

RESOLUCION
(Expte. S/0197/09 CONVENIO DE SEGURIDAD)

Consejo:

Sres.:

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
Dña. M^a Jesús González López, Consejera
Dña. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
Dña. Paloma Ávila de Grado, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero.

En Madrid, a 27 de marzo de 2012.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición arriba expresada, y siendo Ponente la Consejera D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/0197/09 CONVENIO DE SEGURIDAD, incoado contra la Asociación Profesional de Compañías Privadas de Servicios de Seguridad de España (APROSER), la Federación Empresarial Española de Seguridad (FES), la Asociación de Medios, Profesionales y Empresas de Seguridad (AMPES), la Asociación Catalana de Empresas de Seguridad (ACAES), la Federación Estatal de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT) y la Federación de Trabajadores de Seguridad Privada de la Unión Sindical Obrera (FTSP-USO), por la Dirección de Investigación con fecha 12 de abril de 2010, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, de conformidad con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 18 de septiembre de 2009 la Dirección de Investigación recibió escrito de denuncia de Blindados Grupo Norte, SA (actualmente EFECTIVOX, S.A) contra APROSER, FES, AMPES, ACAES, FES-UGT y FTSP-USO, por supuestas conductas prohibidas en los artículos 1 y 2 de la LDC y en el artículo 102 del TFUE, consistentes en la redacción y aplicación del artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008, que tiene como título “subrogación de servicios” y, en particular, la regulación de la subrogación en los servicios de transporte y manipulado de fondos. Según el denunciante, la indefinición y desconexión existente entre el sistema de subrogación de trabajadores previsto en dicho artículo y las necesidades reales de personal que, en caso de adjudicación de servicios de transporte y manipulado de fondos, vaya

realmente a precisar la nueva adjudicataria del servicio, provocan barreras de entrada en el sector de las empresas de seguridad, desincentivando o impidiendo la actuación de operadores en dicho sector (folios 1 a 59).

2. Tras recibir la denuncia, la Dirección de Investigación decidió llevar a cabo una información reservada con el objeto de clarificar los hechos, como diligencia previa a la incoación del correspondiente expediente, si procediera en su caso.
3. A la vista de la información reservada, la Dirección de Investigación observó indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC, consistentes en la redacción y aplicación, por parte de las Asociaciones y Sindicatos firmantes del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008, cuyo artículo 14 establece un sistema de subrogación de trabajadores en los servicios de transporte y manipulado de fondos que podría resultar excesivamente gravoso para las empresas adjudicatarias, desincentivando la entrada de competidores en la prestación de dichos servicios y restringiendo la competencia en el sector (folios 212 a 325). Por ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 LDC, con fecha 12 de abril de 2010 la Dirección de Investigación acordó la incoación de expediente sancionador por conductas prohibidas por el artículo 1 LDC contra APROSER, FES, AMPES, ACAES, FES-UGT y FTSP-USO (folios 326 a 328).
4. Con fecha 11 de mayo de 2010 tuvo entrada en esta Dirección de Investigación escrito de la representación legal de APROSER, FES y ACAES, por el que solicitan el inicio de la tramitación de una terminación convencional para el referido expediente sancionador (folios 421-422).
5. Con fecha 13 de mayo de 2010, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 del RDC (Real Decreto 261/08, de 22 de febrero), la Dirección de Investigación acordó el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento sancionador de referencia (folios 453-454).
6. Con fecha 2 de junio de 2010 APROSER, FES y ACAES presentaron los compromisos con el objeto de garantizar la eliminación de los presuntos efectos anticompetitivos derivados de la actual redacción del apartado B del artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008 (folios 484 a 491). Esta propuesta de compromisos fue remitida al Consejo con fecha de 7 de junio de 2010.
7. Con fecha 25 de junio de 2010, BLINDADOS presentó alegaciones en contra de la propuesta de compromisos presentada por APROSER, FES y ACAES y aportó cierta evidencia (folios 513 a 534).
8. Con fecha 18 de noviembre de 2010 y de acuerdo con el artículo 39 del Real Decreto 261/2008, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, la Dirección de Investigación acordó finalizar las actuaciones

tendientes a la terminación convencional, por considerar que la subrogación es una cuestión que queda fuera del ámbito de la aplicación de la LDC (folio 538). Con fecha 1 de diciembre de 2010 el denunciante presentó escrito de alegaciones al respecto y aportó cierta evidencia (folios 557 a 610).

9. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de LDC, con fecha 1 de marzo de 2011 se formuló el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) en el que la DI concluye que el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008 queda fuera del ámbito de la LDC. El Pliego de Concreción de Hechos fue notificado a APROSER, AMPES, ACAES, FES, FTSP-USO, FES-UGT y BLINDADOS con fecha 4 de marzo de 2011 (folios 640 a 753).
10. Con fecha 21 de marzo de 2010 el denunciante presentó alegaciones donde muestra su oposición al PCH, aporta nueva evidencia y solicita prueba (folios 640 a 753).
11. En aplicación de lo establecido en el artículo 33.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, el 1 de abril de 2011 se procedió al cierre de la fase de instrucción (folio 833) y se notificó a los interesados (folios 834 a 851).
12. De acuerdo con lo previsto en el art. 50.4 de la LDC, del 15 al 20 de abril de 2011 se notificó la Propuesta de Resolución de la Dirección de la Investigación que contiene la siguiente calificación jurídica:
“A la vista de todo lo anterior, esta Dirección de Investigación considera que si bien, en general, los convenios colectivos por su definición según el Real Decreto 1/1995, de 24 de marzo, pueden entrar dentro del concepto de conducta colusoria de la LDC, en el caso que nos ocupa, la especial naturaleza del artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008 determina que dicho artículo quede fuera del ámbito de aplicación de la LDC, siendo el órgano competente para dilucidar sobre las cuestiones que se susciten con ocasión de su aplicación la jurisdicción social”.
Y propone:
“Teniendo en cuenta los hechos acreditados descritos anteriormente y las valoraciones expuestas, se PROPONE que por el Consejo de la CNC se declare que el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008 queda fuera del ámbito de aplicación de la LDC”.
13. Con fecha 5 de mayo de 2011, se recibió escrito de alegaciones a la propuesta de resolución por parte de APROSER, FES y ACAES en el que manifiestan su conformidad con la misma.
14. Con fecha 6 de mayo de 2011, se recibieron alegaciones a la propuesta de resolución por parte de BLINDADOS, en las que reitera su desacuerdo con la propuesta de la Dirección de la Investigación e insta a que se practiquen las pruebas que ya solicitara en su escrito de alegaciones al PCH de fecha 21 de marzo de 2011.

15. Con fecha 23 de mayo de 2011, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 50.5 de la LDC, la Dirección de Investigación dio traslado al Consejo del expediente de referencia junto con el Informe Propuesta (folios 1082-1110).
16. Con fecha 23 de diciembre de 2011 tuvo entrada en la CNC notificación de la operación de concentración consistente en la toma de control de EFECTIVOX por la empresa LOOMIS (C/0416/11 LOOMIS/EFECTIVOX) que ha sido autorizada por la CNC con fecha 22 de febrero de 2012.
17. En virtud del artículo 51.4 de la LDC, mediante Acuerdo de 11 de enero de 2012 el Consejo de la CNC acordó *“Modificar la calificación jurídica de los hechos por considerar que el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008, en lo que se refiere al transporte y manipulado de fondos, suscrito por las principales organizaciones empresariales del sector, es susceptible de ser calificado como un acuerdo restrictivo de la competencia, contrario al artículo 1 de la LDC”* (folios 1111-1134). Este Acuerdo de recalificación fue notificado a las partes y a la Dirección de Investigación, dándoles plazo para que alegaran lo que estimaran oportuno en derecho y suspendiendo el plazo de tramitación. Asimismo, se les recordó que, conforme al art. 51.1 de la LDC, podían formular ante este Consejo la propuesta de pruebas que estimaran oportunas. El plazo de alegaciones fue ampliado mediante Acuerdo de fecha 27 de enero de 2012 (folio 1188) a petición de ACAES, APROSER y FES (folio 1174-1175). Estas partes han accedido al expediente con fecha 25 de enero y 24 de febrero de 2012 (folios 1173 y 1260).
18. Con fecha 26 de enero de 2012, de conformidad con lo previsto en el artículo 51.4 de la LDC, la Dirección de Investigación formula sus alegaciones al Acuerdo del Consejo de 11 de enero de 2012, manifestando que no se opone a la calificación del artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008 como infracción del artículo 1 LDC (folios 1180-1184).
19. El 7 y el 14 de febrero de 2012 se recibieron, respectivamente, las alegaciones de FES-UGT (folio 1199) y de ACAES, APROSER y FES (folios 1200-1214) al Acuerdo del Consejo de 11 de enero de 2012. Una vez transcurrido el plazo de alegaciones, mediante Acuerdo de 16 de febrero, el Consejo levantó la suspensión del plazo máximo para resolver (folio 1215).
20. El Consejo ha deliberado sobre el asunto en diferentes sesiones y terminado de fallar el mismo en su reunión de 7 de marzo de 2012.
21. Son interesados:
 - la Asociación Profesional de Compañías Privadas de Servicios de Seguridad de España (APROSER),
 - la Federación Empresarial Española de Seguridad (FES),
 - la Asociación de Medios, Profesionales y Empresas de Seguridad (AMPES),
 - la Asociación Catalana de Empresas de Seguridad (ACAES),

- la Federación Estatal de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT).
- la Federación de Trabajadores de Seguridad Privada de la Unión Sindical Obrera (FTSP-USO).
- EFECTIVOX, S.A.

HECHOS PROBADOS

LAS PARTES

1. **Blindados Grupo Norte, S.A. (actualmente EFECTIVOX, S.A.)**

BLINDADOS es una compañía de nacionalidad española constituida en junio de 1996. Las actividades principales de BLINDADOS son dos: la vigilancia y el transporte de fondos y manipulado de efectivo. La primera está referida a la protección de personas, bienes y/o establecimientos por medio de vigilantes habilitados al efecto por el Ministerio del Interior. La segunda incluye, además del transporte, la custodia, clasificación y depósito de dinero y títulos valores (folio 2). BLINDADOS afirma que pertenece a la asociación empresarial AESPI (Asociación de Empresas de Seguridad Privada Integral) (folio 2). Por su parte, los denunciados señalan que BLINDADOS también está asociada a FES y AMPES, participantes en la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008 (folio 227).

Durante el 2004 las principales cajas de Castilla y León y Grupo Norte adquirieron la compañía Blindados del Norte, cuya denominación social fue cambiada a Blindados Grupo Norte. En noviembre de 2010 Blindados Grupo Norte, S.A. ha pasado a denominarse EFECTIVOX, S.A.

2. **Asociación Profesional de Compañías Privadas de Servicios de Seguridad de España (APROSER)**

APROSER está compuesta por 13 empresas de seguridad privada que prestan sus servicios en los segmentos de vigilancia y de transportes de fondos (folios 4 y 221).

De esas 13 empresas, exclusivamente PROSEGUR, LOOMIS y TRABLISA realizan el servicio de transporte y manipulado de fondos (folio 4). Particularmente, las compañías PROSEGUR y LOOMIS ostentan aproximadamente el 90% del mercado de transporte de fondos y de contaje (folio 5 y C/0416/11 LOOMIS / EFECTIVOX).

Las restantes compañías de esta asociación se dedican a la vigilancia y protección de bienes y personas y los servicios relacionados con la vigilancia y centrales de alarmas, pero no al transporte y manipulado de fondos (folio 5).

Según el artículo 5 de los Estatutos de APROSER sus fines primordiales son, entre otros, representar y fomentar los intereses económicos y profesionales de sus miembros; negociar convenios colectivos de trabajo dentro de su ámbito y realizar cuantas actividades sean necesarias o convenientes para el cumplimiento de sus fines y para la defensa de legítimos intereses de sus miembros (folios 221 y 222).

Según un resumen ejecutivo de 2007 realizado por Sivermagen, S.L. sobre “Cifras y datos del sector de la *seguridad privada en España*” de APROSER, son 18 las empresas asociadas a APROSER, representado más de un 80% de la facturación total de sector (folios 4 y 89).

3. *Federación Empresarial Española de Seguridad (FES)*

FES está compuesta por 130 empresas de seguridad privada. Todas son pymes, distribuidas por todo el territorio nacional y entre ellas cubren todas las actividades de seguridad privada (vigilancia, instalación y mantenimiento, custodia y transporte de fondos, protección personal, asesoramiento y planificación, centrales de alarmas) (folio 221).

Según el artículo 6 de los Estatutos de FES sus principales fines son, entre otros, la representación, defensa y promoción de los intereses económicos, sociales, jurídicos, profesionales y culturales de las empresas de seguridad privada españolas; la persecución del intrusismo y la competencia ilícita o desleal en la actividad de seguridad privada; el fomento del correcto ejercicio de la actividad de seguridad privada en sus distintas vertientes; el ejercicio de cuantas acciones sean precisas, incluidas las de naturaleza judicial, para la defensa de los intereses de sus afiliados; la coordinación de las necesidades de suministros de sus miembros en los casos que así se acuerde, pudiendo estudiar la calidad y prestaciones de productos o servicios y efectuar las recomendaciones y acuerdos oportunos (folios 222 y 223).

4. *Asociación de Medios, Profesionales y Empresas de Seguridad (AMPES)*

AMPES representa a 62 empresas de seguridad, que prestan sus servicios en las actividades de vigilancia y protección de personas, instalación y mantenimiento de sistemas de seguridad y centrales receptoras de alarmas. Su ámbito de actuación es estatal (folio 221).

Según el artículo 6 de sus Estatutos sociales, constituyen los fines de AMPES, entre otros, la representación, defensa y promoción de los intereses económicos, sociales, profesionales y culturales de las empresas de seguridad privada asociadas; el fomento del correcto ejercicio de la actividad de seguridad; negociar, dentro de su capacidad legal y representativa, convenios colectivos de trabajos dentro de su ámbito de actuación; el ejercicio de cuantas acciones sean precisas ante cualquier órgano o jurisdicción administrativa o judicial, para la salvaguardia y defensa de la imagen e intereses de sus afiliados y de la propia asociación, así como la persecución y denuncia del intrusismo y la competencia desleal e ilícita en el desarrollo de las actividades de seguridad privada y la actuación cerca de las distintas Administraciones Públicas y de los estamentos políticos sobre la legislación o reglamentación general del sector que afecte o pueda afectar a los intereses del mismo (folios 223 a 225).

Las notificaciones a AMPES de los Acuerdos adoptados en el seno del expediente, desde el propio Acuerdo de Incoación, han sido sistemáticamente devueltas, manifestando el certificado de Correos por el que se produce la devolución que el destinatario es desconocido.

5. Asociación Catalana de Empresas de Seguridad (ACAES)

ACAES está compuesta por 66 empresas. Dentro de ACAES están asociadas empresas que prestan sus servicios en vigilancia y sistemas (folio 221).

Según se desprende de los artículos 1 y 5 de sus Estatutos sociales, los fines de ACAES son, entre otros, coordinar la acción de las empresas que tienen su actividad en el sector de la seguridad privada, para la defensa de sus intereses; dotar al empresario asociado de un instrumento válido a fin de poder participar en la elaboración de la política general, en los aspectos industriales, laboral, económico, fiscal, mercantil, social y de cultura, contribuyendo así a la consecución de un mayor equilibrio y asegurar el diálogo permanente y constructivo con las distintas agrupaciones de trabajadores a fin de conseguir una fecunda convivencia en la empresa y de la sociedad (folio 225).

6. Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT)

Como sindicato de carácter federal FES-UGT está compuesto por una Comisión Ejecutiva Federal y federaciones territoriales por Comunidades Autónomas y agrupa varias áreas sectoriales (ahorro, banca, artes gráficas, comunicación social, cultura, deportes, limpieza, seguridad y seguros, entre otros).

7. Federación de Trabajadores de Seguridad Privada (FTSP-USO)

FTSP-USO forma parte de la Confederación Sindical de la Unión Sindical Obrera. Su ámbito funcional es el de las empresas del sector de seguridad privada y el de las empresas que se relacionan con este sector. Se estructura en órganos de nivel estatal y en diversas clases de federaciones territoriales.

CARACTERÍSTICAS DE LA ACTIVIDAD DE SEGURIDAD PRIVADA

8. La prestación de servicios de seguridad privada está regulada en la Ley 23/1992, de 30 de junio, de Seguridad Privada (LSP) (folios 212, 228 y 313).

Según dispone el artículo 1.2 de esta Ley, únicamente pueden realizar actividades de seguridad privada y prestar servicios de esta naturaleza las empresas de seguridad y el personal de seguridad privada que estén previamente habilitados, teniendo atribuidas el Ministerio del Interior las competencias en esta materia (folio 314).

El artículo 5.1 LSP dispone que "(...) las empresas de seguridad únicamente podrán prestar o desarrollar los siguientes servicios y actividades:

1. Vigilancia y protección de bienes, establecimientos, espectáculos, certámenes o convenciones.

2. Protección de personas determinadas, previa la autorización correspondiente.

3. *Depósito, custodia, recuento y clasificación de monedas y billetes, títulos-valores y demás objetos que, por su valor económico y expectativas que generen, o por su peligrosidad, puedan requerir protección especial, sin perjuicio de las actividades propias de las entidades financieras.*
 4. *Transporte y distribución de los objetos a que se refiere el apartado anterior a través de los distintos medios, realizándolos, en su caso, mediante vehículos cuyas características serán determinadas por el Ministerio del Interior, de forma que no puedan confundirse con los de las Fuerzas Armadas ni con los de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.*
 5. *Instalación y mantenimiento de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad.*
 6. *Explotación de centrales para la recepción, verificación y transmisión de las señales de alarmas y su comunicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como prestación de servicios de respuesta cuya realización no sea de la competencia de dichas Fuerzas y Cuerpos.*
 7. *Planificación y asesoramiento de las actividades de seguridad contempladas en esta Ley” (folios 221, 213 y 228).*
9. Las actividades anteriores se pueden agrupar en tres tipos (expediente C 57/00 Prosegur/Blindados del Norte): el segmento de vigilancia, en el que se integran las actividades descritas en los apartados 1 y 2; las actividades de transporte de fondos y manipulado de efectivo (apartados 3 y 4) y las actividades de sistemas y centrales de alarmas (apartados 5 y 6) (folio 228).
10. Según los denunciados, los elementos diferenciales de cada uno de estos tres tipos son los siguientes (folios 213 y 230):
- La actividad de vigilancia se realiza mediante personal habilitado (armado o no), existiendo libertad en cuanto a las modalidades de determinación de la cuantía del volumen de trabajadores contratados por parte del cliente en función de las necesidades del servicio.
 - Las actividades de transporte de fondos se realizan mediante personal habilitado armado, existiendo una determinación legal de la tipología de los vehículos y de la composición de la tripulación, que la legislación exige que no sea inferior a tres personas. La actividad de los contadores-pagadores, característica del manipulado de efectivo, no se realiza mediante personal habilitado.
 - La actividad de sistemas, al margen de la respuesta a señales de alarma, no se realiza mediante personal habilitado. Esta actividad no está inicialmente cubierta por el Convenio Colectivo, al margen de la posible adhesión al mismo. En todo caso, no estaría afectada por las previsiones de subrogación de servicios.
11. A los efectos del expediente de referencia, resultan de interés las actividades de transporte de fondos.
- Las especiales características del transporte y distribución de objetos valiosos o peligrosos y explosivos, determinan que la LSP establezca condiciones muy específicas para la prestación de esta actividad (folio 230):

- El artículo 32 LSP detalla el tipo de vehículos en los que debe desempeñarse esta actividad. El desarrollo de actividades de transporte de fondos y manipulado de efectivo debe realizarse imperativamente mediante estos vehículos blindados, no admitiéndose por razones de seguridad nacional otras modalidades de ejecución existentes en otros países.
- El artículo 33 LSP establece la dotación y funciones de cada vehículo blindado. De acuerdo con este precepto, la dotación debe de estar integrada, como mínimo, por tres vigilantes de seguridad, uno de los cuales realizará exclusivamente la función de conductor. El número 2 de este mismo artículo establece las funciones atribuidas a cada miembro de la tripulación.

CLÁUSULA 14 DEL CONVENIO COLECTIVO

12. Con fecha 15 de marzo de 2005 fue suscrito el Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008 de una parte, por las asociaciones empresariales APROSER, FES, AMPES y ACAES, en representación de las empresas del sector, y de otra, por las centrales sindicales UGT y USO, en representación del colectivo laboral afectado. Tras ser inscrito en el preceptivo Registro de la Dirección General de Trabajo, el 18 de mayo de 2005 y publicado en el BOE de 10 de junio de 2005, de conformidad con el artículo 4 del propio Convenio, entró en vigor el 1 de enero de 2005 y mantendría su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2008, quedando prorrogado hasta su sustitución por otro Convenio de igual ámbito y eficacia.
13. En la Mesa Negociadora del Convenio Colectivo 2005-2008 la distribución de puestos por parte de la representación empresarial era la siguiente: APROSER 5 puestos; FES 2 puestos; AMPES 2 puestos y ACAES 2 puestos (folios 266, 285-287). La asignación de puestos en la Comisión Negociadora por parte de la representación sindical es 7 representantes para UGT, 5 para CC.00., 2 para USO y 1 para CIG.
14. El artículo 14 de dicho Convenio contempla un mecanismo de “subrogación de servicios”. El convenio expresa que esta cláusula tiene como finalidad garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores de este sector:

“Subrogación de servicios.

Dadas las especiales características y circunstancias de la actividad, que exigen la movilidad de los trabajadores de unos a otros puestos de trabajo, este artículo tiene como finalidad garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores de este sector, aunque no la estabilidad en el puesto de trabajo, con clara diferenciación entre subrogación de servicios de vigilancia, explosivos y sistemas y de transporte de fondos, en base a la siguiente Normativa:

A) Servicios de Vigilancia, Sistemas de Seguridad, Transporte de Explosivos y Guardería Particular de Campo:

Cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente, público o privado, por rescisión, por cualquier causa, del contrato de

arrendamiento de servicios, la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos, y/o categoría laboral, siempre que se acredite una antigüedad real mínima, de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca, incluyéndose en dicho período de permanencia las ausencias reglamentarias del trabajador del servicio subrogado establecidas en los Artículos 45, 46 y 50 de este Convenio Colectivo, las situaciones de Incapacidad Temporal y suspensiones disciplinarias, cualquiera que sea su causa, excluyéndose expresamente las excedencias reguladas en el Artículos 48, salvo los trabajadores que hayan sido contratados por obra o servicio determinado.

Asimismo procederá la subrogación, cuando la antigüedad en la empresa y en el servicio coincidan, aunque aquella sea inferior a siete meses.

Igualmente procederá la subrogación cuando exista un cambio en la titularidad de las instalaciones donde se presta el servicio.

B) Servicios de Transportes de Fondos:

La empresa cesante determinará, de acuerdo con la representación de los trabajadores, el número de servicios prestados, o «paradas», que se hubiesen realizado, en las Entidades objeto de la Subrogación, durante los siete meses inmediatamente anteriores a la fecha de la subrogación.

Tales servicios computarán para determinar el número de trabajadores que deben ser subrogados de acuerdo con las siguientes reglas y supuestos:

B.1. Población de más de doscientos mil habitantes:

Se dividirá el número de servicios prestados entre siete, y la media resultante entre seis.

B.2. Población de menos de doscientos mil habitantes:

Se dividirá el número de servicios prestados entre siete, y la media resultante entre cuatro.

La población de referencia será la capital o, en su caso, la ciudad de mayor población, de la provincia donde se encuentra el centro de trabajo de la Empresa cedente del Servicio.

B.3. Normas comunes a B.1 y B.2:

En ambos casos:

a) La cantidad resultante, que es la jornada mensual a subrogar, se dividirá entre 162 horas y 33 minutos para 2005 y 2006, y entre 162 horas para 2007 y 2008, siendo el cociente de dicha operación el número de trabajadores que deben ser subrogados, multiplicado por la dotación del vehículo blindado.

El cociente se incrementará a un entero cuando contenga decimal igual o superior a cinco décimas.

No obstante, si una vez aplicada la regla anterior, la cifra resultante fuese inferior a 0,5 y, consiguientemente, no procediese a efectuar ninguna subrogación de personal, si la nueva empresa adjudicataria obtuviese durante los doce meses siguientes, la adjudicación de servicios que tuviese la misma empresa cesante, esta cifra anterior será, en todo caso, sumada a la nueva cifra resultante a los efectos de subrogación del personal.

b) Únicamente podrán subrogarse tripulaciones completas sin perjuicio de lo establecido en el apartado C.1.4. de este artículo.

c) Para la determinación de los trabajadores a subrogar, se estará a lo que acuerden los representantes de los trabajadores y la Dirección de la Empresa. A falta de acuerdo se procederá por sorteo, por categorías, en presencia de los representantes de los trabajadores.

d) En caso de que la empresa cesante pierda la totalidad de los servicios, la empresa adjudicataria deberá quedarse con todo el personal. En el caso de que sean varias las empresas adjudicatarias, deberán quedarse con todo el personal de acuerdo con los porcentajes asignados.

Contadores-Pagadores: La empresa que pierda un contrato de manipulación de efectivo (contaje) en favor de otra, ésta estará obligada a subrogarse en el número de contadores-pagadores resultante de dividir el importe de la facturación media mensual perdida de los últimos siete meses, entre 1.700 euros.

No obstante, si una vez aplicada la regla anterior, la cifra resultante fuese inferior a 0'5 y, consiguientemente, no procediese efectuar ninguna subrogación de personal, si la nueva empresa adjudicataria obtuviese durante los doce meses siguientes la adjudicación de servicios que tuviese la misma empresa cesante, esta cifra anterior será, en todo caso, sumada a la nueva cifra resultante a los efectos de subrogación del personal.

C) Obligaciones de las Empresas cesante y adjudicataria, comunes para A) y B):

C.1 adjudicataria cesante: La Empresa cesante en el servicio:

1. Deberá notificar al personal afectado la resolución del contrato de arrendamiento de servicios, así como el nombre de la nueva adjudicataria, tan pronto tenga conocimiento formal de una y otra circunstancia.

2. Deberá poner a disposición de la nueva adjudicataria, con antelación mínima de tres días hábiles a que ésta dé comienzo a la prestación del servicio, o en igual plazo desde que tuviese conocimiento expreso formal de la adjudicación, si éste fuera posterior, la documentación que más adelante se relaciona.

a) Certificación en la que deberá constar trabajadores afectados por la subrogación, con nombre y apellidos, fecha de nacimiento, nombre de los padres; estado civil; D.N.I.; número de afiliación a la Seguridad Social; situación familiar (n.º de hijos), naturaleza de los contratos de trabajo, y categoría profesional.

b) Fotocopia de las nóminas de los tres últimos meses, o períodos inferior, según procediere.

c) Fotocopias de los TC1 y TC2, de cotización a la Seguridad Social, de los últimos tres meses, o período inferior si procediera con acreditación de su pago.

d) Fotocopia de los contratos de trabajo suscritos, cuando se hayan concertado por escrito así como fotocopia de todos los acuerdos o pactos de empresa que tengan los trabajadores afectados como condición más beneficiosa.

e) Fotocopias de la Cartilla Profesional, Tarjeta de Identidad Profesional y, en su caso, Licencia de Armas.

f) Cualquier otro documento que proceda o se requiera a estos efectos, necesario o preceptivo, por la adjudicataria entrante.

3. Deberá atender, como único y exclusivo obligado:

a) Los pagos y cuotas derivados de la prestación del trabajo hasta el momento del cese en la adjudicación, y

b) La liquidación por todos los conceptos, incluidas vacaciones dado que la subrogación sólo implica para la nueva Empresa adjudicataria la obligación del mantenimiento del empleo de los trabajadores afectados.

4. Tendrá la facultad de quedarse con todos, o parte, de los trabajadores afectados por la subrogación.

5. Responderá de las consecuencias derivadas de la falsedad o inexactitud manifiesta que la información facilitada puedan producir a la empresa adjudicataria, todo ello sin perjuicio de la reversión a la misma de los trabajadores indebidamente subrogados.

C.2 nueva adjudicataria: La Empresa adjudicataria del servicio:

1. Deberá respetar al trabajador todos los derechos laborales que tuviese reconocidos en su anterior empresa, incluida la antigüedad, siempre que éstos provengan de pactos o acuerdos lícitos que se hayan puesto en su conocimiento, junto con la documentación pertinente, o que el trabajador pueda demostrar.

2. No desaparece el carácter vinculante de la subrogación en el caso de que el arrendatario del servicio suspendiese o redujese el mismo, por un período no superior a doce meses, si la empresa cesante o los trabajadores, cuyos contratos de trabajo se hubiesen resuelto, o no, por motivo de esta suspensión o reducción, probasen, dentro de los treinta días siguientes a la terminación del plazo citado, que el servicio se hubiese reiniciado o ampliado por ésta o por otra empresa.

D) Subrogación de los Representantes de los Trabajadores.

Los miembros del Comité de Empresa, los Delegados de Personal y los Delegados Sindicales, podrán optar, en todo caso, entre permanecer en su empresa o subrogarse a la empresa adjudicataria, salvo en los supuestos siguientes:

a) Que hubiera sido contratado expresamente por obra o servicio determinado para el centro afectado por la subrogación.

b) Que haya sido elegido específicamente para representar a los trabajadores del Centro de Trabajo objeto de subrogación, siempre que afecte a toda la plantilla del Centro.

c) Que la subrogación afecte a la totalidad de los trabajadores del art. 18 grupo IV de la unidad productiva.

En estos supuestos, los Delegados de Personal, miembros del Comité de Empresa y Delegados Sindicales, pasarán también subrogados a la nueva Empresa adjudicataria de los servicios”.

15. A requerimiento de la Dirección de Investigación, las diferentes partes han explicado el funcionamiento de este mecanismo en términos similares (folios 215-216, 231-234, 318). Cuando una empresa cesa en la prestación de los servicios contratados de un cliente, público o privado y haya una nueva empresa adjudicataria de estos servicios, el Convenio prevé la subrogación de los trabajadores. Con el cálculo recogido en el Convenio se pretende determinar cuántos trabajadores dejarán de ser necesarios para la prestación de los servicios asignados a ese cliente y deben de ser subrogados. Para ello, se divide la media

mensual de las paradas realizadas en los últimos siete meses entre el número de paradas que pueden realizarse en una hora de trabajo en función del entorno en que nos encontremos. Con ello se obtiene el volumen de horas globales “perdidas” de actividad de una tripulación, esto es, las horas empleadas por una tripulación en el servicio objeto de subrogación. La división de esta cantidad por la jornada mensual que regula el Convenio Colectivo (art.41) permite obtener el número de tripulaciones afectadas por una posible subrogación. Dado que la normativa impone que cada operación de transporte de fondos deba realizarse necesariamente mediante un vehículo blindado que cuenta con 3 trabajadores (art. 33.1 del Reglamento de Seguridad Privada), el volumen de horas de desplazamiento de cada vehículo blindado debe multiplicarse por 3, dotación mínima de cada vehículo.

Los representantes de las asociaciones empresariales ponen el siguiente ejemplo (folio 233):

“Así, por ejemplo, en un servicio que tenga de media 1.966 paradas/mes durante los últimos siete meses, en una ciudad de más de 200.000 habitantes, para calcular cuántos trabajadores deber ser subrogados hay que proceder a los siguientes cálculos: a) dividir 1.944 entre 6 para calcular el número de horas de servicio que se dejan de prestar. El resultado de este cálculo será 324 horas perdidas; b) dado que la jornada mensual en estos momentos es de 162 horas mensuales, al dividir 324 entre 162, el resultado nos da 2, que supone el número de tripulaciones a subrogar, c) como imperativamente por ley cada tripulación tiene 3 trabajadores, el número de trabajadores a subrogar sería 6”.

16. De la lectura de la denuncia y las respuestas de las partes a los requerimientos se deduce que, a diferencia de otros servicios de seguridad, en el caso del transporte de fondos los trabajadores no se encuentran adscritos a un centro de trabajo. Realizan rutas recogiendo o sirviendo los fondos, dando servicio normalmente a varios clientes. Ello ha motivado que la actividad de manipulado y transporte de fondos en materia de subrogación se aparte de la cláusula general y ha dado pie a que se haya diseñado el peculiar mecanismo descrito.
17. El Convenio de 2005-2008 no determinaba cuál debía ser el criterio de selección de los trabajadores a subrogar. En particular, la cláusula 14 no obligaba a que los trabajadores a subrogar fueran los que venían prestando el servicio, ni que tuvieran unas características similares, por ejemplo, en términos de situación laboral, antigüedad o turno asignado.
18. Consta en el expediente que para la negociación del nuevo convenio se convocó una nueva mesa negociadora con la siguiente composición: APROSER 7 puestos, FES 3 puestos; AESPI 2 puestos; AMPES 1 puesto; ACAES 1 puesto y AES 1 puesto (folios 267, 293-295). La distribución de puestos en la Comisión Negociadora por parte de la representación sindical fue la siguiente: UGT 6 puestos, CC.00. 4 puestos, USO 3 puestos, ELA 1 puesto y CIG 1 puesto. En la reunión de 1 de octubre de 2009 las organizaciones empresariales, incluida

AESPI, presentaron una oferta unitaria de redacción alternativa al apartado B) del artículo 14 que contemplaba a) que los trabajadores objeto de la subrogación estuvieran adscritos al turno en que prestan sus servicios y b) aumento del coeficiente para el cálculo de los contadores a subrogar de 1.600 a 2.000€ (folio 240-241).

UGT comenta que la negociación fracasó (folio 320) y que por ello sus propuestas volverían a ser las inicialmente planteadas: que en caso de subrogación se proceda en primer lugar por el personal voluntario y si no lo hay se proceda en orden inverso a la antigüedad (el de menor antigüedad) como se hace en otros casos (art. 15).

19. Finalmente, con fecha 15 de noviembre de 2010 fue suscrito el Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2009-2012 de una parte, por las asociaciones empresariales APROSER, FES, AMPES, ACAES y AES, en representación de las empresas del sector, y de otra, por las organizaciones sindicales UGT y USO, en representación del colectivo laboral afectado. Mediante Resolución de 28 de enero de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad (BOE de 16 de febrero de 2011). El nuevo Convenio en su cláusula 14 dice:

B) Servicios de Transporte de Fondos (Manipulado de efectivo, cajeros automáticos, transporte y distribución):

La empresa cesante determinará el número de trabajadores objeto de subrogación en cada una de las diferentes categorías en base a lo establecido en las letras B.1 y B.2 de este artículo.

En los años 2009 y 2010, para la determinación de los trabajadores a subrogar, se estará a lo que acuerden los representantes de los trabajadores y la Dirección de la Empresa. A falta de acuerdo, se procederá por sorteo, por categorías, en presencia de los representantes de los trabajadores.

A partir del 2011, para la determinación de los trabajadores a subrogar se considerará en primer lugar a los que se presenten voluntarios. De no existir voluntarios en número suficiente, se procederá a sortear por categorías y turnos de trabajo, en presencia de la representación legal de los trabajadores y de los trabajadores. Los representantes de los trabajadores certificarán en acta conjunta con la Dirección de la Empresa el resultado del sorteo.

(...)

B.1) Subrogación de Transporte y distribución del efectivo.

B.1.3 Normas comunes a B.1.1 y B.1.2: En ambos casos:

a) La cantidad resultante, que es la jornada mensual a subrogar, se dividirá entre el resultante de dividir la jornada anual entre 11, siendo el cociente de dicha operación el número de trabajadores que deben ser subrogados, multiplicado por la dotación del vehículo blindado.

El cociente se incrementará a un entero cuando contenga decimal igual o superior a cinco décimas.

No obstante, si una vez aplicada la regla anterior, la cifra resultante fuese inferior a 0,5 y, consiguientemente, no procediese a efectuar ninguna subrogación de personal, si la nueva empresa adjudicataria obtuviese durante los doce meses siguientes, la adjudicación de servicios que tuviese la misma empresa cesante, esta cifra anterior será, en todo caso, sumada a la nueva cifra resultante a los efectos de subrogación del personal.

b) A partir del año 2011, los trabajadores objeto de la subrogación deberán estar adscritos al turno en el que se prestan los servicios que motiva la subrogación, salvo que se trate de trabajadores sin turno fijo o que se hayan presentado voluntarios para la subrogación. Cuando la subrogación esté basada en la acumulación de varios servicios, el turno a tener en cuenta será el del servicio con mayor número de paradas.

c) Únicamente podrán subrogarse tripulaciones completas sin perjuicio de lo establecido en el apartado C.1.4. de este artículo.

d) En caso de que la empresa cesante pierda la totalidad de los servicios, la empresa adjudicataria deberá quedarse con todo el personal. En el caso de que sean varias las empresas adjudicatarias, deberán quedarse con todo el personal de acuerdo con los porcentajes asignados.

B.2) Subrogación de los trabajadores de Manipulado:

La empresa que pierda un contrato de manipulación de efectivo (Contadores-Pagadores) en favor de otra, ésta estará obligada a subrogarse en el número de contadores-pagadores resultante de dividir el importe de la facturación media mensual perdida de los últimos siete meses, entre 1700 euros, durante los años 2009 y 2010 y entre 2.500 € a partir de 2011. Esta cantidad, se actualizará anualmente en función de los costes laborales y la mejora en la tecnología y maquinaria utilizada en la actividad.

No obstante, si una vez aplicada la regla anterior, la cifra resultante fuese inferior a 0,5 y, consiguientemente, no procediese a efectuar ninguna subrogación de personal, si la nueva empresa adjudicataria obtuviese durante los doce meses siguientes la adjudicación de servicios que tuviese la misma empresa cesante, esta cifra anterior será, en todo caso, sumada a la nueva cifra resultante a los efectos de subrogación del personal

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del presente procedimiento

De acuerdo con la Dirección de Investigación, el objeto de este expediente es determinar si el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008, que regula la subrogación de servicios en lo referente al Transporte de Fondos, es restrictivo de la competencia, en particular, si constituye una infracción del artículo 1.1 de la LDC.

Tal y como se recoge en el AH 15 de esta Resolución, en el Informe Propuesta que elevó al Consejo la Dirección de Investigación entendió que, pese a incurrir en el ámbito de aplicación del artículo 1.1 de la LDC *“...el artículo 14, al regular la figura de la subrogación y tener como objetivo la estabilidad del empleo, protege el interés público. La consecución de este interés público justifica el establecimiento de unos derechos y obligaciones tanto para la empresa que cesa en la actividad como para la empresa entrante que, al estar enmarcados en la figura de la subrogación, elemento esencial para la negociación colectiva, quedan fuera del ámbito de aplicación de la LDC”*.

De ahí que propusiera que *“por el Consejo de la CNC se declare que el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008 queda fuera del ámbito de aplicación de la LDC”*.

En su Informe de 26 de enero de 2012 emitido de conformidad con lo previsto en el artículo 51.4 de la LDC, la Dirección de Investigación manifiesta lo siguiente:

“En relación con el expediente de referencia, esta Dirección de Investigación propuso al Consejo de la CNC que declarase que el artículo 14 del Convenio quedaba fuera del ámbito de aplicación de la LDC porque si bien, en general, los convenios colectivos, por su definición según el Real Decreto 1/1995, de 24 de marzo, pueden entrar dentro del concepto de conducta colusoria de la LDC, sin embargo, la especial naturaleza de ese artículo, cuyo objetivo es garantizar la estabilidad del empleo, justificaría su exención de la aplicación del artículo 1.1 LDC, siendo la jurisdicción social el órgano competente para dilucidar sobre las cuestiones que se suscitasen con ocasión de su aplicación.

No obstante lo anterior, caso de considerarse que el artículo 14 del Convenio entra en el ámbito de aplicación de la LDC, esta Dirección de Investigación coincide con el Consejo de la CNC en que es susceptible de ser calificado como un acuerdo prohibido por el artículo 1 LDC, puesto que los criterios de determinación del número y de identificación de los trabajadores objeto de subrogación pueden desincentivar la entrada de competidores en las actividades de transporte y manipulado de fondos, por implicar la asunción de unos costes laborales excesivamente gravosos e injustificados”.

En particular, entre los problemas que plantea el artículo 14 del Convenio, la Dirección de Investigación destaca los siguientes:

1. *Número de trabajadores objeto de subrogación:* Argumenta que los parámetros que sirven de base para calcular el número de subrogaciones no se sustentan en criterios realistas. Critica también el sistema del “redondeo” por penalizar a la empresa adjudicataria. Considera que la obligación de subrogar tripulaciones completas traslada a la empresa cesionaria una carga laboral injustificada. Y concluye: *“En resumen, esta Dirección de Investigación considera que los criterios previstos por el Convenio para determinar el número de trabajadores objeto de subrogación no son objetivos y tienden a sobredimensionar el número de trabajadores objeto de subrogación de los que tendría que hacerse*

cargo la empresa cesionaria, con el consiguiente coste y, por ende, pérdida de competitividad que ello implica”.

2. *Naturaleza de los trabajadores objeto de subrogación:* La Dirección de Investigación considera que la elección de los trabajadores objeto de subrogación no se basa en criterios objetivos y que, con independencia de cuáles sean los criterios sobre qué trabajadores se subrogarán, las potenciales cesionarias tendrían que conocer con antelación suficiente cuántos y cuál es el coste de los trabajadores que se subrogan con el servicio para poder valorar si resulta rentable presentar una oferta.

3. En cuanto al apartado relativo a la subrogación de Contadores-Pagadores, el Convenio no fija cuáles son los criterios para determinar los concretos contadores-pagadores a subrogar.

Concluye por tanto que *“... la aplicación de las previsiones del Convenio sobre la naturaleza de los trabajadores objeto de subrogación podría suponer el traslado por la empresa cedente de trabajadores ineficientes o inadecuados, generando costes laborales injustificados y, por tanto, una pérdida de competitividad, a la empresa cesionaria.”*

4. *Otras restricciones:* La Dirección de Investigación señala otras indefiniciones que dificultan la capacidad de un potencial cesionario de realizar una oferta adecuada por la discrecionalidad que implican y la incertidumbre que generan. En particular, el hecho de que empresa cedente *“Tendrá la facultad de quedarse con todos, o parte, de los trabajadores afectados por la subrogación”* (apartado C.1.4 del Convenio); o el hecho de que quede sin precisar el momento en el que los representantes de los trabajadores pueden ejercer el derecho a optar entre permanecer en su empresa o subrogarse a la empresa adjudicataria (apartado D del artículo 14).

Todo ello obstaculiza en opinión de la Dirección de Investigación el acceso a la actividad de manipulado de fondos de nuevos operadores y limita su capacidad de competir.

SEGUNDO. Alegaciones de los interesados

FeS-UGT

En su escrito de 7 de febrero de 2012 FeS-UGT se ratifica en sus alegaciones realizadas con anterioridad y pide que se tengan por reproducidas. En tales alegaciones manifestaba su conformidad con la propuesta de Resolución que la Dirección de Investigación realizó en aplicación del artículo 50.4.

Alegaciones de APROSER, ACAES y FES.

En su escrito de 14 de febrero de 2012 las referidas Asociaciones realizan las alegaciones que a continuación se resumen:

1. La normativa de defensa de la competencia no es de aplicación al art. 14 del convenio colectivo estatal.

En la medida en que el artículo 14 del Convenio Colectivo regula materias exclusivamente laborales, con una inequívoca y exclusiva finalidad ligada a la protección de la estabilidad del empleo, cualquier controversia acerca de su legalidad — incluidos los posibles perjuicios a terceros, en su caso — deberá ser sometida a los tribunales del orden social, y no le serán de aplicación las prohibiciones del Derecho de la Competencia.

En este sentido, las Asociaciones Empresariales citadas consideran que la aplicabilidad del artículo 14 del Convenio Colectivo ha sido cuestionada en la jurisdicción social en múltiples ocasiones, y en todas ellas los tribunales han venido sosteniendo su plena legalidad conforme a las exigencias del Estatuto de los Trabajadores y su plena juridicidad material. A este respecto, entre otras, la empresa Seguridad Integral Canaria ya cuestionó el sistema de subrogación previsto en el Convenio Colectivo tanto ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sentencia de fecha 19 de septiembre de 2007, JUR \2007\363654) como ante el Tribunal Supremo (Sentencia de 27 de enero de 2009, RJ\2009\1439), pronunciándose ambos tribunales a favor de la licitud de la norma discutida. Señalan que la doctrina del Tribunal Supremo acerca del artículo 14 del Convenio Colectivo es pacífica y ha sido profusa y ampliamente citada y aplicada, sosteniéndose siempre la plena legalidad de dicho artículo tanto formal como materialmente, entre otros por parte de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid (Sentencia de 15 de abril de 2010), de Asturias (Sentencia de 16 de julio de 2010, AS\2010\1774) y de Andalucía (Sentencia de 15 de septiembre de 2011, JUR \2011\381183). Consideran que no corresponde reabrir la cuestión en clara contradicción con lo ya juzgado en una instancia posterior, menos aún por parte de un órgano administrativo como la CNC.

Consideran que los precedentes nacionales que el Consejo menciona en su Acuerdo de 11 de enero de 2012 para justificar la recalificación son de carácter genérico y, en todo caso, anteriores a la Sentencia del Tribunal Supremo mencionada.

Recuerdan que el Derecho de la Competencia no tiene como finalidad proteger a un competidor, sino garantizar el proceso competitivo. El mecanismo previsto en el artículo 14 del Convenio Colectivo se aplica a todas las empresas de seguridad en España, en ocasiones como entidades subrogantes, en ocasiones como subrogadas, y consideran que a ninguna empresa le ha supuesto la imposibilidad de continuar operando con normalidad, luego no hay interés público que proteger.

2. Imprecisión de las imputaciones realizadas en el acuerdo de recalificación como fundamento para una resolución sancionadora

Tanto el PCH como el Informe Propuesta suscritos por la Dirección de Investigación no hacen mención a imputación alguna ni proponen sanción. El Acuerdo es el primer documento fáctico de imputación a las asociaciones. Sin embargo, según las Asociaciones Empresariales citadas, el Acuerdo de Recalificación adolece de falta de claridad y concreción de las imputaciones que se realizan. En concreto dicen que *“teniendo en consideración que el Acuerdo supone, como todo acuerdo de recalificación, una modificación radical en la tramitación del expediente sancionador, esta representación echa en falta, por un lado, una mayor evidencia probatoria y, por otro, una mayor precisión en cuanto a las presuntas infracciones de la LDC que el Consejo atribuye a nuestras representadas. Resulta especialmente llamativa la parquedad del Consejo al calificar ciertas conductas como contrarias al artículo 1 de la LDC puesto que, como se ha manifestado en la anterior alegación, la DI es de la opinión de que el artículo 14 del Convenio Colectivo no está sujeto a las normas de competencia”*.

El artículo 14 del Convenio Colectivo no es apto para restringir o falsear la competencia, ya que de su redacción no se deriva una obligación ni una recomendación a las empresas sujetas al mismo de desplegar una conducta anticompetitiva. Por tanto, no puede aceptarse que sea una concreta interpretación por empresas del sector la que convierta el precepto en restrictivo. En ese caso, será la actuación de las empresas del sector –y no de las Asociaciones- las que pueda generar efectos anticompetitivos y no el propio Convenio Colectivo. Pero es que, además, los hipotéticos resultados o potenciales efectos perniciosos para la competencia que apunta el Acuerdo no han sido acreditados en opinión de las Asociaciones.

3. *Subsidiariamente, el art. 14 del convenio colectivo estatal se ampara en la exención legal prevista en el artículo 1.3 de la LDC.*

En todo caso, las presuntas restricciones están objetivamente justificadas, son necesarias y proporcionadas para el mantenimiento del empleo, puesto que otros sistemas generarían mayores ineficiencias y sus beneficios superan ampliamente los hipotéticos efectos negativos sobre la competencia:

- Interpretan que el Consejo considera que la falta de adscripción de los trabajadores a un centro de trabajo es un factor determinante del carácter anticompetitivo de la cláusula 14 del Convenio. Explican que la falta de adscripción al centro de trabajo es la constatación de una circunstancia consustancial al servicio de transporte y manipulado de fondos. No es una cuestión en sí misma apta para evitar o para generar una restricción competitiva.
- Consideran que no se puede aceptar que la ausencia de adscripción al centro de trabajo determine el desconocimiento previo por la empresa subrogada del coste laboral que va a asumir. Ese desconocimiento ex ante se produce siempre, con o sin adscripción de los trabajadores a los centros de trabajo.
- La rigidez del mecanismo de adscripción a centros de trabajo ocasionaría un sobredimensionamiento mayor del número de trabajadores a subrogar que el que la Cláusula 14 supone. Esto es así porque la adscripción obliga a redondear

siempre al alza el número de tripulaciones a subrogar frente al sistema de redondeo del Convenio. Por tanto, parece infundada la apreciación del Consejo de que la adscripción mejoraría el sistema de subrogación.

- Se considera desacertada la lectura que hace el Consejo del mecanismo de adición retroactiva de décimas inferiores a 0,5 en caso de subrogaciones encadenadas. Se trata de una cláusula antifraude, muy similar a las existentes en otros sectores y, también, en otras ramas del Derecho. Además, satisface objetivamente el fin de proteger el empleo, que es la línea directriz que sostiene todo convenio colectivo. No puede afirmarse, además, que este mecanismo vaya más allá de lo necesario para lograr dicho fin, pues hay que recalcar que las décimas inferiores a 0,5 sólo se suman a subrogaciones posteriores cuando el cociente resultante de la aplicación de las reglas del artículo 14 del Convenio Colectivo sea inferior a 1. La restricción, pues, es mucho menor de lo que objetivamente cabría justificar.

- En cuanto a los contadores-pagadores, el importe base para el cálculo del número de empleados a subrogar debe calcularse en referencia a algún dato objetivo. Puesto que el Convenio Colectivo se suscribió con una vigencia para el período 2005-2008, las partes negociadoras utilizaron como base de cálculo datos estadísticos de 2004. Y añade: *“Huelga por tanto explicar a cuál de las partes negociadoras conviene mantener la cifra estipulada como base para el cálculo de subrogaciones en su expresión más reducida, logrando así que, en caso de despido posterior a la cesión de un cliente, resulten responsables del despido tanto la empresa cedente como la cesionaria para un mayor número de trabajadores”*.

Se defiende también por las Asociaciones empresariales que se tome para el cálculo del número de trabajadores los ingresos que pierde la cedente y no lo que va a ganar el cesionario. Consideran que es lógico que la empresa que va a verse afectada por la pérdida de ingresos pase esos costes laborales a la que obtiene el nuevo contrato de forma consistente con el mantenimiento del empleo.

4. *En todo caso, el convenio colectivo estatal 2009-2012 resuelve los hipotéticos problemas de competencia identificados por la CNC.*

Este Nuevo Convenio viene a incorporar los compromisos que las partes ofrecieron a la Dirección de Investigación de cara a una eventual terminación convencional, por lo que consideran que se han solucionado los supuestos problemas de competencia.

5. *Improcedencia de que el Consejo de la CNC imponga multas en el presente expediente sancionador.*

Consideran que hay una serie de circunstancias que imposibilitan la imposición de multa alguna.

Consideran que se ha producido una ausencia total de imputación – formal y material- de responsabilidad a las Asociaciones por unos hechos que pudieran

ser, en su caso, restrictivos de la competencia. La DI no ha realizado dicha imputación y el Consejo en su Acuerdo admite que el Artículo 14 implica un gran margen de discrecionalidad que permite a las empresas interpretar la cláusula de forma excesiva. Por ello, deducen que el Acuerdo no impone ni recomienda una conducta que pueda ser restrictiva por objeto o efecto ni, consecuentemente, imputarse la misma a las Asociaciones.

Apela al hecho de que se abriera una terminación convencional para justificar que no se debe sancionar a las asociaciones. Alegan que se encontraban en la confianza legítima de que no iban a ser sancionadas puesto que los compromisos que ofrecieron se incluyeron en el nuevo convenio colectivo que la Dirección General de Trabajo ratificó.

6. Con carácter general de subsidiariedad, la apreciación de una posible infracción del artículo 1 de la LDC determina la necesaria continuación de la fase de terminación convencional.

Solicita al Consejo que, con carácter previo, en su caso, a una declaración de infracción y a la imposición de una hipotética sanción, ordene la continuación de la fase de terminación convencional.

Blindados del Norte (EFECTIVOX)

En los diversos escritos de alegaciones presentados en la tramitación del expediente ante la Dirección de Investigación el denunciante argumentó reiteradamente que la cláusula de subrogación analizada y la aplicación que de la misma realizaban las empresas PROSEGUR y LOOMIS (que concentran más del 90% de la oferta del mercado) debían considerarse contrarias a la normativa de competencia. EFECTIVOX argumentaba que esta cláusula de subrogación constituía una barrera de entrada al mercado del transporte y manipulado de fondos que le impedía rentabilizar los contratos que conseguía celebrar con nuevos clientes. A este respecto, el denunciante aportaba en sus escritos informaciones diversas que venían a respaldar su alegato.

Como se menciona en el AH 16, con fecha 23 de diciembre de 2011 tuvo entrada en la CNC notificación de la operación de concentración consistente en la toma de control de EFECTIVOX por la empresa LOOMIS (C/0416/11 LOOMIS/EFECTIVOX) que ha sido autorizada por la CNC con fecha 22 de febrero de 2012.

EFECTIVOX no ha realizado alegaciones al acuerdo de recalificación del Consejo de 11 de enero de 2012.

TERCERO. Aplicación de la normativa de competencia a los convenios colectivos

El artículo 1 de la Ley 15/2007 establece lo siguiente en su apartado primero:

“Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”.

Los convenios colectivos suponen un concierto de voluntades entre, al menos, dos operadores económicos independientes por lo que, en principio, son susceptibles de caer en el ámbito de la prohibición del artículo 1.1.

No obstante, el artículo 4 de la Ley 15/2007 establece una exención legal para aquellas conductas que vengan amparadas por una norma con rango de Ley:

1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.

2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.

Esta exención legal contenida en el artículo 4 viene a reconocer que la consecución de otros objetivos de interés general puede justificar determinadas conductas que conculcan los artículos 1, 2 y 3 de la LDC. En esos casos la conducta, aun tratándose de una conducta típica, no tendrá la consideración de antijurídica, siempre y cuando la norma que la justifica y ampara tenga rango de Ley.

No obstante, de acuerdo con la práctica decisoria de las autoridades nacionales y comunitarias y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, estas excepciones han de interpretarse en sentido estricto (RTDC de 4 de marzo de 1999, Expte. r 335/98; RCNC 14 abril 2009, Expte. 639/08 Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha, FD 5º). Ello supone que la restricción de la competencia debe estar claramente prevista por la disposición legal, como instrumento al servicio del interés público que la fundamenta.

El Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, el Estatuto de los Trabajadores), en relación con la naturaleza y efectos de los convenios colectivos establece en su artículo 82.2 que *“mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad; igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten”*. El contenido de los Convenios viene delimitado en el artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores:

“Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus

organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales". (Énfasis añadido).

Por tanto, el Estatuto de los Trabajadores ampara la adopción de acuerdos entre agentes económicos sobre las condiciones de trabajo. Pero ello no quiere decir que todo pacto contenido en un convenio colectivo deba considerarse amparado legalmente. Como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ) ha establecido, *"determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a la negociación colectiva"* de forma que *"los objetivos de política social... resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos a las normas de defensa de la competencia"*. De ello deduce el TJ que *"Es preciso, pues, examinar si la naturaleza y el objeto del acuerdo controvertido (...) justifican que se excluya del ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado"* (asunto C/67/96, Albany Int., p. 59-61).

En este sentido, como ya ha tenido oportunidad de señalar el Consejo de la CNC: *" (...) podemos concluir siguiendo la jurisprudencia comunitaria que, en principio, los convenios colectivos celebrados de buena fe entre empresarios y trabajadores sobre las cuestiones normales propias de la negociación colectiva, como los salarios o determinadas condiciones de trabajo, que no afecten de forma directa a terceros o a otros mercados, deben disfrutar de una inmunidad automática respecto del examen con arreglo a las normas de defensa de la competencia. Pero cuando el acuerdo o convenio va más allá de esos ámbitos, las autoridades de competencia, de acuerdo con la doctrina de la Sentencia Albany, deberán analizar la naturaleza y objeto del mismo antes de decidir si cae bajo las normas de competencia o está excluido de las mismas. Y en ese análisis habrá de prestar especial atención no sólo a las materias que trate el convenio, también y sobre todo, a si establece obligaciones a terceros o afecta a otros mercados de una forma no justificada por el objetivo de la negociación colectiva"*. (Expte. 2805/07, Empresas estibadoras, FD 7º, énfasis añadido).

La negociación colectiva es, por tanto, un instrumento básico del mercado de trabajo y un pilar de la política social cuyo control de legalidad corresponde en principio a las autoridades laborales y a la jurisdicción social. De ello son un claro ejemplo las sentencias que la Dirección de Investigación y las Asociaciones empresariales citan. Ahora bien, esa protección no implica que el contenido de un convenio colectivo esté, sin más, exento de la aplicación de las normas de defensa de la competencia. El derecho de la competencia puede resultar de aplicación al mismo en tanto en cuanto regule materias que no son solo laborales y que afecten de forma restrictiva a la competencia en otros mercados de una forma no justificada por el objetivo de la negociación colectiva. La aplicación de la normativa de competencia puede afectar a acuerdos que, bajo la apariencia de una institución típicamente laboral, por su objeto o efecto puedan afectar a la competencia en mercados distintos al laboral, sin amparo legal y sin que el objetivo de la negociación colectiva lo justifique.

Dentro de la Sección II del Estatuto de los Trabajadores, referida a las garantías por cambio de empresario, el artículo 44 regula dichas garantías para los trabajadores en casos de sucesión de empresas. Dicho art. 44, reformado mediante la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad a la vista de las Directivas comunitarias e interpretación de la jurisprudencia del TJCE, establece que el nuevo empresario asume los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior condicionado al requisito subjetivo de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma.

Los mecanismos de subrogación se han hecho extensivos a otros supuestos, en particular, a aquellos casos en que una empresa sucede a otra en una concesión administrativa porque así se encuentre dispuesto en el correspondiente pliego, así como en los denominados casos de “*subrogación empresarial convencional*”. Esto es, cuando así lo dispone expresamente el correspondiente convenio colectivo, aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales entre empresas (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 abril, AS 2010\1110). En definitiva, la obligación de subrogación de trabajadores en el caso de cambio en la titularidad de una contrata no viene expresamente prevista en el Estatuto de los Trabajadores, si bien son diversos los sectores donde es frecuente que en los Convenios Colectivos se pacte este tipo de mecanismo.

Las cláusulas de subrogación de trabajadores pactadas mediante negociación colectiva y plasmadas en un convenio colectivo sectorial, no dejan de ser un acuerdo entre empresas competidoras respecto a un input productivo. Con base en dicho acuerdo, la empresa que en virtud del juego competitivo arrebató un contrato a otra asume los trabajadores ligados al mismo y las obligaciones y costes laborales que ello conlleva.

Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, este tipo de acuerdos no tiene en principio por objeto la restricción de la competencia en los mercados en que estas empresas desarrollan su actividad. Tales acuerdos sirven al objetivo de garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados por el cambio de empresa que gestiona una contrata. Por ello, con carácter general, los acuerdos de subrogación de trabajadores celebrados convencionalmente entre empresas en el marco de la negociación colectiva no tienen en principio una naturaleza restrictiva de la competencia y, consecuentemente, no les resultará de aplicación el artículo 1 de la LDC.

Lo cual no quiere decir que si en un determinado Convenio Colectivo se incluyen cláusulas relacionadas con la subrogación de trabajadores que tengan el objeto o puedan tener el efecto de distorsionar la competencia en algún mercado de bienes o servicios relacionado, las mismas no deban ser consideradas en su caso contrarias al artículo 1 de la Ley 15/2007.

En contra de lo que APROSER, FES y ACAES pretenden, esta interpretación no es contraria a la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009. Esta Sentencia, como el propio Tribunal Supremo aclara, *“trata de determinar el alcance del artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad en relación con existencia de la obligación de asumir la empresa entrante en la actividad del servicio de vigilancia a un trabajador procedente de la empresa saliente, cuando la contrata con el arrendatario del servicio se extinguió a instancia de ésta última”*. Se refiere además a una controversia acerca del despido de un trabajador que prestaba servicios de vigilancia -y no de transporte y manipulado de fondos- en un centro de trabajo habitual. La Sentencia efectivamente analiza el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad suscrito para los años 2.005-2.008 con el fin de comprobar si se cumplen en ese caso las previsiones de subrogación previstas en el artículo 14 del Convenio de Empresas de Seguridad. Pero ello en nada impide ni tiene por qué entrar en contradicción con un análisis de los mecanismos de subrogación recogidos en la cláusula 14 del Convenio, en lo que se refiere al transporte y manipulado de fondos, desde la perspectiva de la Ley 15/2007. Análisis que corresponde exclusivamente a la CNC, por ser la autoridad competente para la aplicación de la Ley 15/2007 en este caso. De la misma manera 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. Por lo tanto, la actuación de órganos administrativo y jurisdiccional son compatibles, en la medida en que cada una está reservada a un determinado ámbito competencial.

CUARTO. El artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008 sobre la “Subrogación de servicios de Transportes de Fondos”

De la lectura de la denuncia y las respuestas de las partes a los requerimientos se deduce que, a diferencia de otros servicios de seguridad, en el caso del transporte de fondos los trabajadores no se encuentran adscritos a un centro de trabajo. Realizan rutas recogiendo o sirviendo los fondos, dando servicio normalmente a varios clientes. Ello ha motivado que la actividad de manipulado y transporte de fondos en materia de subrogación se aparte de la cláusula general y ha dado pie a que se haya diseñado el peculiar mecanismo descrito en los HP 14 a 17.

Debe quedar claro en este punto, que, en contra de lo que APROSER, FES y ACAES pretenden en sus alegaciones, el Consejo de la CNC no busca como alternativa o término de comparación la adscripción de estos trabajadores a un determinado centro de trabajo. Se limita a observar que esta falta de adscripción es una realidad en el transporte y manipulado de fondos y que ha llevado a diseñar mecanismos específicos para la subrogación de trabajadores en este tipo de servicios. El análisis de los mismos y sus implicaciones para la competencia es la cuestión que se ventila en este expediente.

A este respecto, el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008 diseña un mecanismo de subrogación que contiene ciertas características que le otorgan aptitud para distorsionar la competencia en lo que se refiere al transporte y manipulado de fondos de forma no justificada por el objetivo de la negociación colectiva.

Siguiendo la sistemática expuesta por la Dirección de Investigación en sus alegaciones al Acuerdo de recalificación, nos referiremos a tres aspectos de la Cláusula analizada que se refuerzan entre sí con el resultado de obstaculizar la competencia: a) El número de trabajadores objeto de subrogación; b) La naturaleza de los trabajadores objeto de la subrogación y c) Otros elementos generadores de una incertidumbre que obstaculiza la competencia.

a) El número de trabajadores objeto de subrogación

Determinados aspectos del mecanismo de cómputo del número de trabajadores a subrogar implícitamente sobredimensionan esta cifra con respecto a las necesidades reales del servicio. Con ello se traslada al competidor unos costes laborales no proporcionados al nuevo contrato obtenido, afectando negativamente a su rentabilidad. Este hecho genera un aumento artificial de las barreras de entrada al mercado y reduce los incentivos a competir con vigor por los clientes. Entre estos aspectos que pueden sesgar al alza el número de trabajadores a subrogar procede destacar los siguientes.

Primero, el mecanismo del redondeo. Cuando el contrato perdido en favor de un competidor conlleva un número de paradas tal que aplicados los coeficientes estipulados en la Cláusula 14 del citado Convenio el resultado se encuentra entre 0,5 y 1, procede redondear a 1, lo que supone la subrogación de una tripulación completa. Ello claramente supone para el competidor asumir una carga laboral desproporcionada para el servicio que va a prestar. Por otra parte, el hecho de que el artículo 33 LSP establezca la dotación y funciones de cada vehículo blindado y regule la composición de la tripulación no tiene por qué implicar que únicamente puedan subrogarse tripulaciones completas. De hecho, este artículo de la LSP lógicamente no obliga a que una tripulación sirva en exclusiva a un cliente o contrato, por lo que al perder el mismo no hay razón para obligar a que se subroge la tripulación completa. Todo ello sin perjuicio de que la empresa que presta el servicio venga obligada a prestarlo conforme a lo que el artículo 33 de LSP dispone.

Segundo, el Convenio de 2005-2008 también dispone que *“No obstante, si una vez aplicada la regla anterior, la cifra resultante fuese inferior a 0,5 y, consiguientemente, no procediese a efectuar ninguna subrogación de personal, si la nueva empresa adjudicataria obtuviese durante los doce meses siguientes, la adjudicación de servicios que tuviese la misma empresa cesante, esta cifra anterior será, en todo caso, sumada a la nueva cifra resultante a los efectos de subrogación del personal”*. Esta suerte de aplicación retroactiva del mecanismo de subrogación también puede tener por efecto un debilitamiento de la competencia.

Dado que arrebatar varios contratos a la misma empresa puede tener como efecto a posteriori un traslado de costes laborales, los competidores pueden optar por no presentar ofertas a clientes de la misma empresa o hacerlo con menos frecuencia. Esta reducción del incentivo a competir puede ser tanto más importante cuanto menor sea el número de empresas establecidas en el mercado y cuanto más elevado tienda a ser el coste de subrogación.

Tercero, conforme a la cláusula 14 del Convenio de 2005-2008, si una empresa pierde un contrato de manipulación de efectivo (contaje) en favor de otra, ésta estaba obligada a subrogarse en el número de contadores-pagadores resultante de dividir el importe de la facturación media mensual perdida de los últimos siete meses, entre 1.700 euros. Según han puesto de manifiesto algunas de las partes, esta cifra se obtiene dividiendo entre 12 el coste salarial anual del contador pagador. Con ello se pretende que el número de trabajadores a subrogar sea aquel que se puede costear con la facturación media que realizaba la empresa que anteriormente gestionaba el contrato. Este método sesga al alza el número de trabajadores a subrogar por diversos motivos. Uno, porque tiene en cuenta la facturación de la empresa que anteriormente gestionaba el servicio y no de la que lo gana. Es factible que si ha ganado el contrato es porque haya sido capaz de ofrecer un menor precio. Dos, porque el coeficiente de 1.700€ se calculó con datos de 2004. Mientras que los salarios desde 2004 se han actualizado, el coeficiente se ha mantenido inalterado, lo que aumenta la carga de la subrogación. Tres, porque el método parte de la base de que toda la facturación va destinada a pagar costes laborales. Cuatro, porque este método de cálculo no toma en cuenta que el contaje es una actividad donde los avances técnicos permiten realizar el servicio con un número cada vez menor de trabajadores.

Independientemente de la interpretación que las empresas realicen de la Cláusula 14 del Convenio, todos estos elementos contenidos en la misma contribuyen a incrementar desproporcionadamente los costes laborales de la empresa que consiga hacerse con un nuevo cliente, lo que tiene como efecto desincentivar la competencia por captar clientes en el mercado.

Por otro lado, la argumentación de APROSER, FES y ACAES de que bajo otros presupuestos la carga laboral a trasladar pudiera ser todavía mayor no evita la conclusión expuesta sobre el diseño recogido en el Convenio de 2005-2008.

b) La naturaleza de los trabajadores objeto de la subrogación

La Cláusula 14 del citado Convenio, en lo que se refiere al transporte y manipulado de fondos, no contiene requisitos objetivos para determinar los trabajadores objeto de la subrogación. Dicha cláusula no establece una relación directa entre el servicio objeto del cambio de titularidad -que constituye el requisito subjetivo para que la subrogación se produzca- y los recursos humanos empleados para prestar el mismo que se deben subrogar. En particular, el mecanismo contenido en dicho Convenio no aseguraba que los trabajadores

subrogados vinieran prestando servicio en las rutas afectadas por el cambio de contrato o para los clientes que son objeto de cambio de proveedor. O tan siquiera, que los trabajadores que se subrogaban tuvieran unas características ajustadas a las efectivas necesidades de personal para la prestación del nuevo servicio en cuanto a sus condiciones laborales, ni que designara a los mismos mediante algún tipo de regla objetiva.

Como reconocen las propias Asociaciones empresariales en sus alegaciones, la empresa que pierde una contrata y, por tanto, ve reducido su volumen de ingresos, tiene un fuerte incentivo a aprovechar la situación y trasladar aquellos trabajadores que le suponen un mayor coste laboral y no necesariamente los que guardan una mayor relación con el servicio que se transfiere. La falta de criterios objetivos para la determinación de los trabajadores a subrogar permite que este incentivo se materialice gracias al gran margen de discrecionalidad que se confiere a las empresas cedentes, que tendrán la capacidad de trasladar aquellos recursos humanos que resulten menos eficientes para el desempeño de la tarea. Con ello reducen sus costes laborales al tiempo que trasladan la carga al competidor que gana el contrato, cuya competitividad se verá lastrada.

c) Otros elementos generadores de una incertidumbre que obstaculizan la competencia.

Ligado con lo anterior, el no tener un conocimiento previo, al menos, de la naturaleza de los trabajadores a asumir por el cesionario supone que el competidor que gana un contrato no puede conocer el verdadero importe del coste laboral que se le traslada hasta no ser informado de la identidad y condiciones laborales de los trabajadores que asume. Esto supone que cuando realiza la oferta a un cliente para ganar una determinada concesión no sabe realmente el coste laboral que soportar ni las condiciones laborales de los trabajadores que tendrá que asumir.

Ello se ve reforzado, como la Dirección de Investigación indica, por otras previsiones del Convenio. En particular, el hecho de que la empresa cedente tenga la facultad de quedarse con todos, o parte, de los trabajadores afectados por la subrogación o el hecho de que quede sin precisar el momento en el que los representantes de los trabajadores pueden ejercer el derecho a optar entre permanecer en su empresa o subrogarse a la empresa adjudicataria.

Todo ello dificulta la capacidad de un potencial competidor de realizar una oferta ajustada a unos costes que desconoce. No olvidemos que los costes laborales constituyen la parte más importante de los costes variables de esta actividad. Esta incertidumbre desincentiva que los competidores mantengan estrategias más agresivas a la hora de presentar sus ofertas y que compitan por los clientes de forma más efectiva.

En definitiva, todos estos elementos debilitan la competencia por los clientes y tienen como efecto un aumento artificial de las barreras de entrada al mercado. Por ello, debe concluirse que el mecanismo de subrogación acordado por organizaciones empresariales y sindicatos, en los términos contenidos en el Convenio del 2005-2008, tiene aptitud para obstaculizar la competencia efectiva en el mercado del transporte y manipulado de fondos.

En contra de lo que argumentan APROSER, FES y ACAES esta aptitud está implícita en el clausulado. Ciertamente, la interpretación que las empresas den a la misma puede contribuir a amplificar los efectos o a que hagan un uso abusivo de ella, que podría considerarse también restrictivo de la competencia. Pero, cualquiera que sea dicha interpretación, la propia naturaleza de los mecanismos previstos contiene, como se ha expuesto, elementos aptos para debilitar el incentivo de las empresas a arrebatar clientes entre sí.

En este sentido, en contra de lo que opinan las Asociaciones empresariales, no es una empresa en particular sino el desarrollo de la competencia en el mercado lo que se ve afectado. No afecta a una determinada empresa, afecta a todas en tanto en cuanto traten de captar nuevos clientes, debilitando la competencia efectiva por ellos. El hecho de que se trate de un mercado en el que dos empresas concretas (PROSEGUR y LOOMIS) concentren más del 90% de la oferta, obviamente, amplifica el potencial efecto restrictivo de la cláusula 14 en la medida en que intensifica las barreras de entrada.

QUINTO. Calificación de la conducta

De acuerdo con lo expuesto en el Fundamento de Derecho anterior, el Consejo considera que el apartado B) del artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008 sobre la “Subrogación de servicios” constituye un acuerdo que puede producir el efecto de obstaculizar la competencia efectiva en el mercado de transporte y manipulado de fondos y, por ello, resulta contrario al artículo 1 de la LDC.

El Consejo considera que carece de fundamentación la alegación de que se ha producido una imprecisión de las imputaciones realizadas en el acuerdo de recalificación como fundamento para una resolución sancionadora.

En dicho Acuerdo de 11 de enero de 2012, conforme a lo previsto en el artículo 51.4 de la LDC y sobre la base de los hechos descritos por la Dirección de Investigación en su Pliego de Concreción de Hechos, propuso una nueva calificación de la conducta y lo hizo con claridad y concreción. Se propuso la calificación de los hechos como infracción del artículo 1 y se clarificó quiénes debían ser considerados responsable de la conducta: *“aquellas partes contra las que la Dirección de Investigación incoó el presente expediente sancionador: la Asociación Profesional de Compañías Privadas de Servicios de Seguridad de España (APROSER), la Federación Empresarial Española de Seguridad (FES), la*

Asociación de Medios, Profesionales y Empresas de Seguridad (AMPES), la Asociación Catalana de Empresas de Seguridad (ACAES), la Federación Estatal de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT) y la Federación de Trabajadores de Seguridad Privada de la Unión Sindical Obrera (FTSP-USO)". Con vistas a satisfacer el derecho de defensa de las partes, el Consejo, de conformidad con lo establecido en la Ley 15/2007, dio trámite de alegaciones a las partes y la posibilidad de que formularsen prueba. Las propias alegaciones de APROSER, FES y ACAES son prueba de dicha claridad y concreción en la imputación, en la medida en que se centran en rebatir los argumentos por los que el Consejo estima que la cláusula 14 del Convenio es susceptible de constituir una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007. En definitiva, los hechos delimitados como constitutivos de la infracción se encuentran identificados y no se produce indefensión material de ningún tipo, por lo que debe considerarse que el procedimiento se ha ajustado plenamente a derecho (STS de 07 de diciembre de 2011).

Discrepa también con la consideración alegada de que no se ha constatado que el acuerdo tenga capacidad para distorsionar la competencia. El Consejo ha razonado, tanto en el acuerdo de recalificación como en la presente Resolución, la aptitud del acuerdo para distorsionar la competencia. La Dirección de Investigación ha hecho lo propio en su escrito de respuesta al Acuerdo de recalificación. En este sentido, debe recordarse que las conductas tipificadas en el artículo 1 están prohibidas (RTDC de 22 de noviembre de 2006) *"Si, y sólo si por lo que respecta al impedir restringir o falsear la competencia, cumplen una al menos de las siguientes condiciones: a) Tener el objeto, aunque no lo consiga. b) Producir el efecto, aunque no haya propósito, o c) Haber podido producir el efecto incluso sin perseguirlo"*.

Tampoco considera el Consejo que las previsiones del artículo 1.3 sean aplicables en el presente caso. El diseño del mecanismo de subrogación no vendría justificado por el objetivo de la estabilidad en el empleo declarado en el propio Convenio. En realidad, dicho mecanismo de subrogación puede no servir a la estabilidad del empleo como pretende. En la medida en que la empresa que gana el contrato se ve obligada a asumir unos costes laborales no proporcionados al negocio que dicho contrato le genera, es más que probable que antes o después se vea obligada a ajustar su plantilla. El denunciante aporta diversos ejemplos a este respecto. El mecanismo diseñado sirve más para trasladar las cargas laborales del cedente al cesionario que para asegurar la estabilidad en los puestos de trabajo. En cualquier caso, la restricción no resulta proporcionada, como reconocen implícitamente las propias Asociaciones empresariales, al admitir que los coeficientes se fijaron con la intención de maximizar el número de trabajadores a subrogar porque así interesa a la empresa cedente y a los representantes de los trabajadores. No se debe olvidar tampoco que APROSER, la Asociación con mayor representación en la Mesa negociadora, representa a PROSEGUR y LOOMIS, que controlan la oferta en este mercado y que, por tanto,

tienen mayores probabilidades de ser cedentes si entran competidores que puedan arrebatárles negocio.

Por otra parte, en opinión del Consejo no cabe plantear una terminación convencional respecto de una cláusula que figura en un Convenio Colectivo cuya validez expiró con la firma de un nuevo convenio en 2010. La Cláusula 14 desplegó sus efectos durante la vigencia del anterior Convenio, por lo que no hay remedios que puedan contrarrestar los mismos.

SEXTO. Responsabilidad de los infractores y cálculo de la sanción

El Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008 fue suscrito de una parte, por las asociaciones empresariales APROSER, FES, AMPES y ACAES, en representación de las empresas del sector, y de otra, por las centrales sindicales UGT y USO. APROSER, la entidad que representan a las empresas líderes del transporte y manipulado de fondos, contaba con 5 puestos en la Mesa Negociadora del Convenio, mientras que el resto de asociaciones empresariales contaban con dos.

Se considera por ello responsables de la infracción a las partes firmantes del Convenio Colectivo que incluye la Cláusula analizada. Todos ellos son responsables de la misma, aunque no sea más que a título de negligencia.

De cara al cálculo de la sanción el Consejo considera que se deben tener en cuenta las circunstancias especiales del caso. En primer lugar, estamos ante un acuerdo que si bien tiene aptitud para tener efectos sobre la competencia, no tiene por objeto restringir la misma.

En segundo lugar, la declaración de infracción de la Ley 15/2007 respecto de una cláusula que forma parte del contenido de la negociación colectiva, constituye sin duda una novedad que debe tenerse en consideración a la hora de imponer la sanción. El Consejo tiene especialmente en cuenta esta circunstancia a la hora de calcular la sanción.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta el diferente papel jugado por cada una de las partes y los diferentes intereses que defienden. Las organizaciones empresariales, fundamentalmente APROSER, defienden los intereses de empresas que operan directamente en el mercado afectado por la conducta, por lo a pesar de la novedad, precisamente por los potenciales efectos y empresas a que representan son merecedores de una sanción, aunque sea mínima. De hecho, son algunas de las empresas miembros de APROSER las que pueden verse directamente beneficiadas por las mayores barreras a la entrada que genera un mecanismo como el analizado. En lo que respecta a las organizaciones sindicales, si bien han contribuido a la creación y funcionamiento de este mecanismo que distorsiona la competencia en el mercado del transporte y manipulado de fondos, entendemos que son ajenas al alcance y repercusiones de esta restricción.

Atendiendo a todo lo anterior, el Consejo estima que en este caso no procede imponer sanción a las organizaciones sindicales y que debe imponer una sanción simbólica a las Asociaciones empresariales, que cifra en 5.000€ en el caso de APROSER y en 2.000€ en el caso de las restantes Asociaciones imputadas.

En base a lo anteriormente expuesto, el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia en la composición recogida al principio, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008, en lo que se refiere al transporte y manipulado de fondos, suscrito por las asociaciones empresariales APROSER, FES, AMPES y ACAES, en representación de las empresas del sector, y de otra, por las centrales sindicales UGT y USO constituye una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia de la que son responsables todas las partes que lo han suscrito.

SEGUNDO. No sancionar a los sindicatos e imponer a APROSER, FES, AMPES y ACAES las siguientes multas simbólicas:

- 5.000€ a la Asociación Profesional de Compañías Privadas de Servicios de Seguridad de España (APROSER).
- 2.000 € a la Federación Empresarial Española de Seguridad (FES).
- 2.000 € a la Asociación de Medios, Profesionales y Empresas de Seguridad (AMPES).
- 2.000€ a la Asociación Catalana de Empresas de Seguridad (ACAES).

TERCERO. Intimar a las mencionadas Asociaciones Empresariales y Sindicales para que en lo sucesivo se abstengan de cometer prácticas como las sancionadas.

CUARTO. Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la CNC y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en Vía Administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.