

**RESUMEN RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA CNC DE 27 DE ABRIL DE 2012
(EXPTE. S/0197/09 CONVENIO DE SEGURIDAD)**

Con fecha 18/09/2009 tuvo entrada en la CNC la denuncia de Blindados Grupo Norte, SA (actualmente EFECTIVOX, S.A) 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 supuestas conductas prohibidas en los artículos 1 y 2 LDC y 102 TFUE, consistentes en la redacción y aplicación del artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008 en relación, en particular, con 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 de la nueva adjudicataria para la prestación de los servicios adjudicados, provocan barreras de entrada en el sector de las empresas de seguridad.

En base a la correspondiente información reservada, la DI acordó la incoación de expediente sancionador por infracción del artículo 1 LDC, iniciando posteriormente actuaciones tendentes a la terminación convencional de dicho procedimiento a solicitud de APROSER, FES y ACAES. La DI puso fin a estas actuaciones el 18/11/2010 por considerar que la subrogación quedaba fuera del ámbito de aplicación de la LDC, criterio que fue reiterado en su propuesta de resolución al Consejo, al proponer que *“...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 opinión, la especial naturaleza de este 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 suscitadas con ocasión de su aplicación.

Mediante Acuerdo de 11/01/2012 el Consejo acordó modificar la calificación jurídica de los hechos, considerando que el citado artículo 14 del Convenio, en lo que se refiere al transporte y manipulado de fondos, es susceptible de ser calificado como un acuerdo restrictivo de la competencia, contrario al artículo 1 LDC El Acuerdo fue notificado a las partes y a la DI, dándoles plazo para que formularan las alegaciones y propuestas de prueba que estimaran oportunas.

En su Resolución, el Consejo examina en primer lugar la aplicación de la normativa de competencia a los convenios colectivos, señalando su sujeción en principio a la prohibición del artículo 1.1 LDC en la medida en que suponen un concierto de voluntades entre al menos dos operadores económicos independientes. No obstante, aun tratándose de una conducta potencialmente típica, en virtud del artículo 4 LDC no tendrá la consideración de antijurídica siempre y cuando la norma que la justifica y ampara tenga rango de Ley, interpretándose estas excepciones en sentido estricto (RTDC de 4 de marzo de 1999, Expte. 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 correspondiente disposición legal como instrumento al servicio del interés público que la fundamenta

El Estatuto de los Trabajadores ampara la adopción de acuerdos entre agentes económicos sobre las condiciones de trabajo, sin que ello implique que todo pacto contenido en un convenio colectivo deba considerarse asimismo amparado legalmente, siendo preciso “...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” como ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C/67/96, Albany Int., p. 59-61). En este sentido, como ya ha tenido oportunidad de señalar el Consejo de la CNC: “... 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). La normativa de competencia puede afectar a acuerdos que, sin amparo legal y sin que el objetivo de la negociación colectiva lo justifique, puedan restringir la competencia en mercados distintos al laboral por su objeto o efecto, bajo la apariencia de una institución típicamente laboral.

El artículo 44 de la Sección II del Estatuto de los Trabajadores regula las garantías para los trabajadores en casos de sucesión de empresas estableciendo 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, pero la obligación de subrogación de trabajadores en el caso de cambio en la titularidad de una contrata no viene expresamente prevista en el Estatuto, siendo objeto de pacto frecuentemente en los Convenios Colectivos. Generalmente, el objetivo de los acuerdos de subrogación de trabajadores celebrados en el marco de la negociación colectiva es la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados por el cambio de empresa que gestiona una contrata, y no tienen en principio una naturaleza restrictiva de la competencia, lo que no implica que si en un determinado Convenio se incluyen cláusulas relacionadas con dicha subrogación que tengan por objeto o sean susceptibles de distorsionar la competencia en algún mercado de bienes o servicios relacionado, éstas no deban ser consideradas contrarias al artículo 1 LDC. .

En contra de lo alegado por APROSER, FES y ACAES, esta interpretación es conforme con la STS de 27/01/ 2009, en relación con una controversia acerca del despido de un trabajador que prestaba servicios de vigilancia - 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 2005 - 2008, pero su objeto es comprobar el cumplimiento en ese caso de las previsiones de subrogación previstas en dicho artículo, no el análisis de los mecanismos de subrogación recogidos en el mismo para el transporte y manipulado de fondos desde la perspectiva de la Ley 15/2007 de defensa de la competencia, un análisis que corresponde exclusivamente a la CNC. Asimismo, del texto de la denuncia y de las respuestas de las partes a los requerimientos de información se deduce que, a diferencia de otros servicios de seguridad, para el caso del transporte y manipulado de fondos se han diseñado mecanismos específicos para la subrogación de trabajadores,

como consecuencia en parte de que los empleados en esta actividad no se encuentran adscritos a un centro de trabajo determinado. El análisis de estos mecanismos específicos y sus implicaciones para la competencia es la cuestión que se ventila en este expediente.

A este respecto, el Consejo concuerda con la sistemática expuesta por la DI en sus alegaciones al Acuerdo de recalificación del Consejo, en las que señala "...

de considerarse que entra en el ámbito de aplicación de la LDC, el artículo 14 del Convenio 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 ". El Consejo coincide con la DI en que determinados aspectos del mecanismo de cómputo del número de trabajadores a subrogar sobredimensionan implícitamente esta cifra respecto a las necesidades reales del servicio. En particular, el mecanismo de redondeo utilizado conlleva la subrogación de una tripulación completa, no contemplada en el artículo 33 LSP sobre la dotación y funciones de cada vehículo blindado y la composición de la tripulación, el cual 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 totalidad de la tripulación. Asimismo, en relación con la actividad de manipulación de efectivo (contaje), el sesgo al alza del número de trabajadores a subrogar se favorece por el mecanismo que determina que dicho número sea aquel que puede costearse con la facturación media de la empresa que ha perdido el contrato, sin tener en cuenta, entre otros factores, la posible mayor eficiencia en la prestación del servicio de la empresa que le ha ganado, ni el hecho de que los avances técnicos en la realización del contaje permiten prestar el servicio con un número cada vez menor de trabajadores. Todos estos elementos del artículo 14 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 la captación de clientes. Este efecto se ve reforzado por la ausencia de criterios objetivos para determinar las características de los trabajadores a subrogar, lo que incentiva a las empresas que pierden una contrata - y, por tanto, ven reducidos sus ingresos - a seleccionar los trabajadores que desea trasladar en función del ahorro de coste laboral que le permiten, y no de su mayor relación con el servicio que se transfiere, como han reconocido en sus alegaciones las propias asociaciones empresariales, lastrando así la competitividad del competidor que gana el contrato, al que se transfieren los trabajadores menos eficientes para el desempeño de la tarea. . La competencia es obstaculizada además por la incertidumbre generada por diversas previsiones del Convenio. Cuando realiza la oferta a un cliente para ganar una determinada concesión, el competidor no solo desconoce el coste laboral que va a soportar realmente ni las características laborales de los trabajadores que tendrá que asumir, sino que la empresa cedente tiene además la facultad de quedarse con todos, o parte, de los trabajadores afectados por la subrogación, sin precisar tampoco 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.

El Consejo considera que, en contra de lo que argumentan APROSER, FES y ACAES, la aptitud para obstaculizar la competencia está implícita en el clausulado del Convenio, sin perjuicio de que el uso que las empresas hagan del mismo pueda amplificar sus efectos nocivos sobre la competencia. A este respecto, 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 refuerza el potencial efecto restrictivo de las mayores barreras de entrada asociadas al artículo 14.

El Consejo no ha aceptado que las previsiones del artículo 1.3 LDC sean aplicables en el presente caso. El mecanismo de subrogación diseñado sirve más para trasladar las cargas laborales del cedente al cesionario que para el pretendido propósito del Convenio de asegurar la estabilidad en los puestos de trabajo. El empleo no está garantizado en la medida en que es probable que, antes o después, la empresa ganadora del contrato se vea obligada a ajustar su plantilla, como consecuencia de haber asumido unos costes laborales no proporcionados al negocio que dicho contrato le genera, una posibilidad corroborada en diversos ejemplos aportados por el denunciante. En cualquier caso, la restricción no resulta proporcionada, puesto que, en interés de las empresa cedentes – ampliamente representada en la Mesa negociadora, a través de APROSER, por PROSEGUR y LOOMIS, los competidores que, por controlar la oferta en este mercado, tienen mayores probabilidades de ser cedentes si entran competidores en el mercado.- y de los representantes de los trabajadores los coeficientes de subrogación se fijaron con la intención de maximizar el número de trabajadores a subrogar..

El Consejo considera por último que no cabe plantear una terminación convencional, puesto que el artículo 14 desplegó sus efectos durante la vigencia del Convenio para 2005-2008, cuya validez expiró con la firma de uno nuevo en 2010.

Se consideran responsables de la infracción a todas las partes firmantes del Convenio Colectivo que incluye la cláusula analizada, aunque no sea más que a título de negligencia. En el cálculo de la sanción el Consejo ha tenido en cuenta las siguientes circunstancias: primero, que si bien el acuerdo tiene aptitud para afectar a la competencia, no tiene por objeto restringir la misma; segundo, que 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; y tercero, que la sanción debe reflejar la diferencia de papel y de intereses jugado por cada una de las partes en la negociación. Las organizaciones empresariales, fundamentalmente APROSER, defienden los intereses de empresas que operan directamente en el mercado afectado por la conducta, y pueden verse directamente beneficiadas por las mayores barreras a la entrada en el mercado del transporte y manipulado de fondos que genera el mecanismo analizado, por lo son merecedoras de una sanción, aunque sea mínima. Por el contrario, el Consejo entiende que pese a su contribución a la creación y funcionamiento de dicho mecanismo, las organizaciones sindicales son ajenas al alcance y repercusiones de esta restricción a la competencia. En consecuencia, el Consejo ha estimado que en este caso no procede sancionar a las organizaciones sindicales y ha impuesto una sanción simbólica a las Asociaciones empresariales, cifrada en 5.000€ a APROSER y en 2.000€ a cada una de las restantes asociaciones imputadas, FES, AMPES y ACAES.