CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. CARL OTTO LENZ

presentadas el 11 de junio de 1996 *

A — Introducción

1. En el presente caso, se trata de la primera petición de decisión prejudicial procedente de los nuevos Estados federados alemanes. Fue planteada, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, por el Arbeitsgericht Halberstadt, y somete a este Tribunal cuestiones relativas a la interpretación de 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 [léase transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. [1]

2. El litigio principal tuvo su origen en una demanda presentada por la Sra. Henke contra el Municipio de Schierke [2] y la Agrupación de Municipios «Brocken». Desde mayo de 1992, la demandante trabajó en el Municipio de Schierke como secretaria del Alcalde. Tal como explicó el Abogado de la demandante durante la vista, ésta estaba empleada como secretaria y encargada de fomento económico y asuntos de turismo. Como asimismo señaló el Abogado, tampoco era la única empleada de la Corporación, como por lo demás puede deducirse del hecho de que —como se indica en los escritos aportados en el procedimiento— en el Municipio de Schierke existiera un Consejo de personal.

3. El 1 de julio de 1994, el Municipio de Schierke se unió a otros Municipios de la región en la Agrupación de Municipios «Brocken». Dicha posibilidad está contemplada en los artículos 75 y siguientes de la Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt (Ley de Régimen Local del Estado federado de Sajonia-Anhalt), de 5 de octubre de 1993 [3] (en lo sucesivo, «GO LSA»). Las Agrupaciones de Municipios así constituidas mediante convenios de Derecho público poseen, en cuanto corporaciones de Derecho público, personalidad jurídica propia con capacidad para contratar trabajadores por cuenta ajena. Las constituyen Municipios de pequeñas dimensiones con el fin de mejorar el funcionamiento de su administración. Sus actividades comprenden el desempeño de las funciones correspondientes al ámbito de actuación transferido por los Municipios mancomunados. No obstante, las Agrupaciones de Municipios también pueden desempeñar funciones propias de dichos Municipios, siempre que les sean cedidas por éstos. La decisión de ceder dichas funciones o no

* Lengua original: alemán.

1 — DO L 61, p. 26; EE 05/02, p. 122.

2 — Se trata de un Municipio mencionado ya por Goethe en su «Fausto». Mefistófeles lleva a Fausto a la noche de Walpurgis en el macizo del Harz, en los «alrededores de Schierke y Elend». Véase Goethe, «*Fausto*. Primera parte de la tragedia», antes de la línea 3835. El municipio de Elend también pertenece a la Agrupación de Municipios (Verwaltungsgemeinschaft) «Brocken».

3 — GVBl LSA nº 43/1993, pp. 568 y ss.

hacerlo y, en su caso, su alcance corresponde al ámbito de la discrecionalidad de los Municipios.

4. En el presente caso, se cedieron a la Agrupación de Municipios la totalidad de las funciones del Municipio de Schierke. La Corporación de Schierke fue disuelta y todos sus archivos fueron trasladados a la Agrupación de Municipios; en lugar de un Alcalde con jornada completa, Schierke pasó a tener un Alcalde honorario.

5. A la demandante se le ofreció un puesto de trabajo en la Agrupación de Municipios «Brocken». No obstante, rechazó dicho ofrecimiento aduciendo que, por tener que cuidar de su hijo, sólo podía aceptar un puesto en la misma Schierke. La demandante no obtuvo el puesto que solicitó en la delegación de la Agrupación de Municipios en Schierke. Según lo manifestado en la vista por el Abogado de la Sra. Henke, en Schierke siguen desempeñándose funciones de fomento económico y asuntos de turismo, estas últimas centradas fundamentalmente en el propio Municipio de Schierke.

6. El 5 de julio de 1994, el Municipio de Schierke resolvió el contrato de trabajo de la Sra. Henke. A raíz de ello, la demandante presentó una demanda ante el Arbeitsgericht (Juzgado de lo Social). En su recurso, alegó que su contrato de trabajo había sido cedido a la Agrupación de Municipios tras su constitución, por lo que el Municipio de Schierke no podía resolverlo.

7. Posteriormente, el Arbeitsgericht Halberstadt planteó las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Existe una transmisión de empresa, de centro de actividad o de parte de un centro de actividad, a efectos del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, cuando, como consecuencia de la constitución de una "Verwaltungsgemeinschaft" (Agrupación de municipios) conforme al apartado 1 del artículo 75 de la Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt (Ley de Régimen Local del Land Sachsen-Anhalt; en lo sucesivo, "GO LSA"), de 5 de octubre de 1993 (GVBl. LSA pp. 568 y ss.), la nueva entidad asume las funciones del ámbito de actuación transferido a los municipios agrupados, conforme al apartado 1 del artículo 77 del GO LSA, y ejecuta las funciones del ámbito de actuación propio de los municipios agrupados que le son cedidas conforme al apartado 2 del artículo 77 del GO LSA?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

¿Dicha transmisión se basa en un acuerdo contractual, a efectos del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva 77/187/CEE, puesto que la "Verwaltungsgemeinschaft" se constituyó mediante acuerdo de Derecho público?»

B — Definición de postura

8. Con su petición de interpretación del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva 77/187, el órgano jurisdiccional de remisión plantea la cuestión del ámbito de aplicación general de dicha Directiva.

El apartado 1 de su artículo 1 tiene el siguiente tenor:

«La presente Directiva se aplicará a los traspasos [léase transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario, como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión.»

9. De ello se desprenden tres requisitos para la aplicabilidad de la Directiva:

— Debe tratarse de una empresa a efectos de la Directiva.

— Dicha empresa debe haber sido objeto de una transmisión.

— Debe tratarse de una cesión contractual o una fusión.

10. Los dos primeros requisitos deben examinarse en el marco de la primera cuestión prejudicial, mientras que la segunda cuestión prejudicial se refiere al tercer requisito.

El concepto de empresa

11. Quisiera examinar, en primer lugar, el concepto de empresa a que se refiere la Directiva 77/187, pues al hacerlo surge, asimismo, la cuestión del ámbito de aplicación general de la Directiva. A este respecto, habrá que determinar si la Directiva puede aplicarse también en el ámbito del Derecho público de los Estados miembros y, especialmente en el presente caso, a una Corporación local. En otras palabras: si un Municipio puede considerarse empresa a efectos de la Directiva.

12. Ni en la propia Directiva ni en ningún otro lugar del Derecho comunitario codificado aparece una definición del concepto de «empresa», si se exceptúa el artículo 196 del Tratado Euratom, que no es pertinente en el presente caso. No obstante, existe una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia acerca

del concepto de empresa. En ella, cabe distinguir, en primer lugar, entre dos conceptos de empresa diferentes. Algunas sentencias se ocupan de este concepto en relación con la libre prestación de servicios con arreglo al artículo 59 del Tratado CE, mientras que otras lo hacen en el marco de las normas sobre la competencia de los artículos 85 y siguientes del Tratado.

13. Por lo que respecta al concepto de empresa de la Directiva 77/187, procede remitirse, en primer lugar, a la sentencia en el asunto Redmond Stichting. [4] En dicha sentencia, el Tribunal decidió implícitamente que no es necesario que la actividad se ejerza con ánimo de lucro para poder considerar que existe una empresa a efectos de la Directiva 77/187. En aquel asunto, se trataba de una fundación dedicada fundamentalmente a la asistencia a toxicómanos. Pese a la inexistencia de ánimo de lucro, el Tribunal respondió afirmativamente a la cuestión de si dicha fundación tenía la condición de empresa. Esta decisión fue confirmada una vez más en 1994, en la sentencia dictada en el asunto Comisión/Reino Unido, [5] en la que el Tribunal se remitió expresamente, en relación con el concepto de empresa de la Directiva, a la sentencia dictada en el asunto Redmond Stichting.

14. No obstante, en ninguna de esas dos sentencias se ocupó el Tribunal del ámbito de la Administración pública, por lo que tampoco contienen ninguna indicación sobre si la Directiva 77/187 es aplicable o no en dicho ámbito. Aparte de la afirmación de que no es necesario el ánimo de lucro, ninguna de ellas menciona criterio alguno para el examen de la condición de empresa.

15. No obstante, durante la vista el Reino Unido afirmó que la jurisprudencia relativa al concepto de empresa en el marco del artículo 85 puede aplicarse a la Directiva 77/187. A este respecto, se basa en la sentencia del asunto C-382/92. [6] En ella, el Tribunal respondió a la cuestión de si se requiere ánimo de lucro señalando que, en asuntos de Derecho de la competencia y de Derecho social, ya había admitido, al menos implícitamente, que no es necesario el ánimo de lucro. De ello deduce el Reino Unido que las apreciaciones contenidas en la jurisprudencia en relación con el concepto de empresa del artículo 85 pueden aplicarse asimismo al concepto de empresa contemplado en la Directiva 77/187.

16. Me parece discutible que puedan extraerse consecuencias de tanta trascendencia basándose únicamente en la citada formulación. Por lo demás, ello no sería de mucha ayuda en el presente caso, ya que tampoco en el contexto del artículo 85 se ha determinado hasta ahora si una parte de la Administración pública, como por ejemplo los Municipios, constituye una empresa a efectos del artículo 85. Es cierto que la sentencia dictada en el

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

5 — Sentencia de 8 de junio de 1994 (C-382/92, Rec. p. I-2435), apartado 44.

6 — Citada en la nota 5.

asunto General Motors [7] se refería a determinadas funciones de Derecho público desempeñadas por una empresa privada. En ella, se consideró aplicable en aquel caso concreto el artículo 86, por lo que no se excluyó la condición de empresa. Ahora bien, procede observar que en aquel caso no se trataba de la cuestión de si debía considerarse empresa a una organización que normalmente desempeña funciones de Derecho público, sino precisamente de todo lo contrario. Esta razón, por sí sola, me basta para no considerar de mucha utilidad remitirse a la jurisprudencia relativa al artículo 85. Pero es que, además, el propio Tribunal, como ha señalado acertadamente la Comisión, enunció como regla general que debe atribuirse al concepto de «empresa» el significado que sea más adecuado a la luz de la finalidad de las normas comunitarias de que se trate y de su efecto útil. [8] En el presente caso, ello significa que debe determinarse en función de la propia Directiva si procede o no aplicarla a una Corporación local.

17. El Gobierno alemán rechaza de plano dicha aplicación. En su opinión, la Directiva no comprende la actuación de los poderes públicos, como a su juicio lo es la desarrollada en el presente caso por el Alcalde del Municipio de Schierke. A este respecto, alega que el Alcalde es competente para la concesión de permisos de obras, la administración financiera e inmobiliaria municipal y la representación del Municipio en los litigios en los que sea parte. Según el Gobierno alemán, se trata de funciones que forman parte del autogobierno municipal, por lo que el Alcalde actúa en todo caso (también) en condición de poder público. Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, para que exista transmisión de una empresa debe tener lugar la cesión de una entidad *económica*. Es decir, debe existir relación con el ejercicio de una actividad económica.

18. Otro de los argumentos aducidos por el Gobierno alemán es que la Directiva se basa en el artículo 100 del Tratado CE. Dicho artículo sirve de base a las Directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros «que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común». Ahora bien, según el Gobierno alemán, precisamente los Municipios no participan, en el ejercicio de sus funciones como poderes públicos, en el mercado común. Tampoco existe, a su entender, ninguna relación entre las actividades de los municipios en tanto que poderes públicos y las actividades de la Comunidad con arreglo al artículo 3 del Tratado CE.

19. Por otra parte, el Gobierno alemán alega que la actividad municipal se rige exclusivamente por la legislación nacional, razón por la cual no puede formar parte del ordenamiento económico comunitario ni ser regulada por el Consejo.

7 — Sentencia de 13 de noviembre de 1975 (26/75, Rec. p. 1367).

8 — Sentencia de 2 de octubre de 1991, Vandevenne y otros (C-7/90, Rec. p. I-4371), apartado 6.

20. En opinión del Gobierno alemán, también el tenor de la Directiva se opone a su aplicación en el presente caso. En ella, se hace referencia a «empresas», «centros de actividad», «partes de centros de actividad» y «cambio de empresario». Así pues, se emplean conceptos que no son aplicables en el presente caso.

21. Asimismo, el Gobierno alemán considera que tampoco era necesario haber establecido en la Directiva 77/187 una excepción a su ámbito de aplicación para los trabajadores de la Administración pública, ya que *a priori* se trataba sólo de la transmisión de entidades económicas, de modo que la Directiva no estaba destinada, por su finalidad reguladora, a aplicarse en el ámbito de la Administración pública.

22. No me parece correcto rechazar de forma general, como hace el Gobierno alemán, la aplicabilidad de la Directiva 77/187 al presente caso. Nadie discute —ni siquiera el Gobierno alemán— que un Municipio puede perfectamente ejercer actividades económicas. Durante la vista, el representante de la demandante citó algunos ejemplos de funciones de los Municipios que tienen un carácter mercantil. Algunas de ellas son la venta, arrendamiento o alquiler de terrenos, edificios o viviendas de propiedad municipal, el alquiler de un salón municipal a los organizadores privados de actos de esparcimiento, las actividades de promoción del turismo como forma de gestión publicitaria y numerosos servicios prestados a cambio de una remuneración, tales como guarderías, manifestaciones culturales, explotación de aparcamientos y transporte público de viajeros. Junto a ellas, cabe asimismo citar las actividades tradicionales de recogida de basuras, y suministro de agua. Esto significa, para la demandante, que aunque el ejercicio de una actividad económica se considere un requisito para la aplicación de la Directiva, no cabe duda de que puede considerarse a un Municipio como empresa a efectos de la Directiva. Por ello, es dudoso que se deba excluir a los Municipios y a sus empleados del ámbito de aplicación de la Directiva por el solo hecho de que los Municipios desempeñen también funciones propias de los poderes públicos. Máxime si se considera —como alegó en la vista el representante de la demandante— que, con arreglo a la Gemeindeordnung y a la Constitución del Estado federado de Sajonia-Anhalt, los Municipios no desempeñan ninguna función propia de los poderes públicos en sentido estricto (policía, instituciones penitenciarias, ejército).

23. Tampoco puede rechazarse la aplicación de la Directiva 77/187 en el ámbito de la actividad municipal —como hace el Gobierno alemán— basándose en que el Consejo carece de competencias para regular dicho ámbito. Para empezar, no se trata de una Directiva del Consejo destinada al ámbito de la Administración pública, sino de una Directiva destinada a proteger a los trabajadores que puede extenderse, eventualmente, al ámbito de la Administración pública. Más adelante habrá que examinar —si fuese necesario— si dicha extensión está amparada por la base jurídica de la Directiva, a saber, el artículo 100 del Tratado CE.

24. También es posible encontrar argumentos convincentes en contra de la tesis del Gobierno alemán relativa a la excepción al ámbito de aplicación. Así, la Comisión es de la opinión de que la Directiva es aplicable al ámbito de la Administración pública precisamente por el hecho de que dicho ámbito no fue expresamente excluido de la misma. Como ejemplo de ello, se remite a la Directiva referente a los despidos colectivos, [9] de cuyo ámbito de aplicación se excluyó expresamente a la Administración pública. La propia Directiva 77/187 menciona una única excepción, en el apartado 3 del artículo 1, que afecta a los buques marítimos. Por esta razón, la Comisión entiende que la Directiva es, en principio, aplicable al ámbito de la Administración pública.

25. No obstante, también la Comisión distingue entre distintos ámbitos según se ejerza o no una actividad propia de los poderes públicos a efectos de la jurisprudencia del Tribunal. En opinión de la Comisión, sólo las funciones estrictamente propias de los poderes públicos, como por ejemplo las del Alcalde, la policía o el personal penitenciario, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187. En cambio, considera que están sujetos a la Directiva los ámbitos de la Administración que constituyen una actividad económica en el sentido tradicional, como por ejemplo las empresas municipales de recogida de basuras, suministro de agua y transportes de viajeros; ahora bien, a su juicio, también los sectores que comprenden funciones propias de los poderes públicos se encuentran dentro de su ámbito de aplicación siempre que las actividades de que se trate sean realizadas por personas que están protegidas, por su condición de trabajadores, con arreglo a las normas nacionales de Derecho laboral (entre ellos está, en opinión de la Comisión, por ejemplo, la secretaria del Alcalde, que trabajaba como empleada) o por personas que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no desempeñan ninguna función propia de los poderes públicos y cuyas actividades podrían ser realizadas, en principio, por empresas privadas con ánimo de lucro. Entre éstas, la Comisión incluye, por ejemplo, la actividad de la secretaria del Alcalde en régimen de empleada, pero cuya actividad podría ser desempeñada asimismo por una empresa externa de servicios administrativos.

26. Incluso en el caso de las actividades que sin lugar a dudas son propias de los poderes públicos, la Comisión responde afirmativamente a la cuestión de la aplicabilidad de la Directiva si se rigen por el Derecho privado. Como ejemplo de ello, la Comisión menciona la privatización de los centros penitenciarios estatales.

27. Una opinión similar sostuvo también el Reino Unido durante la vista. Si bien es cierto que, en sus alegaciones, no se establece una distinción rigurosa entre el concepto de empresa y el concepto de transmisión de una empresa a estos efectos, se desprende de ellas que un departamento que desempeñe funda-

9 — Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DO L 48, p. 29; EE 05/02, p. 54), modificada en último lugar por la Directiva 92/56/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992 (DO L 245, p. 3).

mental o únicamente actividades públicas, es decir, actividades que, por su propia naturaleza, no constituyen actividades económicas, no debe estar comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. También la remisión a la sentencia en el asunto SAT Fluggesellschaft [10] pone de manifiesto que, en opinión del Reino Unido, debe diferenciarse entre las actividades propias de los poderes públicos y las que no lo son. En dicha sentencia, se consideró que las actividades relativas al control y policía del espacio aéreo suponen el ejercicio de prerrogativas típicas de los poderes públicos que no tienen carácter económico.

28. A este respecto, procede señalar que, en aquel caso, se trataba de una sentencia sobre el concepto de empresa del artículo 85. El que dicho concepto pueda trasladarse a la Directiva es algo, como ya se ha explicado anteriormente, dudoso. No obstante, debe tenerse en cuenta que, en opinión del Reino Unido, la aplicación de la Directiva debe depender de si se desempeña una actividad económica o una actividad típica de la Administración pública.

29. El criterio basado en el carácter de actividad propia de los poderes públicos o actividad típica de la Administración pública no me parece el punto de partida adecuado para definir el concepto de empresa contemplado en la Directiva 77/187. A mi entender, es algo que se desprende ya de consideraciones meramente prácticas. Dejando a un lado el ámbito de actividad tradicional de las empresas municipales y el ámbito de las funciones estrictamente propias de los poderes públicos, la delimitación de las actividades en cada caso concreto se me antoja harto difícil y no siempre posible. Esto es así porque, en los últimos años, en el propio ámbito de actividades de los poderes públicos se ha producido una enorme transformación. Actividades que hace sólo unos años se consideraban estrictamente propias de los poderes públicos son desempeñadas ahora por empresas privadas. A manera de ejemplo, quisiera mencionar aquí Deutsche Bundespost (Servicio Federal de Correos), que ha sido privatizada (Telekom, Post-Bank, Post-AG) pese a que hace algunos años se consideraba que desempeñaba actividades estrictamente propias de los poderes públicos. La propia Comisión aporta otro ejemplo, como es el de la privatización de los centros penitenciarios. Es decir, el criterio basado en el carácter de actividad propia de los poderes públicos resulta sumamente difícil de concretar, al estar sometido a una constante transformación. Lo que hoy se considera estrictamente propio de los poderes públicos puede ser asumido dentro de unos años por una empresa privada con ánimo de lucro. Tampoco cabe excluir que funciones que ahora son desempeñadas por una empresa privada vuelvan a considerarse dentro de algún tiempo funciones más propias de los poderes públicos. Por ello, difícilmente puede justificarse el que los empleados que ejercen dichas actividades hayan de poder acogerse unas veces a la Directiva y perder dicha protección tan pronto como se modifique la concepción sobre el carácter de dicha actividad como propia o no de los poderes públicos. Por otra parte, cabe preguntarse cómo habría de calificarse a un trabajador que desempeñe simul-

10 — Sentencia de 19 de enero de 1994 (C-364/92, Rec. p. I-43).

táneamente actividades propias de los poderes públicos y actividades económicas.

30. Por esta razón, me parece más adecuado otro criterio. En mi opinión, tiene más sentido examinar si un Municipio constituye o no una empresa a efectos de la Directiva a la luz de la finalidad de la propia Directiva. Tal como ya ha declarado este Tribunal, [11] de la exposición de motivos de la Directiva 77/187 se desprende que ésta tiene por objeto evitar que las modificaciones en la estructura empresarial dentro del mercado común perjudiquen a los trabajadores de las empresas afectadas. Es decir, el objetivo primordial consiste en proteger a los trabajadores. El carácter jurídico-social de la Directiva se desprende asimismo del hecho de que —como también ha alegado la Comisión— fuera anunciada en la Resolución del Consejo relativa a un programa de acción social. [12]

31. Es cierto que en el cuarto considerando de la Directiva se indica que las diferencias existentes entre los Estados miembros en lo referente al alcance de la protección de los trabajadores tienen una incidencia directa en el funcionamiento del mercado común. Ahora bien, de ello no se sigue que la finalidad de la Directiva consista únicamente en asegurar el funcionamiento del mercado común. Por el contrario, se trata sobre todo de proteger a los trabajadores en caso de transmisión de empresas.

11 — Sentencia de 7 de febrero de 1985, Abels (135/83, Rec. p. 469), apartado 8.

12 — DO 1974, C 13, p. 1; EE 05/02, p. 20.

El quinto considerando de la Directiva se refiere al artículo 117 del Tratado. Este tiene el siguiente tenor:

«Los Estados miembros convienen en la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso.

[...]»

El artículo 117 tiene una doble finalidad económica y social. La finalidad social consiste en mejorar las condiciones de vida y de trabajo. Igualmente, debe impedirse —y esta es la finalidad económica— que el diferente estado de desarrollo de la legislación laboral y social en los Estados miembros se traduzca en desventajas competitivas para las empresas establecidas en Estados miembros con un elevado nivel de protección o llegue incluso a provocar graves perturbaciones en el funcionamiento del mercado común. También desde este punto de vista queda claro que la finalidad protectora de la Directiva consiste en proteger a los trabajadores en caso de transmisión de una empresa. En este contexto, lo lógico es atenerse, a efectos de la cuestión de la aplicabilidad de la Directiva, al colectivo que ésta pretende proteger, a saber, el de los trabajadores. También la Comisión mencionó en su escrito un criterio similar a éste.

32. Si se parte de la base de que el sentido y la finalidad de la Directiva consiste en proteger a los trabajadores en caso de transmisión de una empresa, han de disfrutar de dicha protección todos los trabajadores que, con arreglo a las normas nacionales, estén protegidos como tales. Ahora bien, en último término, esto significa que la Directiva será aplicable siempre que en una empresa o entidad trabajen personas que estén protegidas, por su condición de trabajadores, con arreglo a las normas nacionales. Ello, a su vez, significa que la Directiva será aplicable a las entidades que empleen trabajadores a efectos de las normas nacionales de protección. De este modo se garantiza que todos los trabajadores que se benefician de la protección con arreglo a las normas nacionales disfrutan también de la protección de la Directiva.

33. Si se considera la finalidad protectora de la Directiva, no hay razón para que los empleados de la Administración pública queden excluidos —como pretende el Gobierno alemán— del ámbito de protección que en ella se establece por el solo hecho de que la autoridad para la que trabajan ejerce *también* actividades propias de los poderes públicos. En mi opinión, ello entraría en flagrante contradicción con la finalidad protectora de la Directiva. En consecuencia, a la hora de determinar el concepto de «empresa», no debe diferenciarse en función del carácter propio de los poderes públicos o económico de la actividad, sino partirse tan sólo del concepto de trabajador. Tampoco debe establecerse una distinción entre agentes de la función pública y empleados del ámbito del Derecho privado. Ello produciría igualmente resultados contrarios a la finalidad protectora de la Directiva, toda vez que dicha distinción no existe en todos los Estados miembros (en el Reino Unido, por ejemplo, no existe ninguna diferencia en función de que un trabajador trabaje en la función pública o en el sector privado).

En este contexto, merece la pena mencionar, asimismo, que en la República Federal de Alemania pueden aplicarse a las relaciones laborales de los empleados, en el propio ámbito de la función pública, convenios colectivos de Derecho privado.

34. Esto significa que sólo si se parte del concepto de trabajador será posible aplicar uniformemente la Directiva conforme a su finalidad protectora dentro de la Comunidad. Sólo así se sortearían las dificultades a las que me he referido (punto 29) cuando se intenta delimitar actividades propias de los poderes públicos y las que no lo son.

35. La misma opinión sostuvo también el Abogado General Sr. Van Gerven en sus conclusiones en el asunto Redmond Stichting. [13] En ellas, llegó a la conclusión de que debe darse una interpretación flexible al concepto de empresa de la Directiva, y que, para responder a la cuestión de si una persona física o jurídica determinada es una empresa a efectos de una Directiva que, como la presente, persigue un objetivo claramente social, procede atenerse a si una o varias personas tienen la condición de trabajadores frente a dicha persona física o jurídica en el marco de un contrato de trabajo o

13 — Conclusiones de 24 de marzo de 1992 (C-29/91, Rec. 1992, pp. I-3189 y ss., especialmente p. I-3196).

una relación laboral a efectos del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva. El Abogado General continuaba señalando que, a diferencia de la interpretación que hace el artículo 48 del Tratado CEE de ese mismo concepto, el concepto de trabajador se refiere en este caso, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a toda persona que, en el Estado miembro de que se trate, esté protegida como trabajador conforme a las normas nacionales de Derecho laboral.

36. Por lo demás, así lo había declarado el Tribunal de Justicia ya en 1985, [14] confirmándolo posteriormente en 1986. [15] En la sentencia Danmols Inventar, se trataba de la definición del concepto de trabajador a efectos de la Directiva 77/187. En este contexto, el Tribunal se remitió a la exposición de motivos de ésta, a cuyo tenor la Directiva tiene por objeto garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario. De ello se desprende, según el Tribunal, que la Directiva sólo se propuso una armonización parcial, consistente fundamentalmente en extender la protección ya dispensada a los trabajadores por el Derecho de cada Estado miembro también al caso de transmisión de la empresa. En consecuencia, la Directiva persigue el objetivo de garantizar, en la medida de lo posible, la continuación sin variaciones del contrato de trabajo o la relación laboral con el cesionario, con el fin de evitar que los trabajadores afectados por la transmisión de la empresa vean empeorada su situación por el hecho mismo de dicha transmisión. Ello no quiere decir, según el Tribunal, que la Directiva pretenda establecer un nivel de protección uniforme en toda la Comunidad. De ello deduce el Tribunal que sólo pueden invocar la Directiva aquellas personas que estén protegidas como trabajadores, de uno u otro modo, por el Derecho del Estado miembro de que se trate.

37. Además de la definición del concepto de trabajador a efectos de la Directiva 77/187, de dicha sentencia se desprende que la finalidad protectora de dicha Directiva consiste en proteger a los trabajadores en caso de transmisión de la empresa y garantizar, en la medida de lo posible, que se mantenga en vigor el contrato de trabajo. Ello sólo será posible, como se ha indicado anteriormente, si, para resolver acerca de la aplicabilidad de la Directiva, se parte únicamente del concepto de trabajador.

38. El hecho de que la Directiva 77/187 se base en el artículo 100 del Tratado CE no se opone a una definición del concepto de empresa en función de los trabajadores empleados en ella. Este artículo se refiere, como se ha señalado, al funcionamiento del mercado común. Ahora bien, el mercado de trabajo de la Comunidad, es decir, la situación de los trabajadores, constituye también un aspecto parcial del mercado común. Existe una estrecha relación entre el mercado común y la situación de la mano de obra. La evolución y las reestructuraciones económicas pueden suponer perjuicios para los trabajadores (el sentido y la finalidad de la Directiva 77/187 consiste precisamente en impedirlo) independientemente de que trabajen en el sector privado o en la Administración pública. Dichos perjuicios pueden reflejarse en el mercado de trabajo de los respectivos Estados miembros o en una parte

14 — Sentencia de 11 de julio de 1985, Danmols Inventar (105/84, Rec. p. 2639), apartado 28.

15 — Sentencia de 15 de abril de 1986, Comisión/Bélgica (237/84, Rec. p. 1247), apartado 13.

de éste. Gracias a la libre circulación de los trabajadores, los mercados de trabajo de los Estados miembros están relacionados entre sí, de modo que la situación de la mano de obra en los diferentes Estados miembros y sus diferentes normativas pueden tener una repercusión transfronteriza. [16] De ello se deduce que un Municipio que emplee trabajadores sometidos al nivel de protección establecido por el Derecho nacional puede influir también en el funcionamiento del mercado común de trabajo y, por ende, del mercado común en general.

39. Por otro lado, la existencia de niveles diferentes de protección de los trabajadores dentro de cada uno de los Estados miembros puede dar lugar a distorsiones de la competencia. Durante la vista, el representante del Reino Unido negó en parte este extremo. En este contexto, se remitió a la sentencia en el asunto Comisión/Reino Unido (C-382/92), [17] en la que el Tribunal declaró que otro de los objetivos de la Directiva consiste en equiparar las cargas que las normas de protección suponen para las empresas de la Comunidad. El Reino Unido deduce de ello que una Corporación local no se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva cuando desempeña actividades típicas de la Administración, y, por tanto, no compite con otras empresas.

40. Como ya se ha explicado de forma detallada en el punto 33, semejante diferenciación en función del carácter de la actividad de la Administración es incompatible con el objetivo primordial de la Directiva, a saber, la protección de los trabajadores.

41. En consecuencia, la Directiva es aplicable en todos los casos en que una empresa o una entidad emplee a trabajadores a efectos de las normas nacionales de protección. A este respecto, carece de importancia que dicha empresa ejerza su actividad en el ámbito de la Administración pública o en el sector privado. Ello supone que la Directiva puede aplicarse también a un Municipio si en él se emplean trabajadores a efectos de las normas nacionales de protección. Compete al órgano jurisdiccional nacional comprobar esta circunstancia.

42. En caso de que el Tribunal no se adhiera a la opinión aquí expresada y considere además que el ejercicio de una actividad económica por parte de la empresa es un requisito necesario para la aplicabilidad de la Directiva, quisiera señalar lo siguiente a propósito de dicho requisito adicional. Aun acogiendo la tesis del Gobierno alemán y del Reino Unido y considerando que el ejercicio de una actividad económica constituye un requisito fundamental para la aplicabilidad de la Directiva, en el presente caso la conclusión sería la misma, ya que el Municipio ejerce una actividad económica a efectos de dicho requisito. Como ya se ha señalado, el representante de la demandante citó en la vista numerosos ejemplos de actividades mercantiles del Municipio. Y ni el Gobierno

16 — Cuarto considerando de la Directiva 77/187.
17 — Citada en la nota 5.

alemán ni el Reino Unido discutieron que el Municipio ejerce dichas actividades. Así pues, el Municipio participa en la actividad económica. El concepto de actividad económica dentro de la Comunidad se menciona en el artículo 2 del Tratado CE, en el que se definen los objetivos de la Comunidad. En él se establece como misión de la Comunidad promover un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad mediante el establecimiento de un mercado común. Según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el concepto de actividades económicas de dicho artículo debe ser objeto de interpretación flexible. Así, ya en la sentencia Donà [18] el Tribunal declaró que «el ejercicio de una actividad por cuenta ajena o la prestación de un servicio remunerado» constituye una actividad económica a efectos de la mencionada disposición del Tratado CE. En consecuencia, para que una actividad pueda considerarse actividad económica, basta con que sea una actividad remunerada. De la sentencia dictada en el asunto Lawrie-Blum se desprende que, a tal efecto, no es determinante ni el sector en que se ejerce la actividad ni la normativa legal aplicable a la actividad. En cambio, según el Tribunal, para la aplicación del artículo 48 del Tratado CE —al que se refería la sentencia dictada en el asunto Lawrie-Blum— sólo se exige que la actividad de que se trate tenga carácter de prestación laboral *remunerada,* cualquiera que sea el ámbito en el que se ejerza. [19] En otra sentencia relativa al artículo 48, el Tribunal señaló que la índole del vínculo jurídico que une al trabajador y el empresario, es decir, el estatuto de Derecho público o el contrato de Derecho privado, tampoco es determinante. [20]

43. Es cierto que ninguna de estas dos sentencias se refiere a la Directiva 77/187, pero también el Abogado General Sr. Van Gerven se basó, en sus conclusiones en el asunto Comisión/Reino Unido (C-382/92), [21] en el criterio de si se ejerce o no una actividad remunerada. También él parte de la base, para la definición del concepto de empresa, de que el Tratado CE comprende, con arreglo a su fundamental artículo 2, todas las actividades económicas de la Comunidad, debiendo darse a dicho concepto un sentido muy amplio. Para poder calificar una actividad de actividad económica, basta, según el Abogado General, con que se ejerza de forma remunerada. El sector en el que se ejerce dicha actividad carece de importancia. Dado que no se ha discutido que el Municipio ejerce actividades remuneradas, no cabe duda de que participa en la vida económica y, en consecuencia, ejerce una actividad económica y participa también en el mercado común.

44. Ni siquiera la jurisprudencia sentada en el asunto Levin [22] puede servir de base para modificar esta conclusión. En aquel asunto, el Tribunal declaró, en relación con el ámbito de aplicación del artículo 48, que una actividad económica de una importancia sumamente reducida no puede considerarse ya actividad económica real. A este respecto, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar la importancia de la actividad económica. No obstante, quisiera señalar aquí que, según la afirmación no discutida que hizo el representante de la demandante durante la vista, difícilmente puede suponerse que la actividad económica del Municipio de Schierke tiene una importancia sumamente reducida.

18 — Sentencia de 14 de julio de 1976 (13/76, Rec. p. 1333), apartados 12 y 13.

19 — Sentencia de 3 de julio de 1986 (66/85, Rec. p. 2121), apartado 20.

20 — Sentencia de 12 de febrero de 1974, Sotgiu (152/73, Rec. p. 153), apartado 6.

21 — Conclusiones de 2 de marzo de 1994 en el asunto Comisión/Reino Unido, citado en la nota 5 (Rec. p. I-2438), puntos 22 a 27.

22 — Sentencia de 23 de marzo de 1982 (53/81, Rec. p. 1035), apartado 17.

45. Por otro lado, quisiera señalar una vez más que —como ya he expuesto anteriormente— el Municipio participa también en el funcionamiento del mercado común de trabajo y, por ende, en el mercado común en general, en la medida en que emplea a trabajadores.

46. El ejercicio de una actividad económica por parte del Municipio no puede negarse por el hecho de que éste ejerza *también* actividades propias de los poderes públicos. Sería contrario a la finalidad protectora de la Directiva que los trabajadores no pudieran disfrutar de la protección de la Directiva por el solo hecho de que el Municipio ejerce actividades propias de los poderes públicos además de actividades económicas.

47. Por lo demás, también el razonamiento de la Comisión, según el cual deben considerarse por separado los distintos ámbitos de la Administración municipal, es contrario a la finalidad protectora de la Directiva. En este contexto, la Comisión expone la problemática relacionada con la sucesión funcional, de la cual este Tribunal ya se ha ocupado en varias ocasiones y, según la Comisión, volverá a ocuparse en el futuro. [23] Ahora bien, dicha teoría carece de pertinencia para la resolución del presente caso, pues ha quedado acreditado sin lugar a dudas que no se trata de transferir determinadas funciones de la empresa, sino la entidad en su conjunto. La aplicación de la teoría formulada por la Comisión al presente caso, en el que se trataba de la transmisión de la entidad en su conjunto, plantearía numerosos problemas. ¿Por qué habría de excluirse del ámbito de protección de la Directiva a un empleado de la Administración municipal al que se aplican las mismas normas de Derecho nacional que al resto de sus compañeros por el solo hecho de que, a diferencia de ellos, ejerce una actividad propia de los poderes públicos? Cabe asimismo preguntarse cómo debería procederse en caso de que cambiara la actividad del empleado y pasara a ejercer una actividad económica.

Existe otra razón por la cual tampoco puede llevarse a la práctica semejante división en distintos ámbitos de actividad: ¿cómo habría que calificar a los empleados que ejercen simultáneamente diversos cometidos —y, por tanto, funciones económicas y funciones propias de los poderes públicos— en un pequeño Municipio? Sólo prescindiendo de la finalidad protectora de la Directiva podría aducirse, como única razón para excluir a un empleado de su ámbito de aplicación, el hecho de que las actividades económicas que ejerce tienen sólo una importancia insignificante (véase el comentario relativo a la jurisprudencia en el asunto Levin en el punto 44). En todo caso, la apreciación de este extremo correspondería también al Juez nacional.

En consecuencia, también desde esta perspectiva la Directiva sería aplicable al Municipio en el presente caso.

23 — En efecto, actualmente existen varios procedimientos pendientes sobre esta cuestión.

48. Así se desprende asimismo, por lo demás, de la propuesta de modificación de la Directiva de la Comisión, [24] que establece expresamente su aplicación a las empresas públicas. Tal como señala en el sexto considerando la Comisión, es preciso clarificar la normativa actual. De acuerdo con su tenor, razones de seguridad y de transparencia jurídicas hacen necesario disponer «expresamente a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que la Directiva deberá aplicarse a las empresas privadas y públicas que llevan a cabo actividades económicas, operen o no con ánimo de lucro». En las nuevas disposiciones que contiene la Propuesta, se sigue utilizando el concepto de «empresa» sin dar una definición más precisa de él. Por consiguiente, a estos efectos habrá que seguir ateniéndose a las características ya enunciadas o que enuncie en el futuro el Tribunal de Justicia. En cuanto al concepto de «actividades económicas» utilizado por la Comisión en su propuesta, queda aún por señalar lo que sigue: si se considera esta formulación en relación con las observaciones de la Comisión, se deduce que el concepto de empresa no debe interpretarse en sentido más restrictivo que hasta ahora, y que, en opinión de la Comisión, incluso las actividades propias de los poderes públicos se encuentran comprendidas dentro del concepto de actividades económicas. A juicio de la Comisión, la Directiva es aplicable también siempre que una secretaria integrada en la función pública ejerza una actividad que hubiera podido ser ejercida por una empresa privada. De ello se desprende que dicha secretaria ejerce, por consiguiente, actividades económicas a efectos de la Directiva. Ello, a su vez, significa, a efectos de la interpretación del concepto de «actividades económicas», que la Comisión se refiere con esa expresión a todas las actividades que puedan ser ejercidas también por una empresa privada, aunque se trate de actividades propias de los poderes públicos. En consecuencia, las actividades mercantiles del Municipio de que se trata en el caso de autos están plenamente comprendidas en el concepto de actividades económicas. Ello significa que la Directiva sería aplicable al presente caso incluso con arreglo a la propuesta de modificación de la Comisión, debido sobre todo a que la finalidad protectora de la Directiva se mantiene inalterada.

49. Unicamente con carácter complementario, quisiera señalar que el Bundesarbeitsgericht sostiene una opinión similar a la que aquí se ha formulado. Así, dicho órgano jurisdiccional ha declarado que el artículo 613 a del Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil; BGB) se aplica a los entes públicos, centros escolares, Fuerzas Armadas y otros organismos similares. El artículo 613 a del BGB es la disposición por la que se adapta el Derecho nacional alemán a la Directiva. [25]

50. En resumen, quisiera una vez más subrayar que, a mi entender, existe una empresa a efectos de la Directiva en todos los casos en que una entidad emplee trabajadores que estén protegidos por las normas de protección pertinentes del Derecho laboral nacional.

24 — Propuesta de la Comisión de Directiva del Consejo de la Unión Europea sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos (léase: transmisiones) de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (DO 1994, C 274, pp. 10 y ss.).

25 — Sentencias del Bundesarbeitsgericht de 16 de marzo de 1994 (AZ: 8 AZR 639/92, publicada en *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1995, pp. 125 a 127); de 21 de julio de 1994 (AZ: 8 AZR 227/93, publicada en *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 1995, p. 119); de 7 de septiembre de 1995 (AZ: 8 AZR 928/93, publicada en *Arbeit und Recht* 1996, p. 29).

La transmisión de la empresa

51. Una vez sentado que, en el presente caso, el Municipio de Schierke debe calificarse de empresa a efectos de la Directiva, se plantea la cuestión de si tuvo lugar una «transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad» a efectos de la Directiva.

52. La demandante alega a este respecto que se transfirieron a la Agrupación de Municipios Brocken tanto las funciones como los medios correspondientes, como expedientes, disquetes y otro material administrativo, por lo que se trata de una transmisión a efectos de la Directiva.

53. En sus observaciones, la Comisión se remite en primer lugar a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto Spijkers. [26] Con arreglo a ella, existe una transmisión siempre que la entidad económica en cuyo seno se desarrollan las relaciones laborales de que se trata conserve su identidad, cambiando sólo el titular de dicha entidad económica.

54. La existencia de una entidad económica con identidad propia en la persona del Municipio de Schierke se ve confirmada, en lo tocante al ámbito de actividad en el que la demandante estaba empleada, por el hecho de que el fomento económico y el turismo, junto con los trabajos administrativos correspondientes, estaban integrados desde una perspectiva organizativa, contando con los medios necesarios para desempeñar dichas funciones. Por lo que respecta a la conservación de la identidad tras la trasmisión, la Comisión es de la opinión de que no debe supeditarse a si los trabajos desempeñados por la demandante en su ámbito funcional fueron posteriormente integrados y pasaron a realizarse conjuntamente con los del resto de los Municipios de la Agrupación, sino de si todo lo que realizaba anteriormente por sí mismo el Municipio de Schierke lo hace ahora de forma similar o idéntica la Agrupación de Municipios en interés del Municipio de Schierke y para éste.

55. También el Gobierno del Reino Unido se remite, en este contexto, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto Spijkers, subrayando los mencionados requisitos para la existencia de una transmisión de empresa. No obstante, su examen del caso que nos ocupa le lleva a una conclusión diferente de la de la Comisión.

A su entender, una «corporación de Derecho público» sólo puede estar comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva cuando se trate de la transmisión de una entidad económica estable. Dicha transmisión debe permitir la continuación, cuando menos, de determinadas actividades del

26 — Sentencia de 18 de marzo de 1986 (24/85, Rec. p. 1119), apartados 11 y ss.

cedente. Una entidad económica comprende las instalaciones, activos y empleados que continúan ejerciendo la actividad económica. En cambio, un «ente público» local no estará comprendido en el ámbito de aplicación de la directiva, siempre según el Gobierno del Reino Unido, cuando se dedique entera o fundamentalmente a actividades típicas de la Administración pública.

56. El Tribunal de Justicia se ha ocupado en varias ocasiones de la problemática planteada por la interpretación del concepto de «transmisión de empresas». En las sentencias Spijkers, Ny Mølle Kro y Redmond Stichting, señaló que el criterio decisivo para responder a la cuestión de si se trata de una transmisión a efectos de la Directiva estriba en si la entidad transmitida conserva o no su identidad. [27]

Según dicha jurisprudencia, debe examinarse si se ha enajenado una entidad económica todavía existente, lo que se desprende, entre otras cosas, del hecho de que el nuevo empresario continúe o reanude efectivamente su explotación con las mismas actividades empresariales u otras análogas. [28]

57. En dicho examen, debe centrarse la atención en la continuidad de la actividad empresarial. La «entidad económica todavía existente» se refiere, en esta fórmula de examen, al «objeto» transmitido, que, según el tenor de la Directiva, es una empresa, centro de actividad o parte de un centro de actividad, y que debe definirse, como se ha expuesto anteriormente, con arreglo la finalidad protectora de la Directiva. [29]

58. En relación con la cuestión de la conservación de la identidad, deben considerarse todas las circunstancias de hecho que caracterizan a la operación de que se trata. En particular, se encuentran entre ellas el tipo de empresa y el hecho de que haya habido o no una cesión de los activos materiales, como los locales y bienes muebles. Deben considerarse asimismo el valor del inmovilizado inmaterial, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no del personal o de una parte del mismo, [30] la transmisión de la clientela y el grado de analogía entre las actividades ejercidas con anterioridad y las ejercidas ahora por el nuevo titular. Sin embargo, según el Tribunal de Justicia, todos estos elementos no son sino aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse, por lo que no pueden apreciarse aisladamente. [31]

59. Si se aplican estos criterios a los hechos del presente asunto, de las observaciones no discutidas de las partes se derivan numerosos indicios de que tales requisitos concurren en este caso. Así, los archivos, los disquetes y toda la demás documentación del Municipio

27 — Sentencias Spijkers (citada en la nota 26); de 17 de diciembre de 1987, Ny Mølle Kro (287/86, Rec. p. 5465), apartados 18 y ss., y Redmond Stichting (citada en la nota 4), apartado 23.

28 — Sentencias Spijkers (citada en la nota 26), apartado 12; Ny Mølle Kro (citada en la nota 27), apartado 18, y Redmond Stichting (citada en la nota 4), apartado 23.

29 — Véanse los puntos 32, 33 y 34 *supra*.

30 — Sentencia de 7 de marzo de 1996, Merckx y Neuhuys (asuntos acumulados C-171/94 y C-172/94, Rec. p. I-1253), apartado 26.

31 — Sentencia Redmond Stichting (citada en la nota 4), apartado 24, en la que se remite a la sentencia Spijkers (citada en la nota 26), apartado 13.

de Schierke fueron transferidos a la Agrupación de Municipios. Asimismo, consta que esta última se hizo cargo al menos de una parte de los empleados y que el grado de analogía entre las actividades desarrolladas por ambas corporaciones es muy elevado, como lo demuestra también el hecho de que sigan desempeñándose *todas* las funciones del Municipio de Schierke. La población del Municipio de Schierke, que debe considerarse la «clientela» de la Administración en este contexto, es atendida ahora por la Agrupación de Municipios.

De las observaciones presentadas se deduce también que continúan utilizándose una parte de los antiguos locales, por ejemplo, para delegaciones.

Todos estos hechos, considerados globalmente, permiten concluir que el nuevo «empresario», la Agrupación de Municipios «Brocken», continúa ejerciendo cuando menos de manera análoga la actividad empresarial anterior, por lo que todo indica que concurren los requisitos enunciados por este Tribunal en la sentencia Spijkers.

En particular, el hecho de que la Agrupación de Municipios de nueva creación desempeñe sus funciones para varios Municipios y haya descentralizado parte de sus funciones en sus delegaciones no impide concluir que se trata de una transmisión.

Es muy normal, y la mayoría de las veces constituye incluso el objeto de la trasmisión de empresas, que tenga lugar una reestructuración y reorganización de la antigua empresa. No es esto lo que pretende impedir la Directiva, cuyo único objetivo consiste en proteger a los trabajadores de los perjuicios derivados de la transmisión en sí misma.

Los despidos por razones técnicas, económicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo siguen siendo posibles. [32]

60. Ahora bien, compete en principio al Juez nacional indagar todas las circunstancias de hecho que puedan indicar que una entidad ha mantenido su identidad en una transmisión, es decir, que el nuevo empresario continúa ejerciendo las actividades económicas al menos de manera análoga.

32 — Frase segunda del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 77/187.

En tal medida, la única función que corresponde al Tribunal de Justicia consiste en proporcionar al órgano jurisdiccional nacional los ya mencionados criterios derivados del Derecho comunitario para facilitar así una resolución del caso concreto conforme a la Directiva.

61. De acuerdo con estas consideraciones, estimo que procede responder a la primera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional de remisión que existe una transmisión de empresas, centros de actividad o partes de centros de actividad a efectos del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva 77/187 cuando —en el caso de una agrupación voluntaria de dos o más Municipios autónomos en una Agrupación de Municipios— los Municipios emplean a personas que, con arreglo a las normas de Derecho interno, están protegidas como trabajadores, y continúan ejerciéndose efectivamente las actividades de los Municipios subsistentes.

A este respecto, procede considerar globalmente todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación de que se trata (la constitución de una Agrupación de Municipios), sobre todo el tipo y alcance de las competencias cedidas, las actividades ejercidas, el ámbito de competencia territorial, la facultad de disposición sobre los expedientes y otros recursos administrativos y la cesión del personal. Compete al órgano jurisdiccional nacional apreciar estas circunstancias de hecho.

La cesión contractual

62. En opinión de la demandante, la transmisión a efectos de la Directiva se basa en una cesión contractual. Según afirma, la Ley del Estado federado de Sajonia-Anhalt autorizó una reestructuración mediante la constitución de una Agrupación de Municipios, pero ésta se realizó mediante un convenio de Derecho público. No se trata, por tanto, de la simple ejecución de un mandato legal de carácter vinculante, sino de que la Ley abrió a los Municipios la posibilidad de configurar y determinar por sí mismos, de manera discrecional, el tipo y alcance de la nueva organización. Según la demandante, los Municipios participantes están asociados en pie de igualdad mediante un contrato de Derecho público.

63. La Comisión se remite, en primer lugar, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los asuntos Abels y Redmond Stichting. [33] Acto seguido, argumenta que, si también la Administración pública puede ser una empresa a efectos de la Directiva, no hay razón para que la expresión «cesión contractual» que figura en el apartado 1 del artículo 1 de la Directiva se refiera exclusivamente a las cesiones conforme al Derecho privado. En todo caso, a juicio de la Comisión, de la propia Directiva no se desprende semejante limitación, que por lo demás tampoco sería compatible con la finalidad protectora de la Directiva.

33 — Citados en las notas 11 y 4.

Por otra parte, la celebración de un contrato de Derecho público constituye un requisito previo para que la operación surta el subsiguiente efecto legal. En el marco de esta fase previa, los Municipios disponen de un cierto margen regulador, es decir, la aplicabilidad de la Directiva depende ante todo de los resultados de las negociaciones entre los Municipios.

64. El Gobierno alemán alega que se trata más bien de un convenio de Derecho público para la constitución de una Agrupación de Municipios que tiene por objeto el desempeño de determinadas funciones propias de los poderes públicos en el ámbito de actuación municipal. En consecuencia, no existe, a su juicio, un convenio contractual a efectos de la Directiva.

65. No puede acogerse esta tesis. Tal como ha declarado el Tribunal de Justicia en una reiterada jurisprudencia, [34] y recientemente en la sentencia Merckx y Neuhuys, el concepto de *cesión contractual* debe interpretarse de manera flexible, debido a que existen discrepancias entre las distintas versiones lingüísticas de la Directiva y a que dicho concepto tiene un significado diferente en el Derecho de los distintos Estados miembros. A este respecto, la interpretación debe ser conforme al objetivo de la Directiva, a saber, la protección de los trabajadores por cuenta ajena en caso de transmisión de su empresa. En consecuencia, la Directiva es aplicable a todos los supuestos de «cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa que asume las obligaciones de empresario frente a los empleados de la empresa». [35]

Partiendo de la ya indicada finalidad protectora de la Directiva, que pretende evitar a todos los trabajadores protegidos con arreglo al Derecho nacional los perjuicios derivados de la transmisión de la empresa, es evidente que tanto los trabajadores de una empresa de Derecho privado como los de una empresa de Derecho público deben poder acogerse a dicha protección. Sobre esta base, nada puede cambiar el hecho de que el contrato entre el anterior y el nuevo «empresario» deba apreciarse con arreglo al Derecho privado o al Derecho público del Estado miembro de que se trate.

66. Tampoco se ve alterada esta conclusión en modo alguno por el hecho de que, efectivamente —como se ha expresado durante la vista—, con arreglo a la Ley del Estado federado de Sajonia-Anhalt, la constitución de una Agrupación de Municipios implica la transferencia por Ley de una parte de sus funciones. En primer lugar, quisiera subrayar que no puede ser función de este Tribunal dilucidar y examinar las normas pertinentes de la legislación de dicho Estado federado. Ello compete de forma exclusiva a los órganos jurisdiccionales internos.

67. Lo que, en todo caso, cabe decir en este lugar es que de lo expuesto durante la vista

34 — Sentencias Abels (citada en la nota 11), apartados 11 a 13, y Redmond Stichting (citada en la nota 4), apartados 10 y ss.

35 — Sentencia Merckx y Neuhuys (citada en la nota 30), apartado 28.

se desprende, asimismo, que los Municipios pueden decidir libremente, de forma general, si transfieren o no funciones, actividades y competencias y, en caso de hacerlo, en qué medida. En cuanto a las funciones que se transfieren, por ministerio de la Ley, una vez constituida la Agrupación de Municipios, procede afirmar que, a la hora de constituir la Agrupación de Municipios, los Municipios obraron con plena conciencia de las consecuencias jurídicas del convenio celebrado. Sólo a raíz de la constitución de la Agrupación de Municipios mediante contrato se crearon las condiciones para la transferencia de dichas funciones por ministerio de la Ley. En consecuencia, los Municipios procedieron conjuntamente, también a este respecto, de manera consciente y voluntaria para dar lugar a la consecuencia legal de su actuación. Ello significa que, en el presente caso, cabría concluir que existe una cesión contractual aun cuando efectivamente la Ley del Estado federado prevea la transferencia de las funciones por ministerio de la Ley.

68. Así pues, cuando corporaciones de Derecho público, como en el presente caso los Municipios, transfieren funciones mediante un convenio de Derecho público, resultando afectados por ello trabajadores protegidos por el Derecho nacional, se origina a la aplicación de la Directiva.

69. En consecuencia, procede responder a la segunda cuestión del órgano jurisdiccional de remisión, en la medida en que se responda de forma afirmativa a la primera cuestión, que la transmisión también se basa en una cesión contractual a efectos del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva 77/187 en el caso de que la Agrupación de Municipios haya sido constituida mediante un convenio de Derecho público.

C — Conclusión

70. En consecuencia, propongo al Tribunal que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional de remisión:

«1) Existe una transmisión de empresas, centros de actividad o partes de un centro de actividad a efectos del apartado 1 del artículo 1 de 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 (léase "transmisiones") de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, cuando —en el caso de una Agrupación voluntaria de dos o más Municipios— los Municipios emplean a personas que, con arreglo a las normas de Derecho interno, están protegidas como trabajadores, y continúan ejerciéndose efectivamente las actividades de los Municipios subsistentes.

A este respecto, procede considerar globalmente todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación de que se trata (la constitución de una Agrupación de Municipios), sobre todo el tipo y alcance de las competencias transferidas, las actividades desarrolladas, el ámbito de competencia territorial, la facultad de disposición sobre los expedientes y otros recursos administrativos y la cesión del personal. Compete al órgano jurisdiccional nacional apreciar estas circunstancias de hecho.

2) La transmisión también se basa en una cesión contractual a efectos del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva 77/187 cuando la Agrupación de Municipios ha sido constituida mediante un convenio voluntario de Derecho público entre los Municipios agrupados, incluso si, como consecuencia de ello, una parte de sus funciones se transfieren por ministerio de la Ley.»