

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. M. POIARES MADURO

presentadas el 16 de junio de 2005¹

1. En el presente asunto se solicita al Tribunal de Justicia que precise una vez más los límites del concepto de «transmisión» a efectos del artículo 1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad² (DO L 82, p. 16). En efecto, el Arbeitsgericht Düsseldorf (Alemania) planteó al Tribunal de Justicia, en dos resoluciones de remisión con fecha de 5 de mayo de 2004, varias cuestiones sobre la aplicación de esta Directiva en caso de sucesión de un contratista por otro en el marco de una contrata de servicios de control de pasajeros en el aeropuerto de Düsseldorf. Más concretamente, el órgano jurisdiccional remitente desea saber qué consecuencias lleva aparejada la puesta a

disposición por parte del organismo adjudicador³ de determinados elementos de explotación en beneficio de los adjudicatarios.

I. Hechos, marco jurídico y cuestiones prejudiciales

2. Con arreglo a los términos de un contrato celebrado el 24 de marzo/5 de abril de 2000 con la República Federal de Alemania, Aviation Defence International Germany Ltd se hizo cargo del control de equipajes y de pasajeros en el aeropuerto de Düsseldorf. Posteriormente, se confió a Securicor Aviation (Germany) Ltd (en lo sucesivo, «Securicor») la ejecución de esta contrata. Mediante escrito con fecha de 5 de junio de 2003, se informó a Securicor de que su misión no se prolongaría más allá del 31 de diciembre de 2003, al haberse adjudicado a la sociedad Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG (en lo sucesivo, «Kötter») la contrata consistente en la ejecución de misiones de seguridad aérea en el aeropuerto. Esta

1 — Lengua original: portugués.

2 — Esta Directiva codifica las modificaciones introducidas en la Directiva 77/187/CEE del Consejo, 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 traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (DO L 61, p. 26; EE 05/02, p. 122), mediante la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 28 de junio de 1998 (DO L 201, p. 88).

3 — A continuación, se hará referencia, indistintamente, al término «comitente» o al «organismo adjudicador».

sociedad comenzó a ejercer sus actividades el 1 de enero de 2004.

3. Según el tenor del contrato, que no se modificó con el cambio de adjudicataria, la República Federal de Alemania, pone a disposición de esta última los aparatos de seguridad aérea necesarios para la realización de los controles y se hace cargo de su mantenimiento. Se trata de arcos detectores de metales, cintas transportadoras de equipajes con 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.

4. Igualmente, se estipula en el contrato que la adjudicataria deberá atenerse al artículo 29, letra c), apartado 1, de la Luftverkehrsgesetz (Ley de transporte aéreo), que establece: «La prevención de atentados y la seguridad del transporte aéreo, en particular para evitar los secuestros de aviones y los actos de sabotaje, será misión de las autoridades de navegación aérea. La competencia territorial de las autoridades de navegación aérea se extenderá, a este respecto, a toda la zona aeroportuaria. En la medida en que el cumplimiento de esta misión requiera el registro de personas y el examen radioscópico, la visión con rayos X u otras formas de control de bienes y objetos, las autoridades de navegación aérea podrán recurrir a personas cualificadas como asistentes, que en todo caso deberán actuar bajo su supervisión.»⁴

5. Por consiguiente, los trabajadores empleados por la adjudicataria destinados a efectuar tareas de control deben recibir una formación específica de cuatro semanas y pasar un examen como asistentes de seguridad aérea con el fin de obtener una delegación del poder público que les habilite para ejercer estas actividades de control.

6. Las Sras. Güney-Görres y Demir trabajan, respectivamente, desde el 26 de abril de 2000 y el 7 de mayo de 2001, en calidad de agentes de seguridad y, como tales, estaban sujetas a lo dispuesto en el artículo 29, letra c), de la Ley de transporte aéreo. Mediante un escrito de 26 de noviembre de 2003, dirigido a cada una de ellas, Securicor les informó de que resolvía sus contratos de trabajo con efectos a partir del 31 de diciembre de 2003. En respuesta a este escrito, las trabajadoras interpusieron sendas demandas ante el Arbeitsgericht Düsseldorf, recibidas por este órgano jurisdiccional el 18 de diciembre de 2003, con el objeto de que se declarara la continuidad de sus respectivos contratos de trabajo con la nueva adjudicataria, al haberse producido una transmisión de empresa.

7. El concepto de «transmisión» de empresa se define en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23, que dispone:

«a) La presente Directiva se aplicará a los trasposos de empresas, de centros de

⁴ — Se cita esta Ley en la versión de promulgación de 27 de marzo de 1999 (BGBl. 1999 I, p. 550), modificada, en último lugar, por la Ley de 6 de abril de 2004 (BGBl. 2004 I, p. 550).

actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión.

- b) Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará traspaso a efectos de la presente Directiva 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.»⁵

8. El artículo 613 a del *Bürgerliches Gesetzbuch*, que adaptó el ordenamiento jurídico alemán a esta disposición, establece en su apartado primero: «Cuando un centro de actividad o una parte de un centro de actividad se transmite por acto jurídico a otro titular, éste se subrogará en los derechos y obligaciones nacidos de las relaciones laborales existentes en el momento de la cesión.»

9. Según el *Arbeitsgericht Düsseldorf*, la existencia de una transmisión de empresa depende de la eventual transmisión de los

elementos de explotación, a saber, los aparatos de seguridad aérea, de Securicor a Kötter. Ahora bien, ha quedado acreditado que Kötter utiliza los mismos elementos de explotación que Securicor, puestos a disposición por el organismo adjudicador de la contrata. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si esta circunstancia basta para considerar que existe transmisión de empresa a efectos del artículo 1 de la Directiva 2001/23, tal como fue interpretada por el Tribunal de Justicia en su sentencia *Abler y otros*.⁶ En esta sentencia, en efecto, el Tribunal de Justicia se basó en la puesta a disposición de los elementos del activo por el comitente para considerar que existía transmisión de empresa entre sucesivos prestadores de servicios. Las dudas del órgano jurisdiccional remitente proceden igualmente de la interpretación del concepto de transmisión resultante de la jurisprudencia del *Bundesarbeitsgericht*, que considera que los elementos de explotación puestos a disposición de la adjudicataria sólo pueden asimilarse a un elemento de ésta última en caso de «gestión económica propia».⁷ Por consiguiente, en dos resoluciones de 3 de mayo de 2004, acumuladas mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 2004 en razón de la identidad de las cuestiones planteadas, el *Arbeitsgericht Düsseldorf* planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones:

- «1) En el marco del examen de la existencia de una transmisión de empresa con arreglo al artículo 1 de la Directiva

5 — Esta definición ha quedado invariable respecto a la versión de la Directiva 98/50.

6 — Sentencia de 20 de noviembre de 2003 (C-340/01, Rec. p. I-14023).

7 — Sentencia de la Sala Octava del *Bundesarbeitsgericht* de 11 de diciembre de 1997 (8 AZR 426/94, BAGE 87, 296); auto de 22 de enero de 1998 (8 ABR 83/96) aún no publicado, y sentencia de 25 de mayo de 2000 (8 AZR 337/99) aún no publicada, reproducidas en anexo a las observaciones del Gobierno alemán.

2001/23/CE —con independencia de la cuestión de las relaciones de propiedad —, en caso de la readjudicación de una contrata y a efectos una evaluación global, ¿la comprobación de que se produce la transmisión de los elementos de explotación de la adjudicataria inicial a la nueva adjudicataria está subordinada al requisito de que se cedan a esta última dichos elementos a los fines de una gestión económica propia? Por tanto, para responder afirmativamente a la existencia de 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 comitente constituyen el “objeto” o el “medio” de la prestación efectuada por la adjudicataria?

- 2) En el caso de que el Tribunal de Justicia responda afirmativamente a la primera cuestión:

a) ¿Debe excluirse la afectación de los elementos de explotación a la gestión económica propia, cuando el comitente ponga éstos a disposición de la adjudicataria para su mera utilización y se haga cargo del mantenimiento, así como de los costes correspondientes?

b) ¿Puede hablarse de gestión económica propia por parte de la adjudicataria cuando, en el marco del control de pasajeros en los aeropuertos, ésta utiliza los detectores de metales de arco y manuales y los aparatos de rayos X puestos a su disposición por el comitente?»

10. Estas dos cuestiones tienen por objeto determinar las condiciones en las que se puede considerar que se ha producido una transmisión de los elementos de explotación, cuando el organismo adjudicador pone estos elementos a la disposición de las sucesivas adjudicatarias de esta contrata.

11. Con carácter previo, debe indicarse que la aplicabilidad de la Directiva 2001/23 a las contratas de servicios no alberga dudas. En la sentencia *Watson Rask y Christensen*,⁸ el Tribunal de Justicia afirmó, en efecto, esta posibilidad. Posteriormente, las sentencias *Schmidt*⁹ y *Süzen*¹⁰ confirmaron esta inter-

8 — Sentencia de 12 de noviembre de 1992 (C-209/91, Rec. p. I-5755), apartado 17.

9 — Sentencia de 14 de abril de 1994 (C-392/92, Rec. p. I-1311), apartados 12 a 14. Sin embargo, con posterioridad a esta sentencia, que fue severamente criticada por la doctrina, la Comisión sugirió, en una propuesta de revisión de la Directiva 77/187, distinguir entre, por una parte, la transmisión de una entidad y, por otra, la transmisión solamente de una actividad de una entidad, caso este último que se sustraería al ámbito de aplicación de la Directiva. Frente a la oposición del Parlamento Europeo, la Comisión de las Comunidades Europeas modificó su propuesta inicial y suprimió dicha cláusula del texto. Sin embargo, la sentencia de 11 de marzo de 1997, *Süzen* (C-13/95, Rec. p. I-1259), reproduce la distinción entre una entidad y una «simple actividad».

10 — Sentencia antes citada.

pretación. Se pueden citar, como ejemplos de aplicación de la Directiva 2001/23 a casos de sucesiones de contratas, los asuntos Hidalgo y otros,¹¹ Hernández Vidal y otros,¹² Allen y otros,¹³ Liikenne,¹⁴ Temco,¹⁵ y, en último lugar, Abler y otros, antes citado.

12. Aunque existe una jurisprudencia abundante al respecto, sin embargo, el debate sobre el concepto de transmisión de empresa no está cerrado, ya que los Abogados Generales siguen presentando al Tribunal de Justicia argumentos que ponen en tela de juicio su interpretación extensiva de este concepto.¹⁶ A veces, a la jurisprudencia le cuesta trabajo fijar con claridad el límite existente entre transmisión de actividad y transmisión de empresa.¹⁷ Ahora bien, este límite garantiza un equilibrio entre los dos

objetivos perseguidos por la Directiva 2001/23, a saber, por una parte y con carácter principal, la protección de los trabajadores¹⁸ y, por otra parte, la realización del mercado único.¹⁹

13. Para que una entidad conserve su identidad después de la transmisión, deberá haber existido previamente como entidad autónoma.²⁰ Contrariamente a lo que sostuvo Kötter en la vista, no me cabe duda de que existe una entidad económica destinada a efectuar las actividades de control en el aeropuerto de Düsseldorf. Sin embargo, con el fin de responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, habrá que apreciar, en primer lugar, si los elementos puestos a disposición por el comitente forman parte de la entidad transmitida, es decir, examinar si estos elementos puestos a disposición de Securicor le son imputables. La naturaleza de la puesta a disposición será determinante en este análisis. En una segunda fase del razonamiento, se abordará la cuestión del mantenimiento de la identidad de la entidad.

11 — Sentencia de 10 de diciembre de 1998 (asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, Rec. p. I-8237).

12 — Sentencia de 10 de diciembre de 1998 (asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Rec. p. I-8179).

13 — Sentencia de 2 de diciembre de 1999 (C-234/98, Rec. p. I-8643).

14 — Sentencia de 25 de enero de 2001 (C-172/99, Rec. p. I-745).

15 — Sentencia de 24 de enero de 2002 (C-51/00, Rec. p. I-969).

16 — Por ejemplo, a juicio del Abogado General Geelhoed, las circunstancias fácticas del asunto Abler y otros, antes citado, debían ser examinadas como la «pérdida de un contrato por parte del prestador de servicios originario y [la] obtención de la adjudicación por parte de un nuevo prestador de servicios» (punto 54) y no como una transmisión de empresa. En el punto 38 de sus conclusiones en el asunto Temco, antes citado, el Abogado General Geelhoed insiste igualmente sobre la importancia del contexto económico y esgrime que «la dinámica del mercado podría verse alterada si se admitiera con demasiada flexibilidad una transmisión en el sentido de la Directiva».

17 — Sólo el segundo caso entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23. La transmisión de actividad es uno de los elementos que constituyen la transmisión de empresa. Además, para que se produzca una transmisión de empresa, resulta necesario que se transmita igualmente una entidad económica estable, soporte de la actividad. Sobre el concepto de entidad económica, véanse en particular las conclusiones del Abogado General Van Gerven, presentadas en el asunto Schmidt, antes citado, puntos 13 y 14; Pochet, P., *L'apport de l'arrêt Schmidt à la définition du transfert d'une entité économique*, Droit social, 1994, p. 931, y O'Leary, S., *Employment Law at the European Court of Justice*, Oxford, 2002, p. 259.

18 — Véase, recientemente, la sentencia de 26 de mayo de 2005, Celtec (C-478/03, apartados 26 y 27, Rec. I-4389). Véase también Mertens de Wilmars, J., y Nyssens, H., «Intégration européenne et correction des mécanismes du marché: un modèle économique et social européen», *Philosophie du droit et droit économique: Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, 1999, p. 557.

19 — Más en general, la Directiva 2001/23 tiene en cuenta exigencias económicas, puesto que prevé en su artículo 5, apartado 1, que la misma en principio no será aplicable cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia. Sobre el equilibrio entre los dos objetivos perseguidos por la Directiva, Kenner, J., *EU Employment Law, From Rome to Amsterdam and beyond*, Oxford, 2003, p. 352.

20 — Existe una jurisprudencia reiterada al respecto: sentencias Süzen, antes citada, apartado 13; de 19 de septiembre de 1995, Rygaard (C-48/94, Rec. p. I-2745), apartado 20; Liikenne, antes citada, apartado 31, y Abler y otros, antes citada, apartado 30.

II. Consideraciones previas sobre la transmisión de los elementos de explotación del comitente a los contratistas

14. Mediante la primera cuestión del órgano jurisdiccional remitente se trata de averiguar si los elementos de explotación puestos a disposición por el organismo adjudicador forman parte de la entidad económica transmisible. Como sostiene el órgano jurisdiccional nacional, ¿puede considerarse que la sentencia Abler y otros, antes citada, aporta una respuesta a esta pregunta?

15. Es cierto que de la jurisprudencia se desprende que la transmisión de propiedad no es indispensable para que se produzca una transmisión de los elementos materiales o inmobiliarios. Así, por ejemplo, en el asunto Redmond Stichting,²¹ la asociación beneficiaria de una subvención municipal, Redmond Stichting y luego Sigma, alquilaba un inmueble al municipio. El Tribunal de Justicia incluye, entre los elementos que permiten demostrar la existencia de una transmisión, el hecho de que «el inmueble alquilado por Redmond ha sido cedido en alquiler a Sigma».²² Por tanto, la falta de transmisión de propiedad de un contratista a otro no impide que se pueda producir una transmisión de activos, en la medida en que

se acredite que los activos de que se trata forman parte de la entidad transmisible.²³

16. La cuestión acerca de cuáles son las circunstancias en que una puesta a disposición de activos por parte del comitente implica que estos activos se incorporen a la entidad transmisible del contratista, resulta más delicada. La jurisprudencia no aporta indicaciones claras a este respecto. Por el contrario, parece dividida.

17. En el marco de una sucesión de empresas para la ejecución de una actividad de limpieza, la sentencia Sützen, sin pronunciarse directamente, se limitaba a señalar que la identidad de una entidad económica resulta de elementos como, en su caso, «los medios de explotación» puestos a su disposición por el comitente.²⁴

18. Con posterioridad a esta sentencia, parece que el Tribunal de Justicia dudó de nuevo, a la hora de pronunciarse en el asunto Watson Rask y Christensen.²⁵ La sociedad Philips encomendó, por primera vez, el servicio de cantina de su empresa a un contratista exterior. Puso a disposición de la sociedad ISS Kantineservice, sin contraprestación económica alguna, los locales de venta y producción aprobados por esta última, el equipo necesario para la gestión de la cantina, electricidad, agua caliente y teléfono,

21 — Sentencia de 19 de mayo 1992 (C-29/91, Rec. p. I-3189).

22 — Apartado 26 de la sentencia. En el punto 13 de sus conclusiones, el Abogado General Van Gerven estimaba: «También ha tenido lugar de hecho una transmisión de los activos materiales, en el sentido de que el edificio dado en arrendamiento a Sophie Redmond por el municipio de Groningen fue dado en arrendamiento a Sigma a partir del 1 de enero de 1991.»

23 — Véanse, igualmente, la sentencia Abler y otros, antes citada, apartado 42, y la sentencia del Tribunal de la AELC de 10 de diciembre de 2004, Rasmussen (E-2/04, aún no publicada).

24 — Sentencia antes citada, apartado 15.

25 — Sentencia antes citada.

y se comprometió a ocuparse del mantenimiento general de los locales y equipos, así como de la recogida de basuras.²⁶ En el punto 6 de sus conclusiones, el Abogado General Van Gerven estimó que esta situación debía analizarse como «el hecho de que los bienes muebles no fueran transmitidos por Philips». El Tribunal de Justicia afirma solamente que la Directiva 77/187 es aplicable al supuesto de contratación externa de la empresa, al mismo tiempo que considera que la puesta a disposición de los elementos de explotación por parte del comitente forma parte de las «diversas ventajas cuyas particularidades quedan determinadas en el contrato celebrado»²⁷ entre ambas empresas.

19. Sin embargo, parece que en la citada sentencia Temco se da una respuesta a la cuestión de las consecuencias que lleva aparejada la puesta a disposición de los activos por el comitente. En ese asunto, Volkswagen ponía a disposición de las empresas de limpieza contratadas todos los medios necesarios para la limpieza industrial de sus instalaciones. El Tribunal de Justicia admitió el análisis del órgano jurisdiccional nacional que deducía de este hecho que no se había producido ninguna cesión de elementos del activo de un contratista a otro.²⁸ En efecto, nada impide que los elementos del activo puestos a disposición sean utilizados por una adjudicataria, y luego por su sucesora, sin que, por ello, formen parte de la entidad transmisible.

20. Contrariamente a lo que parecía afirmarse en dicha sentencia, el Tribunal de Justicia adoptó, sin embargo, un enfoque distinto en la sentencia Abler y otros, antes citada, al considerar que, en determinados casos, la puesta a disposición de los activos por el comitente puede dar lugar a una transmisión de activos entre contratistas. En efecto, en ese asunto, en que dos prestadores de servicios se sucedieron para efectuar los servicios de restauración en un hospital, la entidad gestora ponía a su disposición los locales, el agua y la energía, así como los equipos indispensables, pequeños y grandes. El Tribunal de Justicia declaró que «Sodexo se hizo cargo de los elementos materiales indispensables para la actividad de que se trata [...]».²⁹ Ahora bien, esta conclusión implica necesariamente, como señaló el Gobierno alemán en la vista, que los elementos materiales de que se trataba formaban parte de la entidad transmisible, aunque el hospital conservara su propiedad.³⁰

21. Así, mientras que en el asunto Temco, antes citado, la puesta a disposición de los elementos de explotación por el comitente no daba lugar a la inclusión de dichos elementos en la entidad transmisible, en la sentencia Abler y otros, antes citada, se llegó a la conclusión contraria.³¹ Parece desconcertante que este dilema no sea el resultado

26 — Sentencia Watson Rask y Christensen, antes citada, apartado 6.

27 — Sentencia Watson Rask y Christensen, antes citada, punto 1 del fallo.

28 — Conclusiones en el asunto Temco, antes citado, punto 25. Obsérvese que el Tribunal de Justicia consideró en ese asunto que se había producido una transmisión de empresa de un contratista a otro debido a que el segundo contratista había asumido una parte esencial de las competencias del personal.

29 — Sentencia Abler y otros, antes citada, apartado 36.

30 — Es preciso señalar que el Abogado General Geelhoed sugería, en el punto 77 de sus conclusiones, la solución contraria: «Habida cuenta de que el adjudicador es propietario de los medios de producción, una vez expirado el contrato recupera la facultad de disposición sobre dichos medios de producción. Por tanto, en el asunto principal tampoco se ha producido una cesión de dichos elementos.»

31 — Esta conclusión, podría explicarse como la expresión de la voluntad del Tribunal de Justicia de impedir que las partes excluyan contractualmente la aplicación de la Directiva 77/187.

de la aplicación de un criterio que permita distinguir entre los dos casos. A mi juicio, por el contrario, como alegó el Gobierno alemán en sus observaciones orales, este dilema en la jurisprudencia puede interpretarse como la consecuencia de la falta de un criterio operativo.

22. Habida cuenta de las vacilaciones de la jurisprudencia, y contrariamente a lo que sostiene Securicor, es necesario evitar una generalización que implique que cualquier puesta a disposición de los elementos de explotación por un comitente equivaldría a la inclusión de dichos elementos en la entidad transmisible. En este supuesto, como subrayó el Gobierno alemán en la vista, cualquier sucesión de prestadores de servicios para ejecutar una contrata sería calificada de transmisión de empresa, a condición de que los elementos del activo fueran puestos a su disposición por el comitente. Por tanto, la simple pérdida de una contrata en beneficio de un competidor podría ser asimilada a una transmisión de empresa, en contra de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia.³² Se volvería a enturbiar la línea de demarcación entre transmisión de empresa y transmisión de actividad.³³

32 — Sentencia Stizen, antes citada, apartado 16: «En consecuencia, la simple pérdida de una contrata de servicios en beneficio de un competidor no puede, por sí sola, revelar la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva. En esta situación, aunque pierda un cliente, la empresa de servicios que era anteriormente titular de la contrata no deja de existir íntegramente, sin que pueda considerarse que uno de sus centros de actividad, o una parte de sus centros de actividad, se ha cedido al nuevo adjudicatario de la contrata.»

33 — Sobre el peligro de esta confusión, véase, por ejemplo, la Crónica de Déprez, J., RJS, 1995, n° 5, p. 315; o incluso Bailly, P., *Le flou de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail*, Droit social, 2004, p. 366.

23. Además, como observaron Kötter y el Gobierno alemán en la vista, las consecuencias económicas de semejante generalización, no fundada en un criterio coherente, podrían ser especialmente significativas, ya que los elementos sobre los que se ejercía la competencia entre contratistas se verían extremadamente reducidos: el reconocimiento automático de una transmisión de empresa entre sucesivos prestadores de servicios significaría la transformación de los costes del personal en costes fijos. El margen de maniobra del que dispondrían los competidores potenciales para diferenciarse en el marco de un procedimiento de licitación se vería reducido al mínimo, puesto que quedaría circunscrito a la organización de las competencias del personal.³⁴

24. A falta de un criterio claro de distinción en la jurisprudencia, el órgano jurisdiccional remitente, apoyado por el Gobierno alemán, sugiere que, la respuesta a la cuestión de si los activos puestos a disposición por el organismo adjudicador son o no imputables a la adjudicataria que los utiliza, depende del concepto de «gestión económica propia».

34 — More, G., «The Acquired Rights Directive: Frustrating or Facilitating Labour Market Flexibility?», *New Legal Dynamics of European Union*, 1995, p. 129.

III. El criterio de la gestión económica propia

25. Conforme a la jurisprudencia del Bundesarbeitsgericht, en virtud del criterio de la gestión económica propia, los elementos de explotación puestos a disposición por el comitente formarán parte integrante de la entidad económica transmisible, a condición de que el contratista tenga la posibilidad de gestionar libremente esos elementos en función de su propio interés.

26. Según el órgano jurisdiccional remitente y el Gobierno alemán, este criterio permite explicar la solución adoptada por el Tribunal de Justicia en el asunto Abler y otros, antes citado.³⁵ En efecto, Sodexho tenía la libre gestión económica de la cocina que estaba a su disposición. Actuaba en función de su propio interés económico, tanto en cuanto a la elaboración de los menús, como en lo que se refiere al suministro a otros clientes distintos del hospital. Además, los gastos de mantenimiento corrían a cargo de quienes utilizaban los elementos de explotación. Por el contrario, esgrime el Gobierno alemán, en el presente asunto, los instrumentos de control de los pasajeros puestos a disposición de Securicor no podrían considerarse integrantes de una entidad transmisible, puesto que esta sociedad no disponía de ningún margen de maniobra respecto a su utilización.

27. Antes de valorar la pertinencia del criterio propuesto por el órgano jurisdiccional remitente, procede remitirse al tenor del artículo 1, apartado 1, letra b) de la Directiva 2001/23, que define una entidad económica como «un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio». Nada en el texto de este artículo exige o se opone a la elaboración de un criterio que permita determinar los casos en los que una puesta a disposición de los activos equivalga en realidad a una «transmisión» de estos activos del comitente a la adjudicataria.

28. Sin embargo, por las razones que se exponen a continuación, a mi juicio, el criterio de la gestión económica propia propuesto por el órgano jurisdiccional remitente, no es operativo.

29. En primer lugar, el criterio propuesto por el órgano jurisdiccional remitente carece de justificación normativa. En efecto, la distinción efectuada entre una situación en la que existe una gestión económica propia y otra sin dicho modo de gestión, no se ha creado ni con el fin de garantizar la protección de los trabajadores, ni con el objetivo de permitir la realización del mercado interior. No se da ninguna justificación para esta diferencia de trato. La falta de conexión con alguno de los objetivos perseguidos por la Directiva 2001/23 mina la credibilidad del criterio sugerido.

35 — La doctrina alemana ha señalado, por el contrario, el riesgo de contradicción entre la sentencia Abler y otros y el criterio de la gestión económica propia: Adam, R., *Betriebsübergang — Der Übergang materieller Betriebsmittel als Tatbestandsmerkmal des § 13a BGB*, Monatsschrift für Deutsches Recht, 2004, n° 16, p. 909; Willemsen, H.J., y Annuss, G., *Auftragsnachfolge — jetzt doch ein Betriebsübergang?*, Der Betrieb, 2004, n° 3, p. 134.

30. En segundo lugar, sin embargo, para excluir el criterio de la gestión económica propia no basta con comprobar que éste, en algunos casos, restringe el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23. Aunque no quepa duda de que dicha Directiva persigue con carácter principal la protección de los trabajadores, tiende igualmente a la realización del mercado interior, como muestra su adopción sobre la base del artículo 94 CE. Por tanto, no es posible sostener, como pretenden la Comisión y Securicor, que la finalidad y el efecto útil de la Directiva 2001/23 resultarían comprometidos por el mero hecho de que ésta no sea aplicable a todas las situaciones de sucesiones de prestadores de servicios, sino únicamente a aquellos casos en que tenga lugar una transmisión de empresa.³⁶

31. En tercer lugar, aunque no puede negarse que Securicor dispone de menos flexibilidad en la utilización de los materiales de control que una empresa que explota una cantina, en lo que se refiere a la cocina, no se puede deducir, sin embargo, que la transmisión de los elementos del activo sólo ha tenido lugar en el segundo caso. Como señaló la Comisión en la vista, la diferencia entre ambas situaciones constituye una mera cuestión de grado: ambas empresas conservan cierta flexibilidad en la forma de organizar sus actividades, valiéndose de los

elementos de explotación que se hallan a su disposición.³⁷

32. Por otra parte, el criterio de la gestión económica propia puede provocar debates casuísticos, cuyo resultado parece difícil de prever para las empresas, en detrimento de la seguridad jurídica. A este respecto, basta con citar la sentencia dictada por el Bundesarbeitsgericht el 25 de mayo de 2000, adjunta a las observaciones presentadas por el Gobierno alemán, para demostrar que este criterio requiere efectivamente un análisis pormenorizado de la autonomía conferida por la contrata de servicios a la empresa encargada de efectuar la prestación. Ahora bien, dado que todo prestador de servicios goza necesariamente de cierta autonomía económica respecto al comitente, este criterio no permite delimitar en qué casos se ha producido una transmisión de activos.

33. Por último, comparto la opinión de la Comisión que estima que el criterio de la gestión económica propia otorgaría una importancia excesiva a las disposiciones contractuales establecidas entre el comitente y el prestador de servicios. Si el contenido del contrato convenido fuese decisivo para la

36 — Esta distinción corresponde a la expuesta anteriormente entre transmisión de actividad y transmisión de empresa.

37 — Véase, también, la sentencia Hidalgo y otros, antes citada, apartado 27: «La existencia de una entidad suficientemente estructurada y autónoma dentro de la empresa adjudicataria del contrato público no resulta, en principio, afectada por la circunstancia, por lo demás frecuente, de que dicha empresa esté sujeta al respeto de obligaciones precisas que le impone el organismo adjudicador. En efecto, aun cuando puede ocurrir que la influencia ejercida por dicho organismo en el servicio efectuado por el adjudicatario sea amplia, lo cierto es que, normalmente, éste conserva cierta libertad, siquiera reducida, para organizar y prestar dicho servicio, sin que quepa interpretar que su misión se limita a poner su personal a disposición del organismo adjudicador.»

calificación de transmisión de empresa, los cocontratantes podrían eludir entonces la aplicación de la Directiva 2001/23. Por el contrario, el hecho de tomar en consideración las disposiciones contractuales entre el comitente y el contratista al que se le ha adjudicado la ejecución de la contrata deberá integrarse en una apreciación objetiva de las diferentes circunstancias del caso.³⁸

34. En definitiva, de una disposición contractual que prevé la puesta a disposición de activos por el comitente no se deriva *automáticamente* que una transmisión del activo tenga lugar entre dos contratistas. Si no, se podría producir una confusión entre mantenimiento de la actividad y mantenimiento de una empresa.³⁹ En efecto, la mera puesta a disposición de activos por el comitente implicaría una transmisión de empresa entre prestadores de servicios.

35. Habida cuenta de estas consideraciones, a mi juicio, el criterio de la gestión económica propia es irrelevante en el presente asunto ya que, por una parte, no permite determinar en qué casos los elementos de explotación, aunque puestos a disposición por el comitente, se integran de hecho en una entidad económica distinta, y, por otra, carece de justificación normativa.

36. A la luz de su interpretación del citado asunto Abler y otros, la Comisión y Securicor sugieren que el factor determinante es saber si los elementos de explotación puestos a disposición son indispensables para ejecutar la prestación de servicios de que se trata. No obstante, este criterio alternativo desconoce la falta de libertad de la adjudicataria, que, tras habersele adjudicado la contrata, está obligada a cumplir las condiciones establecidas en el contrato celebrado con el organismo adjudicador. Además, resulta lógico suponer que el comitente sólo pondrá a disposición del prestador de servicios los elementos de explotación necesarios para la ejecución de la contrata que le ha sido adjudicada.

37. Por lo demás, aunque el Tribunal de Justicia haya declarado efectivamente en la citada sentencia Abler y otros que los elementos puestos a disposición de la adjudicataria, esto es, diversos equipos de cocina, eran indispensables para la ejecución de la contrata, a saber, el servicio de comidas, nada indica en dicha sentencia que esta característica haya sido decisiva. Por último, este criterio resulta ineficaz para resolver la contradicción observada entre los asuntos Abler y otros y Temco, antes citados, puesto que los elementos puestos a disposición por el comitente en este último asunto eran igualmente indispensables para la ejecución de la prestación de servicios.

38 — Sentencia de 18 de marzo de 1986, Spijkers (24/85, Rec. p. 1119), apartado 13.

39 — Es el peligro advertido por la sentencia Abler y otros, antes citada, dado que puede interpretarse en el sentido de basar la existencia de una transmisión de empresas en la mera circunstancia de que los bienes de explotación han sido puestos a disposición de un contratista por el comitente. Sin embargo, no se excluye que los activos puestos a disposición puedan ser transmitidos de un contratista a otro, en particular con el fin de evitar que los cocontratantes traten de sustraer su operación a la aplicación de la Directiva 2001/23.

38. Aunque ni el criterio propuesto por el órgano jurisdiccional remitente, ni el sostenido por la Comisión y Securicor, me

parecen convincentes por las razones evocadas anteriormente, queda por determinar si una puesta a disposición de activos por el comitente deberá influir en la calificación de transmisión de empresa entre contratistas.

39. En el supuesto en que se celebren contrataciones idénticas de servicios entre el comitente y contratistas sucesivos, resulta especialmente difícil delimitar la entidad económica transmisible, puesto que numerosos elementos de dicha entidad están fijados contractualmente. Así, es inherente a la naturaleza de un acuerdo celebrado en el marco de una contrata que la clientela del prestador de servicios siga siendo idéntica. Igualmente, desde el punto de vista de los contratistas sucesivos, los elementos puestos a disposición son una constante en la ecuación que deberán resolver para presentar una oferta, de la misma forma, por ejemplo, que la localización o el aspecto del aeropuerto de Düsseldorf en el caso de Securicor y de Kötter. En efecto, los mismos elementos de explotación puestos a disposición por el comitente serán utilizados por todos los contratistas sucesivos, sin margen de maniobra a este respecto. En otros términos, los elementos puestos a disposición se encuentran fuera de la esfera de control de los contratistas sucesivos y, por consiguiente, no puede considerarse que formen parte de una entidad organizativa transmisible.

40. Por esta razón, para determinar si existe transmisión de empresa en el presente

asunto, procederá, en aplicación de los criterios establecidos en la sentencia *Spijkers*,⁴⁰ concentrarse en analizar los elementos de la entidad económica que son propios al contratista. Únicamente, de esta forma, se podrá asegurar que la transmisión se refiere a una entidad económica autónoma, de conformidad con el tenor y el objetivo del artículo 1 de la Directiva 2001/23. En la medida en que se basa únicamente en la cuestión de la gestión económica propia, procede responder negativamente a la primera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional. En consecuencia, la respuesta a la segunda cuestión también será negativa.

41. En los asuntos pendientes ante el *Arbeitsgericht Düsseldorf*, dado que los elementos de explotación necesarios para ejercer las actividades de control, encomendadas a Securicor y luego a Kötter, han sido proporcionados por la República Federal de Alemania, la existencia de una transmisión de empresa entre estos dos contratistas deberá establecerse a partir de elementos distintos de dicha puesta a disposición.

42. Como puso de manifiesto el Gobierno alemán en sus observaciones escritas, las cuestiones del órgano jurisdiccional nacional sólo se refieren a uno de los elementos útiles

40 — Sentencia antes citada, apartado 13: «[...] conviene considerar todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión, entre las cuales están, sobre todo, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que haya habido o no una transmisión de los [elementos materiales como los edificios y 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».

para la apreciación de la transmisión. Ahora bien, de la respuesta sugerida se desprende que este elemento, la transmisión de los elementos de explotación puestos a disposición, no debe ser determinante. Sobre la base de los documentos obrantes en autos y con el fin de dar una respuesta útil para la solución del litigio, procede, por tanto, examinar las consecuencias del análisis propuesto en las circunstancias concretas del presente asunto.

IV. Las consecuencias del análisis propuesto para el caso de autos

43. Antes de proceder a examinar las circunstancias del asunto, es necesario recordar los requisitos para que pueda producirse una transmisión de empresa a falta de transmisión de elementos del activo.

44. En el citado asunto Redmond Stichting, una de las cuestiones objeto de la remisión prejudicial se refería a las consecuencias de la falta de transmisión de bienes muebles. El Tribunal de Justicia consideró que esta falta «no parece impedir por sí sola la aplicabilidad de la Directiva» y encomendó al juez nacional la tarea de incluir dicho elemento en su evaluación global.

45. Sin embargo, en el asunto Liikenne, antes citado, el Tribunal de Justicia, tras haber comprobado la inexistencia de transmisión de activos entre dos compañías de

autobuses, excluyó la aplicación de la Directiva 2001/23, aunque una parte de los trabajadores hubiese sido transferida de una empresa a la otra.

46. Estas decisiones aparentemente contradictorias muestran la importancia de determinar previamente la naturaleza de la actividad afectada por la eventual transmisión. En efecto, los elementos relevantes para establecer la existencia de una transmisión de empresa dependen del tipo de actividad ejercido por la entidad económica.⁴¹

47. Este criterio fue introducido por el Tribunal de Justicia en relación con actividades que descansan fundamentalmente en la mano de obra y sus competencias y llevó al Tribunal de Justicia a declarar que «un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica».⁴² De ello se desprende que, para una actividad de este tipo, «ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea».⁴³

41 — Sentencias antes citadas, Süzen, apartado 18; Hernández Vidal y otros, apartado 31; Hidalgo y otros, apartado 31; Liikenne, apartado 35; y Abler y otros, apartado 35.

42 — Sentencia Süzen, antes citada, apartado 21. La introducción de esta distinción por el Tribunal de Justicia trata de impedir que la protección acordada a los trabajadores sea menor si han sido empleados en un sector en que la mano de obra constituye el elemento esencial.

43 — *Ibidem*.

48. Por el contrario, si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra y sus competencias, la existencia de la transmisión de empresa se encuentra en principio sujeta a la comprobación de que una transmisión de activos ha tenido lugar entre las empresas.⁴⁴

49. De esta jurisprudencia se desprende que, con el fin de determinar si se ha producido una transmisión de empresa, procede, con carácter previo, calificar el tipo de actividad afectada. La vigilancia de un depósito sanitario de la Bundeswehr (Ejército Federal) ha sido calificada de actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra y en sus competencias.⁴⁵ En el presente asunto, como señala Securicor en sus observaciones escritas, en contraposición a una simple actividad de vigilancia, la actividad de control en el seno del aeropuerto requiere materiales de control especializados y sofisticados. Sin embargo, al contrario de lo que da a entender Securicor, la obligación de resultado impuesta a una empresa encargada del control de la seguridad en un aeropuerto no parece relevante para distinguir la actividad de que se trata de una actividad de vigilancia, puesto que no influye en la organización de la entidad económica afectada.

44 — A título ilustrativo, el Tribunal de Justicia ha afirmado que «no puede considerarse que el transporte por autobús sea una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, puesto que exige un material e instalaciones importantes» (sentencia Liikenne, antes citada, apartado 39). En consecuencia, «el hecho de que no se transmitan del antiguo al nuevo concesionario en una medida significativa dichos elementos, que son indispensables para el buen funcionamiento de la entidad, debe conducir a considerar que ésta no conserva su identidad» (sentencia Liikenne, antes citada, apartado 42). De este modo, no se producía la transmisión de empresa entre dos sociedades encargadas del transporte de autobuses, puesto que la segunda no había recuperado los vehículos de la primera.

45 — Sentencia Hidalgo y otros, antes citada, apartado 26.

50. Aunque el análisis de la importancia que deberá acordarse a los distintos criterios de la existencia de una transmisión a efectos de la Directiva 2001/23 incumbe, en última instancia, al órgano jurisdiccional remitente, parece desprenderse de los autos que los activos específicos puestos a disposición por el comitente y un personal cualificado componen la entidad económica, cuya actividad es el control de equipajes y de pasajeros en un aeropuerto.

51. Ahora bien, puesto que los materiales de control especializados son, en todo caso, puestos por el comitente a disposición de los sucesivos prestadores de servicios, procede comprobar si, entre Securicor y Kötter, la asunción de los trabajadores se refiere a una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal destinado a la ejecución de la contrata.⁴⁶

52. A primera vista, parece paradójico que, para llegar a la conclusión de que ha tenido lugar una transmisión de empresa, se exija la asunción del personal y de sus competencias de un empleador por otro, cuando ésta es en principio la consecuencia derivada del reco-

46 — Este criterio ha sido establecido en la sentencia Süzen, antes citada, y reiterado en la sentencia Temco, antes citada, apartado 33.

nocimiento de que una transmisión de empresa se ha producido.⁴⁷ Sin embargo, este criterio se incluye en un análisis global de las circunstancias. Se convierte en un criterio relevante a falta de transmisión de activos, cuando resulta necesario identificar otros elementos que puedan constituir una entidad transmisible. Además, este criterio no se vincula estrictamente a la transferencia del personal como tal, sino más bien a la transferencia de las competencias específicas de éste, que se consideran constitutivas de una entidad organizada. El objetivo es impedir que las partes en la transmisión se vean libres para excluir la aplicación de la Directiva 2001/23.

53. Por lo demás, si la calificación de transmisión de empresa a efectos del artículo 1 de la Directiva 2001/23 lleva efectivamente aparejada la consecuencia de que el empleador de la entidad transmitida está obligado a mantener los contratos de trabajo,⁴⁸ nada impide, sin embargo, que pueda proceder a reorganizaciones que impliquen, en su caso, despidos, siempre que no se encuentren directamente relacionados con la transmisión de empresa.⁴⁹

54. Por último, es irrelevante la alegación de la República Federal de Alemania, según la cual, el mantenimiento de los contratos tendrá consecuencias particulares en Alemania debido a la rigidez del Derecho del trabajo vigente en este país. En efecto, de una reiterada jurisprudencia resulta que un Estado miembro no puede invocar su ordenamiento jurídico nacional para excluir la aplicación de una directiva comunitaria.

55. Ha quedado acreditado que Kötter se ha hecho cargo de 167 de los 295 trabajadores anteriormente empleados por Securicor y destinados a realizar las actividades de control de pasajeros y equipajes del aeropuerto de Düsseldorf por cuenta de la República Federal de Alemania. Dichos trabajadores han recibido una formación específica para poder efectuar las tareas de control que les fueron encomendadas.

47 — Véase, por ejemplo, el punto 80 de las conclusiones del Abogado General Cosmas en el asunto Hernández Vidal y otros, antes citado. La doctrina, igualmente, se ha apercibido de la paradoja: *Davies Taken to the cleaners? Contracting Out of Services Yet Again* 1997, 26 IJL 193; Engels, C., y Salas, L., «Cause and consequence, what's the difference in respect of the EC Transfer Directive?», *Labour Law and Industrial Relations at the turn of the century*, 1998, p. 275, y Garde, A., *Recent Developments in the law relating to transfers of undertakings*, 39 CMLRev., 2002, p. 523. Gomes, J., en *Revista de direito e de estudos sociais*, 2004, p. 213, presenta un contraargumento convincente en esta línea de razonamiento en el comentario que hace del asunto Abler y otros, antes citado. Señala que las empresas que son parte en la operación disponen necesariamente de la facultad para decidir sobre qué elementos del activo recaerá la transacción.

48 — Artículo 3 de la Directiva 2001/23.

49 — Artículo 4 de la Directiva 2001/23. Véase también Hunt, J., *The Court of Justice as a policy actor, the case of the Acquired Rights Directive*, 1998, *Legal Studies*, p. 336.

56. Por tanto, no puede excluirse que Kötter se haya hecho cargo de una parte esencial de las competencias del personal de su antecesor. Si éste fuera el caso, y sin perjuicio del examen que el órgano jurisdiccional nacional haga del conjunto de circunstancias relevantes, parece que concurren varios elementos que permiten concluir que se ha producido una transmisión de empresa de Securicor a Kötter a efectos de la Directiva 2001/23.

V. Conclusión

57. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Arbeitsgericht Düsseldorf:

«En caso de la adjudicación de una contrata, a falta de transmisión de elementos del activo de un contratista a otro, cuando el comitente pone a disposición de los adjudicatarios sucesivos los elementos de explotación necesarios a la ejecución de la contrata, la existencia de una transmisión de empresa de un contratista a otro a efectos del artículo 1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, no está supeditada al requisito de que estos elementos sean cedidos a los fines de una gestión económica propia por el contratista, sino que deberá apreciarse sobre la base de elementos distintos del de esta puesta a disposición, directamente imputables al prestador de servicios, como la transmisión de una parte esencial de las competencias del personal.»