

EL CONTROL DEL CONVENIO COLECTIVO POR LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universitat de València (Estudi General)

EXTRACTO **Palabras Clave:** Convenio colectivo, defensa de la competencia, control

Aunque durante mucho tiempo la posible interferencia entre negociación colectiva y legislación de defensa de la competencia ha pasado inadvertida, recientemente viene planteándose con intensidad. Aparte otros casos suscitados en el pasado, el proceso de liberalización de la prestación de servicios portuarios impuesto por el TJUE ha supuesto una especial atención de la autoridad de la competencia respecto a los convenios y acuerdos que se desarrollan en el sector. Se han abierto expedientes, alguno de los cuales ha culminado ya con sanción.

La intervención de la autoridad administrativa de la competencia respecto de los convenios colectivos no deja, sin embargo, de plantear problemas, en la medida en que no parece compatible con la protección constitucional de la negociación. El trabajo que sigue parte de tal inquietud. Tras estudiar el modelo general de garantía de la legislación de defensa de la competencia, en el que se reconoce un importante papel a la actuación administrativa, señala los problemas que ello suscita. Para evitarlos, se intenta reconstruir un sistema de garantía alternativa, sobre la base de las reglas establecidas en la LRJS de 2011, y se verifica en qué medida el mismo puede ser compatible con las exigencias europeas.

ABSTRACT **Key words:** Collective agreement, defence of competition, control

Although the possible interference between collective bargaining and antitrust law has long gone unnoticed, it has recently been intensively raised. Apart from other cases that have arisen in the past, the process of liberalization of the provision of port services imposed by the ECJ has required special attention from the competition authority with regard to the conventions and agreements that are developed in the sector. Files have been opened, some of which have already culminated in sanctions.

The intervention of the administrative competition authority in respect of collective agreements does not, however, fail to raise problems, insofar as it does not seem compatible with the constitutional protection of negotiation. The work that follows starts from this concern. After examining the general model for the guarantee of competition law, which recognizes an important role for administrative action, it identifies the problems that this raises. In order to avoid them, an attempt is made to reconstruct an alternative guarantee system, on the basis of the rules laid down in the 2011 LRJS, and to verify to what extent it can be compatible with European requirements.

ÍNDICE

1. EL PROBLEMA
 2. LA GARANTÍA DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: EL PAPEL DE LAS AUTORIDADES NACIONALES DE COMPETENCIA
 3. CONTROL DE LA ADECUACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS A LA LEGISLACIÓN ANTITRUST: LAS COMPLEJAS RELACIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN SOCIAL Y LA AUTORIDAD DE LA COMPETENCIA
 4. ¿ES ADMISIBLE EL CONTROL ADMINISTRATIVO DEL CONTENIDO DEL CONVENIO?
 - 4.1. La intervención administrativa en la negociación colectiva en la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT
 - 4.2. La jurisprudencia constitucional
 - 4.3. Sobre la intervención en la negociación colectiva de las autoridades administrativas de la competencia
 5. LA NECESARIA PREVALENCIA DEL ORDEN SOCIAL DE LA JURISDICCIÓN EN EL CONTROL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS
 6. ALGUNOS PUNTOS CRÍTICOS Y SU POSIBLE SOLUCIÓN
- BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. EL PROBLEMA

Aunque, salvo en sistemas jurídicos como el norteamericano que se han mantenido fieles a los principios del liberalismo económico en mucha mayor medida, y durante mucho más tiempo¹, la posible interferencia entre el desarrollo de la negociación colectiva y la legislación de defensa de la competencia ha pasado inadvertida durante mucho tiempo, lo cierto es que en los últimos tiempos ha saltado a la palestra con intensidad. Como se ha señalado con más detalle en otro lugar², hemos asistido a la demostración de que el conflicto entre la negociación colectiva y las normas antitrust no estaba cerrado sino que se mantenía solo en estado latente. Desde finales del siglo pasado, los repertorios jurisprudenciales muestran la aparición de fenómenos de valoración de los convenios colectivos por las autoridades administrativas de la competencia así como la creciente utilización de la normativa antitrust ante los tribunales del orden social. El propio legislador ha vuelto su atención expresa a esta cuestión como demuestra el art. 13 del Estatuto del Trabajo Autónomo de 2007. Y, como lógica consecuencia de todo ello, se ha producido un sustancial incremento de la atención doctrinal hacia el tema.

La reciente apertura de un proceso de liberalización de la prestación de servicios portuarios a raíz de la STJUE de 11 de diciembre de 2014, C-576/13, ha rea-

¹ Guamán, 2006, pp. 373 ss.

² Goerlich *et al.*, 2011, pp. 15 ss.

bierto con intensidad la cuestión de las relaciones entre ambos órdenes normativos. Desde que este pronunciamiento ha obligado a revisar el marco normativo de la estiba (RDL 8/2017, de 12 de mayo), la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia –en adelante, CNMC– ha abierto tres expedientes en relación con convenios y acuerdos colectivos vigentes en este sector. Además del desarrollado en el Puerto de Vigo (S/DC/0596/16) que ya ha culminado con Resolución de 26 de julio de 2018, en la que se imponen importantes multas a los negociadores de un acuerdo colectivo, incluyendo a las organizaciones sindicales, la página web de la CNMC nos informa de la existencia de otros dos en curso (S/DC/0619/17 y S/DC/0605/17), el primero de los cuales se refiere nada menos que a la cláusula subrogatoria incluida el año pasado en el IV Acuerdo estatal para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria.

No es mi intención en las consideraciones que siguen abordar los aspectos sustantivos de las interferencias entre la normativa antitrust y la negociación colectiva, de los que me he ocupado en el pasado³. Tampoco pienso analizar los nuevos conflictos que se han abierto como consecuencia del mencionado proceso de liberalización de los servicios portuarios. Mi pretensión es más limitada, aunque no por ello menos importante: en línea con las reflexiones que he hecho en dos trabajos anteriores⁴, me propongo ahora analizar si existe un fundamento normativo suficiente que ampare la intervención de la CNMC –y de las restantes autoridades españolas de la competencia– en el desarrollo de la negociación colectiva; o si, por el contrario, es preciso entender que esta intervención no resulta posible y ha de afirmarse, en sentido diferente, que el control de los convenios colectivos es competencia exclusiva del orden jurisdiccional social.

A estos efectos, estudiaré, en primer lugar, el modelo de general de garantía de la legislación de defensa de la competencia, que descansa en la coexistencia de competencias administrativas y jurisdiccionales, con predominio de aquellas (2). Analizaré, en segundo término, su proyección sobre la negociación colectiva y como la misma ha producido un panorama de conjunto poco armónico (3), y, sobre todo, difícilmente justificable en la medida en que implica la aparición de facultades administrativas de control de los convenios colectivos que creíamos desterradas desde la promulgación de la Constitución (4). A continuación, intentaré demostrar que, a partir de la LRJS de 2011, se impone sostener que únicamente los órganos judiciales del orden social son competentes para valorar el contenido de los convenios colectivos desde la perspectiva de la legislación antitrust (5). Ello, sin embargo, impone una reflexión sobre el funcionamiento del proceso laboral que requiere la reinterpretación o acaso la modificación de alguna de sus reglas (6).

³ Cfr. Goerlich *et al.*, 2011 y Goerlich, 2015.

⁴ Goerlich, 2013, pp. 9 ss., y 2015, pp. 139 ss.

2. LA GARANTÍA DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: EL PAPEL DE LAS AUTORIDADES NACIONALES DE COMPETENCIA

Aunque existen otros modelos a nivel comparado en los que el papel de los órganos jurisdiccionales es más amplio, en nuestra tradición –como en la de otros países de nuestro entorno–, el sistema de aplicación de la normativa antitrust descansa en dos pilares distintos, el administrativo y el jurisdiccional, entre los que resulta preponderante el primero. La existencia de dos formas de aplicación de las normas no es, por supuesto, ajena a otros sectores del ordenamiento y se justifica fácilmente por la posible concurrencia de dos tipos de intereses diferentes en su efectividad. En este sentido, en el Derecho de la competencia, al igual que en el Derecho del trabajo, la aplicación de los mandatos legales no es solo un problema que interese a los competidores sino que afecta a la entera ciudadanía, puesto que, como recuerda la Exposición de Motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia –en adelante, LDC–, el correcto funcionamiento del mercado tiene efectos positivos de conjunto en forma de “eficiencia productiva” y de “menores precios”. Existen, en definitiva, intereses públicos y privados concurrentes en aquella. Ello abre la posibilidad de que exista una doble vía, administrativa y judicial, de aplicación de las normas antitrust: si la primera mira a la defensa del interés general en la existencia de mercados verdaderamente competitivos, la segunda protege los intereses particulares que pueden ser afectados por las conductas colusorias.

Este sistema viene impuesto por la normativa comunitaria. El Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, parte, de un lado, de la necesaria existencia de autoridades de competencia en los Estados miembros (art. 5), pero establece además que “los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado” –referencia que debe entenderse hecha ahora a los arts. 101 y 102 TFUE–. La normativa legal española abre, en consecuencia, dos posibles espacios de aplicación de las normas de defensa de la competencia: el ocupado por la CNMC y, en su caso, las autoridades autonómicas y el que corresponde a los órganos judiciales. El primer espacio viene delimitado por la LDC y, tras la constitución de la CNMC aglutinando la anterior Comisión Nacional de la Competencia y otros organismos administrativos reguladores de mercados, por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. En cuanto a la aplicación judicial, aparte del papel que corresponde al orden contencioso-administrativo en punto a autorización de algunas actuaciones de las autoridades de competencia y, sobre todo, en su revisión (art. 48 LDC), la normativa procesal española la

encomienda a la jurisdicción civil a través de los especializados Juzgados de lo Mercantil (cfr. art. 86ter.2.f] LOPJ)⁵.

Los respectivos campos de actuación de las autoridades administrativas y jurisdiccionales resultan, por otro lado, complementarios. La LDC encomienda a la autoridad de la competencia una función de vigilancia de posibles acuerdos colusorios: por un lado, puede valorar la concurrencia de los mismos conforme a las previsiones de los arts. 1 y 2 LDC; por otro, ostenta facultades para valorar si se producen los elementos necesarios para exceptuar una determinada práctica restrictiva de la competencia de acuerdo con las previsiones de los arts. 5 y 6. Detectada la presencia de actuaciones contrarias a la competencia, la autoridad administrativa procede a su investigación y represión, mediante la imposición de sanciones administrativas (arts. 49 ss.). Por último, aunque ya en un plano diferente, la autoridad nacional es competente para la autorización de determinados acuerdos que afectan potencialmente a la competencia en el mercado –regulación de las concentraciones económicas (arts. 7 ss.)–.

Por su parte, las competencias jurisdiccionales, al margen las autorizadoras o revisoras de los actos administrativos que resultan de todo lo anterior, se centran en los efectos sobre los particulares de los acuerdos colusorios. Aunque la LDC establece su nulidad (art. 1.2), se entiende que su declaración no compete a la autoridad administrativa sino a los órganos de la jurisdicción civil. Asimismo, la eventual exigencia de responsabilidades indemnizatorias por los daños que aquellos hayan producido entra también en su ámbito de actuación como ahora establece expresamente el art. 72.1 LDC, añadido a este texto legal por el RDL 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.

Por supuesto, la situación que se ha descrito conduce de inmediato a un interrogante: el de determinar a quién corresponde el papel preponderante en la aplicación de la legislación antitrust. Habida cuenta de que las competencias administrativas y judiciales se proyectan sobre un mismo objeto –la existencia o no de acuerdo colusorio– es necesario saber cuáles son las relaciones que se establecen entre las autoridades de la competencia y los órganos jurisdiccionales, a fin de determinar si es posible que aparezcan conflictos entre las facultades de cada una de estas entidades y, sobre todo, cuál de ellas ostenta, en su caso, la prioridad para decidir la cuestión.

En nuestra normativa, ni siquiera en la legislación anterior se ha reconocido expresamente la prevalencia de la actuación administrativa. Es verdad que las normas anteriores parecían apuntar en esa línea; y así lo admitió inicialmente la jurisprudencia civil y la doctrina⁶. En este sentido, la anterior Ley de Defensa de la

⁵ Para un análisis general de las diferentes competencias jurisdiccionales implicadas en la defensa de la competencia, véase, con detalle, Colomer, 2008.

⁶ Un análisis de la interpretación inicial de la jurisprudencia en ORTIZ, 2011, pp. 92 ss. En la doctrina, véase, por ejemplo, Baño, 1996, pp. 271 ss., excluyendo que fuera posible la acción civil para

Competencia (16/1989, de 17 de julio), parecía dar prioridad a la vía administrativa cuando regulaba la eventual reclamación de daños y perjuicios derivados de ilícitos competenciales. En efecto, de acuerdo con su art. 13.2, los que se considerasen perjudicados por ellos podían ejercitar la correspondiente acción, conforme al “régimen sustantivo y procesal... previsto en las leyes civiles”, pero solo “una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional”. La jurisprudencia, sin embargo, había evolucionado en el sentido de excluir que esta regla impidiera que este tipo de reclamaciones se produjeran de forma autónoma, admitiéndolas, por tanto, sin necesidad de aguardar al agotamiento de la vía administrativa⁷.

Con la aprobación de la nueva LDC en 2007, en línea con la reforma de las reglas europeas al respecto, la independencia de la aplicación judicial y administrativa de las normas antitrust es todavía más clara. Aquella norma ha desaparecido, estableciéndose, en su lugar, un conjunto de reglas que posibilitan la coordinación entre las actuaciones desarrolladas por las autoridades de la competencia y las jurisdiccionales. Estas reglas obligan, de entrada, a la notificación por los órganos jurisdiccionales a los de carácter administrativo de los procedimientos que se sigan ante ellos en materia de defensa de la competencia así como la de las sentencias eventualmente recaídas (art. 16.3 LDC; arts. 212.3, 404.3 y 461.5 LEC). Reconocen, por otro lado, la posibilidad de que las autoridades administrativas competentes comparezcan en tales procedimientos para “aportar información o presentar observaciones a los órganos jurisdiccionales” en relación con la aplicación de las normas antitrust (art. 16.1 y 2 LDC; art. 15bis LEC). Finalmente, prevén la facultad de los órganos jurisdiccionales de suspender los procedimientos en tanto se sustancian ante las autoridades de defensa de la competencia los expedientes que versen sobre los mismos hechos (arts. 434.3 y 465.6 LEC). La vía administrativa no aparece pues como prioritaria. No se establece un monopolio a favor de las autoridades de la competencia que impida las actuaciones judiciales. Estas coexisten con las desarrolladas por aquellas, aunque se establecen una serie de instrumentos procesales cuya finalidad es concederles la “oportunidad” de convencer al juez respecto a la existencia o no de ilícitos competenciales⁸. De este modo, las actuaciones judiciales puestas en marcha por los interesados podrían discurrir en paralelo a las desarrolladas por las autoridades de defensa de la competencia, siendo relativamente imperfectos los mecanismos de coordinación entre unas y otras.

Existen, sin embargo, datos que permiten pensar que, en realidad, el instrumento principal de aplicación de las normas de defensa de la competencia es el

obtener la nulidad de un acuerdo colusorio sin existencia de una previa declaración firme del Tribunal de Defensa de la Competencia.

⁷ La evolución interpretativa en Ortiz, 2011, pp. 96 ss. Referencias jurisprudenciales en auto AP Barcelona civil 4 abril 2008, rec. 371/2007.

⁸ Colomer, 2008, p. 463.

administrativo. Por un lado, merece la pena señalar el carácter unidireccional que presentan las reglas de coordinación que han sido analizadas. El flujo de información se mueve desde la jurisdicción hacia la administración. Se busca posibilitar, en definitiva, que la autoridad administrativa centralice toda la información en relación con las posibles conductas contrarias a la competencia. Asimismo, y en contra de lo que sería previsible habida cuenta el diferente papel que ocupan en el entramado del Estado de Derecho, el efecto suspensivo derivado de la concurrencia de diferentes procedimientos sobre los mismos hechos, aunque sea estrictamente potestativo y quede, por tanto, a discreción del órgano judicial, se postula de las actuaciones judiciales y no de las administrativas. En otro orden de consideraciones, aunque en la redacción original de la LDC no se ha previsto la vinculación de los órganos de la jurisdicción civil a los criterios establecidos en vía administrativa, esta ha terminado por triunfar en la práctica. Desde luego, del marco normativo establecido en 2007 no era posible deducir el carácter vinculante para los tribunales civiles de las resoluciones de las autoridades de la competencia, sin perjuicio de que, desde el primer momento, fueran consideradas elementos “de gran valor” en la aplicación por aquellos de las normas antitrust⁹. Pero la evolución interpretativa ha conducido a la jurisprudencia civil a reconocer que los litigios privados quedan condicionados por la solución del previo proceso administrativo, cuando ésta viene confirmada por la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁰. Esta evolución ha sido recientemente sancionada en vía normativa, al menos por lo que se refiere a las reclamaciones de resarcimiento de daños derivados de conductas contrarias a la competencia, como consecuencia de la incorporación a nuestro Derecho de las prescripciones de la Directiva 2014/104/CE¹¹.

Se parte, pues, en definitiva, de la primacía de la aplicación de las normas antitrust por las autoridades administrativas de la competencia y del carácter complementario de las actuaciones judiciales. El Reglamento 1/2003 es bien claro a

⁹ SJM Barcelona-2 20 enero 2011, proc. 45/2010.

¹⁰ Cfr. STS civil 7 de noviembre de 2013, rec. 2472/2011, o 3 noviembre 2017, rec. 2670/2014. La primera de ellas contiene teoría general sobre el alcance de la cosa juzgada en estos casos, que inicialmente había sido rechazada por la jurisprudencia del TS.

¹¹ La Directiva 2014/104/CE, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, prevé en este sentido que la constatación de una conducta anticompetitiva en un procedimiento administrativo o judicial condiciona desde su firmeza las reclamaciones de daños. En esta línea, su art. 9.1 establece que “los Estados miembros velarán por que se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia”. Esta regla ha sido incorporada al art. 75 LDC como consecuencia de la aprobación del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores. De este modo, en el proceso de resarcimiento de daños no es posible discutir la existencia del ilícito, sin perjuicio de que sea posible debatir sobre la cuantía de los daños (cfr. art. 76 LDC).

este respecto: aunque “los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan un cometido esencial en la aplicación de las normas comunitarias”, su función “es, a este respecto, complementaria de la de las autoridades de la competencia” (Exposición de Motivos, § 7). La lectura de la doctrina especializada muestra, por lo demás, que, detrás de esta configuración, está la firme convicción de que son las autoridades administrativas las entidades más idóneas para garantizar la efectiva aplicación de las normas antitrust. Aunque se es consciente de la existencia de otros modelos de base fundamentalmente judicial, se parte de que en el ámbito europeo aquella descansa en la intervención administrativa, a través de organizaciones administrativas mejor dotadas para el combate contra los acuerdos colusorios que los órganos judiciales; la acción privada a través de estos queda confinada a un papel estrictamente complementario. Aparte de que actúan en defensa de intereses que no son fácilmente judicializables, las autoridades de la competencia muestran niveles de especialización superiores y cuentan con medios mejores. Ello les permite desarrollar sus procedimientos de forma más rápida, así como acceder a pruebas que no son fáciles de conseguir por los particulares. Todo ello lo hacen de oficio o a iniciativa de parte, pero, en cualquier caso, sin coste alguno para los interesados¹². De este modo, la aplicación administrativa resulta ser bien superior a la judicial.

3. CONTROL DE LA ADECUACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS A LA LEGISLACIÓN ANTITRUST: LAS COMPLEJAS RELACIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN SOCIAL Y LA AUTORIDAD DE LA COMPETENCIA

El hecho de que, a raíz de la conocida doctrina Albany¹³, se haya admitido solo una inmunidad relativa de los convenios frente a su escrutinio a la luz de la normativa antitrust, abre de inmediato la cuestión de en qué medida resulta de aplicación a la negociación colectiva el esquema general de garantía que ha sido descrito en el apartado anterior. El punto de partida de la reflexión en este terreno es el absoluto silencio de la vigente normativa en materia de defensa de la competencia respecto a la específica problemática que plantea el control de los convenios colectivos, así como de las facultades que corresponden a los tribunales del orden social en este terreno. El análisis de las normas sustantivas y procesales que se refieren a la aplicación de las normas sobre competencia dan cuenta de su aplicación por las autoridades administrativas estatal o autonómicas y varios órdenes jurisdiccionales, entre los que no se encuentra considerado de forma explícita el social. Del mismo modo, la doctrina que se ha ocupado de las diferentes formas de aplicación de las

¹² Laguna, 2014, pp. 269 ss. Estas afirmaciones son un lugar común: véanse también Pascual, 2014, y Ortiz, 2011, pp. 38 ss.

¹³ Referencias detalladas en Goerlich *et al.*, 2011, pp. 199 ss.

normas sobre competencia ha considerado, aparte el papel de aquellas autoridades, únicamente la actuación de las jurisdicciones contencioso-administrativa y civil –a través de sus órganos especializados en materia mercantil–¹⁴.

La idea es predicable, por supuesto, de la legislación española –a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior–; pero también se advierte en el ámbito comunitario. Es verdad que el Reglamento 1/2003 no hace distinciones puesto que se refiere con carácter general “a los órganos jurisdiccionales nacionales” para encomendarles la función de la aplicación de las normas de defensa de la competencia (art. 6). Pero la inmediata Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE (2004/C101/04; DOUE de 27 abril 2004) deja bien claro que las cuestiones de orden social no han sido específicamente contempladas. En su apartado 4 se afirma en este sentido que, “dependiendo de las funciones que tengan atribuidas con arreglo al derecho nacional, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden tener que aplicar los artículos 81 y 82 CE en procedimientos administrativos, civiles o penales”.

Este aparente silencio normativo ha conducido a la aplicación a los convenios colectivos del sistema de control establecido en el terreno del derecho privado, sobre la base de su aspecto contractual y de la noción amplia de empresario utilizada por la jurisprudencia comunitaria –y actualmente recogida en la disp. adic. 4ª.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC)–. Con ello, se abre la posibilidad de que la CNMC u otras autoridades administrativas los valoren directamente desde la perspectiva de la legislación antitrust. En este sentido, en los últimos años, hemos asistido a una creciente intervención de las autoridades de la competencia en la fiscalización de su contenido. Aunque los episodios en los que se ha concretado la misma son relativamente escasos, no deja de advertirse una tendencia al alza. Considerando únicamente los protagonizados por la autoridad estatal, cabe traer a colación las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 enero 2007 (S/607/06, *Ayuda domiciliaria*) sobre la fijación de precios de los servicios por el convenio colectivo –así como dos resoluciones posteriores de la CNC que supusieron la terminación convencional de asuntos similares (16 y 17 marzo 2009, S/0076/08 y S/0077/08, *Contact Center y Convenio de Seguridad*)–, y de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 septiembre 2009 (S/2805/07, *empresas estibadoras*) y 27 de abril de 2012 (S/0197/09, de nuevo sobre el *Convenio de seguridad*, pero analizando ahora sus previsiones en punto a subrogación convencional)¹⁵. Si a ellos les añadimos los tres expedientes que se han abierto como consecuencia de la vigilancia específica que la CNMC está desarrollando del proceso de liberalización del sector de la estiba portuaria y

¹⁴ Cfr., por ejemplo, Concepción, Gimeno-Bayón y Rodríguez, 2004, pp. 197 ss. o Colomer, 2008.

¹⁵ Para mayores detalles, con descripción de otras actuaciones administrativas, véase Goerlich, 2015, pp. 119 ss.

que han sido citados al inicio de estas páginas, se advierte la tendencia al alza a la que se ha aludido. Debe tenerse en cuenta, además, que, aunque en algún caso la jurisdicción contencioso-administrativa ha anulado la resolución administrativa, la mayor parte de estos expedientes ha acabado con la imposición de sanciones a los negociadores del convenio, incluyendo las organizaciones sindicales participantes –o por terminación convencional, con aceptación por los negociadores de la existencia de infracción y la asunción de compromisos para el futuro–.

En paralelo, los tribunales del orden social han tenido que enfrentarse con el control de los convenios desde la perspectiva antitrust, en supuestos coincidentes, similares o diversos de los que han motivado las actuaciones administrativas. Es verdad que no existe una específica atribución competencial a los tribunales del orden social en este terreno. Sin embargo, no puede ponerse en duda la posibilidad de que la LDC se utilice en la Jurisdicción social al valorar la legalidad de los convenios colectivos. A estos les corresponde, entre otras competencias, el conocimiento de la “impugnación de convenios colectivos y acuerdos, cualquiera que sea su eficacia” (art. 2.h] LRJS), impugnación que puede basarse en ilegalidad o lesividad (arts. 90.5 ET y 163.1 LRJS), sin que la referencia a la legalidad pueda entenderse limitada únicamente a la de carácter laboral. De hecho, viene interpretándose que la sujeción del convenio a la ley, nítidamente establecida en el art. 85.1 ET, incluye cualquier norma con rango de ley, con independencia de la materia sobre la que verse. Por lo demás, la existencia de los Juzgados de lo Mercantil no cambia esta solución: aunque se les confía el conocimiento “de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y su Derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia”, esta atribución se produce respecto “de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil” (art. 86 ter LOPJ) entre las que no es posible encajar el análisis de la legalidad de los convenios colectivos, que inequívocamente pertenece a la “rama social del Derecho” (art. 9.5 LOPJ). Habida cuenta de todo ello, no cabe dudar que el contenido de un convenio colectivo pueda ser combatido ante la Jurisdicción social sobre la base de la vulneración de los arts. 1 y 2 LDC. De hecho, han sido varios los pronunciamientos de los órganos del orden social que han presupuesto o se han pronunciado afirmativamente de forma expresa respecto de su valoración desde la perspectiva del derecho de la competencia. Por citar solo los precedentes más significativos, desde la lejana STS de 15 marzo 1993 (rec. 1730/1991), cabe traer a colación las SSAN 95/2001, de 7 noviembre, 86/2012, de 13 julio, y 174/2013, de 30 septiembre¹⁶.

Aparentemente, esta situación de doble intervención de las autoridades de la competencia y de los órganos judiciales del orden social no es extraña. Parece

¹⁶ Para una ampliación, vale de nuevo la remisión a Goerlich, 2015, pp. 119 ss.

responder a la filosofía que inspira el modelo general, en el que las actuaciones de unas y otros son complementarias. Sin embargo, más allá de esta simetría inicial, el modelo resultante no deja de plantear algunos problemas de envergadura. En primer lugar, los mecanismos de coordinación entre los diversos garantes de la legislación de competencia no resultan directamente aplicables y no han venido funcionando. Por supuesto, la autoridad de la competencia, acostumbrada al papel preponderante que ocupa en la aplicación de las normas antitrust, parece despreciar las aproximaciones que a los temas controvertidos puedan hacer los tribunales del orden social. En este sentido, la RCNC de 27 de marzo de 2012, *Convenio de seguridad*, contiene la drástica afirmación de que, al igual que “la CNC no es competente para aplicar derecho laboral, tampoco la Jurisdicción Social puede efectuar un análisis del convenio desde la perspectiva del Derecho de la Competencia”. Pretende, pues, tener una competencia exclusiva en este terreno. Pero los órganos de la jurisdicción social, por su parte, se desentienden igualmente de las aportaciones que en este terreno puedan hacer las autoridades administrativas de la competencia. Lo hemos visto en la casi coetánea SAN 86/2012, de 13 julio: aunque la empresa que impugnaba el convenio de *handling* había dedicado una “extensa parte de la demanda” a exponer la doctrina de la Comisión Nacional de Competencia sobre el particular y solicitaba asimismo que compareciese al procedimiento, la sala sentenciadora fue insensible a tales argumentaciones. Antes bien, se mostró contraria de forma extremadamente contundente, afirmando que su “intervención en estos procesos no está prevista, y (sus) decisiones no constituyen jurisprudencia ni doctrina judicial aplicable por los Tribunales de Justicia”. De este modo, aunque el art. 15bis LEC prevé su participación en los procesos en los que se ventilen materias de su competencia, se refiere “obviamente” a los civiles.

En este contexto de mutuo desconocimiento, es clara la posibilidad de que aparezcan soluciones discrepantes en la valoración de una misma norma convencional. Es cierto que esta posibilidad no ha llegado a verificarse todavía. Ello puede explicarse en el hecho de que sean relativamente pocos los conflictos de adecuación entre convenios y normas antitrust que se han abierto hasta ahora. En alguno, además, existen dificultades prácticas para su judicialización ante los tribunales del orden social: no es fácil, por ejemplo, que acceda ante ellos la discusión de una regla en materia de precios mínimos de los servicios como la que dio lugar a la RTDC de 29 enero 2007 (S/607/06). Asimismo, en otro de los supuestos planteados, las soluciones que se derivan de la legislación de competencia resultaron coincidentes con las que emanaban de las normas laborales en materia de negociación colectiva. En efecto, en el primer conflicto suscitado en el ámbito de la estiba portuaria, el convenio no solo resultó ser un acuerdo colusorio a efectos de la LDC según la autoridad administrativa (RCNC de 24 septiembre 2009 [S/2805/07]) sino que, en la impugnación jurisdiccional instada por la autoridad

laboral, fue declarado nulo por considerarse que los negociadores habían excedido el ámbito al que se extendía su representación¹⁷.

En otros casos, sin embargo, se detecta, cuando menos, un conflicto latente entre los planteamientos de la autoridad de la competencia y los del orden jurisdiccional. Me pregunto qué hubiera dicho aquella de plantearse el supuesto resuelto por SAN social 86/2012, de 13 julio, en el que la discusión versaba sobre el ámbito subjetivo de aplicación del convenio y la posibilidad de extenderlo a una aerolínea que asumía de forma directa la actividad de *handling*, que aparentemente no quedaba representada por la organización patronal que integraba las empresas dedicadas a desarrollarla por cuenta de las empresas de transporte aéreo. Salta a la vista que el supuesto guarda cierta analogía con el resuelto por la citada RCNC de 24 septiembre 2009; y, sin embargo, el pronunciamiento de la Audiencia Nacional no sólo descarta la existencia de ilegalidad alguna, sino que, como se ha visto más arriba, marca un momento álgido en las turbulentas relaciones entre los tribunales del orden social y la autoridad estatal de la competencia. Sabemos, por otro lado, que aquellos habían venido aplicando con total normalidad la cláusula subrogatoria del convenio estatal de empresas de seguridad¹⁸, sin suscitar ninguna duda respecto a su posible ilegalidad, cuando la autoridad de la competencia consideró que aquella contravenía la normativa antitrust (RCNC de 27 abril 2012 [S/0197/09]).

En otro orden de consideraciones, y dado que en algún caso autoridad de la competencia y tribunales del orden social han podido funcionar en paralelo a través de la impugnación de oficio por la administración laboral del convenio colectivo, cabría pensar que la solución a posibles conflictos podría pasar por la colaboración interadministrativa. En esta línea apunta la proximidad entre la RCNC dictada en el asunto *Empresas Estibadoras* (24 septiembre 2009) y la suscripción el 25 enero 2010 del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comisión Nacional de la Competencia (BOE de 26 febrero). En la exposición de las motivaciones de ambas partes, se alude a “la posibilidad de que las partes firmantes de un convenio colectivo de ámbito superior a la Comunidad Autónoma incluyan cláusulas y compromisos que contravengan las disposiciones de la LDC”. Por ello, se hace “preciso instrumentar una colaboración adecuada entre la DGT y la CNC que permita a ambas cumplir con las funciones que la legislación les encomienda”. Esta colaboración se concreta en la previsión de que la autoridad laboral estatal remita a la CNC copia de los convenios en los casos en los que estime que alguna de sus cláusulas contraviene la legislación de defensa de la competencia. Si la CNC entiende que no existe infracción, el procedimiento de

¹⁷ En este sentido, RCNC de 24 septiembre 2009 [S/2805/07], confirmada por varios pronunciamientos de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia, uno de los cuales fue a su vez confirmado por STS cont. de 19 julio 2012, rec. 4234/2010. Por lo que se refiere a los pronunciamientos del orden social, véase SAN 50/2009, de 1 junio, confirmada por STS de 11 noviembre 2010, rec. 153/2009.

¹⁸ Referencias al respecto en Goerlich, 2013, §4.

registro y depósito sigue con normalidad. En caso contrario, se da a las partes la oportunidad a las partes de subsanar la anomalía detectada; y si optaran por mantener la cláusula cuestionada, cada una de las autoridades actúa según su criterio: “la DGT y la CNC realizarán, en el ámbito de sus competencias, las actuaciones que procedieren, informándose mutuamente, de forma que se cumpla el procedimiento de depósito, registro y publicación de los convenios colectivos de trabajo y las normas en materia de defensa de la competencia”.

Aunque no puede negarse que el protocolo de actuación establecido en este convenio puede contribuir a solucionar los conflictos entre las actuaciones de la autoridad de la competencia y las que se desarrollan en el ámbito de la jurisdicción social, a través de las facultades de la autoridad laboral, es obvio que no lo hace de forma decisiva. Son muchos, en efecto, los flancos que deja abiertos. Dado que una de las entidades firmantes, la Dirección General de Trabajo, únicamente tiene competencias en relación con los convenios que, por su ámbito geográfico, se publican en el Boletín Oficial del Estado, un volumen importante de convenios colectivos, los que son objeto de competencias autonómicas y publicación en el ámbito regional o provincial, quedan al margen. Al respecto, únicamente se prevé la comunicación del protocolo a las correspondientes autoridades laborales y de la competencia, con la que probablemente se persigue la reiteración en los respectivos ámbitos de procedimientos de actuación similares. Asimismo, las actuaciones descritas en el protocolo solo se inician en caso de que la autoridad laboral tenga dudas sobre la adecuación del convenio a las normas antitrust: el convenio establece expresamente en este sentido que “la DGT remitirá a la CNC únicamente los convenios colectivos que contengan a su juicio cláusulas que pudieran contravenir la LDC”. No posibilita, en definitiva, un tratamiento seriado del conjunto de los convenios lo que, a la postre, hace que su contribución a la seguridad jurídica sea reducida. Es perfectamente posible, en otras palabras, que la autoridad laboral no advierta nada extraño en el convenio de modo que este se registre y publique con normalidad y que, con posterioridad, sobrevengan actuaciones por parte de la de la competencia. Finalmente, abre únicamente una “colaboración” limitada puesto que, en los casos en los que se detecten problemas, si las partes no aceptan la subsanación, cada autoridad conserva como hemos visto sus facultades íntegras lo que posibilita la aparición de discrepancias entre ambas. A la postre, pues, aporta poco a la seguridad jurídica de los negociadores, puesto que, con independencia de lo que haya ocurrido en esta fase de colaboración interadministrativa, continúan expuestas a la actuación de la autoridad administrativa después de registro y publicación del convenio colectivo; y, sobre todo, no aporta absolutamente nada a la resolución del principal problema que plantea la proyección a la negociación colectiva del modelo general de aplicación de la normativa antitrust: la existencia de competencias administrativas directas sobre ella.

4. ¿ES ADMISIBLE EL CONTROL ADMINISTRATIVO DEL CONTENIDO DEL CONVENIO?

En efecto, la «exportación» al ámbito de la negociación colectiva del sistema de garantías de la normativa de defensa de la competencia es la aparición de un control administrativo directo sobre los convenios colectivos. Y ello parece poco adecuado atendiendo a su naturaleza y protección constitucional. En nuestro sistema jurídico, los convenios colectivos no son únicamente un acuerdo de voluntades entre privados al que puedan aplicarse sin más todas las reglas establecidas para luchar contra las prácticas restrictivas de la competencia. Como consecuencia de su fundamento constitucional (art. 37.1 CE), la regulación legal de los convenios colectivos presenta importantes singularidades, una de las cuales es la exclusión de la intervención administrativa en relación con sus contenidos: si bien se prevé que la autoridad laboral ejerza determinadas funciones en la tramitación de los convenios, éstas no incluyen su posible modificación, sin perjuicio de que, en caso de advertirse ilegalidad o lesividad, pueda ponerse en marcha la impugnación ante la jurisdicción social (art. 90 ET). Obsérvese que esta idea ha estado profundamente arraigada en nuestro sistema desde la entrada en vigor de la Constitución como muestra ya la Exposición de Motivos del proyecto de Estatuto de los Trabajadores¹⁹, así como la doctrina de la época²⁰. Y no se ha proyectado solo sobre los convenios colectivos en sentido estricto sino sobre todo tipo de acuerdos de carácter colectivo, hasta el extremo de haber alcanzado a los que se producen en terrenos que, durante mucho tiempo, se han considerado administrativos: recuérdese que, en los desaparecidos expedientes de regulación de empleo, la autoridad laboral no podía rechazar ni modificar el acuerdo alcanzado en el período de consultas sino únicamente impugnarlo.

Por lo demás, y por supuesto esto no es lo menos importante, la proscripción de la intervención administrativa en la negociación colectiva no es el resultado de una decisión legislativa contingente que se haya adoptado en un momento dado, sino que viene impuesta por el propio reconocimiento de la libertad sindical cuyo contenido esencial incluye, como es sabido, el derecho a la negociación colectiva. En este terreno, cabe traer a colación tanto la doctrina elaborada por las instancias internacionales competentes en materia de libertad sindical (4.1) como la de nuestra

¹⁹ Esta Exposición de Motivos, desaparecida del texto finalmente aprobado, insistía en que “el título III, “De la negociación y de los Convenios Colectivos de Trabajo”, sustituye un régimen de intervencionismo y correlativo bloqueo en las relaciones laborales por un sistema de libertad y consiguiente responsabilidad de los interlocutores naturales de esas mismas relaciones”. Este objetivo general requería “que el protagonismo de la Administración Pública en esta materia, propio de una concepción política hoy superada, dé paso a la libre determinación por las partes de las condiciones de trabajo, de la productividad y de la paz laboral”. Es interesante señalar, por lo que se vera en el texto de inmediato, que “la ratificación por España de los Convenios 87 y 98 de la OIT, ya incorporados a nuestro Derecho interno, (...) determinan y justifican la necesidad del cambio normativo indicado”.

²⁰ Por todos, Martínez Emperador, 1981, pp. 1 ss.

propia jurisdicción constitucional (4.2). La comparación entre estas y el modo en que se viene produciendo la intervención de las autoridades de la competencia en el control de los convenios colectivos permite afirmar que esta tiene un difícil ajuste constitucional (4.3).

4.1. La intervención administrativa en la negociación colectiva en la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT

Por lo que se refiere a las primeras, es muy ilustrativa la del Comité de Libertad Sindical (CLS) de la OIT –que, desde los primeros pronunciamientos del TC, ha sido considerada relevante a efectos de la interpretación del art. 28.1 CE²¹–, recopilada periódicamente por la indicada organización internacional. En la última recopilación de 2018, el apartado correspondiente a “la intervención de las autoridades en la negociación colectiva” parte de la afirmación general de que “los órganos del Estado no deberían intervenir en la negociación colectiva libre entre organizaciones de trabajadores y de empleadores” (§ 1425). Ello impide que las autoridades puedan vetar la entrada en vigor de los convenios colectivos: “subordinar la entrada en vigor de los convenios colectivos suscritos por las partes a su homologación por las autoridades es contrario a los principios de la negociación colectiva y del Convenio núm. 98” (§ 1438; véase también § 1444). Y, por supuesto, tampoco pueden inmiscuirse en su contenido: “los órganos del Estado no deberían intervenir para modificar el contenido de los convenios colectivos libremente concertados” (§ 1424).

Estas conclusiones no quedan afectadas por el hecho de que las decisiones gubernativas sobre negociación o convenios puedan ser objeto de recurso judicial. Así lo ha indicado el Comité para el veto administrativo previo: “aun cuando la negativa de aprobación administrativa pueda ser objeto de un recurso judicial, el sistema mismo de la aprobación administrativa previa es contrario a todo el sistema de negociaciones voluntarias” (§ 1442). Y parece razonable entender que esta solución ha de extenderse también a otros casos de intervención. Es verdad que la doctrina del CLS es muy matizada de modo que no toda intervención gubernativa en la negociación contraría los convenios en materia de libertad sindical. Pero también es muy matizada la forma en que se produce tal admisión en la medida en que, entre otras cosas, se exige una determinada causalidad –se llega a hablar de “crisis nacional aguda” (§ 1430)–, la “naturaleza temporal” de las restricciones al principio de libertad negocial (§ 1434; cfr. también §§ 1456 y 1461) y, en fin, el carácter subsidiario que, entre otras cosas, implica que “cualquier limitación a la negociación colectiva por parte de las autoridades debería estar precedida de

²¹ Cfr., por ejemplo, SSTC 38/1981, de 23 noviembre, o 75/1992, de 14 mayo.

consultas con las organizaciones de trabajadores y de empleadores, intentando buscar el acuerdo de ambas” (§ 1421).

4.2. La jurisprudencia constitucional

En cuanto a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, el rechazo a la intervención administrativa en el desarrollo de la negociación colectiva arranca de sus primeros pronunciamientos. La STC 11/1981, de 8 abril, declaró la inconstitucionalidad de los llamados laudos de obligado cumplimiento. Creados en la normativa sindical franquista, habían sido incorporados durante la Transición al Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 marzo, sobre relaciones de trabajo, cuyos arts. 25.b) y 26 asignaban funciones arbitrales a la autoridad laboral en caso de conflicto de intereses en relación con la renovación del convenio colectivo. La citada sentencia consideró que esos preceptos eran contrarios al art. 37.1 CE al no concurrir “los elementos justificativos de la restricción que al derecho de negociación pueden establecerse sin afectar al contenido constitucional definido en el artículo 37 de la Constitución”.

La posterior STC 92/1992, de 11 junio, se ocupó de la cuestión de inconstitucionalidad suscitada en relación con el art. 41 ET que, en la versión vigente entonces, supeditaba la introducción por el empresario de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo al acuerdo con los representantes de los trabajadores y, en su defecto, a la autorización de la autoridad laboral. En el supuesto planteado, la modificación pretendida por la empresa afectaba a una condición contenida en el convenio aplicable lo que permitió que se planteara directamente si, y en qué condiciones, era admisible que la autoridad laboral incidiera sobre el contenido de los convenios. La sentencia, aunque partió de que la libertad de empresa y la defensa de la productividad a los que se refiere el art. 38 CE podía actuar como cobertura constitucional de las actuaciones administrativas en materia de relaciones laborales, descartó de forma rotunda que la misma pudiera extenderse a justificar la intervención de la autoridad laboral en la negociación colectiva. Tras recordar que “el art. 37.1 CE reconoce el derecho a la negociación colectiva y garantiza la eficacia vinculante del convenio colectivo, encomendando al legislador de manera imperativa garantizarla, de modo que la facultad normativa de las partes sociales encuentra su reconocimiento jurídico en la propia Constitución (STC 58/1985, fundamento jurídico 3.º)”, el TC distingue la subordinación del convenio a la Ley y a las restantes fuentes del derecho, que no puede ponerse en cuestión “dada la subordinación jerárquica del convenio colectivo respecto a la legislación (art. 3.1 LET)”, de la admisión de “decisiones administrativas que autoricen la dispensa o inaplicación singular de disposiciones contenidas en convenios colectivos” que resulta constitucionalmente inadmisibles pues implicaría no solo “desconocer la

eficacia vinculante del convenio colectivo, sino incluso los principios garantizados en el art. 9.3 CE”.

Con posterioridad, el problema de la inaplicación convencional por decisiones de carácter administrativo ha vuelto a ser objeto de consideración como consecuencia del establecimiento por la reforma laboral de 2012 de un arbitraje obligatorio ante un ente administrativo (art. 82.3.VIII ET). Aunque la doctrina establecida por la STC 119/2014, de 16 julio –confirmada por la inmediata STC 8/2015, de 22 enero– no es tan taxativa como la recogida en el pronunciamiento de 1992 y la intervención arbitral de la Comisión Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) es declarada constitucional, tal conclusión solo se alcanza de una forma muy matizada, tras establecer un importante número de condicionantes. El punto de partida es que el derecho a la negociación colectiva, “como cualquier otro derecho constitucional, ... no tiene carácter absoluto, sino que puede quedar sujeto a limitaciones”. De este modo, se hace preciso analizar “si la restricción a la negociación colectiva y la fuerza vinculante del convenio colectivo derivada de la cuestionada previsión del art. 82.3 LET responde a una finalidad legítima en aras de salvaguardar otros derechos y bienes constitucionales, y si además de encontrar justificación objetiva, supera los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad”. Por lo que se refiere a la primera cuestión, la existencia de una finalidad legítima, el TC la encuentra, entre otros preceptos constitucionales que aquí no interesan, en los intereses protegidos por el art. 38 CE. No basta, sin embargo, hallar esta conexión entre la intervención administrativa y otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos: es necesario además que aquella “resulte razonable y proporcionada”, lo que obliga a hacer un análisis detallado de “los límites, circunstancias y garantías a que queda ligada su aplicación”.

No es este momento para exponer detalladamente las consideraciones que en este terreno hace la STC 119/2014, de 16 julio. Creo que basta enumerar los seis elementos que el TC valora para alcanzar la conclusión de que la regla del art. 82.3 ET que posibilita la intervención arbitral de la CCNCC –las exigencias de causalidad de la intervención, su limitación *ratione materiae*, el necesario alcance temporal de la inaplicación, su “carácter subsidiario”, las características del órgano administrativo interviniente y, finalmente, el control judicial al que quedan sujetas las decisiones adoptadas en el procedimiento–. Y reparar en tres que son particularmente interesantes desde la perspectiva que nos interesa porque resultan esenciales para comprender por qué el TC considera proporcionada la regla del art. 82.3 ET, al imponer un sacrificio muy limitado del derecho a la negociación colectiva que no la pone en cuestión como método de ordenación de las relaciones laborales. Uno de ellos es el carácter temporal: “la decisión arbitral de inaplicación tiene, pues, una eficacia temporal limitada, cediendo en todo caso ante un nuevo fruto de la autonomía colectiva aplicable en la empresa”. De este modo, no se condiciona la futura actividad negocial de las partes. En cuanto al carácter subsidiario, el TC

señala en que la intervención solo se produce si fracasan “los sucesivos cauces que con carácter previo y preceptivo deben seguir el empresario y los representantes de los trabajadores para resolver la discrepancia por ellos mismos o por los medios de autocomposición fijados mediante la autonomía colectiva”. Los interlocutores sociales tienen, pues, a su alcance la posibilidad de eludirla si alcanzan previamente un acuerdo directo o hallan un procedimiento alternativo de solución de la controversia. Finalmente, en cuanto a las características del órgano administrativo interviniente, la CCNCC, se destaca su “composición tripartita y paritaria, estando formado por representantes de la Administración General del Estado y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas”, cuyos acuerdos se alcanzan “«preferentemente por consenso» y subsidiariamente, de no ser posible, por mayoría absoluta de los miembros de la Comisión Permanente o, en su caso, del Pleno (arts. 8.3 y 16 del Real Decreto 1362/2012)”. De este modo, “por más que el voto de los representantes de la Administración pública pueda resultar determinante en los supuestos en que las posiciones de los representantes de los empresarios y los trabajadores estén enfrentadas, la posición de la Administración pública nunca tendrá alcance decisorio por sí sola”; y, en definitiva, “la negociación sobre la inaplicación de las condiciones de trabajo pactadas en el convenio no cesa, sino que continúa en el seno de la propia Comisión Consultiva Nacional que debe buscar el consenso entre sus miembros”.

4.3. Sobre la intervención en la negociación colectiva de las autoridades administrativas de la competencia

Por lo que se refiere a la intervención de las autoridades de la competencia, es claro que podemos hallar en ella algunos de los elementos que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia constitucional, posibilitarían la injerencia administrativa en la negociación colectiva. Resulta, en efecto, difícil refutar que se encuentre suficientemente justificada en una finalidad constitucionalmente legítima: no cabe desconocer, de un lado, la conexión existente entre defensa de la competencia y los derechos e intereses constitucionales contemplados en el art. 38 CE; de otro, desde las célebres sentencias Albany, sabemos que los convenios colectivos solo quedan protegidos de forma relativa frente a las exigencias en materia de competencia de los tratados europeos. Lo que no parece tan fácil es aceptar que la intervención de las autoridades administrativas de la competencia en relación con los convenios colectivos se adecúe a las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad que han sido expuestas.

Por lo que se refiere al órgano que interviene, quizá pueda hacerse hincapié en el carácter de administración independiente que tiene la CNMC. De acuerdo con la Ley 3/2013, “está dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad

pública y privada y actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado”, aunque queda “sometida al control parlamentario y judicial” (art. 2.1). Existen además específicas garantías de esta independencia (arts. 22 ss.). Con todo, su composición no está, ni mucho menos, pensada para satisfacer los requisitos en los que se han detenido tanto el Comité de Libertad Sindical como la jurisprudencia constitucional: su composición no da cuenta para nada de los intereses de naturaleza laboral de empresarios y organizaciones sindicales de manera que pueda aceptarse que su intervención sea, en cierto modo, una continuación de la negociación colectiva o que ha implicado haber apurado sus posibilidades de éxito. Es verdad que cabría pensar que esta exigencia no es aplicable en relación con una intervención que no busca que los convenios se adecúen a las exigencias de la política económica del gobierno sino garantizar que no se extralimitan en su contenido, saliendo del ámbito de inmunidad que les corresponde en relación con las normas de la competencia. La autoridad de la competencia jugaría, en definitiva, un papel de mera declaración del derecho; y ello permitiría entender que, desde la perspectiva orgánica, su configuración actual garantiza suficientemente la independencia y evita injerencias políticas indebidas en el desarrollo de la negociación colectiva.

En todo caso, mucho menos fácil resulta encontrar los restantes factores que han permitido salvar la intervención administrativa en nuestra jurisprudencia constitucional. Por supuesto, la actuación de la CNMC no parece una actuación subsidiaria. Es cierto que los procedimientos admiten la llamada terminación convencional (art. 52 LDC); pero la misma se desarrolla bajo la tutela de la autoridad administrativa lo que hace difícil asignarle tal valencia. Pero, sobre todo, se trata de una intervención que desborda los mínimos criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Aparte de que tiene carácter definitivo, el hecho de que se base en una actuación sancionadora permite cuestionarla seriamente desde la perspectiva de la mínima comprensión de los derechos constitucionales implicados, el de negociación colectiva y, en último término, el fundamental de libertad sindical, hasta el punto de que, a mi juicio, resulta imposible aceptarla.

El recurso a medidas sancionadoras tiene, en este sentido, un efecto disuasorio del ejercicio de los derechos que se extiende más allá del concreto problema que se plantea; y, con ello, implica lesión del derecho fundamental en juego, en este caso la libertad sindical, incluso aunque estuviera acreditado que la conducta quedará objetivamente fuera de su ámbito. Así se desprende de la jurisprudencia constitucional, en relación con la aplicación de tipos penales que afectan a los derechos fundamentales. El TC, sobre la base de la doctrina del TEDH, ha indicado en este sentido que “la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico permite afirmar que (para la imposición de una sanción penal) no basta con la constatación de que la

conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la protección constitucional del derecho, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto ... disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada²². Pues bien, este efecto desalentador parece estar produciéndose: vale como ejemplo el inicio de actuaciones sobre la modificación del IV Acuerdo Marco de la Estiba, que, a juzgar por las informaciones de prensa, parece estar en la base de la parálisis del proceso de negociación del V Acuerdo Marco de la Estiba.

Obsérvese que la intervención de las autoridades de la competencia implica tanto un “sacrificio innecesario” como “desproporcionado”. En este último sentido, la configuración del aparato sancionador, pensado para un mundo bien diferente –en el que operan empresarios, que se mueven en persecución del beneficio y esconden sus actuaciones colusorias para aprovecharlas al máximo–, hace que su proyección indiscriminada al de la negociación colectiva genere consecuencias devastadoras desde la perspectiva de la integridad de los derechos constitucionales que se ejercitan y, muy señaladamente, a la libertad sindical. Quizá por ello, las pasadas intervenciones de las autoridades de la competencia en la negociación colectiva han sido bastante cautelosas, valorando las facetas del problema que se viene comentando²³. Sin embargo, las más recientes han abandonado toda prudencia al respecto. La reciente RCNMC de 26 de julio de 2018 (exp. S/DC/0296/16, Estibadores Vigo) proyecta sin más los criterios de imputación y determinación de la responsabilidad tal y como habitualmente se aplican y con ello produce un choque frontal con aspectos sólidamente enraizados en el contenido esencial de este derecho de libertad sindical.

Por lo que se refiere a los criterios de imputación, la resolución desconoce la diferenciación entre la representación unitaria y la organización sindical de modo que procede a extender la responsabilidad de un acuerdo firmado por aquella a esta última. Con ello desconoce los límites legalmente establecidos para poder imputar las actuaciones de los afiliados a las organizaciones de las que forman parte (art. 5.2 LOLS). Respecto de los criterios de valoración, la inadecuación de los establecidos en los arts. 63 y 64 LDC a las exigencias de un principio de mínima compresión de los derechos fundamentales en juego es manifiesta. En concreto, la utilización de criterios relacionados con el volumen de negocio (art. 63.1 LDC) para la determinación de las sanciones a los sindicatos hace que no sea tan deci-

²² STC 88/2003, de 19 mayo, con cita de precedentes del TEDH y del propio TC. Véanse también, con posterioridad, SSTC 110/2000, de 5 de mayo o 104/2011, de 20 junio.

²³ En este sentido, cabe traer a colación la RCNC de 27 de marzo de 2012 (S/0197/09, *Convenio de seguridad*), que parte de la idea de la diferente responsabilidad de organizaciones empresariales y sindicales. Estas últimas contribuyen “a la creación y funcionamiento de este mecanismo que distorsiona la competencia en el mercado del transporte y manipulado de fondos” pero “son ajenas al alcance y repercusiones de esta restricción”, lo que permitió en el caso no imponerles sanción alguna.

siva la real contribución al acuerdo como la consistencia financiera, y por tanto afiliativa, de la organización. Este *modus operandi* produce una clara distorsión en relación con la libertad sindical pues penaliza a las organizaciones sindicales a medida en que su representatividad aumenta. Como la jurisprudencia constitucional ha indicado desde el principio (STS 53/1982, de 22 de julio), el reconocimiento de las organizaciones más representativas se conecta con la eficacia de la acción sindical y, a su través, con la relevancia constitucional que la CE atribuye a las organizaciones sindicales y empresariales (art. 7 CE). Desde este punto de vista, resulta irrazonable constitucionalmente la concentración de las consecuencias de las infracciones en las organizaciones más representativas.

Por lo demás, todas estas anomalías se producen en un contexto en el que la intervención sancionadora es de todo punto innecesaria por cuanto que, a diferencia de lo que probablemente ocurre en el mundo de los acuerdos colusorios, la negociación colectiva se mueve en un marco de transparencia que permite a cualquier interesado la valoración directa e inmediata de eventuales cláusulas anticompetitivas. De este modo, el recurso al derecho administrativo sancionador deviene completamente innecesario. Aunque no existiera la específica obligación legal de publicidad establecida por el art. 90.2 ET, los negociadores no están interesados en ocultar su existencia precisamente porque, en función de la vocación normativa del convenio colectivo, pretenden que alcance hasta los últimos rincones de la unidad de negociación. Ello posibilita que no sea en modo alguno necesario un método tan cruento de garantía de la normativa antitrust. Precisamente porque la negociación colectiva es transparente, los eventuales defectos en los que pueda incurrir por extralimitación de sus contenidos son fácilmente eliminables sin necesidad de extensas averiguaciones por parte de las autoridades administrativas y, sobre todo, sin recurrir a sancionar a los agentes sociales: basta con impugnar la cláusula en discusión para que un órgano judicial la elimine de forma definitiva del ordenamiento si es que lo contraviene.

5. LA NECESARIA PREVALENCIA DEL ORDEN SOCIAL DE LA JURISDICCIÓN EN EL CONTROL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Por supuesto, todo lo anterior no implica que los convenios colectivos no puedan ser controlados desde la perspectiva de la normativa antitrust. Pero sí obliga a repensar la aplicación de los instrumentos establecidos con carácter general en garantía de la competencia cuando esté en juego la negociación colectiva. No puede ser irrelevante, en este sentido que esta se encuentre garantizada al máximo nivel en nuestra Constitución (art. 37.1 CE); y también ahora en el ámbito europeo (art. 28 CDFUE); como tampoco puede serlo que este derecho esté indisolublemente

conectado con la libertad sindical, cuya garantía en nuestro sistema constitucional es todavía más intensa.

En un extenso trabajo anterior, se formularon propuestas *de lege ferenda* al respecto, pero se concluía que, “desde la perspectiva técnico-jurídica, la sujeción de los convenios colectivos al control antitrust es difícilmente discutible” sin que pueda “evitarse que las autoridades administrativas a las que se encomienda velar por su integridad examinen las cláusulas convencionales”²⁴. A mi juicio, sin embargo, las cosas han cambiado con posterioridad: lo he anunciado en aportaciones más recientes²⁵ y lo desarrollaré a continuación. Creo, en este sentido, que, tras la entrada en vigor de la Ley 36/2011, de 11 octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, el sistema de control de los convenios colectivos se ha decantado con claridad a favor de la existencia de un monopolio judicial del orden social. Como consecuencia de ello el modelo general de garantía de la normativa antitrust que ha sido descrito más arriba no resulta admisible en el ámbito de la negociación colectiva, en la medida en que pone en riesgo la exclusividad y preferencia de jueces y tribunales de este orden jurisdiccional. No se trata sólo de que las cuestiones relacionadas con la negociación colectiva sean competencia de los tribunales del orden social (art. 2.h] LRJS) sino, sobre todo, de que los pronunciamientos del orden social emitidos al respecto tienen una eficacia privilegiada. De acuerdo con el último inciso del art. 166.2 LRJS, la sentencia que se dicte en la modalidad procesal de impugnación de convenios, “una vez firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse en todos los ámbitos de la jurisdicción sobre los preceptos convalidados, anulados o interpretados objeto del proceso”.

Los efectos *erga omnes* de la cosa juzgada positiva establecidos en esta regla habían sido anticipados por la jurisprudencia del TS durante la vigencia del anterior texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, sobre la base del paralelismo existente entre la impugnación de los convenios colectivos y el procedimiento judicial de conflicto colectivo. Téngase en cuenta que, aparte de su análoga significación, ambos tienen incluso una tramitación común en ciertas condiciones (cfr. art. 163.3 LRJS). Por ello, el TS había entendido que la sentencia dictada en la impugnación de convenios producía efectos sobre los procedimientos individuales en los que se ventilara la misma cuestión, con base en las previsiones del art. 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1995²⁶. Sin embargo, la LRJS-2011 refuerza

²⁴ Goerlich *et al.*, 2011, p. 395.

²⁵ Goerlich, 2013, pp. 9 ss., y 2015, pp. 139 ss.

²⁶ El efecto *erga omnes* se ha derivado de la propia naturaleza del procedimiento, que culmina, en caso de éxito, con la expulsión de una norma del ordenamiento (STS 18 mayo 1998, rec. 2623/1997). En cuanto a la extensión de las reglas del conflicto colectivo a la impugnación de convenios, puede verse en los pronunciamientos sobre el efecto interruptivo de la prescripción de esta última modalidad procesal (cfr. STS 18 octubre 2006, seguida por otras muchas).

considerablemente el criterio ya que no solo procede a consagrarlo expresamente sino que lo proyecta sobre los restantes órdenes jurisdiccionales; y ello tanto si la impugnación se sustancia por la modalidad procesal específica de los arts. 163 ss. LRJS como si, por haberse ya registrado el convenio, resulta aplicable el procedimiento judicial de conflicto colectivo (art. 163.3 LRJS). En efecto, la regla del art. 166.3 *in fine* LRJS, referida a la primera, tiene un claro trasunto en el art. 160.5, referido al segundo.

Podrá objetarse la proyección de estas reglas sobre la base de que el legislador de 2011 no está pensando en la cuestión que nos ocupa. Podrían ponerse en relación, en efecto, con una preocupación diferente: el problema de la afectación del pronunciamiento dictado en las modalidades colectivas más allá del ámbito tradicional del proceso social, como consecuencia de la extensión de la competencia de éste a temas en los que, desde la perspectiva individual, pueden plantearse procesos tanto en el ámbito social como en el contencioso-administrativo (por ejemplo, letras e] o i] art. 2 LRJS). Es seguro, sin embargo, que el legislador de 2011 tenía algo más en la cabeza. Obsérvese en este sentido la diferencia literal existente entre los arts. 160.5 y 166.2 LRJS. El primero piensa efectivamente en ello y por eso proyecta la eficacia de la sentencia colectiva “tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo”. Sin embargo, el art. 166.2 –que es el aplicable tanto si la impugnación del convenio sigue su cauce especial como si se sustancia a través del procedimiento de conflicto colectivo²⁷– se refiere a “todos los ámbitos de la jurisdicción”. Utiliza una redacción “más genérica, probablemente como consecuencia de las posibles impugnaciones por lesividad a terceros”²⁸. Y no hay que olvidar que existe tradicionalmente una clara conexión entre la impugnación por lesividad y la tutela ante el orden social de las pretensiones relacionadas con la competencia²⁹. De este modo, el art. 166.2 LRJS resulta inequívoco en el sentido de atribuir preferencia del orden social sobre cualquier otro cuando esté en juego la validez de un convenio colectivo. Y, habida cuenta de ella, se alcanza fácilmente la conclusión de que el esquema tradicional de control antitrust no respeta esta previsión legal.

Por supuesto, sobre la base del último inciso del art. 166.3 LRJS, habrá que llegar a la conclusión que, si se suscita la impugnación del convenio colectivo y se ventila en ella su adecuación o la de una determinada cláusula a la legislación de defensa de la competencia, la sentencia firme que se pronuncie resultará vinculante para “todos los ámbitos de la jurisdicción”; y ello con independencia del tipo de decisión que se adopte por los órganos del orden social, puesto que la cosa

²⁷ Gorelli, 2017, p. 24. En jurisprudencia, STS 22 marzo 2017, rec. 127/2016, con cita de otras muchas.

²⁸ Gorelli, 2017, p. 48.

²⁹ Véanse STS 15 marzo 1993, rec. 1730/1991, y SAN 95/2001, de 7 noviembre.

juzgada positiva se extiende a “los preceptos convalidados, anulados o interpretados objeto del proceso”. Si el convenio o la cláusula son declarados conforme a derecho, desaparecerá la posibilidad de cualquier actuación represiva por parte de las autoridades de la competencia: carecen de todo sentido en la medida en que, por acción de los preceptos que nos ocupan, necesariamente habrán de ser revisadas en vía contenciosa a la luz del pronunciamiento social. Cabría pensar, al límite, que estas se abrieran en caso de que la jurisdicción social declarara la ilegalidad o lesividad del convenio sobre la base de las reglas de la LDC. A mi juicio, sin embargo, esta posibilidad habría de quedar igualmente cerrada en la medida en que la anulación de la cláusula en cuestión permite alcanzar los efectos competitivos buscados, sin necesidad de recurrir a las sanciones dado el impacto negativo que estas tienen sobre libertad sindical y negociación colectiva según hemos visto en el apartado anterior. Ello sin perjuicio, por supuesto, de la posibilidad de obtener en su caso reparación de los daños que puedan haberse producido con base de la infracción constatada por parte de los órganos de la jurisdicción social, en los términos de los arts. 71 ss. LDC.

Creo, por otro lado, que la preferencia del orden social no puede funcionar únicamente en caso de que el orden social «gane la posición» por haberse pronunciado primero. La lógica indica que la preferencia de su criterio no puede depender solo de la existencia de un pronunciamiento firme previo. El sistema que diseña la regla del art. 166.2 LRJS quedaría en peligro si así fuera. Por eso, la doctrina que se ha ocupado del tema con carácter general ha entendido que resulta necesario extender al proceso de impugnación de los convenios la previsión del art. 160.5 LRJS que implica la suspensión de las reclamaciones conexas tras la iniciación de un procedimiento de conflicto³⁰.

En caso contrario, de establecerse un criterio meramente temporal, se posibilitaría de hecho la alteración de la finalidad perseguida por las normas de la LRJS que nos ocupan al abrirse un juego «inverso» de los efectos de los pronunciamientos de las restantes jurisdicciones sobre los del orden social. Resultaría admisible que la autoridad de la competencia se pronunciara antes con intervención inmediata de la jurisdicción contenciosa por no abrirse actuación alguna del orden social en la medida en que en este ámbito concurra la pacífica convicción de la plena legalidad de la cláusula cuestionada, como ocurre en relación con las cláusulas subrogatorias de los convenios recientemente cuestionadas por segunda vez por la CNMC. Al límite, cabría que, a continuación, algún interesado iniciara un procedimiento civil basado en los daños -en los que aquellos pronunciamientos no podrían ser discutidos-. Como se ve, el convenio colectivo resultaría rechazado sin que se produjera un análisis de fondo por parte de los tribunales laborales. Es más, en función de la jurisprudencia constitucional, si el asunto se planteara ante

³⁰ Gorelli, 2017, pp. 48 ss.

estos últimos con posterioridad, ¿serían ellos los que estarían obligados a motivar la diferente valoración que hicieran respecto de la cuestión planteada! Es una lectura que resulta imposible, creo, a la vista de la literalidad del art. 166.3 *in fine* LRJS.

Aparte de estos efectos poco claros, hacer que la competencia para valorar la infracción de la normativa antitrust dependa de una circunstancia contingente, como es el órgano que inicie las actuaciones con base en ella y/o la velocidad en la sustanciación del procedimiento, desconoce la fisonomía que, de acuerdo con nuestra legislación, tienen los convenios colectivos y el procedimiento de verificación de su ilegalidad o lesividad. De entrada, no puede ponerse en cuestión que los convenios negociados en el ámbito del Título III son verdaderas normas jurídicas que vienen protegidas, precisamente en atención el examen administrativo previo impuesto por el art. 90 ET, por una presunción de legalidad desde el momento de su publicación³¹. Por otro lado, la forma en garantizar su adecuación al resto del ordenamiento jurídico se basa precisamente en la forma en que esta se produce respecto de otras normas, igualmente sujetas al principio de jerarquía. En este sentido, tras la aprobación en 2011 de la LRJS, el procedimiento para garantizarlo es basa, aunque con diferencias, en el modelo establecido en la jurisdicción contencioso-administrativa, respecto de las normas reglamentarias³². Los convenios colectivos son actos entre privados, es cierto; pero también lo es que, en atención a su reconocimiento constitucional y, sobre todo, en función de su tratamiento legal, adquieren las características propias de las normas jurídicas.

Desde este punto de vista, creo que una razonable conclusión pasa por entender que, después de la LRJS, las competencias de la CNMC respecto de los convenios colectivos se limitan a la posibilidad de instar su impugnación en los términos del art. 5.4 Ley 3/2013: después de todo esta disposición, aunque originalmente haya sido pensada para la impugnación por la autoridad de la competencia de reglamentos administrativos, se refiere literalmente a la impugnación de “disposiciones generales de rango inferior a la ley”, entre las que pueden encajar los convenios colectivos. Esta propuesta interpretativa ha sido acogida por la SAN 174/2013, de 30 septiembre, que afirma que “la actual Comisión Nacional de la Competencia es administración y no puede anular normas de un Convenio Colectivo, existiendo al efecto una reserva de jurisdicción a favor del orden social -art 90.5 ET y 163 y ss. LRJS-. Quizás por ello el art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia concede legitimación la

³¹ Véanse, recientemente, SSTS 19 julio 2018, recs. 156/2017 y 169/2017.

³² Tal similitud ha existido históricamente, a través de las previsiones de la comunicación de la sentencia a la autoridad laboral y de su publicación (cfr. art. 164.4 LPL-1995). Se ha incrementado ahora, mediante el especial efecto previsto en el art. 163.4 LRJS, en cuya virtud cuando un órgano judicial valore la ilegalidad de un convenio colectivo en otro procedimiento “lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, pueda plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos”. Se trata de una previsión que remeda la cuestión de ilegalidad prevista en la LRJCA en relación con el control de los reglamentos (arts. 27 y 123 ss.).

Comisión para impugnar ante la “jurisdicción competente... las disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”³³.

6. ALGUNOS PUNTOS CRÍTICOS Y SU POSIBLE SOLUCIÓN

La idea es, pues, que la LRJS implica la privación de las competencias de verificación directa de los convenios colectivos por la CNMC y las restantes autoridades autonómicas. Tras el reconocimiento del papel preferente de la jurisdicción social en la valoración de su validez y adecuación al ordenamiento jurídico, únicamente les competiría su impugnación ante los órganos de aquella por inadecuación de su contenido a las normas de defensa de la competencia. Alcanzar esta conclusión, sin embargo, obliga a despejar algunas objeciones. Dejando al margen las que plantea la propia determinación del alcance del art. 5.4 Ley 3/2013³³, la principal hace referencia a su admisión a la luz de las normas comunitarias que condicionan los sistemas de garantía de las normas de defensa de la competencia.

En una primera aproximación, esta podría ser solventada sobre la base de la libertad que parecen tener los Estados miembros para configurar sus autoridades nacionales de la competencia. El art. 35 Reglamento 1/2003 admite, en este sentido, que “las autoridades designadas podrán incluir órganos jurisdiccionales” (apartado 1). De hecho, cuando se opte por confiar en “autoridades administrativas y judiciales...”, los Estados miembros podrán atribuir diferentes poderes y funciones a esas distintas autoridades nacionales, ya sean administrativas o judiciales”. Cabría pues pensar que, dentro de este marco de referencia, el control de un cierto tipo de actos, los convenios colectivos, en atención a los intereses sociales que justifican su existencia y a su superior protección, es encomendado a un órgano jurisdiccional, dentro de la libertad concedida a los Estados miembros para configurar sus autoridades nacionales de competencia. La propia Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (2004/C 101/03; DOUE de 27 abril 2004) avalaría esta conclusión. Tras reconocer que “la estructura

³³ La norma nos sitúa ante el problema del control de las actuaciones administrativas por las autoridades de la competencia. Existen en la doctrina diferentes interpretaciones al respecto. Hay quien opta por entender que la LDC legitima la acción directa contra las Administraciones siendo la legitimación algo complementario de carácter mucho más genérico, puesto que mira a posibilitar la impugnación de las medidas que impliquen “obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados” (BAÑO, 2011). Esta posición no es la más generalizada, como reconocen sus propios defensores. La mayor parte de la doctrina opina, en sentido contrario, que en relación con actos administrativos y normas reglamentarias, las facultades de la autoridad de la competencia se limitan a la posibilidad de impugnarlos ante los tribunales competentes (cfr. Colomer, 2008, pp. 470 y 598; Marcos, 2010, pp. 270 ss. y Guillén, 2011, pp. 441 ss.).

Las actuaciones de las autoridades de defensa de la competencia han empezado a moverse en la primera línea, con refrendo reciente de la jurisprudencia. Para referencias, véase MARCOS, 2018, quien en todo caso se manifiesta crítico al respecto.

de las autoridades nacionales de competencia varía según los Estados miembros”, admite la existencia de tres modelos en ellos: en el primero, “una sola autoridad investiga los asuntos y toma todos los tipos de decisiones”; el segundo supone la división de las funciones “entre dos autoridades, una responsable de investigar los casos y otra, a menudo de tipo colegial, responsable de decidir”; el último reserva “las decisiones de prohibición e imposición de multas” a un órgano jurisdiccional “mientras que otra autoridad de competencia actúa como fiscal ante ese órgano jurisdiccional”. En este último modelo, encajaría a mi juicio con cierta facilidad el que deriva de las previsiones de la LRJS.

Por otro lado, aunque no sea seguro que la asunción de la competencia decisoria por los órganos judiciales esté rodeada de todas las facultades que corresponden a las autoridades nacionales, lo cierto es que reúne las esenciales y, sobre todo, desarrolla el proceso de verificación con un nivel de eficiencia igual o superior al estrictamente administrativo. Por lo que se refiere a la primera idea, el art. 5 Reglamento 1/2003 establece que las autoridades de competencia de los Estados miembros “ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes:

- orden de cesación de la infracción,
- adopción de medidas cautelares,
- aceptación de compromisos,
- imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional”.

No es fácil aceptar que todas estas posibilidades de actuación tengan cabida en las facultades que puede desplegar la Jurisdicción social en relación con la impugnación de los convenios colectivos. Desde luego las dos primeras no plantean problemas desde este punto de vista: la “cesación de la infracción” va, por supuesto, ínsita en la eventual ineficacia del precepto contrario a la legislación de defensa de la competencia; en cuanto a la adopción de medidas cautelares, el genérico reenvío del art. 79.1 LRJS a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil posibilita la aplicación de la medida cautelar del art. 727.7ª LEC y proceder, en su caso, a suspender la cláusula que pudiera tener efectos anticompetitivos durante la sustanciación. Con todo, es muy probable que el recurso a este tipo de medidas resulte innecesario en atención a la celeridad propia del proceso social, particularmente visible en las modalidades que posibilitan la impugnación de convenios. En cuanto a las otras dos, no es sencillo encontrarlas, si bien existen espacios para su funcionamiento. La “aceptación de compromisos” podría encontrarse en las facultades de disposición del propio objeto del proceso, tanto con carácter previo a su puesta en marcha –posible subsanación de deficiencias en el trámite de registro (art. 8 RD 713/2010, de 28 mayo– como durante su sustanciación (arg. *ex arts.*

156 y 162 LRJS), aunque es cierto que no es fácil reconocer el protagonismo del órgano judicial en los posibles acuerdos que se alcancen. Todavía más complejo es encontrar la facultad de imponer “multas sancionadoras, de multas coercitivas o... cualquier otra sanción” a la que se refiere la normativa europea.

En todo caso, y esta es la segunda idea relevante para resolver la cuestión, no debe perderse de vista que los resultados que persiguen se alcanzan de manera más rápida a través de la impugnación. En efecto, el nivel de eficiencia de la intervención judicial es igual o superior a la intervención administrativa tradicional. De entrada, si las autoridades administrativas implicadas han actuado de forma diligente en el control de legalidad de los convenios, tienen a su alcance la posibilidad de evitar que se actualice la conducta anticompetitiva. Téngase en cuenta al respecto que si la impugnación del convenio se suscita antes de que el mismo haya sido publicado (arts. 163 ss. LRJS), se paraliza el “registro definitivo” y, por tanto, la publicación, trámites para los que “se estará a la sentencia del órgano judicial” (art. 11 RD 713/2010, de 28 mayo). Por otro lado, incluso si el convenio ya fue objeto de publicación la posibilidad de recurrir a medidas cautelares sobre su eficacia y, sobre todo, la rapidez característica del proceso social permite una solución alternativa suficiente, evitando los efectos traumáticos de la intervención sancionadora.

Por lo demás, y para terminar, es preciso realizar una lectura de las reglas del proceso social que posibilite que el mismo funcione, efectivamente, en la clave que aquí se sostiene, respetando las facultades de impulso que corresponden necesariamente a las autoridades administrativas de la competencia. La ordenación procesal vigente no deja de plantear interrogantes puesto que no está pensada específicamente para este tipo de casos. De entrada, parece necesario aceptar la legitimación de las autoridades de la competencia para la impugnación directa del convenio. Es verdad que el art. 5.4 Ley 3/2013 fue pensado fundamentalmente para la impugnación de reglamentos administrativos, pero su literalidad deja espacio suficiente para considerar que permite también la de convenios colectivos. Aparte de que separa la impugnación de los actos “sujetos al Derecho administrativo” de la de “las disposiciones generales de rango inferior a la Ley” entre las que caben los convenios colectivos, se refiere de forma genérica a la impugnación “ante la jurisdicción competente”, sin constreñir literalmente, por tanto, su ámbito de aplicación al del orden contencioso-administrativo. La superación por la aplicación de este precepto de la estricta legitimación establecida para la impugnación directa de los convenios colectivos (art. 165.1 LRJS) permitiría, por otro lado, solventar el problema de la tutela individual –que resulta necesaria a la vista de la normativa europea–. Aunque seguiría sin reconocerse la posibilidad de que empresarios y trabajadores individuales afectados por el convenio pusieran en cuestión de forma directa la legalidad o lesividad del convenio (art. 165.1.b] LRJS), podrían dirigirse a la autoridad de la competencia a la que se sí que se le reconocería esta facultad.

Sería necesario, en fin, «importar», con base en la cláusula general de la disp. final 4ª LRJS, los diferentes mecanismos de colaboración entre la autoridad de la competencia y los órganos jurisdiccionales civiles establecidos en LEC –en concreto, las obligaciones informativas que se establecen los arts. 212.3, 404 y 461.5 LEC así como la posible participación de aquella en el proceso de acuerdo con los arts. 16.1 y 2 LDC y 15bis LEC–. La restrictiva postura al respecto sostenida por la SAN 86/2012, de 13 de julio, habría pues de ser superada, con la única salvedad de la suspensión del proceso a la espera de la terminación del expediente en trámite (arts. 434.3 y 465.5 LEC) que pierde todo sentido si, como pienso, la competencia del orden social prevalece sobre la administrativa.

Bibliografía citada

- BAÑO LEÓN, J.M., *Potestades administrativas y garantía de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Madrid (McGraw Hill), 1996.
- BAÑO LEÓN, J.M., “La aplicación del derecho «antitrust» a la administración”, en GUILLÉN, J. (dir.), *Derecho de la competencia y regulación de la actividad de las Administraciones públicas*, Madrid (Civitas/Thomson Reuters), 2011.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I., “La tutela judicial de la defensa de la competencia”, en PAREJO, L., y PALOMAR, A. (dirs.), *Derecho de la competencia. Estudio sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, Madrid (La Ley), 2008.
- CONCEPCIÓN, J.L., GIMENO-BAYÓN, R. y RODRÍGUEZ, L., “Coordinación entre los tribunales, la comisión y las autoridades nacionales en la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE”, en *La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento CE 1/2003. Cuadernos de Derecho Judicial*, 2004, pp. 191 ss.
- GOERLICH PESET, J. M. (dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho a la competencia*, Madrid (CES), 2011.
- GOERLICH PESET, J.M., “Dos nuevos conflictos entre negociación colectiva y derecho de la competencia: resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de marzo de 2012 y sentencia de la Audiencia Nacional (social) de 13 de julio de 2012”, *Aranzadi doctrinal* 1(2013) –citada por la versión *on line*–.
- GOERLICH PESET, J.M., “Negociación colectiva y derecho de la competencia: un complejo panorama”, en GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER, J.R. (dirs.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Valladolid (Lex Nova), 2015, pp. 115 ss.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La impugnación de convenios colectivos: efectos de la sentencia”, *nREDT* 202(2017), pp. 23 ss.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “La interacción entre el derecho de trabajo y la defensa de la competencia: apuntes sobre la cuestión”, *Relaciones laborales*, 2006-II.
- GUILLÉN CARAMÉS, J., “La impugnación por la autoridad de la competencia de las actuaciones de las administraciones públicas restrictivas del derecho de la competencia”, en GUILLÉN, J. (dir.), *Derecho de la competencia y regulación de la actividad de las Administraciones públicas*, Madrid (Civitas/Thomson Reuters), 2011.

- LAGUNA DE PAZ, J.C., “La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia como autoridad de defensa de la competencia”, en CARLÓN, M. (dir.), *La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia*, Madrid (Civitas/Thomson Reuters), 2014, pp. 267 ss.
- MARCOS FERNÁNDEZ, F., “¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?”, *Indret* 1(2018)
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R., *La intervención de la autoridad laboral en materia de convenios colectivos en el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (Instituto de Estudios Sociales), 1981.
- OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 6ª ed. Ginebra, 2018.
- ORTIZ BAQUERO, I.S., *La aplicación privada del Derecho de la Competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, Madrid (La Ley), 2011.
- PASCUAL Y VICENTE, J., “Mercado, competencia y Unión Europea”, en PEDRAZ, M. Y ORDÓÑEZ, D. (coor.), *El derecho europeo de la competencia y su aplicación en España*, Madrid (Wolters Kluwer), 2014.