

Guía práctica sobre la incidencia de la competencia en el mercado laboral



Lehiaren Euskal Agintaritza
Autoridad Vasca de la Competencia

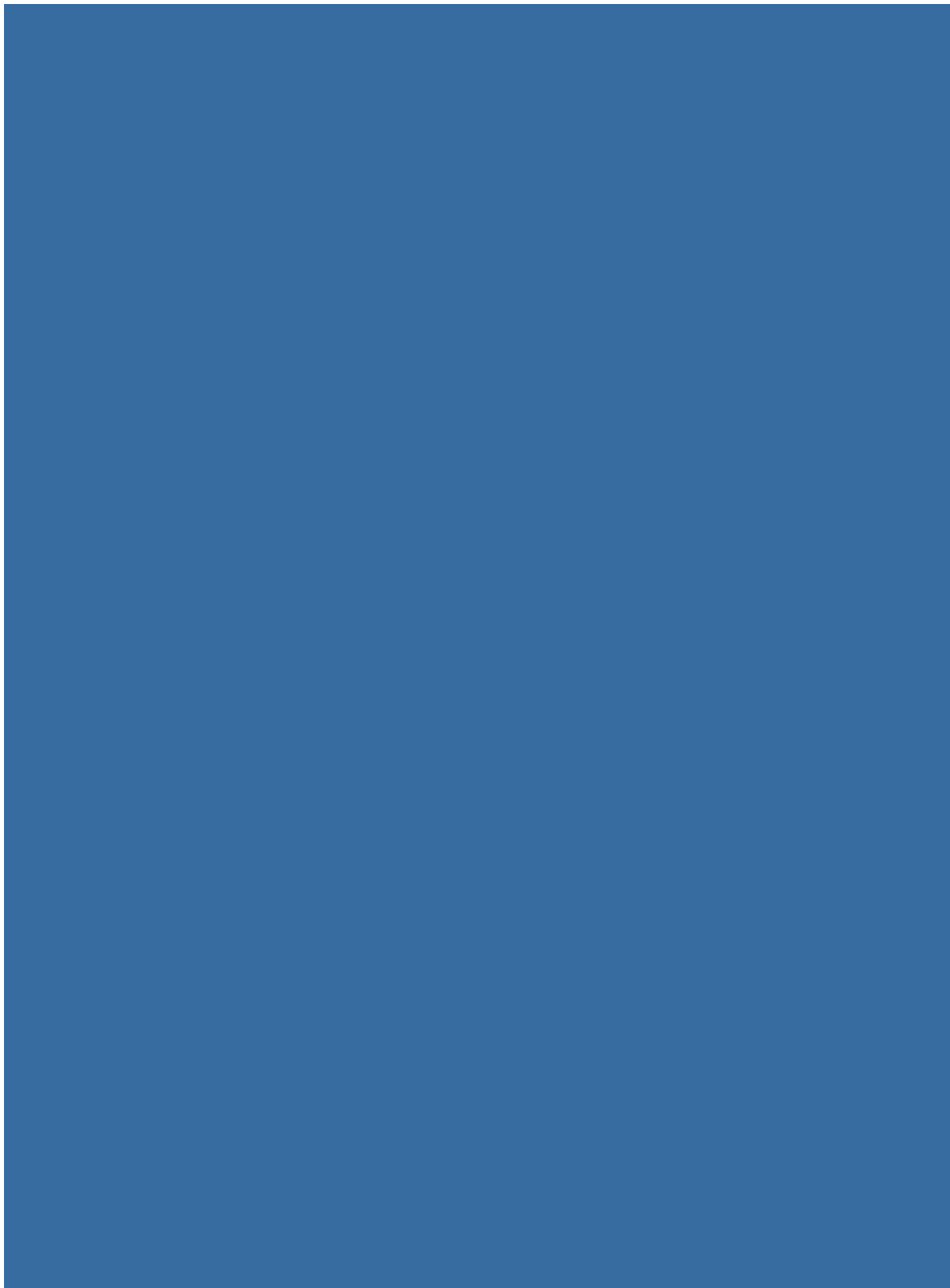




ÍNDICE

OBJETIVOS DE LA GUÍA	05
¿CUÁLES SON LAS ACTUACIONES QUE TÍPICAMENTE SE DAN SUSCEPTIBLES DE RESTRINGIR LA COMPETENCIA?	06
▶ Conductas que se pueden concretar a través de los convenios colectivos sectoriales.....	07
■ La fijación de precios en el clausulado de los convenios.....	08
■ La ordenación del tiempo de trabajo.....	09
■ La afectación a terceros operadores económicos ajenos al convenio	11
■ La prohibición de contratación a través de una empresa de trabajo temporal.....	12
■ La limitación de subcontratación recogida en convenios colectivos.....	14
■ La fijación de salarios de los trabajadores	15
■ La obligación de sigilo profesional por parte de los organismos empresariales	17
■ Regulación de las horas extraordinarias de trabajo	18
▶ Conductas materializadas en los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajen por cuenta propia sin asalariados	20
▶ Instrumentación de las obligaciones de subrogación de trabajadores	25
▶ Inclusión de “cláusulas sociales” en los procedimientos de contratación pública.....	27
▶ El uso de cláusulas de no captación de trabajadores	30
▶ Instrumentalización de la figura de profesionales autónomos que prestan servicios en plataformas digitales.....	31





Objetivos de la Guía

- ▶ La práctica reciente de las autoridades de competencia demuestra una especial preocupación por la problemática que, a la luz del Derecho de la competencia, pueden derivarse de una serie de actuaciones que típicamente se dan entre los distintos actores sociales al amparo de la normativa en materia laboral.

- ▶ Con esta Guía, la AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA pretende poner de relieve determinadas actuaciones que se llevan a cabo por los operadores económicos en el marco de la regulación de las condiciones laborales de los empleados susceptibles de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva. En concreto, su objetivo consiste en:
 - Poner de manifiesto e identificar conductas potencialmente limitativas de una competencia efectiva en el mercado laboral;

 - Dar una serie de pautas o recomendaciones con el fin de que los operadores económicos eviten o, en su caso, rectifiquen las prácticas que, en el mercado laboral, reducen la competencia a fin de garantizar una mayor competencia entre las empresas.

¿Cuáles son las actuaciones típicamente susceptibles de restringir la competencia?



Conductas que se pueden concretar a través de los convenios colectivos sectoriales

- ▶ ¿Los convenios colectivos sectoriales son susceptibles de restringir la competencia?
 - En efecto, los convenios colectivos adoptados en el marco de una negociación colectiva pueden dar lugar a una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, "LDC").

- ▶ Esto viene motivado por dos factores:
 - La noción de "empresa" en Derecho de la competencia es muy amplia;
 - La negociación colectiva sectorial implica la suscripción de acuerdos entre una multitud de empresas, que son competidoras en un determinado mercado, lo que se presta a que puedan tener lugar conductas colusorias.



1. La fijación de precios en el clausulado de los convenio
2. La ordenación del tiempo de trabajo
3. La afectación a terceros operadores económicos ajenos al convenio
4. La prohibición de contratación a través de una empresa de trabajo temporal (en adelante, "ETT")
5. La limitación de subcontratación recogida en convenios colectivos
6. La fijación de salarios de los trabajadores
7. La obligación de sigilo profesional por parte de los organismos empresariales
8. Regulación de las horas extraordinarias de trabajo

La fijación de precios en el clausulado de los convenios

Identificación y descripción de la problemática



- ▶ Los convenios colectivos pueden ser utilizados para fijar, directa o indirectamente, precios a través de su clausulado.
- ▶ La existencia de este tipo de cláusulas busca garantizar la igualdad entre los competidores que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del convenio, eliminando la competencia en la variable más importante de la competencia (el precio).



Caso ejemplificativo

El extinto TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (en adelante, el "TDC") en su resolución de 29 de enero de 2007, en el expediente sancionador 607/06, *Ayuda a domicilio*¹, determinó que el establecimiento, mediante un convenio colectivo, de los precios mínimos por hora trabajada para la categoría de auxiliares de ayuda a domicilio que las empresas firmantes debían aplicar a sus clientes era una conducta constitutiva de una infracción del artículo 1 de la LDC. Lo anterior porque:

- Trataba una cuestión que escapaba el ámbito de la negociación colectiva.
- Regulaba el beneficio empresarial.
- Eliminaba la competencia en precios en el mercado de la prestación de servicios de ayuda a domicilio.

¹ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de enero de 2007, en el expediente 607/06, *Ayuda a domicilio*, disponible mediante el siguiente enlace: https://www.cnmc.es/sites/default/files/39546_7.pdf.

Cuestiones más destacadas en relación con esta conducta



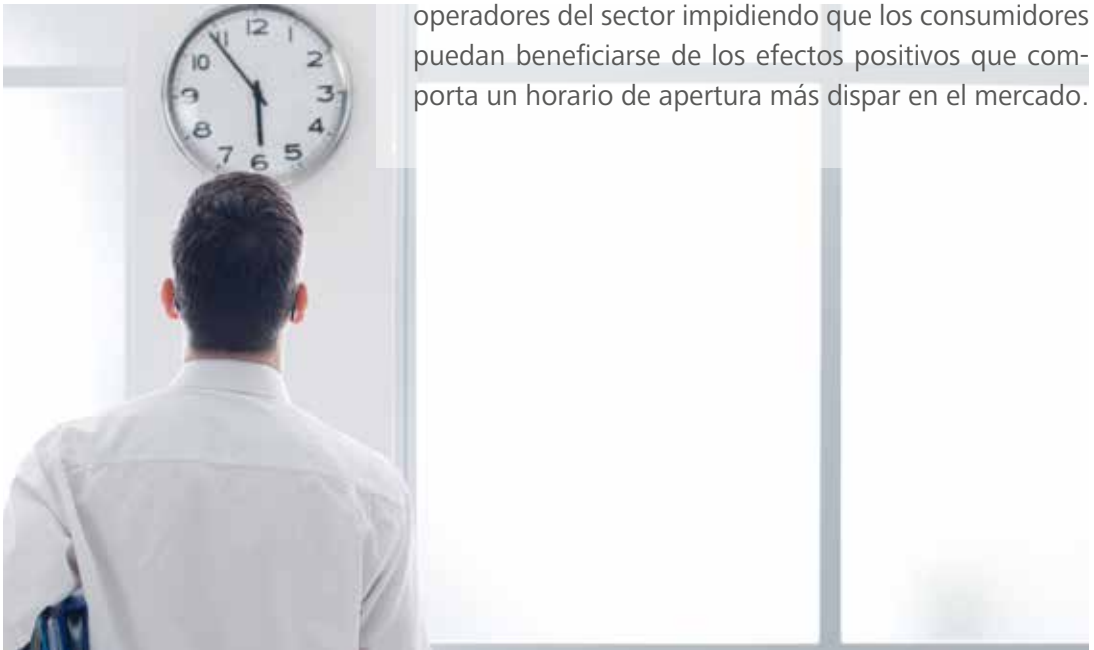
- ▶ La fijación, en el marco de un convenio colectivo, del precio al que un determinado producto o servicio debe ofertarse al público es una práctica incompatible con la LDC y, por consiguiente, su inclusión en los convenios colectivos no es lícita.

La ordenación del tiempo de trabajo

Identificación y descripción de la problemática



- ▶ Las cláusulas que se relacionan con la organización del tiempo de trabajo, en concreto, las que regulan el horario de apertura y cierre de los establecimientos, se encuentran sujetas a la normativa de competencia y son susceptibles de restringirla.
- ▶ En primer lugar, la introducción de estas cláusulas homogeneiza la capacidad de las empresas para ofrecer los productos y servicios que comercializa, disuadiendo a que éstas compitan más activamente por tener un horario más atractivo para el público.
- ▶ En segundo lugar, limitan las horas de trabajo de los operadores del sector impidiendo que los consumidores puedan beneficiarse de los efectos positivos que comporta un horario de apertura más dispar en el mercado.





Caso ejemplificativo

El TRIBUNAL VASCO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (en adelante, el“TVDC”), en su resolución de 25 de noviembre de 2009, en el expediente 11/2009, Horarios comerciales², entendió que el acuerdo adoptado por la llamada “Mesa de Consenso sobre Horarios Comerciales”, que consistía en limitar la apertura al público de los grandes establecimientos comerciales en festivos y domingos a dos días anuales (a pesar de que la normativa autonómica permitiera hacerlo a ocho días anuales), era constitutivo de una infracción del artículo 1 LDC. El TVDC entendió que:

- La limitación era equiparable a una fijación directa de condiciones comerciales.
- Era incompatible con la aplicación de la normativa en materia de horarios comerciales vigente.

Cuestiones más destacadas en relación con esta conducta



- ▶ La introducción de estas cláusulas en los convenios colectivos **no es deseable y puede ser ilegal** ya que la ordenación del tiempo de trabajo no puede ser determinada de manera consensuada entre competidores, sino que debe ser establecida de manera autónoma por cada uno.
- ▶ No obstante, desde la vía legislativa, se han introducido limitaciones al respecto y ello por cuanto se ha considerado que la defensa de la competencia debe ceder en favor de un interés mayor (sea este la conciliación laboral o la nivelación entre grandes y pequeños operadores). En este sentido, en el supuesto de introducir limitaciones de forma independiente, es **preciso** que los operadores tengan en cuenta la legislación nacional o autonómica vigente al respecto.

² Resolución del TVDC de 25 de noviembre de 2009, en el expediente 11/2009, Horarios comerciales, disponible en mediante el siguiente enlace: https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci/adjuntos/RESOLUCION%20HORARIOS%20COMERCIALES%20PARA%20WEB.pdf.

La afectación a terceros operadores económicos ajenos al convenio

Identificación y descripción de la problemática



- ▶ Puede ocurrir que los convenios colectivos sectoriales introduzcan una serie de cláusulas que, pudiendo revestir diversas formas, sean susceptibles de producir efectos sobre terceros operadores económicos que no formen parte del acuerdo.
- ▶ Esta afectación suele darse de dos maneras posibles: por un lado, cuando las estipulaciones derivadas de un convenio se imponen a un operador económico que, en principio, estaría al margen del ámbito de aplicación de éste; o, por el otro, cuando las partes negociadoras deciden excluir de forma expresa a determinadas empresas, sin que exista motivo aparente que lo justifique.



Caso ejemplificativo

La COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (en adelante, la "CNC"), en su resolución de 24 de noviembre de 2009, en el expediente sancionador 2805/07, *Empresas Estibadoras*³, examinó un acuerdo con valor de convenio colectivo que extendía su ámbito de aplicación personal a empresas no relacionadas con la estiba y su ámbito funcional a actividades no relativas a la estiba.

- La CNC determinó que el convenio se extendía más allá de sus firmantes, esto es, a empresas terceras, y que, por lo tanto, se acreditaba la infracción del Derecho de la competencia en el mercado de los servicios portuarios.

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

Cuestiones más destacadas en relación con esta conducta



- ▶ Esta restricción es particularmente observable en los casos en los que las cláusulas introducen limitaciones a la competencia en los sectores de los seguros, cuando lo que hacen es, o bien identificar a una o unas pocas aseguradoras con las que se debe obligatoriamente contratar la póliza, dejando fuera al resto de aseguradoras.
- ▶ La inclusión de este tipo de limitación, esto es, cláusulas en las que las partes negociadoras deciden excluir de forma expresa a determinadas mutuas o cláusulas que señalan de manera expresa con qué mutua contratar, **no pueden aceptarse pues dificultan el acceso al mercado de aquellas aseguradoras que podrían participar efectivamente en él.**

La prohibición de contratación a través de una empresa de trabajo temporal (en adelante, "ETT")

Identificación y descripción de la problemática



- ▶ El artículo 43 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en adelante, el "ET") prevé la figura de las empresas de contratación de trabajo, siempre que se efectúe a través de una ETT debidamente autorizada y, por ende, la inclusión de una cláusula de un convenio colectivo que prevea la prohibición de contratar un trabajador a través de una ETT puede llegar a ser problemática.
- ▶ En este sentido, la prohibición de contratar trabajadores a través de una ETT a raíz de una limitación convencional es susceptible de restringir la competencia efectiva desde una doble perspectiva: en primer lugar, introduce una limitación a la libertad del empresario en la medida en que se le impide utilizar un servicio previsto por la normativa laboral, situándolo en una desventaja competitiva en relación las otras empresas que no están sometidas a esta prohibición; y, en segundo

lugar, imposibilita a las ETT a prestar sus servicios a las empresas sometidas al convenio, impidiendo su acceso al mercado.



Caso ejemplificativo

La inclusión en un convenio colectivo de una cláusula que, sin justificación objetiva, limite a un año el periodo temporal máximo de contratación mediante ETT, por persona trabajadora, sin posibilidad de continuación laboral en la misma empresa, puede ser constitutivo de una infracción del Derecho de la competencia por introducir una limitación a la posibilidad del empleador de acudir al uso de esta figura.

Cuestiones más destacadas en relación con esta conducta



- ▶ La inclusión de cláusulas que prohíben contratar a trabajadores de estas empresas no es recomendable porque, por un lado, imposibilitan el acceso al mercado a empresas que podrían prestar sus servicios en él y, por el otro, negarían la posibilidad al empresario de acudir a una figura expresamente aceptada y autorizada por la legislación laboral vigente.
- ▶ La nota general observada en los convenios colectivos sectoriales es positiva en la medida en que, los convenios colectivos posibilitan la contratación de los servicios puestos a disposición por las ETT.



La limitación de la subcontratación recogida en convenios colectivos

Identificación y descripción de la problemática



- ▶ El artículo 42 del ET contempla de forma expresa la posibilidad de llevar a cabo este tipo de negocio jurídico, esto es, contratar o subcontratar con otras empresas la realización de determinadas obras o servicios. El recurso a este tipo de figuras tradicionalmente ocurre cuando el empresario no dispone de medios efectivos para prestar una obra o servicio o le resulta más beneficioso encomendar su realización a otro operador económico. La subcontratación permite en muchos casos un mayor grado de especialización y cualificación de los trabajadores, lo que influye positivamente en la inversión en nueva tecnología y en una mayor eficiencia empresarial.
- ▶ La incorporación de cláusulas en los convenios colectivos sectoriales con el fin último de restringir la posibilidad de subcontratar trabajadores puede reducir la competencia toda vez que, al igual que ocurre con la limitación del uso de la figura de las ETT, coartan la libertad del empresario de recurrir a los servicios de otro operador si lo estiman oportuno y, dificultan el acceso al mercado de las empresas que tienen la posibilidad de ser subcontratadas.
- ▶ Además, estas cláusulas, al reducir el entorno competitivo, fomentan la ineficiencia productiva, pudiendo conllevar perjuicios para los consumidores.





Caso ejemplificativo:

La limitación de la subcontratación mediante convenio colectivo se podría materializar, a través de la introducción de un requisito que, sin motivo aparente, obligue a las empresas que quieran intervenir en el proceso de subcontratación a contar con un número mínimo de trabajadores contratados con carácter indefinido. Esto supondría una restricción a la autonomía decisional que deben poseer las empresas para recurrir a la utilización de este tipo de figuras.

Cuestiones más destacadas en relación con esta conducta



- Actualmente, en el marco de la negociación colectiva, la prohibición de que las empresas puedan subcontratar a otras no es una práctica extendida y habitual en el entorno laboral y esto porque, su inserción en los convenios está plenamente desaconsejado por el quebranto que produce tanto a la empresa principal como a la subcontratada, así como en última instancia a los consumidores.

La fijación de salarios de los trabajadores

Identificación y descripción de la problemática



- La fijación de salarios de los trabajadores es una cuestión regulada de manera constante en los convenios colectivos sectoriales. Su redacción es verdaderamente variada: en algunos se establece una fijación del salario mínimo, en otros, se determinan límites máximos salariales y, también resulta habitual observar la determinación de salarios exactos de los trabajadores sujetos al convenio. No obstante, en todas sus redacciones posibles, el objetivo es común, siendo este la protección salarial de los trabajadores.

- ▶ A pesar de que la garantía de unos niveles de retribución constituya un objetivo loable, existe cierta incompatibilidad de estas cláusulas con la normativa de defensa de la competencia.
 - En primer lugar, esta pérdida de la autonomía es susceptible de desincentivar una competencia efectiva a nivel empresarial, obstaculizando que las empresas sometidas al convenio compitan más intensamente con hacerse con un *input* productivo tan esencial como es ofrecer propuestas salariales más atractivas a los trabajadores con el fin de disponer del personal más idóneo posible.
 - En segundo lugar, esta alineación salarial también introduce efectos negativos sobre los propios empleados ya que les priva de la posibilidad de obtener un salario más elevado o mejores condiciones de trabajo.



Caso ejemplificativo

- ▶ La fijación de salarios mínimos puede ser ilegal desde la perspectiva *antitrust*.
- ▶ En este sentido, recientemente, la Autoridad Suiza de la Competencia ha abierto una investigación a numerosos bancos del país por intercambiar información sensible con el objetivo de pactar límites máximos a los salarios de los nuevos empleados⁴.
- ▶ La introducción de este tipo de cláusulas provoca, además de la uniformidad de las condicionales salariales de los trabajadores, la reducción de la competencia entre ellos para hacerse con una oferta salarial más elevada.

⁴ Nota de prensa de Bloomberg disponible mediante el siguiente enlace: <https://www.swissinfo.ch/eng/bloomberg/swiss-banks-probed-over-suspicion-junior-pay-being-capped/48115870>

Cuestiones más destacadas en relación con esta conducta



- ▶ La fijación de salarios tiene una finalidad muy comprensible de garantizar unos niveles de retribución para los trabajadores y, por ese motivo, la inclusión de esas cláusulas es una práctica muy arraigada en el ámbito de los convenios colectivos sectoriales.
- ▶ No obstante, pueden introducir una desincentivación de una competencia efectiva a raíz de la homogeneización de las condiciones laborales.
- ▶ Para solventar esta problemática **podría pensarse en la fijación de una franja salarial**, en lugar de una cantidad mínima, máxima o concreta, otorgando de este modo un margen más amplio a las empresas para competir por la captación de trabajadores y rompiendo con la dinámica habitual de determinar un importe mediante negociación colectiva.

La obligación de sigilo profesional por parte de los organismos representativos de los empleados

Identificación y descripción de la problemática



- ▶ Resulta habitual que los órganos de las empresas (típicamente los Comités de Empresa y los Delegados de Personal) reciban y distribuyan, en el ejercicio de sus funciones profesionales, determinada información relacionada con la actividad de la empresa.
- ▶ Las facultades de estos órganos en relación con la citada información sobre la marcha de la empresa están habitualmente mencionadas en los convenios colectivos sectoriales, si bien es cierto que, nada suelen decir acerca del manejo concreto de esta información.
- ▶ A la vista de que, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1/2019, de Secretos Comerciales, esta información acostumbra a ser de carácter confidencial y no suele ser conocida más allá de la esfera interna de la empresa y esto porque su intercambio fomenta la aparición de conductas incompatibles con la normativa de defensa de la competencia.





Caso ejemplificativo

- ▶ Este sería el supuesto de un convenio colectivo que desarrolla, mediante varias cláusulas, el derecho de los órganos sindicales de la empresa a ser informados periódicamente de la marcha de la empresa, de la evolución de los expedientes de clasificación profesional o del sistema de incentivos, sin que se incluya una cláusula que inste a los miembros al tratamiento confidencial de la información.
- ▶ Ante la ausencia de una cláusula como la indicada, se puede producir, a nivel sindical, un indeseable intercambio o filtración de la citada información sensible y, potencialmente, la aparición de conductas igualmente incompatibles con la normativa de defensa de la competencia.
- ▶ El riesgo podría verse considerablemente aminorado si el mencionado convenio introdujera una cláusula que contuviera la obligación expresa de manejar la información con el debido sigilo profesional para que, de esta forma, no saliera del ámbito interno de los órganos sindicales de la empresa.

Cuestiones más destacadas en relación con esta conducta



- ▶ La inclusión de cláusulas que prevean de forma expresa el deber de guardar sigilo profesional sobre cualquier información de la que tengan conocimiento los órganos identificados en los convenios colectivos es altamente recomendable y, un aspecto a destacar positivamente pues, de esta forma, se evita la aparición de conductas anticompetitivas consistentes en el intercambio de información sensible y otras conductas igualmente incompatibles con la normativa de defensa de la competencia.

Regulación de las horas extraordinarias de trabajo

Identificación y descripción de la problemática



- ▶ La regulación de las horas extraordinarias es muy recurrente en los convenios colectivos y, de forma generalizada, éstos establecen que están prohibidas a excepción de algunas circunstancias tasadas.
- ▶ La existencia de este tipo de limitación, desde un punto de vista laboral, pretende, por un lado, evitar situaciones que puedan perjudicar a los empleados como consecuencia de un exceso de horas de trabajo y, por el otro, fomentar la creación de empleo.
- ▶ Desde la perspectiva del Derecho de la competencia, la introducción de este tipo de cláusulas que provoca la homogeneización de las condiciones laborales en lo que se refiere al límite de horas posibles a realizar por los trabajadores de un mismo sector y la pérdida de autonomía decisional empresarial, son susceptibles de generar efectos nocivos en el mercado.



Caso ejemplificativo

- ▶ Esta limitación tendría lugar mediante la introducción de una cláusula convencional que prohibiera la realización habitual de horas extraordinarias por parte de los trabajadores, restringiendo la posibilidad de llevar a cabo su ejecución en circunstancias muy concretas (por ejemplo, en proyectos específicos o en situaciones de fuerza mayor).
- ▶ De este modo, las empresas sometidas a este convenio, además de verse en la obligación de redistribuir a los trabajadores para llegar al número de horas instauradas, se pueden ver en la obligación de rechazar trabajos por falta de capacidad o verse forzados a intentar contratar recursos humanos adicionales (con las dificultades que ello puede suponer en casos de urgencia puntual) para asumir los trabajos solicitados.

Cuestiones más destacadas en relación con esta conducta



- ▶ A pesar del objetivo respetable que supone la protección del empleado respecto del excesivo horario laboral de los trabajadores, es aconsejable la búsqueda de fórmulas alternativas a la prohibición absoluta de la realización de horas extraordinarias, de manera que se diera la posibilidad de disponer de horas adicionales de trabajo de sus trabajadores, en caso de ser necesarias.

Conductas materializadas en los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajen por cuenta propia sin asalariados

Identificación y descripción de la problemática



¿Qué son los trabajadores por cuenta propia sin asalariados?

- ▶ Se entiende por “persona que trabaja por cuenta propia sin asalariados” toda aquella *“persona que no tiene un contrato de trabajo o que no mantiene una relación laboral y que depende principalmente de su propio trabajo personal para la prestación de los servicios de que se trate”*⁵.
- ▶ Estas personas se califican como “empresa”, a los efectos del Derecho de la competencia, en la medida en que son personas que no tienen un contrato de trabajo o que no mantienen una relación laboral y que, por tanto, dependen principalmente de su propio trabajo.
- ▶ Esta calificación del trabajador por cuenta propia sin asalariados como “empresa” deriva en la aplicación de las normas de competencia a sus actuaciones.

5 Directrices sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión a los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados (en adelante, “las Directrices relativas a las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados”), publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea el 30 de septiembre de 2022, 2022/C 374/02, disponibles mediante el siguiente enlace: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0930\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0930(02)&from=EN).

- ▶ Las particulares circunstancias que tienen los trabajadores por cuenta propia sin asalariados han hecho que determinadas autoridades de competencia hayan tomado en consideración la adopción de medidas destinadas a paliar la estricta aplicación de la prohibición sobre conductas colusorias.
- ▶ En la actualidad, las particulares circunstancias que tienen los trabajadores por cuenta propia sin asalariados, sumado a que el número de éstos no para de crecer ha propiciado, acertadamente, la ampliación de las situaciones en las que los trabajadores autónomos pueden reunirse para negociar colectivamente las condiciones de trabajo sin infringir las normas de competencia.
- ▶ En los Países Bajos, la Autoridad de Competencia de los Países Bajos (en adelante, la “**ACM**”) publicó las Directrices sobre acuerdos de precios entre trabajadores autónomos⁶ en las que se identifican una serie de situaciones en las que los convenios colectivos entre trabajadores autónomos son compatibles con el Derecho de la competencia:
 - Cuando las personas que trabajan por cuenta propia y sin asalariados desempeñan sus labores “codo con codo” con trabajadores por cuenta ajena: entiende la ACM que los primeros se encuentran en una situación similar a la de los trabajadores por cuenta ajena, y ello por cuanto prestan sus servicios bajo la dirección del empleado y no asumen riesgos comerciales ni gozan de independencia en cuanto al ejercicio de la actividad económica.
 - Cuando los volúmenes de negocio o las cuotas de mercado son reducidos, en tanto que la normativa de competencia no se aplica a los acuerdos de poca importancia.

⁶ Directrices “Price arrangements between self-employed workers”, disponibles mediante el siguiente enlace: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/guidelines-on-price-arrangements-between-self-employed-workers.pdf>.



- Cuando los acuerdos, a pesar de restringir la competencia, contribuyen, en su conjunto, al bienestar de los consumidores.
- Como última excepción, la ACM señala que no deberán sancionarse conductas que constituyan la adopción de acuerdos entre trabajadores autónomos que tengan por objeto fijar una tarifa mínima con el fin de garantizar el nivel de subsistencia de los trabajadores autónomos.

► La COMISIÓN EUROPEA adoptó recientemente las Directrices relativas a las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados que establecen los principios para evaluar la compatibilidad de determinados acuerdos celebrados como resultado de la negociación colectiva con el Derecho de la competencia.

■ Estas Directrices identifican distintos escenarios en los que se entiende que los trabajadores por cuenta propia sin asalariados pueden reunirse sin infringir la normativa de competencia:

- **Escenario nº1.** Convenios colectivos celebrados por personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados que se encuentran en una situación equiparable a la de quienes trabajan por cuenta ajena (apartado 3 de las Directrices relativas a las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados) (ver tabla 1).
- **Escenario nº2.** Situaciones de desequilibrio en el poder de negociación (ver tabla 2).
- **Escenario nº3.** Los trabajadores por cuenta propia negocian colectivamente de conformidad con la legislación (ver tabla 3).



TABLA 1. ESCENARIO N.º 1

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

TABLA 2. ESCENARIO N.º 2

Categoría	Breve descripción
Personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados (apartado 4.1)	Esta situación se da cuando los trabajadores tengan dificultades en influenciar sus condiciones de trabajo por encontrarse en una posición negociadora débil.

TABLA 3. ESCENARIO N.º 3

Categoría	Breve descripción
Personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados (apartado 4.1)	<p>El legislador nacional y europeo, en algunas ocasiones, corrige el desequilibrio en el poder de negociación de la contraparte.</p> <p>El legislador tiene la potestad de, por un lado, conceder a los trabajadores por cuenta ajena sin asalariados el derecho a la negociación colectiva y, por otro, excluir del ámbito de aplicación de la normativa de competencia los convenios colectivos de los trabajadores por cuenta propia sin asalariados en determinadas profesiones.</p>



Caso ejemplificativo

- ▶ Sería el caso en el que varios trabajadores por cuenta propia sin asalariados negocian y celebran un convenio en relación con determinadas condiciones relacionadas con el ejercicio de su actividad profesional (por ejemplo, en relación con el periodo vacacional, la duración de la jornada laboral o la remuneración).
- ▶ En este caso, lo que propugnan las directrices es que el acuerdo pueda quedar fuera del ámbito de aplicación de la normativa de competencia.
- ▶ Si se atiende al planteamiento realizado por la ACM, éste podría ser el caso incluso si lo que acuerdan varios trabajadores por cuenta ajena sin asalariados es negociar y celebrar un convenio colectivo que tenga por objeto fijar una tarifa mínima con el fin de garantizar el nivel de subsistencia de los trabajadores autónomos.

Cuestiones más destacadas en relación con esta conducta



- ▶ Es fundamental es este punto, realizar una labor de concienciación sobre la flexibilidad en la aplicación de las normas de competencia a este tipo de trabajadores, cada vez más numerosos, a la vista de garantizar mejores condiciones de trabajo.



Instrumentación de las obligaciones de subrogación de trabajadores

Identificación y descripción de la problemática



- ▶ El artículo 44 del ET regula de manera expresa la figura de la subrogación de los trabajadores. Ésta tiene típicamente lugar cuando se da un cambio en la titularidad de una empresa y, la plantilla de trabajadores que forman parte de esta última se mantiene. Es decir, la plantilla de trabajadores se conserva de tal manera que éstos no pierden sus empleos. Esta figura es también bastante común en los contratos públicos de prestación de determinados servicios (por ejemplo, de transporte urbano).
- ▶ Las cláusulas de subrogación tienen una razón de ser perfectamente justificadas en términos laborales pues tienen como fin la preservación del empleo y, en principio, la existencia de estas cláusulas no contraviene la normativa de competencia por estar amparadas en la normativa vigente.
- ▶ En la contratación pública, la subrogación automática es una cláusula muy recurrentemente incluida por los órganos licitantes en los pliegos que permite dar respuesta a la problemática que surge sobre lo que ocurre con los empleados cuando hay un cambio en la empresa que opera un servicio.
- ▶ No obstante, se ha apreciado un uso indebido de estas cláusulas en el marco de las licitaciones consideradas restricciones de la competencia cuando la empresa que ha prestado el servicio hasta el momento se aprovecha de la asimetría de información que le concede su condición de prestatario inicial de los servicios, proporcionando al órgano de contratación información falsa o imprecisa. Esta información suele ser, de manera habitual, un número de empleados superior al necesario con el fin de desincentivar que otras empresas se presenten a las licitaciones del servicio.





Caso ejemplificativo

- ▶ La Comisión Gallega de la Competencia en su resolución de 8 de julio de 2020, en el expediente S 3/2020, Arriva Noroeste⁷, sancionó a una empresa por haber suministrado a la autoridad pública correspondiente, datos incorrectos acerca de los trabajadores que debían ser subrogados, con el fin de eliminar, por medios desleales, al resto de los operadores.

Cuestiones más destacadas en relación con esta conducta



- ▶ Si bien es cierto que, son habituales las quejas de algunas empresas con la imposición de la subrogación mediante cláusulas por el incremento de la carga laboral, una medida tan drástica como su **eliminación no es recomendable** teniendo en cuenta que es una práctica que tiene un objetivo perfectamente legítimo.
- ▶ Una solución efectiva sería que el órgano de contratación **solicite al operador que ha prestado el servicio toda la información y que la analice con un nivel de detalle suficiente** para observar si se justifica verdaderamente lo que el operador declara.
- ▶ Esto va en la línea con el artículo 132.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, la “Ley de Contratos del Sector Público”) que asegura que los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento por el mantenimiento de una competencia efectiva. Éste último debería incluso poner en conocimiento de las autoridades de competencia pertinentes los indicios de la existencia de una conducta potencialmente restrictiva de la competencia.

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

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

Inclusión de “cláusulas sociales” en los procedimientos de contratación pública

Identificación y descripción de la problemática



¿Qué es una cláusula social contractual?

- Las cláusulas de carácter social se definen como *“aquellas estipulaciones que obligan a los adjudicatarios de un contrato público a dar cumplimiento, junto con el objeto propio del contrato, a ciertos objetivos de política social que se estiman de interés general”*⁹.
- ▶ El no respeto de determinadas obligaciones sociales introducidas en los contratos puede conllevar a la exclusión de los licitadores.
- ▶ Con el fin de clarificar cuáles son estas obligaciones sociales y cómo interpretarlas, fue adoptada la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, de 28 de noviembre de 2001¹⁰ (en adelante, la **“Comunicación interpretativa sobre la integración de aspectos sociales en contratos públicos”**).
- La Comunicación interpretativa sobre la integración de aspectos sociales en contratos públicos sigue las distintas fases de un procedimiento de contratación pública en las que es posible incluir aspectos sociales, estas son, entre otras, la selección de los candidatos, la adjudicación del contrato o su ejecución y, señala, para cada una de ellas, si es posible tomar en consideración ciertos criterios sociales y en qué medida.

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

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



- ▶ En el ámbito nacional, los poderes adjudicatarios cuentan con un amplio margen de maniobra a la hora de establecer cláusulas contractuales en materia social. En este sentido, la Ley de Contratos del Sector Público prevé numerosos mecanismos desarrollados en su artículo 145.
 - A modo de ejemplo, alguna de las condiciones particulares adicionales que se pueden imponer atendiendo a los objetivos de carácter social son la obligación de introducir medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o, la imposición de contratar a desempleados con el fin de fomentar el empleo.
- ▶ La integración de este tipo de cláusulas sociales en contratos públicos persigue objetivos legítimos que se traducen en una mejora de las condiciones laborales, entre ellos, incrementos salariales, protección de la salud, o la necesidad de rechazar cualquier tipo de discriminación.
- ▶ No obstante, su uso indebido o excesivo, puede conllevar una carga excesiva que deben soportar los poderes adjudicatarios a la hora de licitar y a una inevitable homogeneización de las condiciones de carácter laboral.





Caso ejemplificativo

- ▶ Este sería el caso de un procedimiento de contratación que introdujera un número elevado de cláusulas sociales como criterio de adjudicación del contrato.
- ▶ A modo de ilustración, una de las citadas cláusulas puede ser una que desglose, de forma exhaustiva, la puntuación que obtendrían las empresas licitadoras en el procedimiento de licitación si éstas introducen medidas que favorezcan la creación de empleo:
 - *"Se valorará hasta un máximo de 12 puntos el compromiso de creación de empleo de la entidad licitante: (i) 4 puntos por cada puesto de trabajo creado o por crear por cuenta ajena, con duración igual o superior a un año, a jornada completa; (ii) 3 puntos por cada puesto de trabajo creado o a crear por cuenta ajena, con duración inferior al año, a jornada completa; (iii) 2 puntos por cada puesto de trabajo creado a por crear por cuenta ajena, a jornada parcial, siempre que sea superior al año."*
- ▶ La anterior cláusula, junto con otras destinadas a promover otras medidas, podrían potencialmente dar lugar a la reducción de una competencia efectiva. Esto último porque los licitadores, limitándose a ofrecer lo dispuesto en las numerosas cláusulas incluidas en el pliego, carecerían de incentivos para destacar frente al resto de empresas interesadas en la adjudicación.

Cuestiones más destacadas en relación con esta conducta



La existencia de estas cláusulas en los contratos constituye un medio óptimo para fomentar la persecución de objetivos sociales. Sin embargo, con el fin de evitar que la inclusión de éstas introduzca restricciones en el mercado, es fundamental tener en cuenta los requisitos desarrollados en la Comunicación interpretativa sobre la integración de aspectos sociales en contratos públicos a la hora de saber si es posible introducir estas cláusulas y de qué manera para, de esta forma, no dejarlo al criterio arbitrario de cada operador económico.

El uso de cláusulas de no captación de trabajadores

Identificación y descripción de la problemática



- ▶ Mediante un acuerdo de no captación o la introducción de una cláusula de no captación, varias empresas acuerdan abstenerse de solicitar contratar o reclutar al personal de la otra parte del acuerdo.
- ▶ Esta práctica que conlleva a la renuncia de la competencia por el trabajo de los empleados provoca, por un lado, la creación de barreras a la entrada de nuevos competidores y, por el otro, la limitación a los empleados de oportunidades de trabajo, la posibilidad de obtener un salario más elevado o mejoras de las condiciones laborales.
- ▶ A pesar de que, es de sobra conocido que, en determinadas circunstancias, el uso de estas cláusulas esté aceptada, como, por ejemplo, en las operaciones de compraventa empresariales, su uso indebido puede derivar en importantes restricciones de la competencia entre empresas en la medida en que prohíben a las empresas que compitan entre sí por los empleados.



Caso ejemplificativo

- ▶ La AUTORIDAD DE COMPETENCIA DE PORTUGAL (en adelante, la “AdC”) sancionó mediante una resolución de 28 de abril de 2022, en el expediente PRC/2020/1, a 31 empresas deportivas participantes en la Primera y Segunda Liga y la Liga Portuguesa de Fútbol Profesional por haber suscrito un acuerdo que impedía la contratación por parte de clubes de Primera y Segunda de jugadores que rescindieran unilateralmente su contrato de trabajo.

Cuestiones más destacadas en relación con esta conducta



- ▶ Al margen de las cláusulas introducidas en el contexto de las operaciones de concentraciones, que tienen que ser examinadas caso a caso, es fundamental **no llegar a acuerdos de estas características que tienen difícil justificación**. Esto último porque las empresas deben tomar decisiones de forma independiente sobre aspectos como la contratación de personas o las condiciones de empleo aplicables a la relación laboral.
- ▶ Resulta primordial también **sensibilizar a las empresas y, en particular, a los trabajadores y personal de recursos humanos sobre la gravedad de estas prácticas a través de formaciones internas con el objetivo de concienciar**.
- ▶ Llegados al caso, es importante **informar y poner en conocimiento de las autoridades de competencia** correspondientes de la introducción de estas cláusulas de no captación para lograr eliminarlas.

Instrumentalización de la figura de profesionales autónomos que prestan servicios en plataformas digitales

Identificación y descripción de la problemática



¿Qué entendemos por “plataforma de trabajo digital”?

El término “plataforma de trabajo digitales” se define en el punto 2, letra d) de las Directrices relativas a las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados como *“toda persona física o jurídica que preste un servicio comercial que cumpla todos los requisitos siguientes: i) que se facilite, al menos en parte, a distancia por medios electrónicos, como un sitio web o una aplicación para dispositivos móviles; ii) que se facilite a petición de un destinatario del servicio; y iii) que implique, como elemento necesario y esencial, la organización de trabajo realizado por personas individuales, con independencia de que dicho trabajo se realice en línea o en un lugar determinado”*.



- ▶ Las plataformas digitales constituyen un mercado emergente creando oportunidades para las empresas y los trabajadores, así como para los consumidores.
- ▶ Durante años, las plataformas han defendido que los trabajadores de las plataformas digitales debían ser considerados contratistas independientes. Ello significa que estos trabajadores, de la misma manera que ocurría con los trabajadores por cuenta propia sin asalariados, estaban sometidos a la aplicación de la normativa de competencia, con la directa imposibilidad de negociar las condiciones laborales y ser, por ende, beneficiarios, entre otros, de un seguro de desempleo o beneficios de salud.
- ▶ Con el fin de conceder a los trabajadores los derechos garantizados en la negociación colectiva, una posible solución es **no hacer extensible la aplicación del Derecho de la competencia a este tipo de trabajadores.**
- ▶ En este sentido, los poderes públicos y la jurisprudencia reciente han venido equiparando las personas que trabajan a través de una plataforma con aquellas que trabajan por cuenta ajena, con sus correspondientes derechos asociados, entre ellos, a la negociación colectiva.
- ▶ Las Directrices relativas a las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados apuntan que la normativa de competencia no es aplicable a los trabajadores que prestan servicios a través de una plataforma digital (punto 3.3 de las Directrices).





Caso ejemplificativo:

- ▶ Este sería el caso de un grupo de repartidores que trabaja para una plataforma digital (trabajadores por cuenta ajena sin asalariados) y celebran, conjuntamente, un convenio colectivo con el fin de mejorar sus condiciones laborales (por ejemplo, obligaciones mínimas de salud, seguridad o la prohibición del trabajo nocturno).
- ▶ El citado convenio estaría amparado por las Directrices relativas a las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados ya que sería el resultado de una negociación colectiva entre los dos operadores económicos.
- ▶ Distinto sería la adopción de un acuerdo entre la plataforma digital y otra plataforma competidora con el objetivo de una fijación de una tarifa en términos de remuneración de los repartidores. Esto último porque, por un lado, las plataformas compiten entre sí y, es probable, que dicha coordinación entre competidores infrinja el Derecho de la competencia y, por el otro, no sería el resultado de una negociación colectiva entre los trabajadores (repartidores) y su contraparte (plataforma).

Cuestiones más destacadas en relación con esta conducta



- ▶ Resulta primordial garantizar que las condiciones de trabajo de los trabajadores de plataformas digitales se aborden de manera adecuada y esto porque dependen de estas últimas para, entre otros aspectos, llegar a los clientes, establecer las tarifas o su remuneración. Por estos motivos es importante que estos trabajadores dispongan de margen de negociación, flexibilizando la aplicación de la normativa de competencia.



Lehiaren Euskal Agintaritzza
Autoridad Vasca de la Competencia



Datos de contacto

Dirección: C/Ercilla, 4 - 2º, 48009 Bilbao

Teléfono: +(34) 94 403 28 00

Email: infocompetencia@avdc.eus

Denuncias:



Consultas
y Comunicaciones:



Buzón de colaboración
(anónimo):



LinkedIn

