

El Derecho europeo ante la reversión de servicios públicos y sus efectos laborales

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria
Consejera académica de GA_P

Ahora que la legislación nacional empieza a responder a la práctica de algunas Administraciones de revertir la gestión de sus actividades o servicios públicos, conviene valorar decisiones judiciales europeas como mecanismo orientador en la interpretación y aplicación de la nueva normativa nacional.

1. La reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de julio del 2017 (as. C-416/16, *Piscarreta Ricardo*) plantea en qué términos considerar a un trabajador a efectos de la transmisión empresarial en el ámbito público. En el supuesto, el trabajador fue contratado por tiempo indefinido por un ayuntamiento para ejercer funciones técnicas. El trabajador cesa en las funciones que desarrollaba para el ayuntamiento y pasa a ejercerlas en una empresa municipal, también en virtud de un contrato de duración indefinida. Tras decidir el municipio fusionar varias empresas municipales, el trabajador ejercerá funciones de administrador primero y de director después en la última de las empresas constituidas.

En ese contexto, el trabajador solicita una excedencia de dos años que le es concedida y renovada posteriormente por una duración equivalente. En el transcurso de ese tiempo, el ayuntamiento decide disolver la empresa municipal —de la que era único accionista y a la que pertenecía el trabajador— para hacerse cargo de parte de las actividades de esa empresa y externalizar el resto de ellas a otra empresa municipal de la que el ayuntamiento era

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

igualmente único accionista. Parte de los trabajadores de la empresa creada como consecuencia de la fusión permanecieron en el ayuntamiento fruto de un «acuerdo de cesión de interés público». El resto fue objeto de una «cesión de posición contractual», pasando a ser asumidos por la empresa municipal a la que se externalizaron los servicios no revertidos.

El trabajador demandante no fue considerado, sin embargo, ni en el plan de reversión ni en el de externalización y se le comunicó la rescisión de su contrato desde la cesión de la actividad definitiva de la empresa a la que pertenecía. El trabajador reclama la aplicación de las garantías laborales de la transmisión de empresas al haber pasado la actividad de su empresa, en parte al ayuntamiento, en parte a una nueva empresa municipal. Tanto el ayuntamiento como todas las empresas implicadas se oponen por entender que, como el trabajador se hallaba en excedencia y no prestaba servicios efectivos, su contrato de trabajo no podía transferirse a ninguno de los cesionarios. Asimismo, se considera que no se ha producido ninguna transmisión de centro de actividad o empresa ya que aquella a la que pertenecía había sido disuelta por ley y, en consecuencia, había cesado en su actividad.

2. En una cuestión prejudicial, el tribunal nacional plantea algunas dudas de interés. Por una parte, se cuestiona la aplicación del artículo 1.1b de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo (DOUE de 22 de marzo), sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de la empresa a una situación como la expuesta. En virtud del citado precepto, se considerará *traspaso* a efectos de esta norma el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio. Tal y como dispone el artículo 1.1c, la citada directiva será de aplicación tanto a empresas públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. Bien es cierto que la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre dicho tipo de autoridades no constituirán un traspaso a efectos de dicha norma.

Puesto que, en este caso, la operación controvertida consistió en la transmisión de las actividades de una empresa municipal, en parte, a un municipio y, en parte, a otra empresa municipal, la circunstancia de que el cedente fuera una empresa municipal y los cesionarios un municipio y otra empresa municipal no constituye, por sí misma, un impedimento para aplicar la Directiva 2001/23 a la operación efectuada.

Como ha declarado el Tribunal de Justicia en anteriores ocasiones, el hecho de que el cesionario sea un organismo de Derecho público en tanto empresa pública no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 (SSTJUE de 26 de noviembre del 2015, as. C-509/14, *Aira Pascual y otros*, y de 20 de enero del 2011, as. C-463/09, *CLECE*).

De hecho, el concepto de ‘actividad económica’ se aplica a cualquier actividad que consista en ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado. Se excluyen por principio de la

calificación de actividad económica las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público, mientras que los servicios que se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los ofrecidos por operadores que actúan con ese ánimo, sí pueden ser calificados de actividades económicas, en el sentido recogido por la directiva (STJUE de 6 de septiembre del 2011, as. C-108/10, *Scattolon*).

Pues bien, en el supuesto que se analiza, las diferentes actividades ejercidas por la empresa consecuencia de la fusión y retomadas por el municipio y por la otra empresa municipal no parecen participar del ejercicio de prerrogativas de poder público, de modo que pueden ser calificadas de actividades económicas en el sentido precisado por el artículo 1.1c de la Directiva 2001/23.

3. Por lo demás, y de conformidad con lo previsto en el artículo 1.1a de dicha directiva, ésta se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión.

Habida cuenta de las diferencias entre las versiones lingüísticas de la Directiva 2001/23 y de las divergencias entre las legislaciones nacionales sobre el concepto de ‘cesión contractual’, el Tribunal de Justicia le ha dado una interpretación suficientemente flexible como para responder al objetivo de la directiva, esto es, proteger a los trabajadores por cuenta ajena en caso de transmisión de su empresa (STJUE de 20 de enero del 2011, as. C-463/09, *CLECE*). En este sentido, el Tribunal de Justicia ha declarado que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la citada norma (STJUE de 29 de julio del 2010, as. C-151/09, *UGT-FSP*).

En consecuencia, el hecho de que una transmisión —como la controvertida— resulte de la disolución de una empresa municipal por acuerdo del órgano ejecutivo del municipio afectado no impide la aplicación de las garantías contenidas en la Directiva 2001/31, toda vez que dicha operación supone un cambio de empresario. Eso sí, para que se aplique la norma europea, la transmisión deberá recaer, *ex artículo 1.1b*, sobre una unidad económica que mantenga su identidad tras su adquisición por el nuevo empresario (STJUE de 6 de marzo del 2014, as. C-458/12, *Amatori y otros*). A este respecto, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación, entre las cuales figuran —como es sabido y en particular— el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Estos elementos son tan sólo aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y, por tanto, no pueden apreciarse aisladamente (STJUE de 26 de noviembre del 2015, as. C-509/14, *Aira Pascual y*

otros). La importancia que debe atribuirse a uno o a otro de esos criterios varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte de centro de actividad de que se trate.

Por lo demás, la identidad de la entidad económica no puede reducirse a la actividad que se le ha encomendado, sino que resulta de varios elementos indisolubles como el personal que la integra, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone (STJUE de 20 de enero del 2011, as. C-463/09, *CLECE*). No es el mantenimiento de la organización específica impuesta por el empresario a los diversos factores de producción transmitidos lo que constituye el elemento pertinente para determinar la pervivencia de la entidad transmitida, sino el vínculo funcional de interdependencia y de complementariedad entre esos factores. El mantenimiento de dicho vínculo funcional permite al cesionario utilizar tales factores para desarrollar una actividad económica idéntica o análoga aun cuando, con posterioridad a la transmisión, estén integrados en una nueva estructura organizativa diferente (STJUE de 9 de septiembre del 2015, as. C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito y otros*).

De ello se deduce que la circunstancia de que un centro de actividad se disuelva y sus actividades se traspasen a otras dos entidades no constituye, por sí misma, un obstáculo a la aplicabilidad de la Directiva 2001/23. Tan sólo cabe apuntar que corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si, en las circunstancias del caso concreto, se ha mantenido la identidad de la entidad transmitida.

En atención a lo expuesto, el tribunal entiende que el artículo 1.1 de la Directiva 2001/23 integra en su ámbito de aplicación una situación en la que una empresa municipal cuyo único accionista es un municipio es disuelta por acuerdo del órgano ejecutivo de dicho municipio y cuyas actividades se transmiten en parte a ese municipio y pasan a ser ejercidas directamente por él, y en parte a otra empresa municipal reconstituida a tal fin, de la que el citado municipio es también único accionista. Todo ello siempre que se mantenga la identidad de la empresa en cuestión después de la transmisión, lo que corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente.

4. En la segunda de las cuestiones planteadas se solicita interpretación acerca de la situación de un trabajador que no está prestando efectivamente sus servicios —su contrato se halla en suspenso— en relación con el concepto de ‘trabajador’ del artículo 2.1d de la Directiva 2001/23. Se considera *trabajador* a estos efectos a cualquier persona que esté protegida como tal en la legislación laboral del Estado miembro de que se trate. Mas, como se desprende del artículo 3.1, la protección que se pretende garantizar sólo afecta a los trabajadores que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral en la fecha de la transmisión (Auto del TJUE de 15 de septiembre del 2010, as. C-386/09, *Briot*).

Pues bien, de la resolución de remisión resulta que, en este caso y, si bien en la fecha de disolución de la empresa a la que pertenecía el trabajador este último se hallaba vinculado a ella por un contrato de trabajo de duración indefinida, lo cierto es que no prestaba efectivamente sus servicios, dado que disfrutaba de una excedencia y ésta lleva consigo —de acuerdo con la legislación nacional— la suspensión de su contrato de trabajo. No obstante, y como precisa el órgano judicial remitente, la norma nacional establece que, durante la suspensión de su contrato de trabajo, se mantienen los derechos, obligaciones y garantías de las partes que no están obligadas a prestar un trabajo efectivo. Así, parece que la citada normativa protege, en tanto trabajador, a un persona como el trabajador demandante que no presta efectivamente sus servicios debido a la suspensión de su contrato de trabajo, extremo que, sin embargo, corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

En consecuencia, y sin perjuicio de la debida verificación por parte del juez nacional, los derechos y las obligaciones de un trabajador con contrato suspendido se transfieren al cesionario cuando se produce una transmisión de la empresa o del centro de actividad.

5. Tal decisión es de interés para los procesos de reversión de la gestión directa de servicios públicos si se observa que no sólo se admite la aplicación de la directiva en el ámbito público, sino que se estima que todas las actividades que suponen una «cesión contractual» se consideran incluidas en la norma. El mero hecho de que un centro de actividad se disuelva no constituye obstáculo alguno para aplicar las garantías del Derecho europeo, siempre que sus actividades se traspasen a otra entidad, sea ésta pública o privada.