fusiones que den lugar a situaciones de monopsonio. Esta es una situación que puede devenir problemática, pues, entre otros muchos efectos, puede propiciar que se mantengan bajos los salarios de los trabajadores.

4. La obstaculización de la competencia mediante la instrumentalización, por parte de determinados operadores, de los profesionales autónomos que prestan los servicios

- Las plataformas laborales y digitales crean oportunidades para las empresas y los trabajadores, así como para los consumidores. No obstante, este mercado emergente evoluciona muy rápidamente, lo que hace que cada vez sea más difícil clasificar correctamente las situaciones laborales en las que se encuentra el personal que en ellas trabaja y que, en algunas ocasiones, tenga lugar una inadecuada protección laboral y social de dicho personal.
- El término “plataforma de trabajo digitales” se define en el punto 2, letra d) de las Directrices relativas a las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados como “*toda persona física o jurídica que preste un servicio comercial que cumpla todos los requisitos siguientes: i) que se facilite, al menos en parte, a distancia por medios electrónicos, como un sitio web o una aplicación para dispositivos móviles; ii) que se facilite a petición de un destinatario del servicio;*

⁴⁴ Comunicación de la Comisión, de 5 de marzo de 2005, OJ C 56, 5.3.2005, p. 24–31, disponible mediante el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52005XC0305%2802%29>.

y iii) que implique, como elemento necesario y esencial, la organización de trabajo realizado por personas individuales, con independencia de que dicho trabajo se realice en línea o en un lugar determinado”.

- Durante años, las plataformas han venido defendiendo que los trabajadores de las plataformas digitales deberían ser considerados contratistas independientes. Ello significa que estos trabajadores deberían hacerse cargo de sus propios gastos y que, por lo general, no serían beneficiarios, entre otros, de un seguro de desempleo o de beneficios de salud.
- El hecho de que estos trabajadores sean considerados como autónomos y no puedan beneficiarse de ninguna protección, contribuye indudablemente al poder de monopsonio de la plataforma.
- En ese sentido, en la reciente demanda, de 7 de julio de 2022, presentada ante el Tribunal Superior de San Francisco, los conductores de Uber y Lyft afirmaron que, aunque las plataformas les tratan como contratistas independientes, no se les ha otorgado verdadera independencia, tratando de evitar darles beneficios y protecciones de la situación laboral al tiempo que establece restricciones en la forma en la que trabajan⁴⁵.
- Son los poderes políticos los únicos con potestad para contrarrestar el poder de monopsonio de las plataformas al conceder a los trabajadores los derechos garantizados en la legislación laboral, incluidos los derechos de negociación colectiva.
- La exclusión tasada (según desarrollada por la jurisprudencia a la que nos hemos referido bajo el apartado V de este estudio) podría, eventualmente, hacerse extensible a determinados tipos de trabajadores y, en particular, a los que trabajan a través de una plataforma, se presente como una posible solución.
- La jurisprudencia más reciente a nivel global ha venido equiparando las personas que trabajan a través de una plataforma con aquellas que trabajan por cuenta ajena. En ese mismo sentido,

⁴⁵ Noticia de 7 de julio de 2022 publicada en “*Competition Policy International*”, disponible aquí: <https://www.competitionpolicyinternational.com/new-suit-claims-uber-lyft-violate-antitrust-laws/>

algunos Estados miembros, entre los que se encuentra España⁴⁶, han adoptado legislación en la que se establece la presunción de una relación laboral entre la plataforma y el trabajador.

- Tal y como mencionábamos anteriormente, las Directrices relativas a las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados apuntan que la normativa de competencia no resulta aplicable a los trabajadores autónomos que se encuentran en una situación comparable a la de otros trabajadores, entre ellos, los que prestan servicios a través de una plataforma digital (punto 3.3 de las Directrices). Y esto porque las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados dependen de las plataformas para, entre otros aspectos, puedan llegar a sus clientes con ofertas de trabajo definitivas, sin que queda margen de negociación.
- Estas Directrices relativas a las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados forman parte de las acciones que buscan garantizar que las condiciones de trabajo de los trabajadores de plataformas se aborden de manera adecuada. Entre estas varias acciones, destacan también la Propuesta de Directiva⁴⁷ relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales y la Comunicación sobre la mejora de las condiciones de trabajo⁴⁸, cuyo contenido resumimos a continuación:

Disposición	Objetivo
-------------	----------

⁴⁶ El Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo de 2021, por el que se modifica el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales. Esta disposición está actualmente derogada dado que el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite los recursos que ponen en entredicho si el cauce del Real Decreto-ley fue el oportuno para consumar la modificación legislativa. El Real Decreto-ley, actualmente derogado, se encuentra disponible mediante el siguiente enlace: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-7840.

⁴⁷ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2021, COM/2021/762 relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales, disponible mediante el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0762&from=EN>.

⁴⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Europeo y al Comité de las regiones de 9 de diciembre de 2021, disponible mediante el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0761&from=EN>.

<p>Propuesta de Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales</p>	<ul style="list-style-type: none"> (i) Busca garantizar que las personas que trabajen a través de plataformas digitales obtengan el estatus legal de empleo que les corresponde con arreglo a sus labores reales. (ii) Proporciona una lista de criterios de control con el fin de determinar si la plataforma es un “empleador”. (iii) Las personas que trabajaran a través de ellos gozarían de los derechos laborales y sociales que conlleva la condición de trabajador (salario mínimo y negociación colectiva, entre otros). (iv) Las plataformas tienen derecho a impugnar dicha clasificación, con la carga de probar que no existe relación laboral.
<p>Comunicación sobre la mejora de condiciones de trabajo para una Europa social más fuerte: aprovechar todas las ventajas de la digitalización para el futuro del trabajo</p>	<p>Con el objeto de completar las medidas de la Propuesta de Directiva, la Comisión invita a los Estados Miembros a presentar medidas concretas para mejorar las condiciones de los trabajadores de las plataformas, así como una mayor cooperación entre interlocutores sociales, plataformas digitales, autoridades laborales y demás actores, en concreto:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) Proporcionen a las personas que trabajan a través de plataformas digitales asesoramiento y orientación en materia de obligaciones fiscales y de seguridad social; (ii) Establezcan canales de información específicas para prestar dicho asesoramiento; (iii) Garanticen una mayor transparencia para las plataformas digitales respecto de las normas nacionales que rigen la clasificación de su situación laboral, reforzando la protección social; y (iv) Faciliten el desarrollo de plataformas de trabajo pequeñas y medianas.

VI. Recomendaciones

- Las recomendaciones que a continuación se recogen se dividen en tres grupos distintos, que se corresponden con las tres secciones sustantivas del presente estudio, que se exponen a continuación:

A. Algunas reflexiones y recomendaciones relacionadas con el clausulado de los convenios colectivos sectoriales:

1. En relación con la fijación de precios de venta de los productos o servicios

- La fijación, en el marco de un convenio colectivo, del precio al que un determinado producto o servicio debe ofertarse al público, es una práctica que, afortunadamente, parece haberse extinguido.
- No hay duda en relación con la incompatibilidad de estas prácticas con la normativa de competencia, pues es unánime la consideración de que los convenios colectivos, que tienen perfecta razón de existir en atención a la normativa laboral, no pueden utilizarse como un instrumento que ulteriormente conduzca a la fijación de los precios de unos bienes o servicios en un determinado sector.

2. En relación con la ordenación de los horarios comerciales

- La autorregulación, por parte de un determinado sector, de las horas de apertura de ciertos establecimientos comerciales mediante un convenio colectivo es otra de las actuaciones que las autoridades de competencia han considerado que es susceptible de restringir la competencia, pues tiene la capacidad de fijar las condiciones de comercialización para todos los operadores del sector.
- A pesar de que la limitación de los horarios comerciales tiene el mismo efecto de limitar las horas de trabajo de los operadores de un mercado, a la hora de ser abordada desde la vía legislativa, la conclusión ha sido otra, y ello por cuanto se ha entendido que la defensa de la competencia debe ceder en favor de un interés mayor identificado por el legislador en el

ámbito laboral (ya fuera éste la conciliación laboral o la nivelación entre grandes y pequeños operadores).

3. En relación con actuaciones que afectan operadores económicos de terceros sectores de actividad

- La posibilidad de que determinados acuerdos producto de la negociación colectiva generen un impacto sobre operadores de terceros sectores de actividad (distintos al que regulan los convenios colectivos) ha sido evaluada por las autoridades de competencia en el pasado, particularmente en aquellos casos en los que las cláusulas han introducido limitaciones a la competencia en los sectores de los seguros, de las empresas de trabajo temporal o en actividades relacionadas con la estiba.
- Algunos de los convenios colectivos analizados mantienen algunas limitaciones de estas características, precisamente en el sector de los seguros, cuando lo que hacen es, o bien identificar a una o unas pocas aseguradoras con las que se debe obligatoriamente contratar la correspondiente póliza, dejando fuera al resto.
- Son conductas que se observan de manera puntual y, en ningún caso, parece que estén extendidas en el ámbito de la negociación colectiva de la Comunidad Autónoma del País Vasco. En todo caso, este estudio constituye una buena oportunidad para recordar que la inclusión de este tipo de limitaciones no puede aceptarse.

4. El tratamiento de la figura de la subcontratación en los convenios colectivos sectoriales

- Actualmente, la prohibición o limitación de que las empresas puedan subcontratar obras y servicios con otras empresas no es, desde luego, una práctica habitual en el marco de la negociación colectiva.
- La inclusión de éstas en los convenios colectivos no es deseable, pues son potencialmente restrictivas de la competencia, principalmente porque dificultan o previenen el acceso al mercado de aquellas empresas que podrían, en régimen de subcontratación, participar efectivamente en el mercado y porque, además, fomentan la ineficiencia productiva que, en última instancia, puede traducirse en un perjuicio para el consumidor.

5. En relación con la regulación de las horas extraordinarias en la mayoría de los convenios colectivos analizados

- El análisis de los convenios colectivos del País Vasco que se ha hecho en este estudio revela que la limitación en el número de horas extraordinarias está presente en la mayoría de los convenios colectivos analizados.
- La existencia de este tipo de limitación no necesita de mucha justificación desde un punto de vista laboral: pretende evitar situaciones que puedan perjudicar a los empleados como consecuencia de exceso de horas de trabajo.
- No obstante, desde la perspectiva del Derecho de la competencia, este tipo de cláusulas puede conducir a una homogeneización de las condiciones de carácter laboral en todo un sector en lo que se refiere al límite de horas posibles realizadas por trabajador.
- La limitación de la carga de trabajo por trabajador que las empresas se ven obligadas a asumir como consecuencia del convenio colectivo, aunque tiene su justificación desde la perspectiva de la protección del empleado, provoca un efecto de redistribución de trabajo en el sector. En efecto, una empresa podrá o estará fuertemente desincentivada a asumir trabajos solicitados por sus clientes que no puedan ser atendidos al no disponer de recursos adicionales (horas) en su plantilla de trabajadores.
- Es aconsejable que se busquen fórmulas alternativas de regulación de las horas extraordinarias que, sin prohibirlas, las regularan de manera detallada de manera que se diera la posibilidad, en caso de ser necesario para el empresario, de disponer de horas adicionales de trabajo de sus empleados.

6. En relación con la fijación de salarios mínimos

- El análisis realizado revela que la mayoría de los convenios que regulan esta cuestión optan por establecer un salario mínimo.

- La fijación de salarios busca, en esencia, garantizar unos niveles mínimos de retribución para determinados trabajadores (normalmente, clasificados por niveles y/o categorías), lo que sin duda constituye un objetivo loable y comprensible.
- Dicho lo anterior, también es cierto que la fijación de unos salarios mínimos es una medida que obstaculiza que las empresas q de un mismo sector, cuyas condiciones laborales están reguladas a través del correspondiente convenio colectivo, compitan más vigorosamente.
- Es muy posible que el establecimiento de un mínimo sobre los salarios tenga el mismo efecto que la imposición de un mínimo sobre los precios. Es decir, que el salario que se ofrezca a los empleados sea el mínimo. Más allá del efecto que esto puede tener sobre los propios empleados, en el ámbito de la defensa de la competencia, esto hace que todas las empresas establezcan el mismo salario a sus empleados dejando de competir con hacerse con un *input* productivo tan esencial como es el de disponer del personal laboral más valioso.
- El establecimiento de límites máximos a los salarios de los empleados, de la misma forma que la fijación de salarios mínimos, también pueden ser ilegales desde la perspectiva antitrust. En este sentido, recientemente, la Autoridad Suiza de Competencia⁴⁹ ha abierto una investigación a numerosos bancos del país por intercambiar información sensible con el fin de pactar límites máximos a los salarios de los nuevos empleados.
- La fijación de salarios, como decimos, parece una práctica muy arraigada en el ámbito de los convenios colectivos, pero podría pensarse en medidas menos intervencionistas y compatibles con la normativa de competencia como sería la fijación de salarios por franjas. Es decir, no mediante la fijación de un salario mínimo o salario garantizado, sino mediante el establecimiento de una franja salarial (por ejemplo, 25.000-30.000 euros), otorgando un margen más amplio a las empresas para competir por la captación de trabajadores y rompiendo con la tendencia a que las empresas se acojan al importe mínimo fijado por el convenio.

⁴⁹<https://www.swissinfo.ch/eng/bloomberg/swiss-banks-probed-over-suspicion-junior-pay-being-capped/48115870>

7. La introducción de la obligación expresa relativa a que los organismos que reciban y distribuyan información guarden sigilo profesional

- Si bien la gran mayoría de los convenios colectivos sectoriales prevén que determinados órganos (típicamente los Comités de Empresa y los Delegados de Personal) reciban y distribuyan información relacionada con la actividad de la empresa, pocos son los que contemplan algún tipo de obligación sobre la necesidad de manejar la información con cautela (y, para los que lo hacen, existe margen de mejora).
- A la vista de que, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1/2019, de Secretos Comerciales, esta información acostumbra a ser de carácter confidencial y no es conocida más allá de la esfera interna de la empresa, es altamente recomendable que este tipo de convenios recojan de manera expresa la obligación de guardar sigilo profesional y así evitar conductas anticompetitivas como el intercambio de información.
- Asimismo, en relación con los convenios colectivos en los que sí se impone cierta protección sobre la información que se proporciona a los Comités de Empresas, puede ser recomendable que, a modo de prevención, el deber de guardar sigilo profesional se extienda a cualquier información que llegue a las manos de los órganos identificados y que no se limite, en exclusiva, a aquella información que sea intercambiada en el transcurso de las reuniones (como ocurre actualmente).

B. Recomendaciones y observaciones al respecto de los convenios colectivos de los trabajadores por cuenta propia sin asalariados

- En la actualidad, representa un hecho incontrovertido que la persona que no tiene un contrato de trabajo o que no mantiene una relación laboral y que, por tanto, depende principalmente de su propio trabajo personal para la prestación de los servicios de que se trate, califica virtualmente como “empresa” a los efectos del Derecho de la competencia.
- Esta disciplina, sin embargo, no es ajena a las particulares circunstancias que tienen los trabajadores por cuenta propia sin asalariados y que, muy acertadamente, determinadas autoridades de competencia han tomado en consideración en la adopción de medidas destinadas a paliar la estricta aplicación de la prohibición sobre conductas colusorias.

- En ese sentido, en los Países Bajos, la ACM publicó las “Directrices sobre acuerdos entre autónomos”, en las que se identifican una serie de situaciones en las que la aplicación de las normas de competencia no debe aplicarse o en la que no corresponde la imposición de sanciones. El elenco de conductas permitidas a los trabajadores por cuenta propia sin asalariados es naturalmente más amplio que el aceptable para otras empresas. Por ejemplo, en el ámbito de conductas que se permiten a este tipo de trabajadores, destaca que la ACM admite la fijación de una tarifa mínima, en el marco de un convenio colectivo entre autónomos, con el fin de garantizar el nivel de subsistencia de los trabajadores autónomos (las prestaciones a la seguridad social).
- Por su parte, la Comisión Europea adoptó recientemente las Directrices relativas a las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados, anteriormente mencionadas, que se postula como otro claro ejemplo de flexibilidad en la aplicación de las normas de competencia a este particular tipo de trabajadores.
- Dichas Directrices, que tienen un contenido muy práctico y útil como guía para evaluar la compatibilidad de determinados acuerdos con el Derecho de la competencia, identifican distintos escenarios en los que se entiende que los trabajadores por cuenta propia sin asalariados pueden reunirse para negociar colectivamente mejores condiciones de trabajo sin infringir la normativa de competencia.
- Más allá de los pronunciamientos de nuestros tribunales en los que se ha aclarado que los trabajadores por cuenta propia sin asalariados son “empresas” a los efectos del Derecho de la competencia, no se ha identificado ninguna conducta desarrollada por este tipo de trabajadores que haya sido objeto de análisis en el marco de una investigación por una autoridad de competencia. Parece que las autoridades de competencia, como la Comisión Europea o la ACM, han optado, de manera acertada, por realizar una labor *ex ante* de concienciación en lugar de abrir investigaciones en el marco de expedientes sancionadores.

C. Recomendaciones y observaciones al respecto de otras prácticas en el ámbito laboral que son susceptibles de afectar a la competencia en el mercado

8. La instrumentalización de las obligaciones de subrogación de trabajadores

- Las cláusulas de subrogación de trabajadores tienen una razón de ser perfectamente justificada en determinados ámbitos de actividad. En la práctica, ésta es una cláusula muy extendida en la prestación de servicios en el sector de la obra pública, en los que una empresa explota un servicio de transporte interurbano, de conservación de carreteras o de cualquier otra actividad más propia de ámbito público de actividad por haber resultado adjudicataria en una licitación competitiva.
- En estos casos, el operador que presta el servicio cuenta con una plantilla de empleados que aseguran la prestación del servicio objeto del contrato y se presenta la cuestión de qué ocurren con esos empleados cuando hay un cambio en la empresa que opera el servicio. La figura de la subrogación permite dar respuesta a estas situaciones.
- El escenario susceptible de ser problemático desde la perspectiva de defensa de la competencia es el que tiene lugar cuando el operador que presta el servicio se aprovecha de la asimetría informativa que le concede su condición de prestatario de los servicios para, en el marco de un procedimiento competitivo de licitación, proponer al órgano de contratación la subrogación de un número de empleados superior al verdaderamente necesario para la prestación de un servicio o un personal con un coste muy elevado al razonable con el fin de desincentivar a la competencia a que se presente a dicho procedimiento.
- Este tipo de conductas son difícilmente detectables en la medida en que es únicamente el operador que presta el servicio el que tiene la información. El órgano de contratación no suele disponer de esta información y, cuando lo hace, difícilmente puede llegar al detalle de observar si se justifica verdaderamente lo que el prestatario declara como fuerza laboral adscrita al servicio.
- Resulta difícil plantear una única solución efectiva, pero parece razonable proponer en primer lugar, y a la vista del artículo 132.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, que el órgano de contratación solicite al prestatario del servicio la información y la analice con el detalle necesario para poder formarse su propia opinión.

- Llegado el caso, el órgano de contratación, como apunta el artículo citado, debe incluso poner en conocimiento de las autoridades de competencia los indicios de la existencia de una conducta potencialmente restrictiva de la competencia por parte de uno o varios operadores en el marco de procedimientos de licitación.

9. La inclusión de las llamadas “cláusulas sociales” en los pliegos en el marco de procedimientos de contratación pública

- Es habitual que, al amparo del artículo 145 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, los órganos licitantes incluyan en la elaboración de sus pliegos cláusulas que, entre otros aspectos, regulen determinados requisitos que guardan relación con la mejora de condiciones laborales y salariales, o con la formación y la protección de la salud de los trabajadores.
- A pesar de que estas son cláusulas que persiguen objetivos legítimos y que pueden traducirse en una mejora de condiciones de determinados trabajadores, son susceptibles de propiciar, además de una carga excesiva para el licitar, una homogeneización de condiciones en el sector que se trate.

10. El uso indebido de cláusulas de no captación que desincentivan la competencia entre empresas

- Las llamadas cláusulas de no captación son una figura aceptada por nuestro ordenamiento en determinadas situaciones, pero cuyo uso indebido puede derivar en importantes restricciones de la competencia entre empresas.
- Es de sobra conocida la utilización que se le da a este tipo de cláusula en el ámbito de las operaciones compraventa de empresas y su análisis desde la perspectiva del control de concentraciones. Sin perjuicio de la relevancia de dicho análisis, las cláusulas de no captación que aquí interesan son las que pueden llegar a establecerse al margen de dichas operaciones.
- Ese interés tiene que ver con la capacidad que dichas cláusulas tienen de restringir la competencia, en la medida en que se prohíbe que las empresas compitan entre sí por la obtención de un activo tan importante para una empresa como son sus empleados.

- Los posibles efectos indeseados que se desprenden de este tipo de cláusulas han sido estudiados con mayor profundidad en Estados Unidos, país en el que incluso existe una guía con un conjunto de orientaciones sobre la competencia para los profesionales de recursos humanos (nos referimos a la ya citada *“Antitrust Guidance for Human Resource Professionals”*).
- En el ámbito de la Unión Europea, probablemente por su carácter más novedoso, destaca la investigación de la Autoridad de Competencia de Portugal, la AdC, en la que se sancionó a 31 empresas deportivas participantes en la Primera y Segunda Liga y la Liga Portuguesa de Fútbol Profesional por haber suscrito un acuerdo restrictivo de la competencia que impedía la contratación por parte de clubes de Primera y Segunda de jugadores que rescindieron unilateralmente su contrato de trabajo.
- También destaca la investigación de la Autoridad Húngara de la Competencia, la GVH, en la que se estableció que las reglas internas de la Asociación de Agencias Húngaras de Consultoría de Recursos Humanos, que introducía una serie de cláusulas de no captación, restringían la competencia entre sus miembros.
- El carácter potencialmente restrictivo de la competencia de una cláusula de no captación difícilmente puede asumirse, sino que debe examinarse caso por caso. No obstante, hay supuestos que pueden ser lo suficientemente claros. Se trata de aquellos casos, como el recientemente incoado por la AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA, la ACCO, al que se ha hecho referencia anteriormente y que se relaciona con el ámbito de los colegios privados, en el que se están investigando las cláusulas de no captación establecidas en el conjunto del referido sector.

11. La obstaculización de la competencia mediante la instrumentalización, por parte de determinados operadores, de los profesionales autónomos que prestan los servicios

- Los empleos que, desde hace unos años, vienen generándose a través de las plataformas digitales de venta de productos y servicios es otro fenómeno que, actualmente, está siendo objeto de intenso debate en el ámbito laboral. Lo anterior viene particularmente motivado por las evidentes repercusiones que este fenómeno tiene para un colectivo amplio de empleados, pero que también tiene su importancia para el Derecho de la competencia.

- En este ámbito, que todavía se encuentra en pleno desarrollo normativo, destacan determinadas iniciativas legislativas como la Propuesta de Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales y la Comunicación sobre la mejora de las condiciones de trabajo.
- En el marco de la actual inconcreción normativa, se produce una importante competencia entre las plataformas digitales, no solo por la captación de consumidores (como es lógico y normal en muchos sectores), sino, en lo que aquí interesa, por contar con el trabajo de empleados autónomos en condiciones no siempre justificadas desde la perspectiva de defensa de la competencia (que, por ejemplo, están obligados a trabajar en condiciones de exclusividad, impidiendo la entrada de nuevos operadores competidores en mercados recientes, los cuales se ven imposibilitados de contar con activos humanos para el desarrollo de su actividad).