

Roj: SAN 5139/2013
Id Cendoj: 28079230062013100578
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 240/2012
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Asociación Profesional de Compañías Privadas de Servicios de Seguridad de España, Federación Empresarial Española de Seguridad y Asociación Catalana de Empresas de Seguridad**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Alberto Hidalgo Martínez, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 27 de marzo de 2012**, relativa a sanción, siendo la cuantía del presente recurso de 5.000, 2.000 y 2.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Asociación Profesional de Compañías Privadas de Servicios de Seguridad de España, Federación Empresarial Española de Seguridad y Asociación Catalana de Empresas de Seguridad, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Alberto Hidalgo Martínez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 27 de marzo de 2012, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO : No habiéndose solicitado recibimiento a prueba y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día ocho de octubre de dos mil trece continuándose la deliberación hasta el diecinueve de noviembre del mismo año, en que concluyó. El diecinueve de noviembre de dos mil trece se derivó la redacción de la sentencia a la Ilma. Sra. Magistrada Dª CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA, al haber anunciado la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dª LUCIA ACIN AGUADO, la formulación de voto particular.

CUARTO : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 27 de marzo de 2012, relativa a prácticas colusorias.

La parte dispositiva de la Resolución impugnada es del siguiente tenor:

"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."

SEGUNDO : De los hechos declarados probados en Resolución de la CNC que hoy examinamos, y en relación con las recurrentes, hemos de destacar:

"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)...

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)."

En relación a los hechos imputados, hemos de destacar:

" 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 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.

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".

A los efectos de la mecánica del Convenio, se recoge en la Resolución:

"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."

TERCERO : Como se recoge en la fundamentación jurídica de la Resolución, la DI propuso declarar que el Convenio que nos ocupa se encontraba fuera del ámbito de aplicación de la LDC y, por ello, de la competencia de control de la CNC: "

"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."

Sin embargo, el Consejo entiende que la subrogación pactada en el artículo 14 del Convenio, no encuentra cobertura en el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995 y, en consecuencia analiza la posible vulneración de la libre competencia.

La demandante argumenta en esencia, que el artículo 14 del Convenio se encuentra fuera del ámbito de la Ley 15/2007 por regular una materia estrictamente laboral solo controlable jurídicamente por la jurisdicción labora, que, además no infringe el artículo 1 de dicha Ley , que se han vulnerado las reglas sobre terminación convencional, el principio de seguridad jurídica, y el principio de culpabilidad.

CUARTO : Resulta claro que la primera cuestión que se ha de determinar es si la regulación contenida en cláusula 14 del Convenio se encuentra en el ámbito de aplicación de la Ley 15/2007 y, en su consecuencia, es controlable por la CNC.

Para resolver esta cuestión hemos de acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo:

a) La sentencia de 21 de septiembre de 1999, C-67/96 , Albany International BV y Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, declara:

"52 Para responder a la segunda cuestión hay que examinar en primer lugar si la decisión adoptada en el marco de un convenio colectivo por las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un determinado sector, de establecer en dicho sector un único fondo de pensiones encargado de la gestión de un régimen de pensiones complementarias y de solicitar a las autoridades públicas que hagan obligatoria la afiliación a dicho Fondo para todos los trabajadores de dicho sector es contraria al artículo 85 del Tratado..."

55 A este respecto, el artículo 118 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE) afirma que la Comisión tendrá por misión promover una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social, particularmente en las materias relacionadas con el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores.

56 El artículo 118 B del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE) añade que la Comisión procurará desarrollar el diálogo entre las partes sociales a nivel europeo, que podrá dar lugar, si éstas lo consideraren deseable, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre dichas partes.

57 Además, el artículo 1 del Acuerdo sobre la política social (DO 1992, C 191, p. 91) afirma que los objetivos de la Comunidad y de los Estados miembros son, entre otros, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones...

59 Bien es verdad que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores. No obstante, los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo.

60 De una interpretación útil y coherente de las disposiciones del Tratado, en su conjunto, se desprende que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado."

De estos pronunciamientos se desprende de manera clara que un Convenio Colectivo, celebrado en el marco de una negociación colectiva, no se encuentra, en principio, incluido en el ámbito de las normas de defensa de la competencia.

b) La sentencia de 21 de septiembre de 1999, C-115/97 a C-117/97, *Brentjens' Handelonderneming BV y Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*, declara:

"54. Además, el artículo 1 del Acuerdo sobre la política social (DO 1992, C 191, p. 91) afirma que los objetivos de la Comunidad y de los Estados miembros son, entre otros, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

55. Según el artículo 4, apartados 1 y 2, del Acuerdo sobre la política social, el diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito comunitario podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos, cuya aplicación se realizará, ya sea según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros, ya sea, a petición conjunta de las partes firmantes, sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión.

56. Bien es verdad que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores. No obstante, los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorarlas condiciones de empleo y de trabajo.

57. De una interpretación útil y coherente de las disposiciones del Tratado, en su conjunto, se desprende que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

58. Es preciso, pues, examinar si la naturaleza y el objeto del acuerdo controvertido en el procedimiento principal justifican que se excluya del ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

59. En el presente caso, hay que señalar, por una parte, que, al igual que los acuerdos a los que se ha hecho referencia anteriormente, generados a través del diálogo social, el acuerdo controvertido en el procedimiento principal ha sido celebrado con la forma de un convenio colectivo y constituye el resultado de una negociación colectiva entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores.

60. Por otra parte, en lo que atañe a su objeto, el acuerdo controvertido en el procedimiento principal instaura, en un sector determinado, un régimen de pensiones complementarias gestionado por un fondo de pensiones que puede ser declarado de afiliación obligatoria. Un régimen de esta naturaleza persigue, en conjunto, la finalidad de garantizar un determinado nivel de pensiones a todos los trabajadores de dicho sector y, por consiguiente, contribuye directamente a la mejora de uno de los elementos constitutivos de las condiciones laborales de los trabajadores, su remuneración.

61. *Procede, pues, concluir que el acuerdo controvertido en el procedimiento principal no está comprendido, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado.*

62. *Por lo tanto, procede responder a la primera cuestión que la decisión, adoptada en el marco de un convenio colectivo por las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores de un determinado sector, de establecer en dicho sector un único fondo de pensiones encargado de la gestión de un régimen de pensiones complementarias y de solicitar a las autoridades públicas que hagan obligatoria la afiliación a dicho fondo para todos los trabajadores de dicho sector no está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado."*

La cuestión ha de resolverse, según declara el Alto Tribunal, teniendo en cuenta el objeto y naturaleza del Acuerdo de que se trata, si principal ha sido celebrado con la forma de un convenio colectivo y constituye el resultado de una negociación colectiva entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores, y, en cuanto a su objeto, si contribuye directamente a la mejora de uno de los elementos constitutivos de las condiciones laborales de los trabajadores

c) La sentencia de 12 de septiembre de 2000, C-180/98 a C-184/98, Pavel Pavlov y otros y Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, afirma:

"67 Procede recordar que, en las sentencias Albany, Brentjens' y Drijvende Bokken, antes citadas, en sus apartados 64, 61 y 51 respectivamente, el Tribunal de Justicia declaró que los acuerdos celebrados en el marco de unas negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores y destinados a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

68 Esta exclusión del ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado no puede ampliarse incluyendo en ella un acuerdo como el controvertido en los asuntos principales, que pretende efectivamente garantizar un cierto nivel de pensiones a todos los miembros de una profesión y, por tanto, mejorar una de las condiciones de trabajo de los mismos, a saber su remuneración, pero que no se ha celebrado en el marco de unas negociaciones colectivas entre interlocutores sociales."

Se incide nuevamente, que las normas europeas relativas a la libre competencia no son aplicables a Acuerdos que por su naturaleza sean Convenios Colectivos celebrados en el seno de una negociación colectiva entre empresarios y representantes de los trabajadores, y que por su objeto, incida directamente en las condiciones laborales.

d) La sentencia de de 21 de septiembre de 2000, C-222/98 , Hendrik van der Woude y Stichting Beatrixoord, reitera la doctrina anterior:

"El órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si resultan compatibles con los artículos 85 y 86 del Tratado las disposiciones de un convenio colectivo relativas al seguro de enfermedad de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de dicho convenio y según las cuales la parte de las cotizaciones que corresponde al empresario sólo se abona en el caso de los seguros celebrados con el asegurador o aseguradores que hayan sido designados en el marco de la ejecución de ese mismo convenio colectivo.

19. *A pesar de habersele comunicado las sentencias de 21 de septiembre de 1999 , Albany (C-67/96, Rec. p. I-5751), Brentjens' (asuntos acumulados C-115/97 , C-116/97 y C-117/97, Rec. p. I-6025), y Drijvende Bokken (C-219/97, Rec. p. I-6121), el órgano jurisdiccional remitente consideró necesario mantener su petición de decisión prejudicial, basándose en que, en el caso de autos, la ejecución del régimen de seguro de enfermedad de IZZ había sido subcontratada a IZZ, la cual recurrió al asegurador mercantil VGZ para ejercer la actividad asegurada de que se trata.*

20. *El Sr. Van der Woude consideró en la vista que, en las citadas sentencias Albany, Brentjens' y Drijvende Bokken, el Tribunal de Justicia había respondido en lo fundamental a la cuestión planteada. El Sr. Van der Woude estimó, no obstante, que la excepción a la aplicación del artículo 85 del Tratado reconocida en esas sentencias no resultaba aplicable al seguro de asistencia sanitaria. El Sr. Van der Woude considera que, a diferencia de las pensiones, que forman parte de la retribución directa, la prima de un seguro de asistencia sanitaria no está incluida en las disposiciones esenciales que son objeto de negociaciones en el marco de los convenios colectivos. Por otra parte, considera que el convenio colectivo tiene influencia directa sobre terceros, a saber, sobre los demás prestadores de seguros de asistencia sanitaria, puesto que dicho convenio implica la obligación de afiliarse a VGZ.*

21. Remitiéndose asimismo a las citadas sentencias Albany, Brentjens' y Drijvende Bokken, el Gobierno neerlandés, apoyado por los Gobiernos sueco y del Reino Unido, así como por la Comisión, indicó en la vista que el acuerdo celebrado en el caso de autos entre seis organizaciones empresariales y veintiocho organizaciones de trabajadores fue fruto del diálogo social, se plasmó en forma de un convenio colectivo y versa sobre las condiciones de trabajo de los trabajadores. Por lo tanto, añade el Gobierno neerlandés, tal convenio colectivo responde a los criterios definidos en las mencionadas sentencias. El Gobierno neerlandés afirma, por último, que el hecho de que la actividad aseguradora no sea ejercida por los interlocutores sociales y de que IZZ la haya subcontratado a VGZ carecía de influencia sobre la naturaleza y el objeto del convenio colectivo impugnado en el litigio principal.

22. Debe recordarse que, en las citadas sentencias Albany, Brentjens' y Drijvende Bokken, este Tribunal de Justicia declaró que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales destinados a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

23. Procede, pues, examinar si la naturaleza y el objeto del acuerdo impugnado en el litigio principal justifican que dicho acuerdo quede fuera del ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

24. Es preciso hacer constar, por una parte, que el acuerdo impugnado en el litigio principal se adoptó en forma de convenio colectivo y constituye el resultado de una negociación colectiva entre las asociaciones representativas de los empresarios y las organizaciones representativas de los trabajadores.

25. Por otra parte, en lo que atañe a su objeto, el acuerdo instauro, en un sector determinado, un régimen de seguro de asistencia sanitaria que contribuye a mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores no sólo garantizándoles los medios necesarios para hacer frente a los gastos de enfermedad, sino también reduciendo los costes que, a falta de un convenio colectivo, habrían debido ser soportados por los trabajadores.

26. El hecho de que la actividad aseguradora de que se trata haya sido objeto de subcontratación no es óbice para que la excepción de la prohibición enunciada en el artículo 85 del Tratado, que formulan las citadas sentencias Albany, Brentjens' y Drijvende Bokken, pueda aplicarse a un convenio colectivo como el impugnado en el litigio principal. Admitir una limitación de este tipo constituiría una restricción injustificada de la libertad de los interlocutores sociales, los cuales, cuando celebran un acuerdo sobre alguno de los aspectos de las condiciones de trabajo, también deben poder decidir la creación de un organismo distinto para aplicar el acuerdo, así como que dicho organismo pueda acudir a otro asegurador.

27. Por consiguiente, debe llegarse a la conclusión de que el acuerdo impugnado en el litigio principal no está comprendido, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado."

QUINTO : De la doctrina expuesta, resultan claramente las siguientes afirmaciones:

1.- las normas de defensa de la competencia, plasmadas al más alto nivel normativo europeo, han de conciliarse con las normas relativas a la promoción de una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social, particularmente en las materias relacionadas con el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores, así como la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones, principios estos también plasmados al más alto nivel normativo europeo.

2.- El TCE, hoy TUE, admite que la consecución de tales objetivos sociales pueden implicar, en algunos casos, ciertas restricciones a la competencia. Esta forma de razonar es coherente con la regulación europea, pues si los principios de defensa de la libre competencia y de los derechos sociales, han sido consagrados por normas jurídicas del mismo rango, es lógico que ambos principios, en su ámbito material, han de conciliarse.

3.- Para que la excepción a la aplicación de las normas de libre competencia, que examinamos, pueda operar, es necesario que concurren dos requisitos en el Acuerdo: a) su naturaleza: ha de tener forma de Convenio Colectivo y haberse celebrado en el seno de una negociación entre empresarios y trabajadores, b) objeto: debe versa sobre las condiciones de trabajo de los trabajadores

Aplicando esta doctrina al supuesto de autos, hemos de recordar el contenido del artículo 1 de la Ley 15/2007 :

"1. 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 y, en particular, los que consistan en:..."

Es evidente que una conducta como la que analizamos es subsumible en el citado precepto, pues impone un acuerdo vinculante respecto de determinadas condiciones de contratación a las empresas afectadas. Ahora bien, de lo expuesto previamente resulta claro que la cuestión que debe resolverse es anterior al contraste de la conducta con el citado precepto, ya que lo que ha de determinarse es si la conducta está sujeta a las reglas de la libre competencia, y con ello al control de la CNC.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar anteriormente, el 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.

Estamos ante un Convenio Colectivo celebrado en el seno de una negociación colectiva entre representantes de empresarios y trabajadores, por lo que el Acuerdo que nos ocupa cumple los requisitos exigidos por el Tribunal De Justicia, en cuanto a su naturaleza, para entenderlo excluido de la aplicación de las normas de derecho de la competencia.

También hemos tenido ocasión de señalar que 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. Se cumple el requisito exigido por el Alto Tribunal en cuanto al objeto del Acuerdo, pues la estabilidad en el empleo es un componente indiscutible de las condiciones laborales de los trabajadores.

La Resolución impugnada parte de dos aspectos para entender que el Acuerdo cuestionado se encuentra en el ámbito de la Ley 15/2007, el primero, que no encuentra cobertura en el artículo 44 del Real Decreto 1/1995, el segundo, que las condiciones de subrogación impuestas son excesivas y restringen innecesariamente la libre competencia.

Ambos planteamientos deben ser rechazados.

a) El artículo 4 de la Ley 15/2007 determina : *"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."* Por ello la CNC entiende que el Acuerdo no tiene la cobertura legal exigida para la exención de la conducta, ya que, a su juicio, el precepto en cuestión no da cobertura suficiente al Acuerdo.

El citado precepto establece : *"1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente..."* , y, efectivamente, el supuesto que contemplamos no es propiamente un caso de sucesión de empresa.

Ahora bien, decíamos que no podíamos aceptar el planteamiento de la CNC respecto de la exención, porque no es un supuesto de aplicación del artículo 4 de la Ley 15/2007 . Para que opere el citado precepto, es necesario que la conducta se incluya en el ámbito material de aplicación de la Ley 15/2007, y que la CNC tenga competencia para su control jurídico; y, posteriormente, que se encuentre amparada por norma con rango de Ley.

Pero en el presente caso, este no es el planteamiento. El Acuerdo que examinamos, no es que esté exento por aplicación del artículo 4 de la LDC , es que se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Derecho de Competencia y por ello fuera del control del Supervisor.

Son muy expresivas las palabras del TJC en su sentencia de 21 de septiembre de 1999, C-67/96 , Albany International BV y Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, parcialmente transcrita.

" Bien es verdad que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores. No obstante, los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente

comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo"

Y también lo son las expresadas en la sentencia de 21 de septiembre de 1999, C-115/97 a C-117/97, Brentjens' Handelonderneming BV y Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, también parcialmente transcrita:

" De una interpretación útil y coherente de las disposiciones del Tratado, en su conjunto, se desprende que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado"

No se trata pues de la aplicación de la exención señalada, sino de que los acuerdos celebrados en el marco de la negociación colectiva entre interlocutores sociales, no se consideran comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 85 Tratado, hoy 101 del TFUE , - esto es, en el ámbito de las normas de Derecho de Competencia -.

No incluyéndose el Convenio Colectivo en la aplicación material de la Ley 15/2007, tampoco la CNC tiene facultades de supervisión sobre el mismo.

Efectivamente, el artículo 24 de la Ley 15/2007 establece:

"La Comisión Nacional de la Competencia es el órgano competente para instruir y resolver sobre los asuntos que tiene atribuidos por esta Ley y, en particular:

a) Aplicar lo dispuesto en la presente Ley en materia de conductas restrictivas de la competencia, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos autonómicos de Defensa de la Competencia en su ámbito respectivo y de las propias de la jurisdicción competente.

b) Aplicar lo dispuesto en la presente Ley en materia de control de concentraciones económicas.

c) Aplicar en España los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado, sin perjuicio de las competencias que correspondan en el ámbito de la jurisdicción competente..."

Si el Acuerdo no se incluye ni en el ámbito de la Ley 15/2007, ni en el de los preceptos del Tratado de la UE sobre libre competencia, es evidente que la CNC no tiene competencia para su control desde el parámetro de la libre competencia.

En cuanto al contenido del Acuerdo, señala, con acierto, la demandada, que los Convenios Colectivos no son omnímodos. A ello se refiere la doctrina del TJC cuando señala los requisitos exigibles respecto de su objeto. Pero no puede negarse que una cláusula sobre estabilidad en el empleo de trabajadores por cuenta ajena, versa directamente sobre condiciones laborales. Por ello el objeto de la cláusula 14 del Convenio tiene por objeto condiciones laborales, a las que el TJC se refiere cuando señala *"... la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones"*

El razonamiento de la CNC radica en que las condiciones impuestas para la subrogación son desproporcionadas, y no niega esta Sala que pudieran serlo, pero lo cierto es que las condiciones se establecen para proteger la estabilidad en el empleo, esto es, mantener el puesto de trabajo de los trabajadores por cuenta ajena, y ello no puede negarse que constituye condiciones laborales, por lo tanto es materia que queda excluida del control de la CNC, que no puede entrar, por falta de competencia, a valorar la proporcionalidad de las condiciones. En este punto, es acertada la afirmación de la recurrente cuando señala que el control de legalidad del Convenio Colectivo corresponde a la Jurisdicción Social.

En conclusión, el Acuerdo que nos ocupa es un Convenio Colectivo que tiene naturaleza de tal y se ha celebrado en el seno de una negociación colectiva entre empresas y trabajadores, y la cláusula 14 tiene por objeto condiciones laborales, concretamente la subrogación de trabajadores, lo que promueve la estabilidad en el empleo; por ello no son de aplicación las normas sobre libre competencia, por quedar el Acuerdo excluido de su ámbito material.

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de diciembre de 2004 (asunto C-460/02), no versa sobre negociación colectiva, sino sobre la normativa de un Estado, y en relación a la aplicación de una concreta Directiva que regula el sector de asistencia en tierra. Se trata de normativa de un Estado que se opone a una Directiva. No es el mismo caso que examinamos en el que se discute la aplicación de las normas de Defensa de la Competencia y por ello no es de aplicación al presente supuesto.

Así la citada sentencia declara:

"Con respecto a la definición de tal «nivel adecuado», procede subrayar que, como acertadamente observó el Abogado General en el punto 33 de sus conclusiones, dicha facultad no implica una competencia normativa ilimitada y debe ejercerse sin menoscabar el efecto útil de la Directiva 96/67 ni los objetivos perseguidos por ésta.

En efecto, como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia de 16 de octubre de 2003, Flughafen Hannover-Langenhagen (C- 363/01 , Rec. p. I-11893), apartado 43, la citada Directiva tiene por objeto garantizar la apertura del mercado de la asistencia en tierra, apertura que, según el quinto considerando de la misma Directiva, debe contribuir, en particular, a reducir los costes de explotación de las compañías aéreas.

En cambio, la interpretación del artículo 18 de la Directiva 96/67 que da el Gobierno italiano, en especial, al tener en cuenta consideraciones de orden social, haría excesivamente difícil la entrada de nuevos prestadores de servicios en los mercados de asistencia en tierra, ya que éstos estarían obligados a hacerse cargo del personal empleado por el agente anterior. Por consiguiente, se pondría en peligro la utilización racional de las infraestructuras aeroportuarias y la reducción de los costes de los servicios correspondientes para los usuarios.

En efecto, la obligación impuesta a las empresas interesadas en virtud del artículo 14 del Decreto Legislativo n° 18/99 de hacerse cargo del personal del prestador de servicios anterior perjudica a los nuevos competidores potenciales en relación con las empresas ya establecidas y compromete la apertura de los mercados de asistencia en tierra, por lo que se frustra el efecto útil de la Directiva 96/67."

De ello resulta la estimación del recurso, por no estar sujeto el Acuerdo a las prohibiciones de las normas sobre libre competencia

Es innecesario analizar si el Acuerdo es subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007 , pues al no estar sujeto a la Ley no le es de aplicación, y también es innecesario analizar la alegada vulneración de las normas sobre terminación convencional porque al no tener la CNC competencia para el control del Acuerdo, no la tiene ni para iniciar ni para concluir el expediente sancionador, y es innecesario analizar la culpabilidad porque no existe infracción administrativa.

QUINTO : De lo expuesto resulta la estimación del recurso, la Resolución impugnada.

Procede imposición de costas a la demandada conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **estimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Asociación Profesional de Compañías Privadas de Servicios de Seguridad de España, Federación Empresarial Española de Seguridad y Asociación Catalana de Empresas de Seguridad** , y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Alberto Hidalgo Martínez, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 27 de marzo de 2012**, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos anularla** y la **anulamos** , con imposición de costas a la demandada.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma **no cabe recurso de casación** , siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada Doña LUCIA ACIN AGUADO a la sentencia de 28 de octubre de 2013 dictada en el recurso 240/2012

Con el máximo respeto, no comparto los razonamientos expuestos en la sentencia referidos a que la cláusula de subrogación prevista en el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005 -2008 queda fuera del ámbito de la aplicación de la LDC al ser la subrogación un elemento esencial para la negociación colectiva, y que las diferencias que puedan surgir como consecuencia de la

aplicación del mecanismo de subrogación previstas en el Convenio deberán solventarse exclusivamente ante la jurisdicción social.

PRIMERO : El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 3 de marzo de 2011 C-437/09 AG2R Prévoyance declaró que " *los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales, destinados a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo, no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE , apartado 1 (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Albany, apartado 60; Brentjens', apartado 57, y Drijvende Bokken, apartado 47; sentencias de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros, C-180/98 a C-184/98, Rec. p. I- 6451, apartado 67, así como de 21 de septiembre de 2000 , van der Woude, C-222/98 , Rec. p. I-7111, apartado 22)*".

Por tanto no existe duda que los convenios colectivos destinados a "mejorar las condiciones de empleo y de trabajo" gozan de inmunidad automática en la aplicación de las reglas de la competencia. El problema se plantea en cuanto al alcance de la expresión " *mejorar las condiciones de empleo y de trabajo* " ya que admite una interpretación extensiva o restrictiva.

La jurisprudencia comunitaria *Albany, Van der Woude, Prévoyance* al examinar las cláusulas de convenios colectivos y su posible vulneración del derecho de la competencia señalan que " *es preciso examinar si la naturaleza y el objeto de un acuerdo como el controvertido en el litigio principal justifican que dicho acuerdo quede fuera del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE , apartado 1*" pero no da reglas generales para determinar cuando la naturaleza y objeto del acuerdo justifican que el mismo quede fuera del ámbito de aplicación de las normas de defensa de la competencia sino que se ciñe al caso concreto referidos el primero a un régimen complementario de pensiones y los otros dos a un régimen complementario de asistencia sanitaria considerando que queda fuera del ámbito de aplicación por su naturaleza (adoptado en un convenio colectivo) y su objeto (contribuye a la mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores)."

Existen supuestos en los que no existe margen de duda en que las materias contenidas en un convenio no se refieren a condiciones laborales o salariales, como los referidos a 1) fijación/ recomendación de precios (resolución TDC de 29 de enero de 2007, expediente 607/06 ayuda a domicilio) expediente S/0076/08 convenio Contact Center, y S/0077/08 convenio de seguridad en los que se incluían cláusulas sobre los precios de los servicios que las empresas deben aplicar al cliente 2) fijación de condiciones comerciales (horarios de apertura de comercios, duración de las rebajas, plazos de entrega) o 3) limitación de la producción o distribución expediente 377/96 Pan de Barcelona de 16 de diciembre de 1996 que prohibía la fabricación de pan los domingos y la fabricación de piezas distintas de las pactadas.

El problema se plantea en casos como el aquí analizado en que el Estatuto de los trabajadores no reconoce expresamente un determinado derecho laboral del trabajador, pero se incluyen en el convenio colectivo dada la amplitud que puede tener su contenido conforme al artículo 85 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995) que establece que " *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...*".

En este caso el Estatuto de los Trabajadores regula en el artículo 44 (reformado por la Ley 12/2011) el derecho a la subrogación pero sólo para el supuesto de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma. Así 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 y ello al amparo del artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores . Este el supuesto analizado. El Tribunal Supremo (Sala de lo social) en sentencia de 21 de septiembre de 2012 analiza expresamente el artículo 14 de este Convenio y señala que " *como decíamos en nuestras sentencias de 10 de julio de 2000 (rec. 923/99) y 18 de septiembre de 2000 (rec. 2281/99) respecto a las dos empresas de vigilancia que se sucedieron en la contrata, la posible obligación de la segunda de subrogarse en los derechos y obligaciones de la primera con sus trabajadores, no deriva del mandato del art. 44 ET , sino concretamente del art. 14.A) del tan repetido convenio*.

Considero que en estos casos en que el contenido de la cláusula del convenio no está reconocido de forma expresa en el Estatuto de los Trabajadores como un derecho del ámbito estrictamente laboral del trabajador no se puede considerar automáticamente fuera del ámbito de aplicación de las normas de defensa de la competencia. La resolución de la CNC no ignora que la negociación colectiva es un instrumento básico del mercado de trabajo y un pilar de la política social cuyo control de legalidad corresponde a la autoridades laborales y a la jurisdicción social. Ahora bien como señala la CNC remitiéndose a su resolución de la CNC de 24 de septiembre de 2009 (expediente 2805/07) empresas estibadoras " *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.*

En esta misma línea, mas allá de la sentencias ya mencionadas referidas específicamente a defensa de la competencia (*Albany, Van der Woude, Prévoyance*) la jurisprudencia comunitaria (se insiste fuera del ámbito específico de defensa de la competencia) no establece una no sujeción a priori de la negociación colectiva en supuestos como el aquí analizado referidos a subrogaciones en el empleo sino que tras analizar las circunstancias concretas del caso se concluye si la medida adoptada es apta o no para obstaculizar o no la apertura de mercado. Me refiero a dos casos concretos sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de diciembre de 2004 (asunto C-460/02) y de 25 de enero de 2001 asunto C-172/99 en la segunda de ellas es precisamente en relación a un procedimiento de adjudicación de contratos llega a la conclusión que no se produce una restricción de la competencia.

1) El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado sobre el alcance de la Directiva 77/187 CE de 14 de febrero de 1977 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas. Dicha Directiva tiene por objeto garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una entidad económica, con independencia del cambio de propietario.

Así la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de diciembre de 2004 (asunto C-460/02) caso de la Comisión de las Comunidades Europeas contra Italia señala que el artículo 14 del Real Decreto Legislativo 18/99 del citado país que imponía a los prestadores del servicio de asistencia en tierra la obligación de garantizar "el mantenimiento de los niveles de empleo la continuidad de las relaciones laborales del personal dependiente del anterior prestador de servicios .

i) No queda amparado por el artículo 18 de la Directiva 96/97 de adaptación a la Directiva 96/97 relativa al acceso al mercado de asistencia en tierra que establece que *los Estados miembros conservan la facultad de garantizar un nivel adecuado de protección social para el personal de las empresas que prestan servicios de asistencia en tierra* . Así la sentencia señala en el apartado (32) que " *Con respecto a la definición de tal «nivel adecuado», procede subrayar que, como acertadamente observó el Abogado General en el punto 33 de sus conclusiones, dicha facultad no implica una competencia normativa ilimitada y debe ejercerse sin menoscabar el efecto útil de la Directiva 96/67 ni los objetivos perseguidos por ésta. En efecto, como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia de 16 de octubre de 2003 , Flughafen Hannover-Langenhagen (C-363/01 , Rec. pg. I-11893), apartado 43, la citada Directiva tiene por objeto garantizar la apertura del mercado de la asistencia en tierra, apertura que, según el quinto considerando de la misma Directiva, debe contribuir, en particular, a reducir los costes de explotación de las compañías aéreas.*

ii) Sobrepassa manifiestamente la protección garantizada por la Directiva 77/187/CEE ya que. (34) " *la obligación impuesta a las empresas interesadas en virtud del artículo 14 del Decreto Legislativo número 18/99 de hacerse cargo del personal prestador del servicios anterior perjudica a los nuevos competidores potenciales en relación con las empresas ya establecidas y compromete la apertura de los mercados de asistencia en tierra*".

2) En otro caso el Tribunal de Justicia al conocer de una decisión prejudicial en la sentencia de 25 de enero de 2001 asunto C- 172/99 analizó la Directiva 77/1987 en relación con la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos

públicos de servicios que en su considerando 20 señala que *"pretende mejorar el acceso de los prestadores de servicios a los procedimientos de adjudicación de contratos para eliminar las prácticas restrictivas de la competencia, en general, y de la participación de los nacionales de otros Estados miembros, en particular"*

22). *La Directiva 92/50 pretende que, en cumplimiento de esas legislaciones o normativas y en las condiciones que impone, los operadores disfruten de la igualdad de oportunidades, en particular, para ejercitar sus derechos de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios.*

(23). *En este contexto, los operadores conservan su margen de maniobra para hacer jugar la competencia entre ellos y presentar ofertas distintas. En el ámbito de los transportes públicos regulares por autobús, pueden intervenir, por ejemplo, en lo relativo al nivel de equipamiento de los vehículos y a sus resultados energéticos y ecológicos, a la eficacia de la organización y a las modalidades de contacto con el público, así como, al igual que en cualquier empresa, en lo relativo al margen de beneficios deseado. Igualmente, el operador que presenta una oferta debe poder evaluar, en caso de que ésta tenga éxito, si le interesará comprar activos significativos al actual concesionario y hacerse cargo de todo su personal o de una parte del mismo o si estará obligado a hacerlo y, en su caso, si se encontrará en una situación de transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 77/187.*

(24). *Esta evaluación, y la de los costes derivados de las diferentes soluciones posibles, forma parte del juego de la competencia y no puede ser analizada, contrariamente a lo que sostiene Liikenne, como reveladora de una infracción del principio de seguridad jurídica. Cualquier iniciativa en el ámbito de la competencia está sujeta efectivamente a una parte de incertidumbre con respecto a cierto número de parámetros y es responsabilidad de los operadores efectuar análisis realistas. Desde luego, la empresa que ha sido la antigua concesionaria conoce exactamente, a diferencia de sus competidores, los costes en que tuvo que incurrir para garantizar el servicio que es objeto del contrato público; sin embargo, por un lado, esta situación es inherente al sistema y no puede justificar la inaplicación de las legislaciones sociales y, por otro lado, esta ventaja queda probablemente compensada, en la mayoría de los casos, por la mayor dificultad de dicha empresa para modificar sus condiciones de explotación con objeto de adaptarlas a las nuevas condiciones de la licitación, en comparación con competidores que presenten una oferta a partir de una situación ajena por completo a explotación de dicho servicio.*

Por tanto considero que en este caso, lo procedente hubiera sido entrar a analizar en esta sentencia si dichas cláusulas tal como entiende la CNC tienen aptitud para afectar de manera significativa a la competencia en el mercado de referencia y no excluir a priori la realización de cualquier análisis al entender que la especial naturaleza del artículo 14 del Convenio Colectivo justificaría la no aplicación del artículo 1.1 LDC, siendo la jurisdicción social el órgano competente para dilucidar sobre las cuestiones suscitadas con ocasión de su aplicación.

SEGUNDO: En cuanto al alcance del control que puede efectuar la jurisdicción social hay que tener en cuenta que la empresa denunciante dedicada a la vigilancia y el transporte de fondos y manipulado de efectivos, e integrada en asociaciones empresariales que participaron en la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo no puede impugnar directamente esa cláusula del convenio ante la jurisdicción social y alegar la existencia de lesividad derivada de las restricciones de la competencia que plantean al no tener la condición de tercero afectado. Así como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2010 (Sala de lo Social) el artículo 163.1 de la Ley de Procedimiento Laboral *no atribuye cualidad de legitimado sino a quien ostente condición de «tercero», y este límite para instar el control abstracto de los convenios colectivos no supone el establecimientos de obstáculos innecesarios o excesivos de acceso a la jurisdicción y es una medida razonable y proporcionada porque responde a la finalidad de «promoción de la estabilidad del convenio» (SSTS 10/02/92 recurso 1048/91 que a su vez invoca la STC 47/1988, de 21 de marzo , 15/02/93 recurso 715/91 y 14/04/00 recurso 982/99)*

"En la doctrina de la Sala, el concepto de tercero se reserva a quienes no están dentro del campo de aplicación del convenio, en tanto que destinatarios de las normas o regulaciones contenidas en aquél (SSTS 20/12/96 rco 3492/95 -; 11/03/97 rco 1483/96 , 06/06/01 rco 4769/00). Y -por consiguiente- se declara que no son terceros los empresarios y trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio (SSTS 18/12/95 rco 3463/94 , 03/03/98 rco 1632/97 ; 14/05/98 rco 3729/97 , y 03/05/01 rco 1434/00); ni las Asociaciones Empresariales cuyas empresas están afectadas por el convenio, rco 259/93; y 17/06/94 rco 2366/93)."

Los casos de los que ha conocido la jurisdicción social en relación a la impugnación de artículo 14 de dicho convenio no se refieren a la posible colisión del mismo con las normas de defensa de la competencia sino a divergencias surgidas en su aplicación entre la empresa cedente y la nueva adjudicataria del citado



artículo: sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2000, (recurso 923/1999), 27 de enero de 2009 (recurso 4585/2007) y Sentencia de 21 septiembre 2012 (recurso 2247/2011) y en ese contexto hay que interpretar el contenido de esas sentencias.

PUBLICACIÓN .- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ