

REORDENACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y REVERSIÓN AL MUNICIPIO. APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2001/23/CE

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de julio de 2017, asunto C-416/16](#)

Marta Fernández Prieto

Profesora titular. Universidad de Vigo

1. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE REFERENCIA

El artículo 1 c) de la [Directiva 2001/23/CE](#) del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre traspasos de empresas, incluye en su ámbito de aplicación «a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro». No considera sucesión de empresa, en cambio, a efectos de la directiva, «la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas». El precepto se incorporó ya en la primigenia [Directiva 77/187/CEE](#), tras la reforma operada por la [Directiva 98/50/CE](#). Se adujeron entonces motivos de mera seguridad y transparencia jurídicas, a fin de clarificar el concepto de traspaso a la luz de jurisprudencia del tribunal de justicia, sin pretender la reforma ampliar el ámbito de aplicación de la directiva –considerandos cuarto y quinto de la [Directiva 98/50/CE](#)–.

El objetivo de las directivas de traspasos es garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores frente a consecuencias desfavorables que podrían derivarse en sus relaciones laborales o contratos de trabajo en caso de cambio de empresario por cesiones contractuales o fusiones. Esos cambios pueden producirse por modificaciones en la titularidad o en la estructura de las empresas, centros de actividad o partes de centros de actividad y opera también cuando la actividad empresarial se desarrolla por una entidad pública y sin ánimo de lucro.

Quedan, en cambio, al margen de la protección de la directiva la reorganización de estructuras y la transferencia de competencias entre Administraciones públicas. Esta exclusión ha sido objeto de interpretación restrictiva por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE–, para aplicarla únicamente a tareas propias del ejercicio del poder público. En este caso, aunque incluyan algún aspecto de carácter económico meramente accesorio. Así lo reconoció ya la [STJUE de 15 de octubre de 1996, asunto C-298/94, Henke](#), en un supuesto de cesión de actividades de poder público entre un municipio y una agrupación de municipios.

En definitiva, deben aplicarse las garantías inherentes a la transmisión de empresa que resultan de la directiva –en particular, la subrogación del cedente en los contratos de trabajo del cesionario– cuando el objeto de la transmisión sea una «empresa» en el sentido propio del término, una actividad con una dimensión económica principal. Actividades o empresas que, aunque fueran o pretendan ser prestadas por entidades de derecho público, podrían o pueden ser igualmente desarrolladas en régimen de competencia por operadores que actúan en el mercado con ánimo de lucro. Incluso en supuestos de reversión del servicio o la actividad a la Administración pública.

De acuerdo con las disposiciones de la directiva, si se produce el traspaso, los derechos y obligaciones que resulten de los contratos o relaciones laborales existentes en la fecha de la transmisión se transfieren del cedente al cesionario. El traspaso no puede constituir en sí mismo motivo de despido para ninguna de las empresas implicadas. La única salvedad que se prevé es la posibilidad de que el Estado miembro excluya de la protección frente al despido a una categoría de trabajadores que tampoco esté cubierta por la legislación de ese Estado en materia de protección contra el despido.

Por lo demás, la directiva protege a los trabajadores definidos como tales en la legislación laboral del Estado miembro de que se trate. Acoge, pues, el concepto de trabajador de Derecho interno. Y, aunque asume también la definición de contrato o relación laboral de la legislación nacional, no permite excluir de su ámbito de aplicación las relaciones laborales o contratos por el régimen de parcialidad en la jornada de trabajo o de duración temporal o determinada de la prestación de servicios.

2. BREVE SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

En octubre de 1999, el Sr. Piscarreta Ricardo celebra un contrato por tiempo indefinido como técnico de turismo con el municipio portugués de Portimão. Nueve años después pasa a desarrollar sus funciones, también mediante relación indefinida, en la empresa municipal Portimão Turis. En marzo de 2010, el municipio fusiona esa empresa a otra empresa municipal, Portimão Urbis, en la que el trabajador asume funciones de administrador y director sucesivamente hasta septiembre de 2011, momento en el que solicita una excedencia, renovándola en julio de 2013.

En octubre de 2014, el municipio disuelve la empresa Portimão Urbis, de la que es accionista único, y asume la gestión directa de parte de las actividades –transporte, equipos de desarrollo económico, y venta ambulante y mercados y ferias tradicionales– y de parte de los trabajadores, mediante acuerdo de cesión de interés público. Las actividades restantes –espacio público (actividad publicitaria, ocupación de la vía pública y estacionamiento), equipos colectivos y servicios de educación, acción social, cultura y deporte (teatro municipal, granja pedagógica, etc.)– y el resto de los trabajadores pasan, mediante cesión contractual, a Emarp (Empresa Municipal de Águas e Resíduos de Portimão), empresa de la que el municipio es también único accionista.

El Sr. Piscarreta Ricardo es informado de la terminación de su contrato como consecuencia de la disolución de Portimão Urbis. El trabajador considera el cese un despido ilegal e interpone la demanda correspondiente. Alega el traspaso de la actividad de la empresa Portimão Urbis, en parte al propio municipio y en la parte restante a Emarp. Las dos empresas municipales y el municipio estiman, en cambio, que la disolución *ex lege* de la empresa produjo un cese de actividad y no un traspaso. Entienden, además, que, al no existir una efectiva prestación de servicios por estar el trabajador en situación de excedencia, su contrato no había podido transferirse ni al municipio ni a la empresa municipal que continuaron la explotación de los servicios.

El Tribunal Judicial da Comarca de Faro suspende el procedimiento para plantear tres cuestiones prejudiciales al TJUE. La primera, en relación con el ámbito de aplicación de la directiva, para determinar si, en el caso de autos, se ha producido un traspaso de centro de actividad en el sentido de la directiva, como consecuencia de la disolución de una empresa municipal por acuerdo del órgano ejecutivo del municipio y la asunción de sus actividades, en parte por el municipio y en la parte restante por otra empresa municipal. La segunda, relativa al concepto de trabajador, para precisar si la directiva se aplica aunque el trabajador tenga en suspenso su contrato y no esté prestando efectivamente sus servicios en el momento del traspaso al encontrarse en situación de excedencia. La tercera cuestión es inadmitida por el TJUE, al entender el tribunal que no es necesaria su elucidación para la resolución de la controversia que da origen al procedimiento. Versaba sobre determinadas restricciones impuestas por una disposición de Derecho interno a la transmisión de trabajadores, por el tipo de relación laboral o su duración.

3. CLAVES DE LA POSICIÓN JUDICIAL

De especial interés resulta, a los efectos del presente comentario, la primera de las cuestiones prejudiciales resueltas por la [Sentencia del TJUE \(Sala octava\) de 20 de julio de 2017, asunto C-416/16, Piscarreta Ricardo](#). Tras recordar el tenor del artículo 1.1 c) de la directiva, el tribunal reproduce doctrina anterior en la que ya había declarado que la transmisión de actividades no se puede excluir del ámbito de la directiva por el mero hecho de que el cesionario sea un organismo de Derecho público, bien una empresa pública titular de un servicio público –[STJUE de 26 de noviembre de 2015, asunto C-509/14, Aira Pascual y otros](#)– o un ayuntamiento –[STJUE de 20 de enero de 2011, asunto C-463/09, CLECE](#) y jurisprudencia citada en su apdo. 26–.

En el supuesto que origina la controversia se produce una reordenación de servicios públicos desarrollados por una empresa municipal que se disuelve y que son asumidos por dos entidades públicas, el municipio y otra empresa municipal ya existente. Son, pues, tres las entidades de Derecho público implicadas. Revierte al municipio la gestión directa de parte de la actividad y la otra empresa municipal se hace cargo de la explotación de los servicios restantes.

Precisa el tribunal que, para la aplicación de la directiva, el traspaso debe afectar a una entidad que ejerza una actividad económica, entendiéndose por tal cualquier actividad que consista en ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado. Se incluyen 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. No, en cambio, actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público. De nuevo evoca el tribunal jurisprudencia anterior, contenida en los apartados 43 y 44 de la [Sentencia de 6 de septiembre de 2011, asunto C-108/10, Scattolon](#) y en sentencias citadas en aquellos. Y declara que, en el caso de autos, los servicios traspasados no parecen constituir prerrogativas de poder público sino actividades económicas.

También considera el TJUE una cuestión ya resuelta por reiterada jurisprudencia, la del alcance del artículo 1.1 a) de la directiva, que prevé su aplicación a los traspasos que sean «resultado de una cesión contractual o una fusión», con divergencias en las diferentes versiones lingüísticas de la directiva y entre las legislaciones internas respecto del concepto de «cesión contractual». El tribunal defiende una interpretación flexible de la expresión frente a una interpretación literal. No excluye la aplicación de la directiva la circunstancia de que el traspaso o cambio de empresario no se haya derivado de un acuerdo de voluntades sino de decisiones unilaterales de poderes públicos. En concreto, en relación con la controversia que da origen a la cuestión prejudicial, en la que es el órgano ejecutivo del municipio quien adopta el acuerdo de disolución de la empresa municipal, recuerda la jurisprudencia recogida en el apartado 25 de la [STJUE de 29 de julio de 2010, asunto C-151/09, UGT-FSP](#).

Minuciosamente analiza el TJUE la exigencia del artículo 1.1 b) de que el traspaso afecte a una unidad económica susceptible de mantener su identidad, un «conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica». El tribunal cita de nuevo la [STJUE de 26 de noviembre de 2015, asunto Aira Pascual](#), en la que señala que debe realizarse una evaluación global del conjunto de las circunstancias concurrentes en el caso de autos –tipo de actividad o actividades traspasadas, transmisión o no de elementos materiales, valor de los elementos inmateriales, transmisión o no de la mayor parte de los recursos humanos, la clientela..., grado de analogía de las actividades realizadas antes y después del traspaso, duración de una eventual suspensión de esas actividades...-. Y reitera su doctrina anterior sobre la ponderación de la importancia que debe atribuirse a cada criterio individualmente en función de la actividad transmitida y de los métodos de producción o explotación utilizados.

Para entender que se mantiene la identidad de la entidad económica no basta la asunción de la actividad económica por otra entidad sino que debe atenderse al personal, marco de actuación, organización del trabajo y métodos y medios de explotación. En concreto, lo que permite al cesionario continuar una actividad idéntica o análoga y determina, por tanto, la existencia de un traspaso no es tanto conservar la organización de los medios de producción transmitidos, como el mantenimiento del vínculo funcional de interdependencia y de complementariedad entre aquellos factores, aunque los factores transmitidos se integren en una estructura organizativa diferente. Así lo declaró el tribunal en las Sentencias de [12 de febrero de 2009, asunto C-466/07, Klarenberg](#), y [9 de septiembre de 2015, asunto C-160/14, Ferreira da Silva y otros](#).

La segunda cuestión prejudicial planteada pretende conocer si la directiva se aplica al personal con la relación laboral en suspenso al tiempo del traspaso. Recuerda el tribunal que la exis-

tencia de un contrato de trabajo o relación laboral en el momento del traspaso debe ser apreciada con arreglo al Derecho interno (*Auto de 15 de septiembre de 2010, asunto C-386/09, Briot*). Y, aunque pide su comprobación al órgano remitente, entiende que el Derecho portugués protege al demandante en su calidad de trabajador en excedencia. Siendo trabajador, los derechos, obligaciones y garantías derivados de su contrato de trabajo –en suspenso mientras dure la excedencia– deben transferirse en esos términos al cesionario, de acuerdo con el artículo 3.1 de la directiva.

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA ASENTADA Y PROBABILIDAD DE QUE SE CONSOLIDE EN EL FUTURO

La crisis económica ha desencadenado una cierta propensión a la reversión de servicios públicos por parte de algunas Administraciones públicas, para una mejor utilización de sus recursos humanos. Esa tendencia se manifiesta con especial intensidad en España en Administraciones de ámbito local. Y ello frente a la predisposición anterior a la externalización o privatización de servicios públicos, a menudo a través de contratos y concesiones, como fórmulas de funcionamiento de esos servicios más eficientes. Fórmulas ampliamente utilizadas en sectores como la gestión recaudatoria, de servicios sociales, actividades deportivas, culturales, de mantenimiento, limpieza, etc.

La reordenación de servicios públicos –o remunicipalización, cuando se produce en un entorno local– produce efectos importantes no exentos de controversias jurídicas en el ámbito de las relaciones laborales. Máxime cuando la externalización previa no se acompañó de una reorganización de la Administración afectada, con la correspondiente reducción de plantilla. Supuestos en que la gestión indirecta de los servicios públicos reveló una infrautilización de los recursos humanos propios, que trata de corregirse con la reversión y asunción directa de la gestión de los servicios.

El principal problema que provoca al Derecho del Trabajo la reordenación y reversión de servicios públicos a la Administración es el de determinar si se aplican las garantías inherentes a la sucesión de empresa. En otras palabras, si la Administración se subroga o no como empleadora en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social de la anterior empleadora, sin perjuicio de la condición que el personal con contrato indefinido trasferido deba adquirir. El respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público impiden la adquisición de la condición de personal laboral fijo de la Administración. El trabajador, como empleado público, tendrá la consideración de personal laboral indefinido no fijo. Sobre el tema y su trascendencia puede verse el editorial de J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS, «[Aspectos laborales de la reversión de servicios públicos](#)», publicado en el número 407 de esta revista.

La *STJUE de 20 de julio de 2017* reitera anterior jurisprudencia consolidada sobre la interpretación de la *Directiva 2001/23/CE*. En primer lugar, sobre el artículo 1.1 c). No es la naturaleza pública o privada de las entidades cedente o cesionaria lo que determina la exclusión o aplicación de la directiva. Lo relevante es la circunstancia de que el servicio transmitido sea una actividad propia del ejercicio del poder público o una actividad económica. En este sentido, véanse, entre

otras, las SSTJUE de [10 de diciembre de 1998](#), asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, Sánchez Hidalgo y otros; [26 de septiembre de 2000](#), asunto C-175/99, Mayeur, y [6 de septiembre de 2011](#), asunto C-108/10, Scattolon.

En nuestro ordenamiento, el artículo 9.2 del [Estatuto Básico del Empleado Público](#) reserva «a los funcionarios públicos» el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca. Parece, pues, que las tareas propias del ejercicio del poder público no podrían ser desarrolladas por personal laboral. En este sentido y a los efectos de la directiva, los servicios públicos gestionados indirectamente constituyen actividades económicas. Cuando, tras su rescate, pasan a ser desarrollados por la Administración, no quedan por la naturaleza pública del servicio al margen de la directiva. No obstante, no se puede obtener la conclusión equivocada de que en todos los casos de reversión de servicios se produce un traspaso de empresa.

El artículo 1.1 b) exige, para la aplicación de la directiva, que el servicio transmitido sea una entidad económica que mantenga su identidad, un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica. Y, al efecto, el tribunal insiste en que la importancia que debe atribuirse a los distintos criterios que inciden en el mantenimiento de la identidad del servicio transmitido varía en función de cuál sea la actividad ejercida o de sus métodos de explotación o producción. El TJUE no realiza una interpretación restrictiva del precepto, entendiendo la empresa como organización, sino con posibilidad de acoger una noción más funcional. Esa noción permite calificar como traspaso la sucesión de plantillas, en actividades que no requieren elementos significativos de activo material o inmaterial y en las que la actividad descansa fundamentalmente sobre la mano de obra, cuando el cesionario se hace cargo de una parte esencial de los trabajadores, en términos de número y de competencias.

Con todo, si la reversión del servicio, en actividades que no requieren activos materiales e instalaciones importantes, comporta su explotación directa con los propios trabajadores de la Administración o incluso con trabajadores nuevos por ella contratados, pero sin hacerse cargo del personal de la empresa contratista, no se aplica el régimen de la sucesión de empresa. Así lo reconoció el TJUE, entre otros, en el [asunto CLECE](#), en un supuesto en que un ayuntamiento rescata la actividad de limpieza y contrata para ello nuevo personal. Entiende el tribunal que la identidad de la actividad recae en este caso en la mano de obra y que no puede mantenerse si el cesionario no se hace cargo de la mayor parte de la plantilla. En el mismo sentido, entre otras, la [STS de 9 de febrero de 2016](#), [rec. núm. 400/2014](#), respecto de la reversión a la Administración del servicio de mantenimiento de centros escolares que pasa a gestionar con los trabajadores de su plantilla y sus propios recursos materiales.

Ahora bien, tampoco puede concluirse con la posibilidad de esquivar las garantías de la directiva en los supuestos de reversión de servicios públicos –y, en particular, la subrogación en los contratos de trabajo de la Administración empleadora– mediante la asunción de la explotación del

servicio con personal propio o contratado a tal efecto. Deben tomarse en consideración todos los elementos concurrentes en cada proceso y que pueden confluír para determinar el mantenimiento o no de la identidad del servicio. Si la actividad transmitida requiere un equipamiento importante, varía la importancia que debe atribuirse a los distintos criterios evaluables. No es preciso en ese caso, para que se aplique la directiva, que el nuevo empresario se haga cargo de una parte esencial de los trabajadores que su antecesor había dedicado al desarrollo de la misma actividad. Ni siquiera en el caso de que los elementos materiales no hubiesen pertenecido a ese antecesor sino a la propia entidad pública cesionaria, que decide recuperar la gestión del servicio para desarrollarla con su propio personal, tras habérsela cedido contractualmente a la otra empresa y haber puesto a su disposición las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que era propietaria. Así lo declara el TJUE en el [asunto Aira Pascual y otros](#), respecto de la empresa pública ADIF que pasa a desarrollar con su propio personal una actividad de manipulación de unidades de transporte intermodal, poniendo fin a un contrato de gestión en el que cedía la explotación de la actividad a otra empresa y ponía a su disposición las infraestructuras y equipamiento necesarios, cuya propiedad conservaba.