

**A vueltas con la delimitación del supuesto de hecho de la transmisión de empresa.
Comentario a la STJCE de 15 de diciembre de 2005 (Güney-Görres), asuntos
acumulados C-232/04 y 233/04**

Dra. Raquel Serrano Olivares

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la
Universidad de Barcelona

Árbitra de impugnaciones en materia electoral de los representantes de los trabajadores,
provincia de Barcelona (2005-2010).

A. Hechos

I.- Las Sras Güney-Görres y Demir estaban empleadas por Securicor, con carácter indefinido, en calidad de agentes de seguridad, afectas al control de pasajeros y equipajes en el aeropuerto de Düsseldorf.

II.- Con arreglo a los términos de un contrato celebrado el 5 de abril de 2000 con el Estado alemán, representado por el Bundesministerium des Inneren (Ministerio Federal del Interior alemán, en lo sucesivo, «BMI»), Aviation Defence International Germany Ltd se hizo cargo del control de pasajeros y equipajes en el aeropuerto de Düsseldorf. Securicor asumió la ejecución de ese contrato, que expiraba el 31 de diciembre de 2003.

III.- Según lo estipulado en dicho contrato, el Estado alemán puso a disposición de Securicor los aparatos de seguridad aérea necesarios para la realización de los controles de pasajeros, equipamiento que comprendía, en particular, arcos detectores de metales, una cinta transportadora provista de un sistema de visión automática de rayos X (equipo de control de equipajes y aparatos de rayos X), detectores manuales de metales y aparatos de detección de explosivos.

IV.- Securicor empleaba a 306 trabajadores, de los cuales 295 trabajaban exclusivamente en el control de pasajeros. Los agentes encargados de esta última tarea habían recibido una formación específica de cuatro semanas como mínimo y habían debido superar un examen de asistente de seguridad aérea y obtenido una autorización del poder público que les habilitase para ejercer estas actividades de control. Estos empleados realizaban las operaciones de control de pasajeros bajo la supervisión del Bundesgrenzschutz (Policía Federal de fronteras).

V.- Mediante escrito de 5 de junio de 2003, el BMI comunicó a Securicor que las relaciones contractuales derivadas del contrato celebrado para el control de pasajeros en el aeropuerto de Düsseldorf no se prorrogarían más allá del 31 de diciembre de ese año.

El 16 de septiembre de 2003, el BMI informó a Securicor de la adjudicación de ese contrato a Kötter.

VI.- En respuesta a la petición efectuada por Securicor, el administrador de Kötter contestó que no estaba interesado en una transmisión de centro de actividad. Por otra parte, mediante carta de 17 de noviembre de 2003, Kötter comunicó a Securicor que sólo tenía la intención de mantener a una pequeña parte de los trabajadores de esta última.

VII.- Mediante sendos escritos de 26 de noviembre de 2003, Securicor resolvió los contratos de trabajo con las Sras. Güney-Görres y Demir, con efectos a partir del 31 de diciembre de 2003. También resolvió los contratos con todos los demás trabajadores empleados en el marco del contrato celebrado con el Estado alemán.

VIII.- El 31 de diciembre de 2003, Securicor dejó de efectuar las tareas de control en el aeropuerto de Düsseldorf que le habían sido confiadas por dicho Estado.

IX.- El 1 de enero de 2004, Kötter se hizo cargo, en virtud del contrato celebrado con el Estado alemán, del control de pasajeros y equipajes en el mencionado aeropuerto. El objeto de dicho contrato era sustancialmente idéntico al celebrado con Securicor. Kötter utilizaba también los aparatos de seguridad aérea propiedad de dicho Estado.

X.- En esa misma fecha, Kötter contrató a 167 trabajadores anteriormente empleados por Securicor, entre los cuales no se encontraban las Sras. Güney-Görres y Demir. Los trabajadores afectos al control de pasajeros contratados por Kötter quedaron igualmente bajo la supervisión del servicio competente del Bundesgrenzschutz.

B. Cuestiones prejudiciales

Mediante su primera cuestión el órgano jurisdiccional remitente pide que se dilucide si en el contexto del examen de la existencia de una transmisión de centro de actividad con arreglo al artículo 1 de la Directiva 2001/23, para poder afirmar que se produce la transmisión de los elementos de explotación de la adjudicataria inicial del contrato a la nueva adjudicataria es preciso que se cumpla el requisito de que se cedan a esta última dichos elementos a los fines de una gestión económica propia. Mediante una segunda cuestión, que dicho órgano jurisdiccional plantea para el caso de que la respuesta a su primera cuestión sea afirmativa, se pide al Tribunal de Justicia que defina los perfiles de este concepto de gestión económica propia.

En concreto, el órgano jurisdiccional remitente se plantea si para admitir la existencia de una transmisión de los elementos de explotación, ¿es necesario que se otorgue a la adjudicataria la facultad de decidir sobre su modo de utilización en su propio interés económico?. En consecuencia, ¿debe establecerse una distinción dependiendo de si los elementos de explotación del organismo adjudicador constituyen el “objeto” o el “medio” de la prestación efectuada por la adjudicataria?

C. Apreciación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

El Tribunal de Justicia concluye que, de los propios términos del artículo 1 de la Directiva 2001/23, se desprende que el ámbito de aplicación de esta última abarca todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa o del centro de actividad y que, por ello, contraiga las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa o del centro de actividad, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales (véase la sentencia *Abler y otros*, asunto C-340/01, apartado 41 y la jurisprudencia allí citada).

En el apartado 42 de la sentencia *Abler y otros*, el Tribunal de Justicia ya señaló que la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no perteneciesen a su antecesor, sino que hubiesen sido puestos a su disposición por el organismo adjudicador no puede llevar a excluir la existencia de una transmisión de empresa o de centro de actividad en el sentido de la Directiva 77/187.

En este sentido, el desarrollo de una gestión económica propia con los elementos de explotación asumidos por un adjudicatario no se revela como un criterio determinante a la hora de comprobar la existencia de una transmisión de los elementos de explotación. Tal criterio no se desprende ni del tenor de la Directiva 2001/23 ni de sus objetivos, que son garantizar la protección de los trabajadores en caso de cambio de empresa o de centro de actividad y permitir la realización del mercado interior.

Así pues, la circunstancia de que los elementos materiales sean asumidos por la nueva adjudicataria sin que le hayan sido cedidos para desarrollar una gestión económica propia, no puede llevar a excluir la existencia de una transmisión de los elementos de explotación, ni la existencia de una transmisión de empresa o de centro de actividad en el sentido de la Directiva 2001/23.

Por tanto, según el TJCE, procede responder a la primera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente que el artículo 1 de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que, en el marco del examen de la existencia de una

transmisión de empresa o de centro de actividad con arreglo a dicho artículo, en caso de una nueva adjudicación de un contrato y en el contexto de una evaluación de conjunto, para estimar que existe una transmisión de los elementos de explotación de la adjudicataria inicial a la nueva adjudicataria no es necesario que dichos elementos se hayan transferido con el fin de una gestión económica propia.

Puesto que la respuesta del Tribunal de Justicia a la primera cuestión es negativa, no entra a responder a la segunda cuestión.

A la luz de las precedentes consideraciones, corresponde al órgano jurisdiccional de remisión determinar en una valoración de conjunto si en el litigio principal ha tenido lugar una transmisión de empresa o de centro de actividad. En este sentido debe recordarse que la transmisión de los elementos de explotación no es más que un aspecto parcial de la evaluación de conjunto que debe efectuar el juez nacional al examinar la existencia de una transmisión de empresa o de centro de actividad en el sentido del artículo 1 de la Directiva 2001/23.

D. Comentario

Son dos los elementos que integran el supuesto de hecho de la transmisión de empresa y cuya concurrencia desencadena, por tanto, los efectos jurídico-laborales previstos en la Directiva 23/2001 y en el art.44 TRLET: el cambio de titularidad y la transmisión de una entidad económica, en cuanto objeto mínimo de la transmisión.

Por lo que se refiere al <cambio de titularidad>, hay que indicar que tanto la jurisprudencia comunitaria como la nacional han propiciado una interpretación muy amplia de lo que debe entenderse por cambio de titularidad, admitiendo cualquier acto o hecho, *inter vivos* o *mortis causa*, que, en la práctica, determine el traspaso de una entidad económica, resultando irrelevante a tales efectos que el cambio de titularidad de la entidad económica sea o no voluntario, sin que tampoco se exija la existencia de una relación de tracto directo entre empresario cedente y cesionario ni la transmisión de la propiedad, aplicándose el régimen jurídico de la transmisión a todos los supuestos de cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa que, por cualquier título, contrae las obligaciones de empresario [1].

Respecto al segundo elemento referenciado, contamos con una abundante y consolidada jurisprudencia del TJCE sobre el objeto mínimo de la transmisión, dictada en interpretación del ámbito aplicativo de la Directiva 77/187/CEE, hoy Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, que debe ser necesariamente tomada en consideración por las jurisdicciones nacionales.

El TJCE ha construido una noción funcional del objeto de la transmisión tendente a simplificar la tarea aplicativa/interpretativa de la norma comunitaria, dada la disparidad de posiciones doctrinales y jurisprudenciales acerca del concepto de <empresa>, y de otros que aluden a realidades socio-económicas de nivel inferior.

Así, el objeto mínimo de la transmisión se define como la entidad económica que conserva su identidad, ofreciéndose una lista no exhaustiva de los elementos de apreciación de la concurrencia de tales requisitos, que pueden agruparse en cinco categorías [2]: a) el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate; b) la transmisión de elementos corporales; c) la transmisión de elementos incorporeales; d) el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores; y d) la continuidad de la actividad.

De este modo, la < entidad económica > consistiría en un conjunto organizado de elementos (materiales, inmateriales y personales) que presenta una mínima autonomía funcional o aptitud productiva, con independencia de que se trate de una actividad accesoria o principal de la empresa [3].

En cuanto al requisito de que la entidad económica < conserve su identidad >, cabe indicar que la identidad viene dada por el fin productivo o utilidad económica de la entidad de que se trata, de suerte que sólo la afectación de ese conjunto de elementos materiales, inmateriales y personales dotado de autonomía productiva a la prosecución de la misma actividad económica u otra análoga puede determinar la aplicación del mecanismo subrogatorio, en la medida en que se conservan las mismas o similares posibilidades de empleo para los trabajadores.

De todo lo expuesto se desprende que para que se cumpla el criterio de la transmisión de los principales elementos materiales de explotación no se requiere que la nueva adjudicataria utilice los elementos de explotación en el marco de una facultad de disposición propia y de acuerdo con cálculos de costes propios, a fin de obtener una ventaja económica adicional. Basta con que la nueva empresa adjudicataria utilice tales elementos, con independencia de que ésta lo haga en ejercicio de sus propias facultades de disposición o de acuerdo con las instrucciones del organismo adjudicador.

En el caso que nos ocupa, resulta pacífico el hecho de que los trabajadores empleados por Kötter utilizan, desde el 1 de enero de 2004, los mismos elementos materiales de explotación, como los arcos detectores de metales, las instalaciones de control de equipajes, los detectores manuales de metales y los detectores de explosivos, del mismo modo que venían haciendo los empleados de Securicor. Así pues, se ha producido una transmisión de los principales elementos materiales necesarios para llevar a cabo la

explotación del servicio de control de pasajeros y equipajes. En efecto, a pesar de que la propiedad de los mismos no se ha transmitido sino que corresponde al organismo adjudicador de la concesión, lo cierto es que tales elementos han sido puestos a disposición de la nueva empresa adjudicataria del servicio, por más que en su utilización ésta deba seguir las instrucciones impartidas por aquél.

Cuestión distinta, y en cuya valoración no entra el TJCE - correspondiendo su determinación al juez o tribunal nacional -, es si, en el caso concreto, y una vez afirmada la existencia de transmisión de los principales elementos materiales de la explotación, este elemento por sí solo permite sostener que se ha producido la transmisión de una <entidad económica que conserva su identidad>. A tal fin será preciso atender al tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate y determinar si el servicio de control de pasajeros y equipajes de un aeropuerto descansa fundamentalmente en tales elementos materiales o en otro tipo de elementos tales como el personal que efectúa los controles.

En mi opinión, no hay duda de que, a pesar de que el personal que efectúa el control de pasajeros y equipajes en un aeropuerto debe acreditar un determinado nivel de formación, la ejecución de este tipo de actividad no reposa fundamentalmente en el elemento personal sino que el elemento organizativo o productivo clave es el empleo de un soporte material de cierta entidad económica como son los arcos detectores de metales, las instalaciones de control de equipajes, los detectores manuales de metales y los detectores de explosivos. Consiguientemente, la mera transmisión de tales elementos materiales a la nueva empresa adjudicataria resultaría determinante, a mi juicio, para entender producida la transmisión de empresa, al margen de la asunción de parte del personal de la anterior adjudicataria.

Esta nueva sentencia del TJCE no supone giro jurisprudencial alguno sino mera confirmación de la línea argumental mantenida por el Tribunal de Justicia en precedentes pronunciamientos, si bien desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico interno y, en particular, atendiendo a nuestra jurisprudencia ordinaria, puede entrañar la necesidad de que nuestro Alto Tribunal revise algunos de sus planteamientos a fin de ajustarlos a la jurisprudencia comunitaria.

Me refiero, en particular, al supuesto de reversión a un organismo público de ciertos servicios o actividades previamente externalizadas o concertadas con entidades privadas. Así, en la STS (Sala de lo Social) de 14 de abril de 2003 [4] se entra a valorar un supuesto en que el Ayuntamiento de Burgos asume la gestión directa del servicio de recaudación que anteriormente realizaba un empresario individual. En concreto, los hechos se resumen como sigue:

Salvador G. y Marta P. prestaban servicios en la oficina de recaudación de impuestos municipales de Burgos para el empresario D. Luis Pablo como cesionario de tal servicio.

La Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Burgos, en sesión celebrada el día 30 de septiembre de 1999, adoptó el acuerdo de denunciar el contrato en vigor suscrito con dicho empresario para la prestación de los servicios de Recaudador y Agente Ejecutivo de exacciones municipales en sus períodos voluntarios y ejecutivos.

El Recaudador Municipal notificó a los trabajadores cartas de 30 de diciembre de 1999 del siguiente tenor: *“como tiene conocimiento por la Comisión de Gobierno del pasado día 30 de septiembre, se me comunicó mi cese de Recaudador y Agente Ejecutivo del Excmo. Ayuntamiento de Burgos, a partir del próximo 1 de enero de 2000. En consecuencia, a partir de dicha fecha deberá ponerse a disposición directa del Excmo. Ayuntamiento de Burgos como cesionario de la oficina de recaudación donde ha venido Vd. prestando sus servicios profesionales a plena satisfacción a mis órdenes como Recaudador y Agente Ejecutivo”*.

El Ayuntamiento de Burgos rechazó la asunción de los dos trabajadores alegando que no se había producido transmisión de una entidad económica. Los trabajadores afectados interpusieron demanda solicitando se declarase que, con efectos de 1 de enero de 2000, el Excmo. Ayuntamiento de Burgos se había subrogado y sucedido al empresario D. Luis Pablo, en la posición jurídica de empleador en la relación laboral “fija” de los demandantes, declarando, por tanto, la existencia de despido de los trabajadores efectuado por el Excmo. Ayuntamiento de Burgos, con efectos de 1 de enero de 2000.

Atendiendo a los datos fácticos expuestos: ¿cabe hablar de cambio de titularidad?; ¿existe transmisión de una entidad económica?

El Tribunal Supremo concluye que, en el caso concreto, no existe transmisión de empresa arguyendo dos razones básicas.

En primer lugar, y tras efectuar un somero análisis del marco legal en que se mueve el servicio de recaudación de los Ayuntamientos, el Alto Tribunal sostiene que resulta manifiesta la tendencia a que este servicio sea llevado a cabo directamente por los entes locales a través de su funcionariado. En segundo lugar, y tomando en consideración la jurisprudencia en materia de transmisión de empresa, concluye que, si en cierto sentido puede aceptarse un cambio de titularidad en la actividad, se carece sustancialmente del elemento de la transmisión de una <entidad económica> por cuanto que *“la actividad de*

recaudación se desarrolla en un local propiedad del Ayuntamiento que había sido cedido por éste a D. Luis Pablo, se lleva a cabo sobre expedientes y documentos del propio Ayuntamiento y sólo permanecen como bienes que tuvieron relación con la anterior empresa los muebles y los equipos informáticos, pero estos bienes no son propiamente transmitidos por la empresa anterior al Ayuntamiento, pues el mobiliario es objeto de un contrato de alquiler y los equipos informáticos no son cedidos por la empresa anterior sino que son objeto de un contrato por un año por parte de la empresa RECAM S.A. y el Ayuntamiento”.

Respecto al primer argumento, importa destacar que, desde una perspectiva jurídico-laboral, el mismo resulta intrascendente a efectos de determinar la existencia o no de una transmisión de empresa, por cuanto que dicho argumento se sitúa en un plano distinto como es el de los efectos de la transmisión de empresa y su difícil encaje en los supuestos de reversión de actividades en que un organismo público ha de subrogarse en la posición de empleador respecto del personal laboral adscrito al servicio cuando éste, por imperativo legal, ha de prestarse por personal funcional y, en todo caso, mediante procedimientos de acceso a la función pública que garanticen los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En cualquier caso, de entenderse existente una transmisión de empresa, cabría aplicar en estos supuestos la figura del <contratado indefinido> - por contraposición al <fijo de plantilla> -; figura de creación jurisprudencial en el marco de la contratación temporal irregular en las Administraciones Públicas, en cuya virtud el personal laboral afectado por la contratación irregular se considera contratado indefinidamente sin que ello equivalga a la adquisición de fijeza en la plantilla del ente público sino que la vigencia de su relación laboral se extiende hasta que la plaza ocupada sea cubierta por el procedimiento reglamentariamente establecido o se amortice [5]. Es por ello que este primer argumento si bien permite explicar la decisión final del Tribunal Supremo – que no justificarla -, resulta totalmente ajeno a la lógica del artículo 44 TRLET, igualmente aplicable al ámbito de las Administraciones Públicas.

Por lo que al segundo argumento se refiere, en mi opinión, la actividad de recaudación de impuestos descansa fundamentalmente en el supuesto de autos en elementos materiales tales como la disposición de un local, de ciertos bienes muebles y equipos informáticos, y, sobre todo, de los expedientes y documentos del propio Ayuntamiento, imprescindibles para efectuar la actividad recaudatoria. Resulta así que el local es propiedad del Ayuntamiento así como los expedientes y documentos precisos para desarrollar la actividad recaudatoria, siendo éstos puestos a disposición del empresario individual D. Luis Pablo, y, más tarde, como consecuencia de la reversión del servicio al ente local, reintegrados al Ayuntamiento titular de los mismos. Además, el

Ayuntamiento dispone de los mismos bienes muebles y equipos informáticos utilizados por D. Luis Pablo en el desarrollo del servicio de recaudación de impuestos. Ciertamente que tales bienes y equipos no eran propiedad del anterior empresario y que tampoco existe cesión o puesta a disposición directa de los mismos entre aquél y el ente local, pero no es menos cierto que el Ayuntamiento dispone de los mismos elementos materiales que empleaba la anterior empresa. Poco importa que la anterior empresa y el propio Ayuntamiento los tuvieran arrendados a una tercera empresa. Lo decisivo, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, parece ser que se trata del mismo conjunto de bienes adscrito a idéntica finalidad productiva, de tal manera que, a mi juicio, cabría hablar de transmisión de empresa en este supuesto de reversión de actividades.

[1] Entre otras, vid. SSTJCE, de 7 de febrero de 1985, Arie Botzen y de 25 de enero de 2001, Oy Liikenne Ab.

[2] STJCE de 18 de marzo de 1983, Asunto Spijkers,.

[3] STJCE de 18 de marzo de 1983 Spijkers,; STJCE de 7 de febrero de 1985 Botzen.

[4] RJ 2003/5194.

[5] Entre otras, SSTS de 20 de enero de 1998 (RJ 1998/1000), de 21 de enero de 1998 (RJ 1998/1138), y de 27 de marzo de 2000 (2000/3128).