CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. SIEGBERT ALBER

presentadas el 18 de enero de 2000 *

A. Introducción

1. El presente procedimiento prejudicial versa principalmente sobre la cuestión de si 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, [1] que tiene por objeto la protección de los derechos de los trabajadores en las transmisiones de empresas, puede aplicarse también en el caso de privatización de organismos públicos. En este contexto, se trata, en particular, de la interpretación de los artículos 1 y 3 de la Directiva. El artículo 1 se refiere a las cesiones contractuales de centros de actividad, mientras que la transmisión objeto de litigio en el procedimiento principal se produjo mediante ley; el artículo 3 se refiere a los trabajadores, mientras que los demandantes en el procedimiento principal eran probablemente, en el momento de producirse la transmisión de la empresa en 1993, empleados públicos.

* Lengua original: alemán.

1 — DO L 61, p. 26; EE 05/02, p. 122.

B. Marco jurídico

I. *Derecho comunitario*

Directiva 77/187/CEE

2. Los pasajes de la Directiva pertinentes a efectos del presente asunto tienen el siguiente tenor:

«SECCIÓN I

Ámbito de aplicación y definiciones

Artículo 1

1. La presente Directiva se aplicará a los traspasos [léase: transmisiones] de empre-

sas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario, como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión.

[...]

Artículo 2

En el sentido de la presente Directiva, se entenderá por:

a) cedente, cualquier persona física o jurídica que, a causa de un traspaso en el sentido del apartado 1 del artículo 1, pierda la calidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte del centro de actividad;

[...]

SECCIÓN II

Mantenimiento de los derechos de los trabajadores

Artículo 3

1. Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso tal como se define en el apartado 1 del artículo 1, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso.

[...]

2. Después del traspaso en el sentido del apartado 1 del artículo 1, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo.

Los Estados miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condicio-

nes de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año.

[...]

Artículo 4

1. El traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de centro de actividad, no constituye en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización, que impliquen cambios en el plano del empleo.

[...]»

II. *Derecho nacional*

3. La República Italiana adaptó su Derecho interno a la Directiva mediante una modificación del artículo 2112 de su Código Civil. Tal como se desprende de la resolución de remisión, posteriormente se extendió el ámbito de aplicación material del artículo 2112 del Código Civil a la transmisión de actividades de organismos públicos a entidades privadas, sin perjuicio de las disposiciones especiales aplicables en cada caso. A juicio del órgano jurisdiccional remitente, «la Ley nº 58, de 29 de enero de 1992, estableció un régimen especial para la transmisión de la actividad de prestación de servicios de telecomunicaciones de ASST [un organismo público] a la sociedad [de Derecho privado] posteriormente denominada IRITEL, que establece una excepción con respecto al régimen general de las transmisiones de empresas contenido en el artículo 2112 del Código Civil», ya que «en particular, a diferencia de lo establecido en esta última disposición, la Ley nº 58/92 no contempla la continuación de la relación laboral». Dicha Ley nº 58/92 se limita a encomendar a los interlocutores sociales la tarea de asegurar a los antiguos trabajadores de ASST, en el marco de las negociaciones colectivas, unas condiciones retributivas que globalmente no sean inferiores a las condiciones de que disfrutaban anteriormente. Además, la Ley nº 58/92 otorga a los trabajadores de ASST el derecho a recibir una indemnización por finalización de contrato.

4. En la Ley nº 58/92 (artículo 4) se establecía que Iritel SpA (en lo sucesivo, «Iritel») debía seguir reconociendo en su puesto durante un período de un año a los antiguos empleados de ASST, así como hacerse cargo de aquellos trabajadores que, transcurrido ese año, no hubieran solicitado permanecer en la función pública (en tal caso debían incorporarse a un nuevo puesto en la Administración Pública dentro de la misma provincia).

C. Hechos

5. Los demandantes en el procedimiento principal, Renato Collino y Luisella Chiappero (en lo sucesivo, «demandantes») trabajaron, respectivamente, desde el 6 de diciembre de 1965 y el 11 de diciembre de 1966 hasta el 31 de octubre de 1993 al servicio de la Azienda di Stato per i Servizi Telefonici (ASST), organismo público que gestionaba, instalaba y explotaba en todo el país la red pública de telecomunicaciones. A raíz de la privatización de los servicios de telecomunicaciones y de la disolución de ASST, mediante Decreto de 29 de diciembre de 1992 el Ministro delle Poste e Telecomunicazioni (Ministro de Correos y Telecomunicaciones) otorgó a Iritel, una sociedad de Derecho privado, con arreglo a la Ley nº 58/92, el derecho exclusivo para hacerse cargo y continuar explotando las actividades hasta entonces explotadas por ASST. Iritel había sido constituida precisamente a tal efecto, con arreglo a la Ley nº 58/92, por el Istituto per la ricostruzione industriale (IRI) —sociedad de cartera estatal— y su capital social era público en su totalidad.

6. El 1 de noviembre de 1993, los demandantes volvieron a ser contratados por Iritel para ocupar los mismos puestos de trabajo que ya ocupaban en ASST, después de que se les hubiera pagado la indemnización por finalización de contrato que les correspondía en ASST. El 16 de mayo de 1994, pasaron a integrarse en la Società italiana per le telecomunicazioni p.a. (SIP), asimismo perteneciente al IRI, como consecuencia de la adquisición de Iritel por aquélla. Posteriormente, SIP pasó a denominarse Telecom Italia SpA, sociedad en la que los demandantes siguieron trabajando hasta su jubilación, el 30 de noviembre de 1996.

7. Tal como alegó la demandada, sin ser contradicha por los demandantes, el Derecho italiano contemplaba la posibilidad de transferir la indemnización por finalización de contrato que les había sido abonada tras el cese de su actividad en el antiguo empresario ASST, al nuevo empresario Iritel, en el plazo de treinta días, con objeto de calcular posteriormente una única indemnización.

8. Tal como se desprende de la resolución de remisión de la Pretura circondariale di Pinerolo (en lo sucesivo, «Pretura»), los demandantes persiguen, mediante su demanda contra Telecom Italia SpA (en lo sucesivo, «demandada») presentada el 16 de octubre de 1997, dos objetivos relacionados en ambos casos con la continuidad de su relación laboral con el antiguo y con el nuevo empresario. Por un lado, pretenden que se proceda a un nuevo cálculo, desde el 1 de noviembre de 1993, de sus incrementos salariales en concepto de antigüedad, de modo que se tenga en cuenta la antigüedad que adquirieron con el antiguo empresario. Por otro lado, solicitan poder transferir a la demandada la indemnización por finalización de contrato que percibieron el 31 de octubre de 1993 tras cesar en la función pública, para así obtener una indemnización más favorable calculada sobre la base de la antigüedad laboral adquirida hasta su jubilación. A juicio de los demandantes, la cesión de las funciones de ASST inicialmente a Iritel y posteriormente a SIP constituye una transmisión de empresas, de modo que la anti-

güedad adquirida desde su incorporación a ASST hasta su jubilación en la demandada debe considerarse como una relación laboral ininterrumpida.

9. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si una normativa estatal como la contenida en la Ley nº 58/92 es compatible con las disposiciones de la Directiva y si, en caso de incompatibilidad, debe aplicarse la Directiva, como norma de mayor rango de Derecho comunitario, en lugar de las disposiciones nacionales.

10. En consecuencia, la Pretura plantea a este Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, las siguientes cuestiones:

«1) ¿Está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 1 de la Directiva 77/187/CEE la transmisión a título oneroso, autorizada mediante Ley del Estado y dispuesta mediante Orden Ministerial, de una empresa gestionada por un organismo público directamente dependiente del Estado a una sociedad privada constituida por otro organismo público que posee todas sus acciones, cuando la actividad objeto de la transmisión sea encomendada a la sociedad privada en régimen de concesión administrativa?

En caso de respuesta afirmativa a la cuestión 1),

2) a) ¿Exige el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 77/187/CEE considerar obligatoria la continuación de la relación laboral con el cesionario, con el consiguiente mantenimiento de la antigüedad laboral del trabajador desde la fecha de su incorporación al cedente y su derecho al pago de una única indemnización por finalización de contrato que tenga en cuenta de manera unitaria los períodos de empleo cubiertos tanto en el cedente como en el cesionario?

b) En todo caso, el referido artículo 3, apartado 1, ¿debe interpretarse en el sentido de que entre los "derechos" del trabajador que se transmiten al cesionario están comprendidas también las ventajas conseguidas por el trabajador en el cedente, como la antigüedad laboral, si llevan aparejados derechos de carácter pecuniario en el marco del convenio colectivo aplicable al cesionario?»

11. Intervinieron en el procedimiento los demandantes, la demandada, los Gobiernos finlandés, austriaco y del Reino Unido y la Comisión. El Gobierno del Reino Unido limitó sus observaciones a la primera cuestión prejudicial. Me referiré a las

alegaciones de las partes en el marco de la apreciación jurídica.

D. Apreciación jurídica

I. *Sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial*

Alegaciones de las partes

12. En opinión de la demandada, procede declarar la inadmisibilidad de las dos cuestiones planteadas a este Tribunal, ya que en el litigio principal se enfrentan exclusivamente particulares. Por esta razón, el órgano jurisdiccional remitente no puede aplicar las disposiciones de la Directiva para la resolución del litigio.

13. En la vista, la demandada alegó, además, que las letras a) y b) de la segunda cuestión no son pertinentes para la resolución del litigio. Por lo que respecta a la indemnización por finalización de contrato, según la demandada los demandantes solicitan algo que ya estaba previsto en el Derecho nacional, a saber, la transferencia de la indemnización a Iritel para de este modo poder recibir una indemnización calculada en función de la antigüedad laboral global. Según afirma la demandada, la cuestión de por qué los demandantes en el procedimiento principal no transfirieron su indemnización es una cuestión de hecho y no de Derecho.

14. El Gobierno finlandés señaló, en este contexto, que el Juez nacional es el único competente para resolver sobre la pertinencia de una cuestión prejudicial.

15. Por último, la Comisión observa que, además de la posibilidad de dejar sin aplicar el Derecho nacional y preguntarse por el efecto directo de la Directiva, existe también la posibilidad de dar al Derecho nacional una interpretación conforme con la Directiva. No obstante, también confirma que, habida cuenta de las consideraciones formuladas en la resolución de remisión, puede considerarse que, en el presente caso, el Juez remitente excluye tal posibilidad. Sin embargo, la Comisión afirma que lo mismo ha sucedido en muchos otros asuntos en los cuales el Tribunal de Justicia ha acabado indicando que es posible una interpretación conforme con la Directiva. En principio, los Jueces nacionales tienen una tendencia a dejar sin aplicar el Derecho nacional y, en su lugar, aplicar directamente la Directiva.

16. No obstante, la Comisión opina que también en este caso procede advertir al Juez nacional de la posibilidad de proceder a una interpretación del Derecho interno conforme con la Directiva. En este contexto, se remite expresamente a las sentencias Carbonari y otros [2] y Spano y otros. [3]

2 — Sentencia de 25 de febrero de 1999 (C-131/97, Rec. p. I-1103).

3 — Sentencia de 7 de diciembre de 1995 (C-472/93, Rec. p. I-4321).

Esta última tenía por objeto precisamente la Directiva 77/187 y la misma disposición de Derecho italiano, a saber, el artículo 2112 del Código Civil. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia no acogió la excepción de inadmisibilidad propuesta invocando una interpretación conforme con la Directiva.

17. Según la Comisión, el artículo 2112 del Código Civil italiano adaptó correctamente el Derecho nacional al artículo 3, apartado 1, de la Directiva. Por tanto, en el presente caso el problema no radica en la adaptación del Derecho interno a la Directiva, sino en el régimen especial contenido en la Ley nº 58/92, que establece una excepción al artículo 2112. En consecuencia, el Juez nacional se enfrenta al problema de tener que interpretar dos normativas de Derecho interno y decidir cuál de ellas debe aplicarse al presente caso. Así pues, el problema no radica en el efecto directo del artículo 3 de la Directiva, sino en efectuar una interpretación del Derecho nacional que sea conforme con aquélla. Este principio de interpretación conforme con las Directivas ha sido siempre ampliamente utilizado por el Tribunal de Justicia.

18. Tanto en la sentencia Spano y otros como en la sentencia Carbonari y otros —prosigue la Comisión—, el Tribunal de Justicia facultó implícitamente al Juez italiano para dejar sin aplicar dos normativas nacionales que establecían excepciones ilegales al régimen general de adaptación del Derecho interno a la Directiva. Sin embargo, esta inaplicación del Derecho nacional no dio lugar a la aplicación de una disposición de la Directiva, sino de otras normativas nacionales perfectamente conformes con aquélla. Según la Comisión, esto no tiene nada que ver con el efecto directo de las Directivas, por lo que en el presente caso no se plantea el problema del efecto directo entre particulares.

Apreciación

19. Por lo que respecta a la alegación de la demandada relativa a la falta de pertinencia de las letras a) y b) de la segunda cuestión, cabe remitirse a la jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia, según la cual la apreciación de la pertinencia de las cuestiones prejudiciales para la resolución del litigio corresponde en primer lugar al Juez nacional, [4] que gracias a su conocimiento directo de los hechos y de las alegaciones de las partes está en mejores condiciones que el Tribunal de Justicia para valorar la necesidad de una decisión prejudicial. [5] El Tribunal de Justicia se limita a comprobar si el órgano jurisdiccional remitente ha incurrido en un abuso manifiesto de la facultad de apreciación que le otorga el Derecho comunitario. En consecuencia, sólo procede declarar la inadmisibilidad de aquellas cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del Derecho comunitario o al examen de la validez de una disposición comunitaria que no tengan manifiestamente ninguna relación con la existencia real o el objeto de litigio principal y, por consiguiente, no sean objetivamente necesarias para su resolución. [6] Ahora bien, en el presente caso no existe tal abuso. Por el contrario, de la propia

4 — Jurisprudencia reiterada desde la sentencia de 5 de febrero de 1963, Van Gend y Loos (26/62, Rec. pp. 1, 23 y ss.).

5 — Sentencia de 29 de noviembre de 1978, Pigs Marketing Board (83/78, Rec. p. 2347), apartado 25.

6 — Sentencias de 16 de junio de 1981, Salonia (126/80, Rec. p. 1563), apartado 6, y de 17 de mayo de 1994, Corsica Ferries Italia (C-18/93, Rec. p. I-1783), apartado 14, con otras referencias; auto de 26 de enero de 1990, Falciola (C-286/88, Rec. p. I-191), apartado 8, y sentencia Spano y otros, citada en la nota 3 *supra*, apartado 15.

resolución de remisión cabe deducir la relación existente entre la petición de decisión prejudicial y el litigio principal. En efecto, del resultado de la interpretación de la Directiva depende que una normativa nacional como la Ley nº 58/92 deba o no ser aplicada por el órgano jurisdiccional remitente y, en su caso, cómo debe aplicarse.

20. Por el contrario, en realidad la cuestión de si la Directiva puede o no aplicarse en el presente caso, por tratarse de un litigio entre particulares, no constituye un problema de admisibilidad. Es más una cuestión de eficacia de las Directivas y, particularmente en este caso, del efecto en el ordenamiento jurídico nacional de Directivas a las que eventualmente no se ha adaptado por completo el Derecho interno.

21. Dado que en el litigio principal se enfrentan dos particulares, la demandada parece partir del principio de que la aplicación directa de la Directiva en el presente caso daría lugar al denominado «efecto directo horizontal» de las Directivas, que ha sido rechazado por la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia [7] y que, por consiguiente, debe excluirse.

22. Antes de entrar en la problemática del efecto directo de las Directivas entre particulares, se plantea la cuestión de si la demandada, entidad de Derecho privado, es asimismo un particular desde un punto de vista material. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia utiliza, en relación con el efecto directo de las Directivas, un concepto amplio de Estado. De acuerdo con dicha jurisprudencia, el Estado comprende no sólo a las autoridades, [8] organismos estatales [9] y entidades territoriales, [10] sino también a las empresas estatales. [11] A este respecto, el Tribunal de Justicia ha señalado que la posibilidad de invocar una disposición de una Directiva frente al Estado existe con independencia «de cuál sea la calidad en que actúa este último, empresario o autoridad pública. En efecto, en uno u otro caso procede evitar que el Estado pueda obtener ventajas de su incumplimiento del Derecho comunitario». [12] Partiendo de esta premisa, el Tribunal de Justicia ha declarado que «entre las entidades a las que se pueden oponer las disposiciones de una Directiva que puedan tener efectos directos, figura, en cualquier caso, un organismo al que, cualquiera que sea su forma jurídica, le ha sido encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, el cumplimiento, bajo el control de esta última, de un servicio de interés público y que dispone, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares». [13]

23. Por último, en favor de este concepto amplio de Estado aboga asimismo el hecho de que la sanción del efecto directo frente a los Estados miembros tan sólo tiene plena

7 — Sentencias de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. p. I-3325), apartados 24 y ss., y de 7 de marzo de 1996, El Corte Inglés (C-192/94, Rec. p. I-1281), apartados 15 y ss.

8 — Sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723), y de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651).

9 — Sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes (31/87, Rec. p. 4635).

10 — Sentencia de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Rec. p. 1839).

11 — Sentencia de 12 de julio de 1990, Foster y otros (C-188/89, Rec. p. I-3313).

12 — Sentencias Foster y otros, citada en la nota 11 *supra*, apartado 17, y Marshall, citada en la nota 8 *supra*, apartado 49.

13 — Sentencia Foster y otros, citada en la nota 11 *supra*, apartado 20.

eficacia si afecta al Estado en todos los casos y con independencia de la forma jurídica concreta bajo la que actúe. Siempre que, desde un punto de vista material, el Estado esté directa o indirectamente detrás de un organismo o de una empresa y los controle deja de tratarse de un particular. Con arreglo a estos criterios, el órgano jurisdiccional remitente debe comprobar si debe considerarse que Iritel, en cuyos derechos se subrogó la demandada, es efectivamente un particular.

24. Tal como se desprende de la resolución de remisión, si bien Iritel era una sociedad de Derecho privado, la totalidad de sus acciones pertenecía a un organismo público. Además, la actividad de que se hizo cargo Iritel estaba supeditada a la adjudicación de una concesión administrativa. Tanto uno como otro extremo permiten suponer que Iritel se encontraba bajo el control y la tutela del Estado. Dado que lo mismo sucede, según los datos de la Comisión, en el caso de la actual demandada, dicha conclusión no se vería afectada si, en lugar de Iritel, se considerara el caso de la demandada.

25. Ahora bien, para el caso de que el órgano jurisdiccional nacional concluya, en cambio, que Iritel era efectivamente un particular, procede analizar a continuación en qué medida la Directiva puede producir efectos en las relaciones jurídicas entre particulares.

26. En este contexto, la Comisión citó acertadamente la sentencia Spano y otros, en la que el Tribunal de Justicia señaló que, aunque «el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada en su calidad de tal, contra dicha persona (véase, en particular, la sentencia de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, C-91/92, Rec. p. I-3325, apartado 20), también ha declarado que, al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, [a la luz del] tenor literal y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado (sentencia Faccini Dori, antes citada, apartado 26)». [14]

27. En cambio, la remisión de la Comisión a la sentencia Carbonari y otros [15] tan sólo es pertinente en la medida en que, en aquel asunto, el órgano jurisdiccional remitente había preguntado por el efecto directo de una Directiva y, en su sentencia, el Tribunal de Justicia aludió en última instancia a la posibilidad de una interpretación conforme con la Directiva. Al margen de lo anterior, dicha sentencia no proporciona ninguna otra indicación sobre la solución que debe darse al presente litigio, dado que las circunstancias de ambos asuntos no son comparables.

28. No obstante, en el presente caso cabe preguntarse si la alusión a una posible interpretación conforme con la Directiva es suficiente cuando el Juez remitente ha insinuado que no considera factible dicha interpretación conforme del Derecho nacional. Si bien es cierto que la Comisión señala que el Tribunal de Justicia ha extendido

14 — Sentencia Spano y otros, citada en la nota 3 *supra*, apartado 17.

15 — Citada en la nota 2 *supra*.

mucho esta posibilidad hasta ahora, no lo es menos que, en determinados casos, también el principio de interpretación conforme tiene sus límites. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicha interpretación encuentra en todo caso un límite cuando conduce a que se oponga a un particular una obligación establecida en una Directiva a la que no se ha adaptado el Derecho interno. [16] También limitan dicha obligación los principios generales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de seguridad jurídica y el principio de irretroactividad, a los que se ha remitido el Tribunal de Justicia en asuntos penales. [17] En esa medida, la obligación de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de proceder a una interpretación conforme con las Directivas tiene los mismos límites que el efecto directo de las disposiciones de las Directivas. En efecto, también en relación con el efecto directo el Tribunal de Justicia ha declarado que una disposición de una Directiva no puede, por sí sola, fundamentar una obligación para los particulares. [18] Si en el presente caso se remite al Juez nacional únicamente a la interpretación conforme con la Directiva, es posible que no se le proporcione una ayuda suficiente para la resolución del litigio principal, en contra del objetivo perseguido por el artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE).

29. Sin embargo, hay que hacer referencia a las particularidades del presente caso, en el que no se trata de aplicar directamente una disposición de una Directiva a la que hasta ahora no se ha adaptado el Derecho interno. Por el contrario, el objeto del presente litigio es la cuestión de si un régimen especial establecido en el Derecho nacional debe dejarse sin aplicar cuando es incompatible con la Directiva, procediendo en su lugar a aplicar la disposición nacional general que adaptó el Derecho interno a la Directiva y que es conforme con el Derecho comunitario.

30. Es reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que todas las autoridades de un Estado miembro están obligadas con arreglo al Derecho comunitario, en el marco de sus competencias, a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de una Directiva. [19] La jurisprudencia dictada hasta ahora por el Tribunal de Justicia permite concluir que de ello se desprende asimismo la obligación de dejar sin aplicar el Derecho nacional contrario a la Directiva. [20] Está claro que de esta observancia de la Directiva pueden desprenderse indirectamente o en la práctica cargas u obligaciones para los particulares. Pero esto es algo que no plantea problemas con arreglo al Derecho comunitario, siempre que los efectos jurídicos basados en la Directiva recaigan sobre los particulares a través del Derecho nacional.

31. Por ello, también una normativa nacional como la de la Ley nº 58/92 debe dejarse sin aplicar por el órgano jurisdiccional nacional cuando sea incompatible con el

16 — Sentencia de 26 de septiembre de 1996, Arcaro (C-168/95, Rec. p. I-4705), apartado 42.

17 — Sentencia de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Rec. p. 3969), apartados 13 y ss.

18 — Sentencias Kolpinghuis Nijmegen, citada en la nota 17 *supra*, apartados 6 y ss.; Marshall, citada en la nota 8 *supra*, apartado 48, y Arcaro, citada en la nota 16 *supra*, apartados 36 y ss.

19 — Desde la sentencia de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann (14/83, Rec. p. 1891), apartado 26; últimamente confirmada por la sentencia Carbonari y otros, citada en la nota 2 *supra*, apartado 48.

20 — Véanse las sentencias de 28 de marzo de 1996, Ruiz Bernáldez (C-129/94, Rec. p. I-1829), y de 30 de abril de 1996, CIA Security International (C-194/94, Rec. p. I-2201), apartados 42 y ss.

Derecho comunitario. Tal como se desprende de la resolución de remisión de la Pretura, dejaría de tenerse en cuenta la normativa derivada de la Ley nº 58/92, es decir, la excepción al artículo 2112 del Código Civil italiano, para pasar a aplicar la disposición general mediante la cual se adaptó el Derecho interno a la Directiva. En consecuencia, la obligación de mantenimiento de los derechos de los trabajadores se deriva de la aplicación del Derecho civil nacional que adapta el Derecho interno a la Directiva, sin que esta última imponga directamente a los particulares ninguna obligación.

II. *Sobre la primera cuestión*

32. Esta cuestión versa sobre la aplicabilidad de la Directiva a la privatización de organismos públicos estatales (en el sector de los servicios de telecomunicaciones) cuando una actividad explotada anteriormente por un organismo público pasa a ser explotada por una sociedad privada cuyo único accionista es otro organismo público.

Ámbito de aplicación material de la Directiva

— Alegaciones de las partes

33. Los demandantes sostienen que la Directiva es aplicable en el presente caso. La cesión a Iritel de las funciones realizadas por ASST en el sector de los servicios públicos de telecomunicaciones constituye, en su opinión, una transmisión de empresas a efectos del artículo 1 de la Directiva, dado que la cesión se produjo a título oneroso y se mantuvo la identidad de la unidad económica cedida. En virtud de la Ley nº 58/92 se cedieron a Iritel todos los bienes y derechos de la empresa. Asimismo, la práctica totalidad de los empleados de ASST se incorporaron a Iritel y siguieron ejerciendo las mismas actividades que ejercían en ASST y en los mismos locales. Los demandantes se remiten, en este contexto, a la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 1986, Spijkers. [21]

34. En opinión de los demandantes, en relación con la cuestión de la aplicabilidad de la Directiva, carece de pertinencia el hecho de que la transmisión de la empresa no se produjera mediante un contrato entre el cedente y el cesionario, sino como consecuencia de la adjudicación de una concesión. Tal como declaró el Tribunal de Justicia en su sentencia de 10 de febrero de 1988, Daddy's Dance Hall, la Directiva también se aplica «a una situación en la que, al término de un arrendamiento de industria no transferible, el propietario de la empresa cede la misma a un nuevo cesionario que continúa con esta actividad

21 — Asunto 24/85, Rec. p. 1119.

ininterrumpidamente con el mismo personal [...]».[22] Tampoco depende de si el cedente es una persona de Derecho público o de Derecho privado. De conformidad con el artículo 2 de la Directiva, el «cedente» puede ser cualquier persona física o jurídica.

35. Por último, los demandantes alegan que la Ley nº 58/92 no contiene ninguna disposición especial que establezca una excepción al artículo 2112 del Código Civil italiano y que prevalezca sobre él, sino que se limita a reproducir normas de aplicación general sobre la transmisión de empresas. En su opinión, esto tiene como consecuencia que el artículo 2112 del Código Civil sea aplicable a la privatización de ASST y a la transmisión de sus funciones a Iritel.

36. La demandada rechaza la aplicación de la Directiva a las circunstancias de hecho objeto de litigio. En su opinión, con arreglo al artículo 1, apartado 1, de la Directiva, la condición *sine qua non* para la aplicación de la Directiva es la existencia de una transmisión como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión. Ahora bien, dado que la transferencia de las funciones de ASST a Iritel tuvo lugar mediante la Ley nº 58/92 y la adjudicación de la concesión ministerial, es decir, mediante medidas estatales, dicha condición no se cumple. Es cierto que el Tribunal de Justicia siempre ha interpretado el concepto de «cesión contractual» de manera amplia. Sin embargo, en opinión de la demandada no puede renunciarse a la exigencia de que el acto de transmisión tenga por origen una concertación de voluntades entre el cedente y el cesionario.

37. Además, la demandada sostiene que tan sólo existe una transmisión de empresas cuando el objeto de la cesión constituye una unidad económica. Ahora bien, a su juicio las funciones transmitidas por ASST a Iritel no tienen un carácter económico. Por el contrario, la explotación e instalación de la red de telefonía constituye una función de interés general con una finalidad pública. En consecuencia, con el ejercicio de sus actividades ASST no perseguía ningún objetivo económico.

38. La Comisión, los Gobiernos austriaco y finlandés y el Gobierno del Reino Unido consideran que la Directiva se aplica a la situación descrita en el litigio principal.

39. Los Gobiernos austriaco y finlandés subrayan que el mantenimiento de una unidad económica existente con anterioridad a la transmisión constituye el criterio determinante para la existencia de una transmisión de empresas. A su juicio, las consideraciones del órgano jurisdiccional remitente permiten considerar que dicha condición se cumple en el presente caso.

40. En opinión de los tres Gobiernos intervinientes y de la Comisión, a efectos de la aplicabilidad de la Directiva carece de pertinencia el hecho de que ASST formara parte de la Administración Pública. Tal como se desprende de la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 1996, Henke,[23] referida a la cesión de actividades propias del ejercicio del poder público de un municipio a una agrupación

22 — Asunto 324/86, Rec. p. 739, apartado 11; en aquel asunto tampoco se había celebrado directamente ningún contrato entre el antiguo empresario y el nuevo.

23 — Asunto C-298/94, Rec. p. I-4989.

de municipios, la aplicabilidad de la Directiva no depende de la forma organizativa del cedente, sino únicamente del tipo y la naturaleza de la actividad transferida. Así, tan sólo la cesión de actividades propias del ejercicio del poder público está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva. Esta tesis ha sido confirmada por el Tribunal de Justicia en una sentencia más reciente de 10 de diciembre de 1998. [24]

41. Por lo demás, distinguir entre la transferencia de puestos de trabajo del sector público al sector privado y la cesión de una empresa privada a otra no sería conforme con el objetivo de protección de la Directiva, que pretende garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio del titular de la empresa. Por el mismo motivo, carece igualmente de relevancia el hecho de que el único titular del capital de Iritel, sociedad de Derecho privado, sea un organismo público.

42. En este contexto, el Gobierno austriaco señala que la Directiva 98/50/CE, por la que se modifica la Directiva 77/187, [25] se limitó a incorporar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, en su quinto considerando se señala que la seguridad jurídica y la transparencia exigen una regulación expresa a este respecto «a luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia». Tampoco la naturaleza de las actividades cedidas lleva a excluir la aplicabilidad de la Directiva. En efecto, la prestación de servicios en el sector de las telecomunicaciones no constituye en ningún caso una actividad propia del ejercicio del poder público.

43. La Comisión y el Gobierno del Reino Unido opinan que las funciones transferidas de ASST a Iritel en el sector de los servicios de telecomunicaciones y de explotación de la red pública de telefonía constituyen claramente actividades de carácter económico. Así se refleja también en el hecho de que la cesión se produjera a título oneroso. En consecuencia, no hay ningún obstáculo que se oponga a la aplicabilidad de la Directiva.

44. El Gobierno finlandés y la Comisión señalan asimismo, remitiéndose a la sentencia de 8 de junio de 1994, Comisión/Reino Unido, [26] que la Directiva se aplica a todas las empresas públicas y privadas que ejerzan una actividad económica, con independencia de que tengan ánimo de lucro o no. De ello se desprende que, aun cuando la realización de la función transferida a Iritel, consistente en la prestación de servicios en el sector de las telecomunicaciones, fuera de interés general y tuviera una finalidad pública, ello por sí solo no restringe el ámbito de aplicación de la Directiva. Tampoco la necesidad de una concesión administrativa excluye el carácter económico de la actividad, sino que tiene como único objeto garantizar su supervisión en aras de la protección de los consumidores.

24 — Sentencia Hidalgo y otros (asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, Rec. p. I-8237).

25 — Directiva del Consejo de 29 de junio de 1998 (DO L 201, p. 88).

26 — Asunto C-382/92, Rec. p. I-2435.

45. Por último, tampoco la inexistencia de un acuerdo contractual entre el cedente y el cesionario se opone a la aplicación de la Directiva. El elemento de «cesión contractual» que figura en el artículo 1 de la Directiva debe interpretarse, atendiendo a las diferencias existentes entre las distintas versiones lingüísticas y los diferentes contenidos de este concepto en los Estados miembros, no de manera literal, sino a la luz de su espíritu y su finalidad. El Gobierno austriaco, el Gobierno finlandés y el Gobierno del Reino Unido invocan, en particular, las sentencias de 7 de febrero de 1985, Abels; [27] Daddy's Dance Hall; [28] de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting, [29] y de 11 de marzo de 1997, Süzen. [30] Tal como se desprende de esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es posible renunciar a la exigencia de que exista un acuerdo contractual entre el cedente y el cesionario, de modo que una cesión legal asociada a la adjudicación de una concesión puede estar comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva.

— Apreciación

46. Con carácter preliminar, procede señalar que la cuestión, planteada por los demandantes, de la relación entre el artículo 2112 del Código Civil italiano y la Ley nº 58/92 debe responderse con arreglo al Derecho nacional. En consecuencia, la cuestión de si la Ley nº 58/92 recoge efectivamente un régimen especial que establece una excepción al artículo 2112 del Código Civil y prevalece sobre él no debe ser respondida por este Tribunal, sino por el órgano jurisdiccional remitente.

a) Sobre la cuestión de la transmisión de empresas

47. Llegados a este punto, procede recordar, en primer lugar, que con arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal existe una transmisión de empresas cuando, tras el cambio de titular, continúa existiendo una unidad económica que mantiene su identidad. A la hora de examinar si se cumple este requisito, el Tribunal de Justicia se basa en una evaluación de conjunto de «todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata». [31] Así pues, depende, en particular, de si se han transmitido elementos materiales o inmateriales, de si el nuevo empresario se ha hecho cargo o no de la mayoría de los trabajadores, o del grado de analogía de las actividades del nuevo titular con las actividades ejercidas antes de la transmisión. [32] Sobre la base de la resolución de remisión, procede considerar que, con arreglo a estos criterios, la cesión de ASST a Iritel debe calificarse de transmisión de empresas.

48. Asimismo, procede acoger la tesis formulada por todas las partes intervinientes, con la excepción de la demandada, según la cual la definición de transmisión de empresas a efectos de la Directiva no depende de si el cedente constituye una persona jurídica de Derecho público o de Derecho privado. Así se desprende ya de la defini-

27 — Asunto 135/83, Rec. p. 469.
28 — Citada en la nota 22 *supra*.
29 — Asunto C-29/91, Rec. p. I-3189.
30 — Asunto C-13/95, Rec. p. I-1259.
31 — Sentencia Süzen, citada en la nota 30 *supra*, apartado 14.
32 — *Ibidem*.

ción de cedente que figura en el artículo 2, letra a), de la Directiva. Con arreglo a dicha disposición, todas las personas jurídicas —y no sólo las de Derecho privado— pueden estar comprendidas en el concepto de cedente a efectos de la Directiva. Este resultado se ve confirmado por la finalidad de protección que tiene la Directiva. En efecto, la Directiva tiene por objeto la protección de los derechos de los trabajadores en todos los casos en que estén expuestos a los típicos riesgos que normalmente se derivan de un cambio de titular en la dirección de la empresa. En su jurisprudencia relativa a la transmisión de empresas, el Tribunal de Justicia siempre se ha referido a esta finalidad de protección. [33] Habida cuenta de esta finalidad, carece de relevancia que el cedente forme parte del Estado o del sector privado.

49. Esta conclusión tampoco se ve afectada por la indicación de la demandada de que ASST no tiene personalidad jurídica propia. Es cierto que, con arreglo a la definición del artículo 2, letra a), de la Directiva, tan sólo cabe considerar como cedente a una persona física o jurídica. Ahora bien, dicho requisito lo cumple en todo caso el Estado, que dirigía y controlaba ASST, por tratarse de un organismo público. Esta conclusión es acorde asimismo con la sentencia Henke. [34] En ella, el Tribunal de Justicia declaró que los procesos de reestructuración dentro de la Administración Pública, como la cesión de competencias administrativas entre diversas Administraciones Públicas, no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. En su fundamentación, el Tribunal de Justicia se basó sobre todo en el hecho de que la reestructuración no afectaba a actividades económicas. De ello cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva no depende del cedente ni de su sujeción al Derecho público o al Derecho privado, siempre y cuando ejerza una actividad económica. Así pues, el elemento determinante no es la naturaleza del cedente, sino la naturaleza de la actividad que ejerce. Las actividades propias del ejercicio del poder público no pueden ser objeto de una transmisión de empresas a efectos de la Directiva.

50. Esta delimitación fue confirmada en la sentencia Hidalgo y otros. [35] Aquel caso versaba sobre la cuestión de si existe una transmisión de empresas cuando un organismo de Derecho público transfiere un servicio de ayuda a domicilio en favor de personas en situación de necesidad a una empresa privada, tras la expiración del contrato celebrado con otra empresa privada. Por otro lado, se trataba de la adjudicación de un contrato por parte del Ejército federal alemán a diferentes empresas de vigilancia. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró, remitiéndose a la sentencia Henke, lo siguiente: «Del mismo modo, la circunstancia de que el servicio o contrata de que se trate haya sido concedido o adjudicado por un organismo de Derecho público no puede excluir la aplicación de la Directiva 77/187 en la medida en que ni la actividad de ayuda a domicilio en favor de determinadas personas en situación de necesidad ni la actividad de vigilancia son propias del ejercicio del poder público.» [36]

51. Si se va un paso más allá y se examina la naturaleza de la actividad transmitida en el procedimiento principal, la conclusión

33 — Véanse, por ejemplo, las sentencias Daddy's Dance Hall, citada en la nota 22 *supra*, apartado 9, y Süzen, citada en la nota 30 *supra*, apartado 10.

34 — Citada en la nota 23 *supra*.

35 — Citada en la nota 24 *supra*.

36 — Citada en la nota 24 *supra*, apartado 24.

está clara. Tal como con razón alegaron la mayoría de las partes intervinientes en el procedimiento, los servicios de telecomunicaciones transferidos de ASST a Iritel no constituían actividades propias del ejercicio del poder público, sino actividades económicas. Iritel, y posteriormente la demandada, han seguido ejerciendo las mismas actividades que ASST con una finalidad económica. Precisamente ésa es también la finalidad que persigue una privatización. Sería verdaderamente insólito pretender sostener que, en el caso de ASST, se privatizaron actividades propias del ejercicio del poder público. Además, también la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, [37] en que se basan las medidas de privatización en el sector de las telecomunicaciones, parte de la premisa del carácter económico de dicha actividad. En resumen, procede declarar, por tanto, que la naturaleza de la actividad transferida en el procedimiento principal no justifica la exclusión de la aplicación de la Directiva.

b) Sobre la cuestión de la «cesión contractual»

52. Por lo que respecta a la exigencia adicional de que se trate de una cesión contractual, procede remitirse a la sentencia Redmond Stichting. [38] En ella se discutía la cuestión de si constituía una transmisión de empresas el hecho de que un municipio cancelara la concesión de subvenciones a una fundación y, a partir de la misma fecha, concediera dichas subvenciones a otra fundación que actuaba en el mismo ámbito. La cancelación de la ayuda condujo a que la primera fundación, que se dedicaba esencialmente a la asistencia a toxicómanos, dejara de ejercer su actividad por completo y definitivamente. En este contexto, ambas fundaciones —personas jurídicas— y la institución que concedía la subvención —el municipio— no sólo pretendían y habían acordado «"traspasar", en la medida de lo posible, los clientes/pacientes de la primera persona jurídica a la segunda, sino también alquilar inmediatamente a la segunda persona jurídica los bienes inmuebles alquilados por la institución que concede la subvención a la primera persona jurídica y, en la medida de lo posible [...], utilizar los "conocimientos y los medios (por ejemplo, en personal)" de la primera persona jurídica». [39] Los trabajadores contratados por la primera fundación de los que no se hizo cargo la segunda, contra los que se ejercitó una acción para la resolución del contrato, invocaron las normas de adaptación del Derecho neerlandés a la Directiva.

53. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia se pronunció de manera pormenorizada sobre el concepto de «cesión contractual». En primer lugar, señaló que, en su sentencia Abels, [40] el propio Tribunal había declarado «que el alcance de la disposición controvertida de la Directiva no podía determinarse basándose exclusivamente en la interpretación literal, debido a las diferencias entre las versiones lingüísticas de esta disposición y las divergencias entre las legislaciones nacionales en el concepto de cesión contractual. Por consiguiente, dio a este concepto una interpretación suficientemente flexible para responder al objetivo

37 — DO L 192, p. 10.
38 — Citada en la nota 29 *supra*.
39 — *Ibidem*, apartado 6.
40 — Citada en la nota 27 *supra*.

de la Directiva, consistente en proteger a los trabajadores por cuenta ajena en caso de transmisión de su empresa, y declaró que la Directiva era 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 del empresario frente a los trabajadores de la empresa». [41] La aplicabilidad de la Directiva no queda excluida únicamente por el hecho de que «la transmisión se efectúe en dos fases, en el sentido de que, en un primer momento, la empresa sea retransmitida del arrendatario al propietario, quien la transmite seguidamente al nuevo propietario». [42] Basándose en estas consideraciones, en la sentencia Redmond Stichting el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que el concepto de «cesión contractual» debe interpretarse en el sentido de que «se aplica a una situación en la que una autoridad pública decide poner fin a la concesión de subvenciones a una persona jurídica, provocando con ello el cese completo y definitivo de las actividades de esta última, para transferir dichas subvenciones a otra persona jurídica que persigue un fin análogo». [43]

54. De ello cabe deducir que tampoco en el presente caso se excluye la aplicación de la Directiva por el hecho de que la transmisión por parte del Estado se produjera mediante la adjudicación de una concesión. Por lo demás, su aplicación parece imperativa atendiendo también a la finalidad de protección de la Directiva.

41 — Sentencia Redmond Stichting, citada en la nota 29 *supra*, apartados 10 y ss., con remisión a la sentencia de 15 de junio de 1988, Bork International y otros (101/87, Rec. p. 3057), apartado 13.

42 — Sentencia Bork International y otros, citada en la nota 41 *supra*, apartado 14.

43 — Sentencia Redmond Stichting, citada en la nota 29 *supra*, apartado 21.

Ámbito de aplicación personal. Concepto de trabajador

55. La resolución de remisión no contiene ninguna indicación más precisa sobre las condiciones de empleo de los demandantes con su anterior empleador. Así pues, no se aprecia si eran funcionarios u otro tipo de empleados públicos. Al margen de dicha distinción, en el presente caso la cuestión de la aplicabilidad de la Directiva se plantea también en el marco del concepto de trabajador, ya que cabe cuestionarse si las personas que han trabajado para una empresa estatal pueden ser consideradas como trabajadores a efectos de la Directiva.

56. Con arreglo a una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Directiva tan sólo efectúa una armonización parcial, principalmente extendiendo la protección ya dispensada a los trabajadores por las propias disposiciones jurídicas de los diferentes Estados miembros al caso de la transmisión de empresas. La Directiva no pretende crear un nivel de protección uniforme en toda la Comunidad mediante la aplicación de criterios comunes, de lo que se desprende que «tan sólo pueden invocar el amparo de la Directiva 77/187 aquellas personas que estén, de un modo u otro, protegidas como trabajadores en virtud de las normas jurídicas del Estado miembro de que se trate. En ese supuesto, la Directiva garantiza que sus derechos derivados del contrato de trabajo o de la relación laboral no se vean menoscabados en razón de la transmisión». [44]

44 — Sentencia de 11 de julio de 1985, Danmols Inventar (105/84, Rec. p. 2639), apartados 26 y ss.

— Alegaciones de las partes

57. Tanto el Gobierno finlandés como la Comisión son de la opinión de que los demandantes en el procedimiento principal están comprendidos dentro del ámbito de aplicación personal de la Directiva. A este respecto, el Gobierno finlandés se remite en primer lugar a la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, según la cual la Directiva se aplica a todos los empleados o trabajadores que estén protegidos contra el despido con arreglo al Derecho nacional. Aun en el caso —prosigue el Gobierno finlandés— de que el concepto de trabajador a efectos de la Directiva deba definirse con arreglo a normativas nacionales, ni en el tenor literal de la Directiva ni en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hay ninguna indicación en el sentido de que las relaciones laborales del sector público deben quedar automáticamente excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva por consideraciones de carácter estrictamente formal. El elemento determinante es el tipo y la forma de la actividad que se ejerce. Si se trata de una actividad económica, carece de importancia el hecho de que el empresario sea el Estado o un organismo público. Según el Gobierno finlandés, no se puede excluir a todos los empleados públicos del ámbito de aplicación de la Directiva por consideraciones formales.

58. También la Comisión se refiere —tras haber señalado que seguramente los demandantes en el procedimiento principal tenían una relación laboral de Derecho público, de modo que no eran trabajadores con arreglo al Derecho italiano— al tipo de actividad. En su opinión, los demandantes en el procedimiento principal, que ejercían la misma actividad que ejercieron posteriormente los trabajadores de la empresa privada, no pueden ser excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva.

59. Además, la Comisión se refiere a los trabajos preparatorios de la Directiva, y más concretamente a las dos propuestas de 1974 y 1975, en cuyo artículo 3, apartado 1, tan sólo figuraba el concepto de «relación laboral», con lo que se pretendía regular los derechos y obligaciones derivados de una relación laboral existente. En el curso de las deliberaciones, la delegación francesa propuso incluir también en el artículo 3, apartado 1, el concepto de «contrato de trabajo». Posteriormente, la pareja de conceptos «contrato de trabajo» y «relación laboral» se trasladó asimismo al artículo 4, apartado 2. De las actas de las deliberaciones no cabe deducir la existencia de ninguna motivación particular para la inserción de este concepto adicional. Sin embargo, es indiscutible que tanto la República Francesa como la República Italiana contaban en los años setenta con un gran número de empresas estatales, cuyas relaciones laborales se regían por el Derecho administrativo.

60. En opinión de la Comisión, el significado de los conceptos «contrato de trabajo» y «relación laboral» no puede equipararse. El concepto de «relación laboral» debe interpretarse, por contraposición al de «contrato de trabajo», en el sentido de que incluye en el ámbito de aplicación de la Directiva a todos aquellos trabajadores cuya relación laboral se rija no por un contrato, sino por disposiciones administrativas. Este concepto puede tener una importante función integradora para garantizar la aplicabilidad de la Directiva asimismo en el caso de la transmisión de empresas estatales. Sobre la base de esta interpretación amplia y por analogía con el

concepto de relación laboral, de acuerdo con la finalidad de la Directiva estaban protegidos aquellos trabajadores que ejercieran en una empresa estatal tareas similares a los empleados de las sociedades privadas a las que se habían transmitido dichas empresas.

— Apreciación

61. Es dudoso hasta qué punto el criterio del tipo de actividad —una actividad económica por contraposición a una actividad propia del ejercicio del poder público— puede bastar, por sí solo, para definir el ámbito de aplicación personal de la Directiva. En este contexto, procede remitirse a la sentencia Hidalgo y otros. [45] Es cierto que, en ella, el Tribunal de Justicia respondió afirmativamente en relación con la aplicabilidad de la Directiva, ya que en aquel asunto no se trataba de una actividad propia del ejercicio del poder público. Ahora bien, si tan sólo se tuviera en cuenta este criterio del tipo de actividad, la Directiva se aplicaría automáticamente a todos los empleados —es decir, tanto empleados públicos como trabajadores— que no ejerzan ninguna actividad propia del ejercicio del poder público. Sin embargo, en la sentencia Hidalgo y otros el Tribunal de Justicia comprobó a continuación, remitiéndose a la sentencia Danmols Inventar, si los empleados estaban «protegid[os] como trabajador[es] por la normativa laboral nacional». [46]

62. Así pues, tan sólo estarían comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva aquellos empleados de un organismo público o de una empresa estatal protegidos como trabajadores con arreglo al Derecho nacional. Todos los demás quedarían excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva aun en el caso de que ejercieran únicamente una actividad económica. Ahora bien, esto es precisamente lo que sucederá con mucha frecuencia en el caso de la privatización de una empresa estatal.

63. Tampoco la distinción que establece la Comisión entre la pareja de conceptos «contrato de trabajo» y «relación laboral» conduce necesariamente a que se pueda extender el ámbito de aplicación de la Directiva también, por ejemplo, a los empleados públicos. La delimitación de ambos conceptos también podría consistir en que el concepto de «relación laboral» comprendiera, por ejemplo, las relaciones laborales de hecho sin relación contractual. En todo caso, no cabe automáticamente deducir que las relaciones laborales en el ámbito de la función pública también se incluyen en el ámbito de aplicación de la Directiva.

64. Ahora bien, una interpretación estricta del concepto de trabajador llevaría a distinguir entre los diferentes empleados de un organismo público, de manera que algunos estarían comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva y otros no. Pero cabe preguntarse si semejante distinción tendría algún sentido.

65. Una razón para dispensar este trato diferenciado podría consistir en la especial relación que mantienen los empleados públicos con su empresario, el Estado. Esta relación puede caracterizarse como una relación de especial fidelidad, que eventualmente tiene su correlato, por parte del Estado, en la concesión de privilegios

45 — Citada en la nota 24 *supra*.

46 — Sentencia citada en la nota 24 *supra*, apartado 24, con remisión a las sentencias citadas en las notas 44 y 29 *supra*.

especiales a sus empleados. Si se tienen en cuenta estas consideraciones, no cabría considerar a los empleados públicos como trabajadores necesitados de protección. Por regla general, tampoco se ven afectados por transmisiones ni fusiones de empresas. Así pues, cabría considerar que la Directiva no se aplica a los empleados de la antigua compañía telefónica estatal.

66. No obstante, no cabe presumir, por principio, que el Derecho nacional garantice una protección adecuada a un trabajador de la función pública, en virtud de su estatuto especial, aun en el caso de una privatización. En esa medida, el presente caso constituye un caso especial precisamente en relación con el concepto de trabajador. En él, la transmisión de una empresa afecta a personas que ejercen su actividad en la función pública de tal modo que pierden su estatuto eventualmente privilegiado derivado de su «especial relación de fidelidad» con el empresario, y pasan a integrarse en una relación laboral de Derecho privado normal. Esto significa que, una vez concluida la privatización, es indiscutible que se trata de trabajadores en el sentido de la Directiva. En este contexto, cabe preguntarse si la estricta delimitación formal en función del concepto de trabajador efectuada hasta ahora puede aplicarse también en el presente caso. Ello tendría como resultado que la Directiva no fuera aplicable en caso de una privatización, mientras que en el caso contrario —cuando trabajadores con una relación laboral privada pasan a integrarse en una relación de empleo en la función pública— no cabe duda de que al menos podrían acogerse al ámbito de aplicación personal de la Directiva. En este caso, se plantea la cuestión de si los empleados públicos de los que se hacen cargo empresas privadas no merecen la misma protección que los trabajadores del sector privado que se incorporan a una relación especialmente protegida de empleo público.

67. En este contexto, debe tenerse presente el objetivo de la Directiva. Con arreglo a una reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la Directiva pretende garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiendo que queden al servicio del nuevo empresario en condiciones idénticas a las convenidas con el cedente. [47] En ese caso, el contrato de trabajo o la relación laboral continúan de pleno derecho con el cesionario. [48]

68. Si de la jurisprudencia se desprende que la Directiva permite a los trabajadores mantener su relación de empleo con el nuevo titular en las mismas condiciones convenidas con el cedente, [49] esto quiere decir que no puede introducirse ninguna modificación en las condiciones retributivas ni de la composición del salario. [50] Además, el cambio no puede entrañar ninguna desventaja para los trabajadores, ni siquiera cuando sean compensadas por ventajas en otro ámbito. [51] Esto significa que la transmisión no puede dar lugar a ninguna modificación de las condiciones de trabajo.

47 — Sentencias de 25 de julio de 1991, D'Urso y otros (C-362/89, Rec. p. I-4105), apartado 9, y de 5 de mayo de 1988, Berg y otros (asuntos acumulados 144/87 y 145/87, Rec. p. 2559), apartados 12 y 13.

48 — Sentencia D'Urso y otros, citada en la nota 47 *supra*, apartado 12.

49 — Sentencia Daddy's Dance Hall, citada en la nota 22 *supra*, apartado 9.

50 — Sentencia de 12 de noviembre de 1992, Watson Rask y Christensen (C-209/91, Rec. p. I-5755), apartado 31.

51 — Sentencia Daddy's Dance Hall, citada en la nota 22 *supra*, apartado 15.

69. En el presente caso de privatización de una empresa estatal, lo anterior implica que, si se aplica la Directiva, todas las ventajas de que disfrutan los empleados de la función pública deberían trasladarse, en principio sin modificación alguna, al sector privado.

70. De lo contrario, es decir, si se adopta una interpretación estricta del concepto de trabajador, no se estaría dispensando ninguna protección a los empleados públicos en caso de privatización, a pesar de que pierden su especial estatuto frente al Estado.

71. El hecho de que la Directiva no mencione expresamente el caso de las privatizaciones, de que aquí se trata, no permite deducir que, en tal caso, los empleados públicos deban quedar excluidos de la protección de la Directiva. La Directiva se remonta a 1977, es decir, a una época en que las privatizaciones de empresas estatales aún no eran corrientes. En consecuencia, cabe suponer que dicho caso no fue siquiera considerado al adoptarse la Directiva.

72. No obstante, debe señalarse que, en la nueva Directiva de 1998,[52] no se amplió el concepto de trabajador. Es cierto que la nueva Directiva no era aplicable aún al caso de que se trata en el litigio principal, ya que entró en vigor posteriormente. Sin embargo, no lo es menos que de la exposición de motivos de dicha Directiva[53] se desprende que pretende aclarar el concepto de trabajador a la luz de la jurisprudencia (dictada entretanto) del Tribunal de Justicia. La dificultad de la definición de un concepto uniforme de trabajador ya se había planteado a la hora de elaborar la Directiva 77/187. Sin embargo, cabe preguntarse hasta qué punto tanto entonces como a la hora de elaborar la Directiva 98/50 se pensó en que la protección de la Directiva se extendiera también a los empleados de la función pública, especialmente en caso de privatización. En todo caso, el legislador se abstuvo de adoptar una normativa clara al respecto. De ello cabría deducir tres conclusiones. Por un lado, podría deducirse que los empleados públicos quedaron deliberadamente excluidos de la protección de la Directiva. En todo caso, es plausible que no pudiera llegarse a un acuerdo sobre si —y, en su caso, cómo— debía incluirse a tales empleados dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. Por último, una tercera explicación posible es la de que, debido a las divergencias existentes entre las normativas nacionales, no se consiguió armonizar el concepto de trabajador.

73. Ahora bien, si la Directiva original, pertinente para la resolución del presente litigio, renunció por completo a definir el concepto de trabajador, la nueva Directiva se limita a recoger una definición del concepto de trabajador desarrollada en la jurisprudencia para un tipo de casos determinados. Sin embargo, dado que, hasta ahora, el Tribunal de Justicia no se ha ocupado de cuestiones relacionadas con las privatizaciones, dicho caso no puede estar comprendido dentro del concepto de trabajador tal y como se desprende de la jurisprudencia.

74. Por lo demás, en el asunto Danmols Inventar,[54] en el que este Tribunal definió

52 — Citada en la nota 25 *supra*.

53 — Sexto considerando.

54 — Citado en la nota 44 *supra*.

el concepto de trabajador que ha aplicado hasta ahora, se trataba de un supuesto de hecho completamente diferente. En aquel asunto, debía dilucidarse la cuestión de si una persona que posee una participación del 50 % del capital de la sociedad afectada debe considerarse un trabajador en caso de transmisión de la empresa. En consecuencia, la definición del concepto de trabajador se efectuó precisamente no por contraposición a los empleados de la función pública, sino únicamente desde la perspectiva de la delimitación entre trabajadores y empresarios.

75. Sin embargo, en contra de una extensión del concepto de trabajador aplicado hasta ahora cabe aducir la formulación utilizada en la Directiva 93/104/CEE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. [55] En su artículo 1, apartado 3, se regula su ámbito de aplicación de tal modo que la Directiva se aplica a todos los sectores de actividad, privados o públicos. En este contexto, la Directiva se remite al artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. [56] También en él se mencionan los sectores de actividades públicas o privadas. Además, se establece que la Directiva 89/391 no se aplica cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública. Dado que en la Directiva 93/104 se menciona específicamente la función pública y, por tanto, se aplica a todos los empleados de sectores de actividad públicos y privados, de la inexistencia de una mención a la función pública en la Directiva 77/187 cabría deducir que, en esta última, no se deseó extender el concepto de trabajador a la función pública.

76. Habida cuenta de los derechos especiales de que gozan los empleados públicos —por ejemplo, la inamovilidad—, cabría imaginar que precisamente ellos no estuvieran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas. Sin embargo, no sólo en la función pública se reconoce la inamovilidad de los trabajadores. También pueden concebirse en el sector privado normas de convenios colectivos que otorguen, tras una larga permanencia en la empresa, una protección equivalente en la práctica a la inamovilidad. También esto demuestra que no puede considerarse sin más que los empleados públicos gozan siempre de privilegios y, por tanto, que también en el caso de una transmisión de empresas gozan de una protección especial.

77. Por otro lado, la Directiva tiene por objeto dispensar una protección especial a los afectados por una transmisión de empresas. En este contexto, procede señalar que, con arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, [57] debido a esta finalidad de protección ni siquiera los propios trabajadores afectados pueden renunciar a los derechos que les corresponden en virtud de la Directiva, y que la disminución de dichos derechos es ilegal aun cuando cuente con su consentimiento. Por otro lado, el

55 — DO L 307, p. 18.
56 — DO L 183, p. 1.

57 — Sentencia Daddy's Dance Hall, citada en la nota 22 *supra*, apartados 15 a 17.

Tribunal de Justicia señala que la Directiva tan sólo procedió a una armonización parcial, al extender principalmente la protección ya dispensada a los trabajadores por las propias disposiciones legales de los diferentes Estados miembros a los casos de transmisiones de empresas. «Por consiguiente, la Directiva sólo puede invocarse para garantizar que el trabajador interesado quede protegido en sus relaciones con el cesionario de la misma manera como lo estaba con el cedente, en virtud de la normativa del Estado miembro de que se trate. Por consiguiente, en la medida en que, al margen del supuesto de una transmisión de empresa, el Derecho nacional permite modificar la relación de trabajo en un sentido desfavorable para los trabajadores, especialmente por lo que respecta a su protección contra el despido, una modificación de este tipo no puede excluirse sólo por el hecho de que, entretanto, la empresa haya sido objeto de una transmisión y, por consiguiente, se haya celebrado un nuevo acuerdo con el empresario. En efecto, al subrogarse el cesionario en la situación del cedente en virtud del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva, por lo que respecta a los derechos y obligaciones derivados de la relación de trabajo, ésta puede modificarse en relación con el cesionario dentro de los límites que cabría aplicar si se hubiese tratado del cedente; debiendo quedar claro que la transmisión de empresa en ningún caso puede constituir por sí misma el motivo de dicha modificación.» [58]

78. También la propia Directiva establece que las condiciones de trabajo pueden modificarse por otros motivos independientes de la transmisión de la empresa. Así, con arreglo al artículo 4, apartado 1, no puede efectuarse un despido en razón únicamente de la transmisión de una empresa. Sin embargo, la Directiva no prohíbe los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización. Además, es cierto que, con arreglo al artículo 3, apartado 2, también deben mantenerse las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo. Sin embargo, conforme al artículo 3, apartado 2, frase segunda, los Estados miembros pueden limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, siempre que no sea inferior a un año.

79. Así pues, la aplicación de la Directiva a los empleados públicos transferidos al sector privado junto con la empresa no daría lugar a una extensión excesiva de la protección dispensada por la Directiva. Dado que —como queda explicado— si se opta por una interpretación estricta del concepto de trabajador no podría cumplirse en el presente caso la finalidad de protección de la Directiva, cabe considerar que, atendiendo a la finalidad general de la Directiva, su ámbito de aplicación comprende al menos los derechos de los que aquí se trata. [59]

58 — Véase la nota 57 *supra*.

59 — En favor de esta interpretación pueden aducirse asimismo las deliberaciones del Consejo de 1974 sobre la propuesta de Directiva relativa a las transmisiones de empresas. En ella se señaló que los sistemas jurídicos de los diferentes Estados miembros en materia de concentración de empresas no tenían suficientemente en cuenta los intereses de los trabajadores. Así sucedía, *en particular*, cuando las modificaciones se efectuaban con arreglo a las normas del Derecho civil y mercantil. Es cierto que con ello se insistía en el ámbito del Derecho civil y mercantil. Pero, por otro lado, esto indica que se pensó también en otros ámbitos, de modo que no debería excluirse el ámbito del Derecho público [COM(74) 351 final].

80. Todas estas consideraciones ponen de manifiesto asimismo que, precisamente en el caso de las Directivas de protección de los trabajadores, sería bueno definir un concepto uniforme —y amplio— de trabajador.

81. Para concluir, procede observar asimismo que la aplicación de la Directiva tampoco puede excluirse por el hecho de que, con arreglo al Derecho italiano, los demandantes tuvieran la posibilidad de permanecer en la función pública. Dado que, en tal caso, los demandantes hubieran debido incorporarse a un nuevo puesto en la Administración, la permanencia en la función pública hubiera ido necesariamente acompañada de un cambio de puesto de trabajo y de actividad, e incluso posiblemente de un cambio de localidad. En el caso de que los demandantes desearan mantener el mismo ámbito de actividad que hasta entonces, con las menores modificaciones posibles de las circunstancias externas, no tenían ninguna otra opción que abandonar la función pública y continuar ejerciendo su actividad en el marco de una relación laboral de Derecho privado con Iritel. No sería lógico negarles dicha protección por el único motivo de no haber aceptado una oferta de empleo —en otro ámbito de actividad— formulada por el cedente y anterior empresario. Esta conclusión se sustenta también en la jurisprudencia de este Tribunal, según la cual las consecuencias jurídicas de la transmisión de empresas se producen con independencia de la voluntad del trabajador. Tan sólo existe una excepción cuando el trabajador decide voluntariamente no continuar la relación laboral con el nuevo empresario. [60] Ahora bien, en el presente caso sucede todo lo contrario. Los afectados por la transmisión de empresas no se oponen a seguir trabajando para el cesionario, sino que renunciaron a aceptar una oferta de permanencia en el cedente. Con arreglo a la Directiva, eso no tiene por qué menoscabar su posición jurídica.

82. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, en el presente caso parece apropiado amparar bajo la protección de la Directiva a los empleados públicos que pasan a tener una relación laboral de Derecho privado como consecuencia de una privatización.

83. En consecuencia, procede responder a la primera cuestión que una transmisión de empresa, autorizada mediante Ley del Estado y dispuesta mediante Orden Ministerial, efectuada a título oneroso por un organismo público directamente dependiente del Estado a una sociedad privada, constituida por otro organismo público que posee todas sus acciones, está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 1 de la Directiva 77/187, cuando la actividad objeto de la transmisión sea encomendada a la sociedad privada en régimen de concesión administrativa.

III. *Sobre la letra a) de la segunda cuestión*

84. En el marco de la segunda cuestión se plantea el problema de cuáles son concretamente los derechos que se transfieren, es

60 — Sentencia D'Urso y otros, citada en la nota 47 *supra*, apartado 11.

decir, de cuáles son las condiciones de trabajo que se mantienen. La letra a) de la segunda cuestión se refiere al derecho de los demandantes al pago de una determinada indemnización por finalización de contrato, así como al cálculo de ésta.

Alegaciones de las partes

85. A este respecto, los demandantes se refieren al carácter imperativo del artículo 3, apartado 1, de la Directiva, del que deducen que los empleados trasferidos de ASST a Iritel pueden invocar su grado de antigüedad para recibir una única indemnización por finalización de contrato. Es cierto que, en la vista, los demandantes reconocieron que, con arreglo al Derecho italiano, hubiera sido posible proceder al cálculo de una única indemnización. Sin embargo, ello hubiera supuesto que se transfiriese la indemnización por finalización de contrato pagada por ASST al nuevo empresario en un plazo de treinta días a partir de la transmisión de la empresa. Sin embargo, los demandantes afirmaron que dicho plazo es demasiado corto, razón por la cual no pudieron actuar a su debido tiempo.

86. La demandada señala que, con arreglo al Derecho italiano, los demandantes hubieran podido recibir una única indemnización por finalización de contrato si le hubieran transferido la indemnización abonada por ASST. En cambio, por lo que respecta a las obligaciones derivadas de la Directiva, su artículo 3, apartado 1, obliga al cesionario a otorgar a los trabajadores los derechos que tuvieran frente al cedente inmediatamente antes de la transmisión. Ahora bien, según la demandada la Directiva no pretende que un trabajador que mantenga sus derechos derivados de la anterior relación laboral pueda además conseguir que las ventajas existentes en su nueva empresa se apliquen a los períodos de empleo anteriores a la transmisión. En consecuencia, considera que la indemnización por finalización de contrato debía calcularse con arreglo únicamente a los criterios vigentes en ASST en relación con los años anteriores a la trasmisión, y con arreglo a las normas aplicables en Iritel y posteriormente en la demandada en relación con los períodos posteriores a dicha transmisión.

87. Los Gobiernos austriaco y finlandés, al igual que los demandantes, consideran que el artículo 3 tiene por efecto que se trasfieran o mantengan todos los derechos y ventajas asociados a la antigüedad. En este contexto, el Gobierno austriaco recuerda que la Directiva no se opone a una ulterior modificación del contrato de trabajo por parte del cesionario, siempre que el Derecho nacional permita dicha modificación con independencia de la transmisión de la empresa.

88. La Comisión alega que el cesionario está obligado a asumir, en virtud del artículo 3 de la Directiva, la totalidad de las obligaciones del cedente derivadas de la relación laboral existente en el momento de la transmisión de la empresa. Sin embargo, alega que la Ley nº 58/92 no contiene

normas absolutamente claras a este respecto.

89. Sin embargo, de la jurisprudencia de este Tribunal se desprende que se trasfieren al cesionario todas las obligaciones derivadas del contrato, lo que, con arreglo al artículo 3, apartado 2, incluye también los convenios colectivos. De ello cabe deducir que también se mantiene el grado de antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización por finalización de contrato. Esto otorga a los trabajadores el derecho al pago de una única indemnización por finalización de contrato que comprenda los años de trabajo tanto en el antiguo como en el nuevo empresario.

Apreciación

90. En este contexto, procede recordar una vez más la jurisprudencia ya expuesta en los puntos 67 y 68 *supra,* según la cual debe garantizarse la continuación de la relación laboral en su forma original [61] y la posibilidad de continuar la relación laboral sin modificación alguna en las condiciones. [62] El sentido y la finalidad del artículo 3 de la Directiva consiste en proteger a los trabajadores contra los riesgos específicos resultantes de la situación creada por la transmisión de la empresa. Por ello, dicha disposición pretende garantizar plenamente el mantenimiento de la relación laboral y excluir cualquier modificación de los derechos de los trabajadores causada únicamente por la transmisión.

91. Ahora bien, la antigüedad como tal no constituye un derecho trasferido mediante la transmisión de la empresa que pueda invocarse frente al cesionario. Tan sólo cabe imaginar que se trasfieran los derechos asociados a la antigüedad. Por consiguiente, el trabajador tiene derecho a exigir el pago de una indemnización por finalización de contrato, que forma parte integrante de las condiciones jurídicas de su anterior relación laboral. Este derecho de indemnización está integrado por dos elementos jurídicamente relevantes: su fundamento y su cuantía.

92. Ahora bien si existe el derecho al pago de una indemnización por finalización de contrato en el anterior empresario y cedente, el artículo 3 de la Directiva exige que los dos elementos del derecho, es decir, su fundamento y su cuantía, se transfieran al cesionario para que puedan invocarse ante él posteriormente. Esto significa que el nuevo empresario y cesionario está obligado a determinar la cuantía de la indemnización que debe pagar de acuerdo con el método de cálculo aplicado en el cedente. A tales efectos, debe tenerse en cuenta la antigüedad. El cesionario también está vinculado por los demás elementos del derecho al pago de la indemnización por finalización de contrato vigentes en el marco de la relación laboral trasferida. Dependiendo de su configuración en el respectivo contrato de trabajo, esto puede significar asimismo que el nuevo empresario, aunque no contemple una norma de este tipo para sus propios trabajadores, deba pagar una indemnización por finalización de contrato por los años de servicio

61 — Sentencia de 7 de febrero de 1985, Wendelboe y otros (19/83, Rec. p. 457), apartado 15.

62 — Sentencia Daddy's Dance Hall, citada en la nota 22 *supra,* apartado 9.

prestados en su empresa. Para el cálculo de dicho derecho deberán computarse también los períodos de trabajo ya prestados en el cedente.

93. En este contexto, procede señalar que, con arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, es posible modificar las condiciones de trabajo —aunque sea en perjuicio del trabajador— cuando también el cedente, con arreglo al Derecho nacional, hubiera podido efectuar dicha modificación con independencia de la transmisión de la empresa. En efecto, la Directiva tan sólo pretende proteger al trabajador en sus relaciones jurídicas con el cesionario en la medida en que, con arreglo a las disposiciones del respectivo Estado miembro, ya estuviera protegido frente al cedente. De ello se desprende que el nuevo empresario puede proceder a una modificación de los derechos de los trabajadores en la misma medida en que hubiera podido hacerlo el cedente. [63] En efecto, en el caso de que existiera una posibilidad de modificación de los derechos de los trabajadores por parte del cedente, dicha posibilidad no puede quedar excluida en el futuro por el mero hecho de la transmisión de la empresa. La Directiva pretende evitar tan sólo que se tome la transmisión de la empresa como pretexto para empeorar la situación del trabajador, es decir, para reducir o dejar de garantizar los derechos adquiridos por éste. [64] En consecuencia, la Directiva no se opone a una restricción temporal ni a un cálculo no unitario de la indemnización por finalización de contrato en los casos en los que el nuevo empresario pueda modificar las condiciones de trabajo a ese respecto independientemente de la transmisión de la empresa.

63 — Sentencia Watson Rask y Christensen, citada en la nota 50 *supra*, apartados 27 y ss.

64 — Sentencia Daddy's Dance Hall, citada en la nota 22 *supra*, apartado 17.

94. Incidentalmente, procede observar que en el presente caso tanto el antiguo empresario como el nuevo contemplan una indemnización por finalización de contrato, por lo cual en el litigio principal se discute únicamente el correspondiente método de cálculo. Dado que los derechos existentes en el cedente se transfieren sin modificaciones, también se transfiere al cesionario el método de cálculo convenido con el cedente. Los cálculos y adaptaciones futuras que tan sólo existían en perspectiva, pero que no constituían un derecho del trabajador, no se transfieren. Los derechos determinantes son aquellos que podían invocarse frente al cedente. En consecuencia, no existe ningún derecho de equiparación a los nuevos compañeros de trabajo (que tal vez disfruten de una situación más favorable) del sector privado, y menos aún un derecho a la extensión retroactiva de cualesquiera normas más favorables del cesionario a los años de trabajo prestados en el cedente.

95. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar, sobre la base de los criterios expuestos, si la indemnización otorgada a los demandantes se calculó de acuerdo con las condiciones vigentes en ASST, o si la demandada, como cesionaria, modificó el derecho a una indemnización por finalización de contrato con independencia de la circunstancia de la transmisión de la empresa en una medida que no hubiese sido posible en ASST. En el caso de que, tras proceder a este examen, el órgano jurisdiccional remitente llegara a la conclusión de que se menoscabó ilegalmente el derecho de los demandantes a una indemnización, sería necesario proceder a un nuevo cálculo de la indemnización por finalización de contrato aplicando el

método de cálculo de ASST al conjunto de los períodos de empleo.

96. En consecuencia, procede responder a la letra a) de la segunda cuestión que los trabajadores tienen derecho al pago de una única indemnización por finalización de contrato que tenga en cuenta la totalidad de los períodos de empleo (tanto en el anterior empresario como en el nuevo), cuando el contrato de trabajo celebrado con el cedente estableciera dicho derecho y éste no haya sido legalmente modificado por el cesionario con independencia de la transmisión de la empresa.

IV. *Sobre la letra b) de la segunda cuestión*

97. La segunda parte de la cuestión se refiere al régimen aplicable a efectos de la determinación de los aumentos salariales legales con posterioridad a la transmisión de la empresa.

Alegaciones de las partes

98. Los demandantes, los Gobiernos finlandés y austriaco y la Comisión responden afirmativamente también a esta segunda parte de la cuestión remitiéndose a los motivos ya formulados en relación con su primera parte.

99. La demandada señala, en primer lugar, que la antigüedad como tal no es un derecho ni una ventaja, sino tan sólo una circunstancia de hecho de la que pueden derivarse consecuencias jurídicas. A continuación, la demandada se remite al convenio colectivo, que en el presente caso regula los derechos salariales derivados de la antigüedad para los antiguos empleados de ASST.

Apreciación

100. Como ya he señalado en relación con la letra a) de la segunda cuestión, procede acoger las alegaciones de la demandada según las cuales un grado de antigüedad alcanzado no constituye aún, en sí mismo, un derecho del trabajador a efectos del artículo 3, apartado 1. Por el contrario, para ello dicho grado de antigüedad debe llevar aparejados determinados derechos, como por ejemplo, el derecho a un aumento salarial, y hacerlo ya en el marco de la relación laboral con el cedente. Sólo entonces dichos derechos se transfieren al cesionario. En el caso de que dichos derechos ya estuvieran regulados en el convenio colectivo aplicable al cedente, dicha transferencia se rige por el artículo 3, apartado 2, de la Directiva, según el cual las estipulaciones del convenio se mantienen vigentes también frente al cesionario, aunque sólo hasta la fecha de extinción o expiración del convenio colectivo.

101. La cuestión de si esto comprende asimismo los aumentos salariales futuros depende de si dichos aumentos habían sido pactados con el cedente, de tal modo que el trabajador tuviera derecho a percibirlos.

Corresponde al Juez nacional determinar si esto es así. En este contexto, procede señalar una vez más que, con arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal, la modificación de las condiciones de trabajo es posible cuando también hubiera podido realizarlas —con independencia de la transmisión— el cedente.

102. En consecuencia, procede responder a la letra b) de la segunda cuestión que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que el grado de antigüedad alcanzado en el cedente tan sólo se trasfiere al cesionario en la medida en que lleve aparejados derechos adquiridos frente al cedente.

E. Conclusión

103. En virtud de lo anteriormente expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales:

«Con independencia de la cuestión de cómo debe aplicarse la Directiva en virtud de las consideraciones precedentes, procede en todo caso interpretarla del siguiente modo:

1) Una transmisión de empresa, autorizada mediante Ley del Estado y dispuesta mediante Orden Ministerial, efectuada a título oneroso por un organismo público directamente dependiente del Estado a una sociedad privada constituida por otro organismo público que posee todas sus acciones, cuando la actividad objeto de la transmisión sea encomendada a la sociedad privada en régimen de concesión administrativa, está comprendida dentro del ámbito de aplicación 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 de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.

2) a) Con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva, procede considerar obligatoria la continuación de la relación laboral con el cesionario, con el consiguiente mantenimiento por parte del trabajador del derecho al pago de una única indemnización por finalización de contrato que tenga en cuenta la totalidad de los períodos de empleo (tanto en el nuevo como en el anterior empresario), cuando el contrato de trabajo con el cedente estableciera dicho derecho.

b) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que tan sólo se transfiere al cesionario el grado de antigüedad obtenido en la medida en que lleve aparejados derechos adquiridos frente al cedente.»