

Roj: **STS 3229/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3229**Id Cendoj: **28079149912017100046**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **991**Fecha: **14/07/2017**Nº de Recurso: **74/2017**Nº de Resolución: **634/2017**Procedimiento: **Auto de aclaración**Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ PV 4275/2016,**  
**STS 3229/2017**

## SENTENCIA

En Madrid, a 14 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Central Sindical LAB, representada y defendida por el Letrado D. Diego Ignacio González Moyano contra la sentencia dictada el 19 de diciembre de 2016, por la **Sala de lo social** del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el procedimiento 41/2016, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de la referida Central Sindical ahora recurrente contra la empresa Manpower Group Solutions, S.L.U. y contra la Fundación Museo Guggenheim Bilbao, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, sobre despido colectivo. Ha comparecido en concepto de recurrido la empresa Manpower Group Solutions, S.L.U., representada y defendida por la Letrada Doña Sonia Dehesa Díez y la Fundación Museo Guggenheim Bilbao, representada y defendida por el Letrado D. Javier Aristondo Maruri.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Milagros Calvo Ibarlucea

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la representación legal de la Central Sindical LAB se presentó demanda de despido colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación terminó por suplicar se dicte sentencia por la que se declare: «la nulidad del despido condenando a la parte demandada solidaria o alternativamente a la readmisión de las personas despedidas y al abono de los salarios de tramitación devengados, así como al abono tanto a cada una de las personas afectadas como a LAB de una indemnización adicional de 187.515 euros por el concepto de daños y perjuicios, así como a la remisión de Nota de Prensa por parte de la "Fundación Museo Guggenheim" a los diarios "EL CORREO", "DEIA", "GARA", "BERRIA", "EL MUNDO EL PAÍS VASCO", "EL PAÍS-EL PAÍS VASCO", el grupo "EITB", la "Cadena SER" y la "Agencia EFE" dando a conocer el eventual fallo estimatorio de la demanda en su literalidad; subsidiariamente, se declare el carácter injustificado del despido, condenando a la parte demandada solidaria o alternativamente a optar dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia entre la readmisión de las personas despedidas con abono de los salarios de tramitación devengados o el abono de la indemnización legal; todo ello sin perjuicio de lo que se fije en conclusiones definitivas».

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

**TERCERO.-** Con fecha 19 de diciembre de 2016 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la que consta el siguiente fallo: «Se desestima la demanda de impugnación de



despido colectivo entablada por la central sindical LAB contra la empresa MANPOWER GROUP SOLUTIONS SLU, FUNDACIÓN MUSEO GUGGENHEIM BILBAO, y MINISTERIO FISCAL, al no existir despido colectivo tácito o "de facto", sin pronunciarnos sobre las restantes cuestiones planteadas en demanda dados los límites competenciales desde el punto de vista funcional de esta Sala de lo Social».

**CUARTO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO .- La demanda de despido colectivo afecta a los trabajadores de Mampower Group Solutions SLU (Manpower) que han venido prestando sus servicios en el Museo Guggenheim Bilbao en el servicio de desarrollo de actividades educativas. SEGUNDO .- Manpower ha sido la adjudicataria del servicio de apoyo en actividades educativas programadas por la Fundación del Museo Guggenheim Bilbao (en adelante la Fundación) hasta el 30 de septiembre de 2016 y desde el 1 de octubre de 2014, dándose por reproducidos el Pliego de condiciones técnicas que regía la licitación (documento nº 2 del ramo de prueba de la actora) y el Pliego de cláusulas económico-administrativas (documento nº 3 de la parte actora). El 30 de septiembre de 2014 Manpower y la Fundación suscribieron el contrato de prestación del servicio de apoyo en actividades educativas del Museo Guggenheim Bilbao, de acuerdo a la oferta y al pliego de condiciones técnicas que se incorporó al contrato aportado como documento nº 6 al ramo de prueba de la actora (folios 82 a 84), en el que se hizo constar una vigencia de un año desde el 1 de octubre de 2014, pudiendo ser prorrogado de mutuo acuerdo por las partes antes de su finalización, sin que pudiera exceder la duración total, incluidas las prórrogas, de dos años, adjuntándose la prórroga suscrita como documento nº 7 por dicha parte (folios 85 y 86), que concluía el 30 de septiembre de 2016. TERCERO .- En el Pliego de condiciones técnicas reguladoras de la licitación destaca su estipulación segunda que determina el alcance del servicio, de acuerdo con la cual la Fundación elabora anualmente una programación educativa complementaria a la oferta artística y expositiva, siendo la adjudicataria la responsable de poner en la práctica las sesiones de los programas educativos escolares (visitas taller y visitas comentadas), sesiones de orientación para educadores, programas para familia, programas para el público en general, servicio que se presta en castellano, euskera, inglés y francés, valorándose otros idiomas, proporcionando el Museo los materiales a la contratista, designando ésta un coordinador. CUARTO .- A fin de dar cumplimiento al contrato suscrito con la Fundación, Manpower formalizó contratos temporales para "obra o servicio determinado" con jornada a tiempo parcial, trabajadores que fueron contratados con las categorías profesionales de educador/orientador, auxiliar/educador, salvo una empleada que fue contratada como coordinadora. Manpower aplicó a estos trabajadores el convenio colectivo estatal para la empresa de servicios LINK Externalización de servicios SLU (BOE 25 de octubre de 2000). QUINTO .- Los referidos trabajadores realizaban en el Museo las actividades que se describen en el hecho 9º de la demanda que se tiene por reproducido en su integridad, funciones que realizaban según programa cultural de actividades elaborado para cada temporada por el Museo, y conforme a los cuadrantes que la coordinadora de Manpower en el Museo les comunicaba vía mail con la pertinente antelación. SEXTO. - El 15 de septiembre de 2016 Manpower hizo entrega a sus trabajadores del Museo comunicación escrita de extinción del contrato por causas objetivas al amparo del art. 52 c) ET , causas productivas y organizativas con efectos del 30 de septiembre de 2016, comunicaciones obrantes en las actuaciones (documentos 37 a 46 bis del ramo de prueba de Manpower) que se tienen por reproducidas, todas ellas de contenido idéntico salvo la indemnización que figura en cada una de ellas por el despido objetivo comunicado. En la misiva se exponía como motivo de la extinción la comunicación por la Fundación de la finalización de la prórroga recogida en el pliego el 30 de septiembre de 2016, sin que se licitase la actividad al proceder el propio Museo a la reversión de la actividad, por lo que se ponía fin al contrato al no tener vacantes en Manpower para la prestación de servicios similares con un perfil profesional análogo al ostentado por los afectados por los despidos. SÉPTIMO.- Las partes están conformes en que los trabajadores de Manpower en el Museo eran dieciocho, desprendiéndose de la documental aportada por Manpower (folio 138, Tomo I , y documento nº 48 de su ramo de prueba), y del documento nº 4 (apartados 1 y 2) de la parte actora (folios 26 y 27 de su ramo de prueba), que catorce de esos trabajadores han visto extinguido su contrato el 30 de septiembre por el despido objetivo comunicado, y dos empleados han causado baja el 30 de septiembre conforme al art. 49.1.c) ET (sin que conste la impugnación del cese). Manpower había contratado el 19 de octubre de 2015 y el 19 de octubre de 2009 a dos trabajadores -Srs. Jose Augusto y Matilde - como fijos discontinuos para prestar servicios en el Museo Guggenheim y en el Museo de Bellas Artes, continuando el Sr. Jose Augusto prestando servicios en el Museo de Bellas Artes a partir del 1 de octubre de 2016, en tanto que la Sra. Matilde figura de alta en Manpower si bien se encuentra en situación de excedencia voluntaria (desde el 10 de octubre de 2016). Un educador/orientador causó baja voluntaria el 31 de julio, y el 13 de julio se extinguió ex art. 49.1.c) ET el contrato a una educadora/orientadora (extinción no impugnada). OCTAVO.- La empresa Manpower Group Solutions SLU entre el 2 de julio y el 30 de septiembre del mismo año ha tenido una plantilla de 1395 trabajadores, desprendiéndose del documento nº 49 del ramo de prueba de dicha parte que en ese periodo han causado baja en la empresa por causas no imputables al trabajador un total de veinticinco empleados (los catorce despidos objetivos de Bizkaia, dos extinciones en la provincia de Barcelona declaradas/reconocidas como improcedentes, tres despidos objetivos en Madrid más dos extinciones declaradas reconocidas como



improcedentes en las misma provincia, un despido objetivo en Málaga, dos despidos objetivos en Pontevedra, y un despido improcedente en Valencia). NOVENO.- La Fundación comunicó oficialmente el 29 de agosto de 2016 en una reunión en la que participó el sindicato actor y el colectivo afectado, que internalizaba el servicio de "Educadores" y "Orientadores" del Museo, día en que también se emitió una nota de prensa en tal sentido, indicando la Fundación que asumía el servicio directamente y su intención de contratar a tres educadores, si bien oficiosamente se sabía que no iba a convocarse una nueva licitación pública, dado que éstas en las anteriores ocasiones (así en 2012 y 2014) se han anunciado a mediados del mes de julio, y en 2016 ese anuncio o convocatoria no se había producido. Manpower conoció de forma oficial ese día la internalización del servicio que venía realizando, decisión que había sido adoptada consensuadamente por los Patronos de la Fundación. DÉCIMO.- La Fundación procedió a contratar con fecha 1 de octubre de 2016 a tres trabajadoras, Doña María Inmaculada, Doña Blanca y Doña Emilia mediante contratos de trabajo de obra o servicio determinado, con jornada completa, para la prestación de servicios como educadoras (folios 108 y siguientes, Tomo 1 de las actuaciones). Dos de estas tres trabajadoras, las Sras. María Inmaculada y Emilia, habían prestado servicios previamente en el Museo como trabajadoras de Manpower (la primera como educadora y la segunda como coordinadora) con contratos de obra a tiempo parcial, relación laboral con Manpower extinguida vía los despidos por causas objetivas acordados el 30 de septiembre de 2016 al finalizar la contrata con la Fundación, trabajadoras que formaban parte de una bolsa de trabajo del Museo que se configuró en 2011 (documento nº 3 de la Fundación). Doña Luisa, como trabajadora por cuenta propia, realiza en el Museo algunos fines de semana al mes, una concreta actividad educativa dirigida a bebés (baby art), trabajadora que hasta el 30 de septiembre de 2016 prestó servicios como educadora/orientadora por cuenta de Manpower en el Museo, y que vio rescindido su contrato por despido objetivo en la fecha señalada. UNDÉCIMO.- Los representantes del sindicato actor y representantes del colectivo de trabajadores de Manpower en el Museo han mantenido reuniones con la Fundación y Manpower en junio, julio y también el 2 de agosto de 2016 en las que se ha debatido sobre la problemática y reivindicaciones del colectivo, mostrando también el colectivo directamente su malestar con las condiciones laborales, constando que se realizaron concentraciones entre el 11 de agosto y el 16 de septiembre en las inmediaciones del Museo en demanda de condiciones de trabajo dignas para los trabajadores subcontratados del Museo, y que a lo largo de los meses de julio y agosto protagonizaron varias jornadas de huelga secundadas por prácticamente todo el colectivo concernido. DUODÉCIMO.- Tras la comunicación por parte de la Fundación de la no convocatoria de licitación pública para la adjudicación de las tareas de apoyo en las actividades educativas del Museo una vez que concluyera el contrato con Manpower internalizando el servicio, se convocó formalmente por LAB huelga indefinida a partir del 5 de septiembre de 2016. La huelga fue secundada por la mayoría de la plantilla de Manpower en el Museo, sin que la secundaran dos de las empleadas que contrató la Fundación para la prestación de servicios en el Museo, tras la extinción previa de sus contratos por despido objetivo por parte de Manpower. DECIMOTERCERO.- La Fundación tiene externalizados otros servicios del Museo Guggenheim, entre éstos, el servicio de guías (contratado con Eulen), el servicio de gestión de taquilla, tienda y punto de info, servicio de limpieza y mantenimiento, y el servicio de seguridad (contratado con Prosegur). DECIMOCUARTO.- Varios de los trabajadores que han sufrido el despido objetivo de Manpower han formulado demandas impugnando sus despidos contra dicha empresa y la Fundación, constando que los dos empleados que continúan de alta en Manpower prestando servicios en el museo de Bellas Artes de Bilbao, han presentado también demandas de modificación sustancial de condiciones de trabajo. DECIMOQUINTO.- El 19 de octubre de 2016 se presentó la demanda de despido colectivo ante esta Sala de lo Social interesando se declarase nulo o subsidiariamente improcedente».

**QUINTO.-** Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación letrada de la Central Sindical LAB, siendo admitido a trámite por esta Sala.

**SEXTO.-** Impugnado el recurso por las partes personadas, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo para el Pleno del día 12 de julio de 2017, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la Central Sindical LAB, se promovió demanda de despido colectivo frente a la empresa Manpower Group Solutions, S.L.U., Fundación Museo Guggenheim Bilbao, la Central Sindical ELA, debiéndose citar al Ministerio Fiscal, en cuyo suplico solicitaba que se declare la nulidad del despido condenando a la parte demandada solidaria o alternativamente a la readmisión de las personas despedidas y al abono de los salarios de tramitación devengados, así como al abono tanto a cada una de las personas afectadas como a LAB a una indemnización adicional de 187.515 ? por el concepto de daños y perjuicios, así como a la remisión de Nota de prensa por parte de la Fundación Museo Guggenheim a los diarios "El Correo", "DEIA", "GARA", "BERRIA",



"EL MUNDO DEL PAÍS VASCO" , " EL PAÍS - EL PAÍS VASCO" , el grupo "EITB", la " Cadena SER" y la " Agencia EFE", dando a conocer el fallo en su literalidad.

Subsidiariamente, se declare el carácter injustificado del despido condenado a la parte demandada solidaria o alternativamente a optar dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia entre la readmisión de las personas despedidas con abono de los salarios de tramitación devengados o el abono de la indemnización legal.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco desestimó la demanda y frente a ella interpone recurso de casación el sindicato actor, al amparo del artículo 207 de la L J S , apartados d) y e), dedicando al primero ocho motivos y dos al segundo.

**SEGUNDO** .- La cuestión que se plantea en el presente recurso es la apreciación de un despido colectivo , según postula la parte recurrente, como resultado de la posibilidad de existencia de fraude en los despidos individuales llevados a cabo mediante carta de despido de 15 de septiembre de 2016, fundada en causas productivas y organizativas con efectos del 30 de septiembre de 2016 y dirigida por la empleadora Manpower Group Solutions a los trabajadores que prestaban servicios en el Museo Guggenheim. La actividad desarrollada por Manpower Group Solutions se corresponde con la adjudicación hecha por la Fundación del Museo Guggenheim que afecta a la actividad educativa según programación educativa complementaria a la oferta artística y expositiva, programación elaborada anualmente por la Fundación que proporciona a la contratista los materiales necesarios y homologa a los profesionales los cuales son contratados en la modalidad de obra o servicio .

La sentencia ha desestimado la pretensión actora al considerar que el núcleo de ocupación afectada es el Museo Guggenheim en donde el número de trabajadores de Manpower que han prestado servicios ha sido el de 18, inclusive aunque se tomara como núcleo de referencia la empresa Manpower, dado su número de trabajadores y las extinciones computables , inferior a 30 en el periodo de 90 días a considerar.

En el primero de los motivos del recurso y como anticipábamos, al amparo del artículo 207. d), la demandante solicita la modificación del tercero de los hechos declarados probados cuya actual redacción propone sustituir por la siguiente en la que ha destacado en negrita el cambio en la redacción postulada : *«HECHO TERCERO.- En el Pliego de Condiciones Técnicas reguladoras de la destaca su estipulación segunda que determina el alcance del servicio, de acuerdo con la cual la Fundación elabora anualmente una programación educativa complementaria a la oferta artística y expositiva, siendo la adjudicataria la responsable de poner en la práctica las sesiones de los programas educativos (visitas taller y visitas comentadas), sesiones de orientación para educadores, programas para familia, programas para el público en general, servicio que se presta en castellano, euskera, ingles y francés, valorándose otros idiomas.*

*Por su parte, el Museo se responsabilizaba de la conceptualización, enfoque metodológico y contenidos de las actividades y proporcionaba los materiales a la contratista, designando ésta un coordinador.*

*El Museo homologaba a los profesionales que formaban parte del equipo ofertado por la contratista y que hubieran superado la prueba de evaluación, reservándose el derecho de prescindir de aquellos que no reunieran o cumplieran los estándares de calidad de servicio requeridos. Para cualquier cambio de profesionales, el contratista precisaba la aprobación del Museo, previa realización de las pruebas de evaluación oportunas. Además, dichos profesionales debían participar en las acciones formativas que la Fundación impartiera con cada cambio de exposición en el Museo.*

*La Fundación ostentaba la facultad de modificar, suspender, sustituir o lucir los cambios que estimara oportunos en las actividades.*

*En el Pliego de Condiciones Económicas reguladoras de la licitación destaca la estipulación de que todos los materiales elaborados por la contratista durante la prestación del servicio son propiedad de la Fundación, pudiendo ésta recabar en cualquier momento la entrega del trabajo realizado. Además, toda vez que las actividades educativas son diseñadas Fundación, le corresponden a ésta los derechos de propiedad intelectual o industrial sobre las mismas. Finalmente, la titular del servicio podía modificar unilateralmente los servicios objeto del contrato".»*

Afirma el recurrente que la modificación pretendida se sustenta en el documento 2 de la prueba documental obrante al a los folios 11 a 15 del Tomo I, documento 2 de la parte actora y a los folios 84 a 88, Tomo IV, prueba anticipada del Museo y justifica la recurrente su petición en que la modificación propuesta guarda relación con la obligación de subrogar que estima pertinente.

Dada la dificultad para establecer la coincidencia entre el Documento 2 y los folios 11 a 15 del Tomo I, la Sala procede al examen de los folios 84 a 88 del Tomo IV.





Como quiera que la forma en que se propone no es una transcripción de los documentos señalando concretamente sus párrafos y apartados a fin de establecer una coincidencia que no deje lugar a dudas sino que por el contrario el motivo propone una redacción que es el resultado de una valoración subjetiva, el texto alternativo no se ajusta a las exigencias que la consolidada doctrina casacional impone para que se pueda reexaminar la prueba previamente valorada por el órgano que dictó la sentencia por lo que hubiera bastado con la propuesta de introducir, literalmente el texto de las cláusulas del Pliego de Condiciones que pudieran ser de interés para la recurrente. En todo caso, en el hecho declarado probado segundo de la sentencia se da por reproducido el Pliego de condiciones Técnicas y el de cláusulas económico administrativas, haciendo referencia a los documentos 2 y 3 del ramo de prueba de la parte actora.

**TERCERO.-** En el segundo motivo, con igual amparo que el anterior la modificación que se postula afecta el hecho declarado probado séptimo, para el que se pide la siguiente redacción propuesta en términos formales como la anterior: *«Las partes están conformes con que en el momento inmediatamente anterior a la extinción de los contratos de trabajo los trabajadores de Manpower en el Museo eran dieciocho, desprendiéndose de la documental aportada por Manpower (folio 138, Tomo I, y documento n° 48 de su ramo de prueba), y del documento n° 4 (Apartados 1 y 2) de la parte actora (folios 26 y 27 de su ramo de prueba)t que catorce de esos trabajadores han visto extinguido su contrato el 30 de septiembre por el despido objetivo comunicado, y dos empleados han causado baja el 30 de septiembre conforme al art. 49.le) del ET (sin que conste la impugnación del cese).*

*Manpower había contratado el 19 de octubre de 2015 y el 19 de octubre de 2009 dos trabajadores -Srs. Jose Augusto y Matilde - como fijos discontinuos para prestar servicios en el Museo Guggenheim y en el Museo de Bellas Artes, continuando el Sr. Jose Augusto prestando servicios en el Museo de Bellas Artes a partir del 1 de octubre de 2016 en tanto que la Sra. Matilde figura de alta en Manpower si bien se encuentra en situación de excedencia voluntaria (desde el 10 de octubre de 2016). Desde el día 30 septiembre ninguno de los dos ha sido llamado a prestar servicios en el servicio del Museo Guggenheim Bilbao.*

*Un educador/orientador causó baja voluntaria el 31 de julio, y el 13 de julio se extinguió exart. 49. le) ET el contrato a una educadora/orientadora (extinción no impugnada).*

*Sin embargo, para la puesta en práctica e implementación de los programas se ha contado en estos dos años con una media entre 24 y 29 personas en total, entre educadores y auxiliares; profesionales todos ellos en el ámbito del Arte, Arquitectura, la Historia moderna y contemporánea, la educación en museos y experiencia demostrada en la transmisión de los contenidos artísticos. Para la organización y gestión del servicio se contaba con la figura de una coordinadora que formaba parte del equipo mencionado».*

La parte recurrente cita en apoyo de la modificación pedida la prueba documental consistente en el Balance de actividades 2014-2016 obrante al Tomo I folio 143 y en el Tomo IV ramo de prueba de la actora , folio 105, y en el mismo Tomo documento N9 4, folios 26 y 27, así como el Tomo V, documento número 48.

Llegados a este punto y respecto a los párrafos primero y cuarto en el que el recurso aborda una modificación fáctica al objeto de intentar demostrar que ha existido una media de ocupación superior a 20 trabajadores es oportuno citar el informe del Ministerio Fiscal. El informe destaca lo razonado por la sentencia en el fundamento de Derecho primero: *«Especial mención merece el hecho probado séptimo referido a los trabajadores de Manpower en el Museo, y los empleados afectados por la extinción de sus contratos; desde demanda se indicaba que eran dieciocho los trabajadores afectados por el despido (hecho 8° de la demanda), número de trabajadores en el Museo que ha reiterado la parte actora tanto en el trámite de ratificación de la demanda a preguntas del Tribunal como en ase de conclusiones, sosteniendo en todo momento que eran dieciocho los trabajadores de Manpower en el Museo, y también los afectados por el despido colectivo tácito que mantiene existe, tomando siempre como referencia el centro de trabajo. La empresa reconoce también que el Museo, el centro de trabajo, cuenta con dieciocho trabajadores, si bien entiende que en puridad son menos las extinciones a considerar (puesto que dos han operado ex art.49 c) ET y no se han impugnado, otros dos empleados continúan de alta en la empresa prestando servicios en el Museo de Bellas Artes de Bilbao, otro trabajador causó baja voluntaria el 31 de julio de 2016, y una empleada vio extinguido su contrato de trabajo el 13 de julio de 2016 también conforme al art.49. le) y sin impugnar el cese). »*

Las razones expuestas abonan la decisión de no aceptar la modificación solicitada por cuanto se trata de una cuestión nueva a través de la cual se intenta en fase de recurso modificar los planteamientos fácticos de la litis en los términos en los que la misma se ha sustanciado en la fase del juicio oral. En todo caso y como formulación de la petición modificativa tampoco su planteamiento es el correcto puesto que se solicita "una valoración conjunta" de documentos tales como el Balance de actividades 2014-2016 . folio 143 del Tomo I , del folio 105 en el Tomo IV y de los folios 26 y 27 del Tomo IV, que ya na sido considerados por la sentencia.



En cuanto al párrafo segundo, no se expresa el medio documental que sirva de fundamento a la adición del extremo concerniente a que " desde el día 30 de septiembre ninguno de los dos ha sido llamado a prestar servicios", por lo que la solicitud relativa al mis también deberá ser rechazada.

**CUARTO.-** En términos análogos se plantea la modificación del hecho noveno en el tercero de los motivos del recurso :

*«HECHO NOVENO.- La Fundación comunicó oficialmente el 29 de agosto de 2016 en una reunión en la que participó el sindicato actor y el colectivo afectado, que internalizaba el servicio de "Educadores" y "Orientadores" del Museo, día en que también se emitió una nota de prensa en tal sentido, indicando la Fundación que asumía el servicio directamente y su intención de contratar a tres educadores.*

*Tal y como la Fundación refiere expresamente en dicha nota de prensa, el Museo era partidario de mantener el esquema de la subcontratación del servicio, como se había venido haciendo hasta dicha fecha, en la medida, decía, en que dicha alternativa permitía atender con flexibilidad el volumen de actividades simultáneas así como la variación estacional de la demanda. Por tal motivo, decía el Museo, su vocación era poner en marcha un proceso de adjudicación del servicio en el marco de una nueva licitación pública.*

*Sin embargo, el Museo refería en la nota de prensa que la hipotética incorporación de la variable de la subrogación en el nuevo contrato de prestación de servicios que, reconocía, los trabajadores de Manpower habían incluido como una de las dos reivindicaciones principales en las ocho convocatorias de huelga del mes de agosto, no respondía a los criterios de organización del Museo ni se consideraba procedente, al tratarse, decía, de servicio de apoyo en ciertas actividades educativas, desarrollado por personas con dedicaciones parciales y residuales.*

*Tras citar que la dedicación media de todo el grupo de educadores de Manpower en el último curso escolar se situaba en torno al 17%, Dña. Adela , directora de Recursos Humanos del Guggenheim, defendía que el concepto de subrogación desvirtuaría la esencia de una prestación de un servicio que, en su opinión, tiene como objeto poder realizar los trabajos que se precisen en cada momento con las personas más idóneas, no siendo práctica adecuada para el Museo imponer a la empresa adjudicataria el personal con el que debe prestar el servicio porque, entre otras cosas, afirmaba, limitaría el abanico de perfiles disponibles a futuro.*

*Manpower conoció de forma oficial ese día la internalización del servicio que venía realizando, decisión que había sido adoptada consensuadamente por los Patronos de la Fundación.*

*Con anterioridad, el día 1 de septiembre de 2015, la Fundación había acordado prorrogar la ejecución por Manpower del contrato de 30 de septiembre de 2014 por un nuevo plazo de un año, calificando de satisfactoria la ejecución del mismo, no constando queja ni reclamación posterior alguna».*

Se trata de una modificación en la que se incorpora una parte mayor de la Nota de prensa que la recogida en la sentencia, tres nuevos párrafos y se añade en el último párrafo del relato histórico una mención relativa a la prórroga de la ejecución .

La recurrente cita como prueba documental que sostiene su pretensión , la prueba anticipada que aportan las demandadas en el Tomo I, folios 139 a 141 y el Tomo IV, ramo de prueba de la actora , como documento 8, a los folios 87 a 89 así como el documento 7, folios 85 a 86, consistente en la prórroga del contrato suscrita en septiembre de 2015.

Respecto a la pertinencia de las modificaciones propuestas, debe puntualizarse respecto a los que serían nuevos párrafos segundo , tercero y cuarto que si lo que pretende la recurrente es llegar a una justificación para la subrogación , las opiniones del Museo no cuentan en absoluto a la hora de decidir si procede o no aquella . Por último y en cuanto al que sería nuevo párrafo sexto, tampoco cabe atribuir consecuencias jurídicas a lo que pudiera opinar la Fundación del devenir de la contrata un año antes de que se pusiera fin a la misma.

**QUINTO.-** En idéntica forma se insta la modificación del hecho declarado probado décimo:

*«HECHO DÉCIMO.- La Fundación procedió a contratar con fecha 1 de octubre de 2016 a tres trabajadoras, Doña María Inmaculada , Doña Blanca y Doña Emilia , mediante contratos de trabajo de obra o servicio determinado, jornada completa, para la prestación de servicios como educadoras (folios 108 y siguientes, Tomo I de las actuaciones).*

*Dos de estas tres trabajadoras, las Sras. María Inmaculada y Emilia , habían prestado servicios previamente en el Museo como trabajadoras de Manpower (la primera como Educadora y la segunda como coordinadora) con contratos de obra a tiempo parcial, relación laboral con Manpower extinguida vía los despidos por causas objetivas Acordados el 30 de septiembre de 2016 al finalizar la contrata con la Fundación, trabajadoras que formaban parte de una bolsa de trabajo del Museo que se configuró en 2011 (documento n° 3 de la Fundación).*



Doña Blanca había prestado servicios en el Museo como trabajadora de Manpower, con categoría de "Educatora/Orientadora", causando baja voluntaria el día 12 de mayo de 2015 (Tomo I, folio 138 de las actuaciones; y Tomo TV, documento nº 4 del ramo de prueba de la actora, folio 26).

Doña Luisa, como trabajadora por cuenta propia, realiza en el Museo algunos fines de semana al mes, una concreta actividad educativa dirigida a bebés (baby art), trabajadora que hasta el 30 de septiembre de 2016 prestó servicios como educadora/orientadora por cuenta de Manpower en el Museo, y que vio rescindido su contrato por despido objetivo en la fecha señalada. Dicha persona no figura en la bolsa de Trabajo del Museo (Tomo IV, documento nº 3 de la Fundación).

*La actividad de Baby Art, incluida dentro de los programas para familias, fue de las gestionadas por Manpower hasta el 30 de septiembre de 2016, tal y como figura tanto en el Balance de Actividades 2014-2016 como en el pliego de Condiciones Técnicas y en el Plan Estratégico 2015-2017 (Tomo I, documento nº 4, folio 151; y Tomo IV, documentos nº 2 y 9 del ramo de prueba de la actora, folios 11 y 98)».*

De los nuevos párrafos que la recurrente pretende añadir, el nuevo párrafo tercero, carece de trascendencia a los efectos que la modificación persigue debido a que su cese se produjo mas de un año antes de que se produjera el despido de los restantes trabajadores, habiendo cesado voluntariamente la persona a la que la adición se refiere, por lo que ésta resultaría irrelevante.

Lo mismo cabe decir de la adición para el nuevo párrafo cuarto, antiguo tercero.

Por último no existe inconveniente en añadir el nuevo párrafo quinto, con arreglo a la nueva narración propuesta, existiendo conformidad según el escrito de impugnación de Manpower acerca de que era una de las actividades incluidas en la contrata adjudicada.

**SEXTO.-** En el quinto motivo de recurso la modificación se pide para el hecho undécimo y presenta el tenor literal siguiente:

*«HECHO UNDÉCIMO.- Los representantes del sindicato actor y representantes del colectivo de trabajadores de Manpower en el Museo han mantenido reuniones con la Fundación y Manpower en junio, julio y también el 2 de agosto de 2016 en las que se ha debatido sobre la problemática y reivindicación del colectivo, mostrando también el colectivo directamente su malestar con las condiciones laborales, constanding que se realizaron concentraciones entre el 11 de agosto y el 16 de septiembre en las inmediaciones del Museo en demanda de condiciones de trabajo dignas para los trabajadores subcontratados del Museo, y que a lo largo de los meses de julio y agosto protagonizaron varias jornadas de huelga secundadas por prácticamente todo el colectivo concernido».*

*«HECHO UNDÉCIMO.- Los representantes del sindicato actor y representantes del colectivo de trabajadores de Manpower en el Museo venían solicitando de diversas formas desde, al menos, el mes de junio de 2016 tanto a la Fundación y sus componentes como a la contratista una mejora en las condiciones de trabajo y la inclusión de cláusula de subrogación en los futuros Pliegos de Adjudicación del servicio. Además, han mantenido reuniones con la Fundación y Manpower en junio, julio y también el 2 de agosto de 2016 en las que se ha debatido sobre la problemática y reivindicaciones del colectivo mostrando también el colectivo directamente su malestar con las condiciones laborales, constanding que se realizaron concentraciones entre el 11 de agosto y el 16 de septiembre en las inmediaciones del Museo en demanda de condiciones de trabajo dignas para los trabajadores subcontratados del Museo, y que a lo largo de los meses de julio y agosto protagonizaron varias jornadas de huelga secundadas por prácticamente todo el colectivo concernido».*

La parte actora cita la siguiente documentación obrante al Tomo IV al objeto de acreditar la modificación solicitada:

Doc.10, folios 135-136 consistentes en comunicación del Sindicato actuante, sin fecha que acredite presentación o entrega,

Doc.11, folios 137-139 en iguales condiciones.

Doc.12, folios 140-141, comunicación dirigida por L A B a la Diputación Foral de Vizcaya con fecha de entrada 30 de junio de 2016.

Doc.12, folios 142-143 y folios 144-145 comunicaciones dirigidas por LA B al Gobierno Vasco y al Consejero de empleo del Gobierno Vasco con igual contenido que el anterior y con la misma fecha de entrada.

Doc.12, folios 146-148 comunicación dirigida por LA B al Ayuntamiento de Bilbao con igual contenido que las anteriores y solicitando una reunión con la entidad receptora, fecha de entrada 1 de julio de 2016.



Doc.14. folio 155 , escrito de L A B dirigido la Delegación Territorial de Vizcaya y a las demandadas a comunicando el preaviso de huelga indefinida para el 5 de septiembre de 2016 con fecha de entrada 30 de agosto .

Lo cierto es que el hecho probado undécimo en su redacción actual da cuenta de las reivindicaciones llevadas a cabo y de las concentraciones y ceses de actividad por parte de los trabajadores en tanto las modificaciones solicitadas lo único que ponen de relieve es la sostenida actividad del Sindicato LAB que es quien encabeza los escritos , por lo que ninguna relevancia cabe atribuir a dichas modificaciones al no añadir nuevos datos de interés acerca de la situación de conflictividad, procediendo la desestimación del motivo .

**SÉPTIMO.-** En el sexto motivo del recurso LAB solicita la modificación del ordinal decimotercero para el que propone la redacción siguiente :

*«HECHO DECIMOTERCERO.- La Fundación se encuentra inserta en el ámbito funcional del II Convenio Colectivo Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural, publicado en el BOE número 168, publicado el 15 de julio de 2015, con vigencia para los años 2014 a 2016, cuyo artículo 2 cita de forma expresa la animación sociocultural, organización y gestión de servicios socioculturales y educativos, tanto de equipamientos como de programas, citando entre ellos los museos, semanas culturales, exposiciones, talleres, y en general cualquier tipo de gestión de equipamientos, programs y acontecimientos de acción sociocultural y cultural de educación en el tiempo libre..., de forma amplia.*

*Dicho convenio, que incluye en el Grupo IV, entre otros, a los Monitores de Ocio y Tiempo Libre, regula en el artículo 38 de los derechos de subrogación.*

*Por último, la Fundación tiene externalizados otros servicios del Museo Guggenheim, entre éstos, el servicio de guías (contratado con Eulen), el servicio de gestión de taquilla, tienda y punto de info, servicio de limpieza y mantenimiento, y el servicio de seguridad (contratado con Prosegur)».*

La definición de cual sea el Convenio aplicable a una empresa o sector de actividad es una cuestión jurídica a dilucidar en la fundamentación de esta sentencia y de cualquier otra por lo que la inclusión del texto que la actora pretende constituiría una predeterminación del fallo que , aún en el caso de haberse llevado a cabo, obligaría a tenerla por no hecha . Por lo expuesto procede la desestimación del motivo.

**OCTAVO.-** En el séptimo motivo se propone la adición de un nuevo apartado que vendría a ocupar el lugar decimoquinto y cuyo tenor literal es el siguiente :

*«HECHO DECIMOQUINTO.- La Inspección provincial de Trabajo emitió el octubre de 2016 un informe extendiendo Acta de Infracción a la empresa EULEN SA por infracción muy grave en materia laboral consistente en una discriminación en el empleo de Doña Estibaliz , Dña. Matilde , Don Jose Augusto y Doña Raquel , afiliados a LAB que habían secundado la huelga convocada para los educadores de la empresa Manpower.*

*Según dicho organismo, dichos trabajadores que prestaban servicios en el Museo Guggenheim tanto como guías de EULEN como de Educadores/Orientadores de Manpower dejaron de ser llamados para la prestación de sus servicios como Guías de Eulen por su intervención en el conflicto laboral que mantenían.*

*Literalmente, en el email que se les remitió el día 15 de septiembre de 2016 se les indicaba que "a fin de calmar las aguas y hasta que el conflicto acabe el 30 de septiembre, me comunican que cancelemos las visitas que teníamos conformadas hasta esa fecha desde el día de hoy"».*

Con independencia de la veracidad de cuando se afirma en el texto al que se ha hecho mérito y sobre la que no nos vamos a pronunciar , conviene recordar que en la presente litis interviene como demandadas la Fundación Museo Guggenheim y la adjudicataria Manpower Group Solutions, S.L.U. de suerte que cualquier reivindicación que LA B considere oportuno sostener frente a la empresa que figura en la redacción alternativa , no coincidente con las codemandadas, está en su derecho de dirimirla en la sede jurídica adecuada que no resulta ser el presente recurso a lo que podemos añadir que también se trata de un acontecimiento novedoso como elemento de discusión .

**NOVENO.-** En el motivo octavo, esta vez al amparo del apartado e) del artículo 207 de la L J S, la actora alega la infracción del artículo 51,1 del Estatuto de los Trabajadores .

En primer lugar la recurrente se plantea la cuestión relativa a cual deba considerarse centro de trabajo a los efectos de fijar los límites de aplicación del precepto invocado y tras citar doctrina de T J U E, llega a la conclusión de que la adopción como unidad de referencia del centro de trabajo resulta en el presente caso, por lo tanto, más acorde con la finalidad de la Directiva y favorable a los trabajadores para garantizar el cumplimiento de la Directiva 757129/CEE del Consejo de 17 de febrero de 1975.





En esta cuestión existe coincidencia entre lo resuelto por la sentencia, que considera módulo de cómputo el centro de trabajo y como tal el Museo Guggenheim y la conclusión a la que llega sobre el particular la parte demandante.

Difiere sin embargo la conclusión acerca del umbral del número de extinciones. De este modo, en el recurso se sostiene que deberá incluirse tres extinciones que no fueron impugnadas en su día, así como la extinción contractual de los contratos de dos trabajadores que continúan en alta en Manpower pero con reducción de jornada.

Concretando las identidades de los trabajadores el recurso se refiere a Dña. Margarita , Dña. Begoña y Dña. Encarna , las dos primeras cesaron por fin de obra el 30 de septiembre de 2016 y la tercera el 13 de julio de 2016.

A continuación el recurrente se extiende sobre una serie de particulares que afirma obran en la prueba documental, aspecto en el que no cabe entrar en la parte del recurso destinado a la censura jurídica y termina afirmando que la plantilla del centro de trabajo era de 27 personas para añadir "la interrogante es si dicha realidad cuantitativa decae ante el hecho objetivo de que no sobrepasaba el número de 20 en el momento de la extinción colectiva . Dicho de otro modo si, si ese límite de 20 trabajadores es predicable para la consideración de esa unidad que es el centro de trabajo respecto de la media de plantilla que debe tener o respecto del número final de trabajadores afectados por la extinción ".

La sentencia ha dado respuesta a la cuestión planteada en dos lugares distintos, en el primero de los fundamentos de Derecho con su especial mención al hecho declarado probado primero de su orden , afirmando que el número de trabajadores en el centro y también afectados por el despido era de dieciocho, como así se vino afirmando desde la demanda y en la ratificación en el acto del juicio y en el fundamento de Derecho tercero , al tiempo que expresa el valor a reconocer a las diversas incidencias .

El séptimo hecho declarado probado, ineficazmente combatido, presenta el tenor literal siguiente : "SÉPTIMO. - Las partes están conformes en que los trabajadores de Manpower en el Museo eran dieciocho, desprendiéndose de la documental aportada por Manpower (folio 138, Tomo I, y documento n° 48 de su ramo de prueba), y del documento n° 4 (apartados 1 y 2) de la parte actora (folios 26 y 27 de su ramo de prueba), que catorce de esos trabajadores han visto extinguido su contrato el 30 de septiembre por el despido objetivo comunicado, y dos empleados han causado baja el 30 de septiembre conforme al art.49.lc) ET (sin que conste la impugnación del cese).

Manpower había contratado el 19 de octubre de 2015 y el 19 de octubre de 2009 a dos trabajadores -Srs. Jose Augusto y Matilde - como fijos discontinuos para prestar servicios en el Museo Guggenheim y en el Museo de Bellas Artes, continuando el Sr. Jose Augusto prestando servicios en el Museo de Bellas Artes a partir del 1 de octubre de 2016, en tanto que la Sra. Matilde figura de alta en Manpower si bien se encuentra en situación de excedencia voluntaria (desde el 10 de octubre de 2016).

Un educador/orientador causó baja voluntaria el 31 de julio, y el 13 de julio se extinguió ex art.49.lc) ET el contrato a una educadora/orientadora (extinción no impugnada)."

En el fundamento de Derecho primero la sentencia se expresa en los siguientes términos en los párrafos , tercero y cuarto.

"Especial mención merece el *hecho probado séptimo* referido a los trabajadores de Manpower en el Museo, y los empleados afectados por la extinción de sus contratos; desde demanda se indicaba que eran dieciocho los trabajadores afectados por el despido (hecho 8° de la demanda), número de trabajadores en el Museo que ha reiterado la parte actora tanto en el trámite de ratificación de la demanda a preguntas del Tribunal como en fase de conclusiones, sosteniendo en todo momento que eran dieciocho los trabajadores de Manpower en el Museo, y también los afectados por el despido colectivo tácito que mantiene existe, tomando siempre como referencia el centro de trabajo. La empresa reconoce también que el Museo, el centro de trabajo, cuenta con dieciocho trabajadores, si bien entiende que en puridad son menos las extinciones a considerar (puesto que dos han operado ex art.49 c) ET y no se han impugnado, otros dos empleados continúan de alta en la empresa prestando servicios en el Museo de Bellas Artes de Bilbao, otro trabajador causó baja voluntaria el 31 de julio de 2016, y una empleada vio extinguido su contrato de trabajo el 13 de julio de 2016 también conforme al art.49. le) y sin impugnar el cese).

Subrayamos este dato -que el centro emplea a dieciocho trabajadores- por la indudable incidencia en nuestro pronunciamiento, como también destacamos que el *hecho probado octavo* (plantilla de Manpower en los 90 días previos al 30 de septiembre de 2016), se ha construido de acuerdo con la documental aportada por Manpower. a la que la parte actora se ha remitido en orden al dato referido a los trabajadores de Manpower,



sin cuestionar en ningún momento las extinciones contractuales que figuran en dicho documento (inferior a 30 trabajadores en el periodo de 90 días a considerar desde el 30 de septiembre hacia atrás)."

Por último en el fundamento de Derecho tercero realiza la siguiente interpretación del artículo 51.1 del E.T. en relación la concreta situación existente en la contrata del Museo el centro "A estos efectos las extinciones computables son las producidas por iniciativa del «empresario en virtud de motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos a los previstos en el art.49.1 c) ET, siempre que su número sea al menos de cinco ( art.51.1 ET ), de forma que computan los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas, productivas o fuerza mayor, cualquiera que sea la calificación del despido, los despidos disciplinarios reconocidos o conciliados como improcedentes o así declarados judicialmente, y todas aquellas extinciones producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del art. 49 ET ( STS 25 de noviembre 2013,rcud 52/2013 ), como pueden ser los ceses producidos como consecuencia del traslado o modificación sustancial de las condiciones de trabajo ( art.49.1.4 y 41.3.2 ET ), pues no derivan de la voluntad del trabajador sino de la alteración «sustancial del contrato por voluntad unilateral del empresario o fruto de un acuerdo con la representación de los trabajadores, pero en cualquier caso por motivos no inherentes a la persona del trabajador. Y no computarían -además de la extinción de contratos temporales por expiración del tiempo convenio o realización de la obra o servicio objeto del contrato de acuerdo con lo ya expuesto-, las extinciones fundadas en las causas válidamente consignadas en el contrato ( art.49.1b) ET ), las que operan por mutuo acuerdo entre las partes (no considerándose tales ni el despido disciplinario reconocido improcedente, ni el despido objetivo conciliado), tampoco la extinción contractual por circunstancias inherentes a la persona del trabajador (incapacidad permanente, jubilación, ineptitud o falta de adaptación a la evolución de las modificaciones técnicas).

Consiguientemente, en el supuesto que nos ocupa, en el centro de trabajo de Manpower en el Museo, no se considerarían las tres extinciones del art.49.1 c) ET (que no han sido impugnadas), tampoco la baja voluntaria del trabajador operada el 31 de julio de 2016, ni sería posible considerar como extinción contractual la de los trabajadores que continúan de alta en la empresa pero con una variación-reducción de jornada (puesto que siguen prestando servicios para Manpower pero solamente en el museo de Bellas Artes). Ahora bien, no nos va a dar la pauta el umbral de trabajadores afectados para determinar que estamos ante un despido colectivo tácito o "de facto", subrayando que se alcanzarían los umbrales del art.51.1 ET (resultarían afectados más de 10 trabajadores, y la totalidad de la plantilla del centro cuando es superior a cinco trabajadores y cesa en el mismo la actividad empresarial), pues para ello, para considerar que se trata de un despido colectivo, sería preciso que el centro de trabajo afectado empleara habitualmente más de veinte trabajadores de acuerdo con el criterio del Pleno de la Sala Cuarta expuesto en sentencia de 17 de octubre de 2016 (rec.36/2016), que resuelve el recurso de suplicación frente a la sentencia de esta Sala de 21 de mayo de 2015 (demanda 5/2015)."

En la solución del recurso se deberá tener en cuenta como elementos esenciales, soporte de la contrata, acuerdo suscrito con arreglo a un pliego de condiciones del que resulta pactado el 30 de septiembre de 2014 la prestación de servicio de apoyo en actividades educativas del Museo con vigencia de una año desde el 1 de octubre de 2014, pudiendo ser prorrogado de mutuo acuerdo antes de su finalización, sin que pueda exceder de dos años la duración total con prórrogas. La Fundación del Museo Guggenheim comunicó oficialmente el 29 de agosto de 2016 que internalizaba el servicio de orientadores y educadores, si bien oficiosamente se sabía que no iba a convocarse una nueva licitación pública, dado que éstas, en anteriores ocasiones (así en 2012 y 2014 se había anunciado a mediados del mes de julio) y en 2016 ese anuncio o convocatoria no se había producido. Para dar cumplimiento al contrato suscrito, la adjudicataria Manpower formalizó contratos temporales para "obra o servicio determinado con jornada a tiempo parcial en las categorías de educador/orientador, auxiliar/educador, salvo una empleada que lo fue como coordinadora, aplicándoles el convenio Colectivo LINK externalización de servicios SLU. El trabajo a desempeñar se conformaba según el programa cultural de actividades elaborado para cada temporada por el Museo, proporcionando la principal los materiales necesarios.

En cuanto a la descripción de la plantilla y situaciones de sus componentes, de un número de dieciocho, una educadora /orientadora causó baja 13 de julio de 2016 ex artículo 49.1.c) sin haber impugnado su extinción, un educador/orientador causó baja voluntaria el 31 de julio. Catorce han visto extinguidos sus contratos el 30 de septiembre de 2016 por despido objetivo comunicado como tal. Dos trabajadores fueron contratados como fijos discontinuos el 19 de octubre de 2015 y el 19 de octubre de 2009 para prestar servicios respectivamente en el Museo Guggenheim y en el de Bellas Artes, Sr. Jose Augusto y Sr. Matilde. Continuando el primero prestando servicios en el Museo de Bellas Artes a partir del 1 de octubre de 2016 y la SR. Matilde se encuentra en alta en Manpower, si bien en situación de excedencia voluntaria.



Con posterioridad al cese, la Fundación procedió a contratar el 1 de octubre de 2016 a tres trabajadoras, con jornada completa, mediante contratos de obra o servicio determinado, como educadoras y coordinadora. De las tres contratadas, dos había prestado servicios como trabajadoras de Manpower con contratos a tiempo parcial.

El artículo 51.1 define como despido colectivo por las causas que enuncia el que afecta, en un periodo de noventa días, al menos a: diez trabajadores en empresas que ocupen menos de cien trabajadores, b) el 10% de aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores y 30 en las que ocupen a más de 300.

También se entenderá como despido colectivo la extinción de contratos que afecten a la totalidad de la plantilla siempre que el número de afectados sea superior a cinco cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad.

Atendiendo al número de trabajadores afectados, la totalidad en una plantilla de dieciocho, por lo tanto superior al número previsto en el artículo 51.1.e) párrafo cuarto nos hallaríamos ante un supuesto de despido colectivo. La sentencia descarta esa consecuencia por entender que hay que estar a la interpretación dada en la STS de 17 de octubre de 2016 (Rec 36/2016), cuyos razonamientos reproducimos a continuación: « **TERCERO.-La norma de derecho interno aplicable y jurisprudencia al respecto.**

1.- El punto de partida para la resolución del asunto no puede ser otro que el artículo 51 ET, en cuanto establece: " 1. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a:

a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

*Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.*

*Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.*

*Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas. Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1. c), siempre que su número sea, al menos, de cinco.*

*Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en este artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52. c) en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto".*

Ya hemos adelantado que la empresa acepta expresamente que se han producido un total de 27 extinciones de contratos de trabajo computable a tal efecto en el centro de Munguía, y que no ha seguido el periodo de consultas y demás trámites legalmente exigibles para el despido colectivo al entender que no son de aplicación al tratarse de despidos objetivos individuales, lo que hace innecesaria cualquier referencia y consideración en orden a la aplicación de lo dispuesto sobre ese particular en el precepto legal de referencia.

2.- Esta Sala ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre la cuestión litigiosa en la sentencia de 18 de marzo de 2009, rec. 1878/2008, que esgrime la empresa en su recurso y que, ciertamente, sería favorable a su tesis.

Como en la misma decimos y al igual que en el presente supuesto, se trataba en aquel caso de resolver " el criterio para el cómputo del número de trabajadores afectados, a los efectos de determinar la dimensión colectiva



*del despido, es decir, si debe acudir al total de trabajadores que integran la empresa (unidad de computo a la que remite el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores), o sólo a los del centro de trabajo afectado (unidad de computo utilizada por la Directiva Comunitaria 98/59)".*

Razonábamos entonces que el marco de referencia debería ser la totalidad de la empresa, porque " el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores se refiere de forma inequívoca a la empresa como unidad para el cómputo de los trabajadores afectados, a los efectos de determinar la dimensión colectiva del despido, configurando a la empresa como marco organizativo en el que ha de contabilizarse la plantilla; unidad de computo que cumple mejor la función de garantía, como ha señalado la práctica totalidad de la doctrina científica ".

3.- Para avalar esta conclusión destacamos en nuestra precitada sentencia, que: 1º) la STJCE de 7 de diciembre de 1995 (asunto 449/1993), no conduce a lo contrario, " pues si bien al interpretar el artículo 1 de la Directiva 75/129/CEE del Consejo de 17 de febrero de 1975, afirma la noción comunitaria de centro de trabajo, por que habrá de entenderse "según las circunstancias, la unidad a la que los trabajadores afectados por el despido están vinculados en el ejercicio de sus funciones", parte de su relatividad matizando que estamos ante una noción de derecho comunitario cuya traducción en cada versión lingüística nacional incorpora nociones diferentes (centro de trabajo en sentido estricto, pero también la noción de "empresa" o de "unidad local"); y de ahí que la noción debe interpretarse "según las circunstancias", por lo que como ha señalado la doctrina científica la misma noción comunitaria admite un tratamiento flexible de la misma "; 2º) " La Directiva 98/59 / CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, procedió a la modificación de la Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975 revisada por la Directiva 92/56/CEE, de 24 de junio. El objetivo de la Directiva, según paladinamente proclama su preámbulo, es "la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre despidos colectivos", por la vía del progreso", a fin de "reforzar la protección de los trabajadores" y de superar las diferencias existentes a este respecto entre las disposiciones en vigor en los Estados miembros, dada su "incidencia directa en el funcionamiento del mercado interior "; 3º) " En coherencia con el objetivo de la Directiva de "reforzar la protección de los trabajadores", el artículo 5 de la misma establece, que "la presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores". "Es decir, la Directiva tiene el carácter de norma mínima mejorable por las legislaciones y normas nacionales a favor de los trabajadores "; 4º) a este respecto, la STJCE de 18 de enero de 2007 (asunto C-385/2005), recuerda que: " es preciso señalar que de los artículos 1, apartado 1, y 5, de la Directiva 98/59 se desprende que esta Directiva tiene por objeto establecer una protección mínima en materia de información y consulta de los trabajadores en caso de despidos colectivos, aunque los Estados miembros podrán adoptar medidas nacionales más favorables para los referidos trabajadores "; y la posterior STJCE de 15 de febrero de 2007 (asunto C-270/2005), abunda en lo anterior, razonando que: " Conforme a su segundo considerando, el objetivo de la Directiva 98/59 es reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad ".

Resolviendo finalmente: " Pues bien, esto es, precisamente, lo que lleva a cabo nuestra norma nacional, que - como dice la sentencia recurrida destaca el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe- establece una regulación procedimental más favorable para los trabajadores, no sólo con respecto a la unidad de referencia física (empresa y no centro de trabajo) para el cómputo de trabajadores afectados, sino también exigiendo a la empresa la justificación de la causa extintiva y la necesidad de la previa autorización administrativa para proceder al despido colectivo (requisitos éstos que no establece la norma comunitaria) ".

4.- Pero ya advertimos en aquella sentencia sobre la eventualidad " de que la aplicación de la Directiva en algún hipotético supuesto, pudiera determinar un efecto no menos favorable que la norma nacional, circunstancia que, en cualquier caso, no enerva lo ya señalado con respecto a que la función de garantía y protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos -a la que se refiere la propia norma comunitaria- la cumple mejor nuestra norma de derecho interno ".

Con esto último quisimos dejar abierta la posibilidad de que la adopción como unidad de referencia del centro de trabajo, que no la empresa en su conjunto, pudiese resultar en algunas ocasiones más acorde a la finalidad de la Directiva y favorable a los trabajadores, para garantizar el efectivo cumplimiento del objetivo perseguido por la Directiva en la protección de sus derechos, que no es otro que eliminar los obstáculos que garanticen el necesario procedimiento de información y consulta en este tipo de extinciones colectivas de contratos de trabajo.

Tal y como significadamente así ocurre en supuestos como el de autos en los que una empresa pueda tener varios centros de trabajo con numerosos trabajadores, y afectando los despidos exclusivamente a un parte importante de trabajadores de uno solo de ellos, no llegue sin embargo a superar los umbrales numéricos del art. 51.1º ET en referencia a la totalidad de la plantilla de la empresa, pero que aisladamente considerado





debiere de haber tenido tratamiento de despido colectivo en función del número de afectados y de empleados en ese único centro.

Casos en los que la aplicación literal del art. 51.1º ET haría inexigible el periodo de consultas, la negociación y el cumplimiento de todos los demás requisitos del despido colectivo, pudiendo con ello contravenir la finalidad de la Directiva en la medida en que permite a la empresa extinguir individualmente un elevado número de contratos en un único centro de trabajo, superando los umbrales del art. 1.1º de la Directiva y eludiendo cualquier procedimiento de información y consulta con los representantes de los trabajadores.

#### **CUARTO.-Sentencias del TSJUE sobre la cuestión litigiosa.**

1.- Con posterioridad a nuestra antedicha sentencia, se han dictado varias resoluciones del TJUE que nos obligan a plantearnos si debemos matizar y adaptar nuestro criterio a lo que en ellas se establece.

Nos estamos refiriendo a las SSTJUE de 30 de abril de 2015 (C-80/2014, asunto "Wilson"), y las dos de 13 de mayo de 2015 ( C-392/13 , asunto "Rabal Cañas"- y C-182/13 , asunto "Lyttle").

A ellas se acoge la sentencia recurrida para justificar motivadamente las razones por las que se aparta del criterio aplicado en nuestra sentencia de 18 de marzo de 2009, rec. 1878/2008 .

2.- La empresa en su recurso de casación no niega que dichas sentencias del TJUE llevan a considerar que el art. 51.1º ET es contrario al art. 1 de la Directiva 98/59 , en cuanto introduce como única referencia la empresa y no el centro de trabajo.

Lo que sostiene el recurso es que estas sentencias del TJUE ponen de manifiesto que el legislador español ha incurrido en infracción del ordenamiento comunitario al transponer incorrectamente la Directiva de referencia, pero que no debe recaer tal incumplimiento sobre la empresa recurrente que se ha limitado a seguir lo dispuesto en la norma nacional de aplicación conforme a la interpretación que de ella ha efectuado el propio Tribunal Supremo, distinguiendo en este punto entre el efecto "vertical y horizontal" que despliega toda Directiva, que, a su juicio, impediría aplicar directamente sus previsiones en un pleito entre particulares cuando la normativa interna la ha transpuesto indebidamente.

En similar sentido, el Ministerio Fiscal en su informe considera que no es posible aplicar directamente lo dispuesto en aquella Directiva, en tanto no se transponga adecuadamente en una norma legal de derecho interno.

3.- A la vista de todo ello, la resolución del recurso exige que nos pronunciemos sobre las siguientes cuestiones: 1º) si las citadas sentencias del TJUE obligan a considerar que la regulación del art. 51.1º ET es contraria a la Directiva 98/59 en situaciones singulares como las del presente supuesto, en las que debiere adoptarse como unidad física de referencia de los despidos colectivos el centro de trabajo y no la totalidad de la empresa; 2º) en caso afirmativo, establecer entonces las circunstancias y características que conforme a las previsiones del art. 1.1º de la Directiva debe reunir el centro de trabajo a efectos del despido colectivo, para determinar si concurren en el caso de autos; 3º) decidir finalmente si cabe la posibilidad de aplicar nuestra legislación interna conforme a la regulación de la Directiva, para concluir que en estas especiales circunstancias debe ser el centro de trabajo la unidad de referencia en el cómputo de los umbrales que distinguen el despido colectivo del objetivo, completando en tal sentido el pronunciamiento de nuestra sentencia de 18 de marzo de 2009 (rec. 1878/2008 ); o bien por el contrario, que no hay margen para esa interpretación y debe estarse a la regulación literal del art. 51.1º ET , en tanto el legislador no proceda a su modificación.

#### **QUINTO .- Las razones por las que el artículo 51.1º ET es contrario a la Directiva 98/95, conforme a la doctrina del TJUE.**

1.- El recurso en realidad lo acepta pacíficamente, pero siendo una cuestión trascendente para la solución que hayamos de aplicar en la resolución del caso, es necesario destacar los aspectos más relevantes de las citadas sentencias del TJUE de las que, ya adelantamos, efectivamente se desprende que el art. 51.1º ET no ha realizado correctamente la transposición de la Directiva 98/59.

2.- Como en la propia Directiva se dice, su objeto es la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de despido colectivos, en cuanto interesa reforzar la protección de los trabajadores en este ámbito, teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la Unión Europea, para garantizar que en los procedimientos de despido colectivo, la información, la consulta y la participación de los trabajadores se desarrolle mediante la utilización de mecanismos adecuados.

En lo que interesa, el artículo 1 de la Directiva establece lo siguiente:



" 1. A efectos de la aplicación de la presente Directiva: a) se entenderá por «despidos colectivos» los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros:

- para un período de 30 días:

- al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores, al menos el 10% del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores,

- al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo;

ii) o bien, para un período de 90 días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados ".

3.- La transposición de la Directiva en nuestro ordenamiento interno viene recogida en el art. 51.1º ET .

Lo primero sobre lo que deberemos llamar la atención, es que el legislador nacional no ha optado realmente y en puridad por ninguna de las dos posibilidades de elección que admite el art. 1.1º de la Directiva a la hora de conceptualizar el despido colectivo, sino por un sistema híbrido que entremezcla parámetros cuantitativos y temporales de las dos opciones que ofrece, ignorando además alguno de sus criterios, cual es el centro de trabajo, e introduciendo otros que no contempla, como es el marco de la totalidad de la empresa.

Algo que en principio no tiene que ser en sí mismo y en todos los casos contrario a la Directiva, que en su artículo 5 dispone que: "L a presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores ", dando de esta forma cobertura a nuestra normativa interna en la medida en que pueda resultar más favorable a los trabajadores en determinados supuestos, tal y como ponemos de manifiesto en la precitada STS de 18 de marzo de 2009 .

El artículo 1 de la Directiva ofrece dos posibilidades de elección al legislador nacional, vinculadas, en primer lugar, al distinto parámetro temporal que recoge el precepto en cada uno de los dos supuestos que contempla, y en función de ello, al elemento cuantitativo del número de trabajadores afectados dentro de cada uno de tales periodos de tiempo.

De optarse por el periodo más corto de 30 días, el número de extinciones contractuales que delimita el concepto de despido colectivo se rige por la escala establecida en razón del número de trabajadores empleados en el centro de trabajo; mientras que de elegirse el lapso temporal más largo de 90 días, la cifra es única, fija e invariable de al menos 20 extinciones de contratos, con independencia del número de empleados que pueda tener el centro de trabajo afectado.

Nuestro legislador no se acoge exactamente a ninguna de ambas posibilidades de elección, sino que en el art. 51.1º ET establece como factor temporal el periodo de 90 días del inciso ii) del art. 1.1º letra a) de la Directiva, pero sin embargo introduce como parámetro cuantitativo el número de trabajadores y extinciones contractuales a que se refiere la escala prevista en el párrafo i) de ese mismo precepto cuando alude al límite temporal de 30 días.

Por otra parte, y como ya hemos dicho, el art. 51.1º ET ignora el elemento locativo al que se circunscribe la unidad física de referencia del despido colectivo que la Directiva residencia en el centro de trabajo, para extenderlo al marco global de la empresa en su conjunto.

4.- Esta solución de la legislación interna es la que provoca su desajuste con la Directiva generando los problemas interpretativos discutidos en el presente litigio, y lo que motivó el planteamiento de la cuestión prejudicial por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona que da lugar a la STJUE de 13 de mayo de 2015 ( C-392/14 , asunto "Rabal Cañas"), a la que se acoge la sentencia recurrida para calificar como despido colectivo la situación sometida a su enjuiciamiento.

Y esa misma cuestión es la que subyace en la STS de 18 de marzo de 2009 (rec. 1878/2008 ), en la que explicamos que nuestra norma nacional es más favorable a los trabajadores en aquellos casos en los que permite calificar como despido colectivo la extinción de contratos individuales en diferentes centros de trabajo, que aisladamente considerados no superarían los límites cuantitativos del artículo 1.1 de la Directiva, pero que en consideración al marco global de la empresa exceden aquella escala que el art. 51.1º ET ha importado del supuesto referido al centro de trabajo que se contempla en el inciso i) de la letra a) de aquel precepto.

Solución más favorable que habilita el artículo 5 de la propia Directiva, que permite a los Estados miembros introducir una regulación diferente siempre que sea más favorable a los trabajadores, tal y como recuerda la



STJUE de 30 de abril de 2015 (C-80/2014, asunto "Wilson"), apartado 65: " *No obstante, procede recordar que la Directiva 98/59 establece una protección mínima en materia de información y consulta de los trabajadores en caso de despidos colectivos (véase, la sentencia Confédération générale du travail y otros, EU:C:2007:37, apartado 44). A este respecto, procede señalar que el artículo 5 de esta Directiva otorgó la facultad a los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores* ".

Pero como ya hemos adelantado, bien pudieren presentarse supuestos en los que resulte justamente lo contrario y la regulación de la Directiva ofrezca mayores garantías que nuestra norma interna, como es el caso de autos, cuando las extinciones contractuales afecten a un único centro de trabajo de la empresa y en referencia a tal unidad física superen los límites cuantitativos previstos en aquel art. 1.1º de la Directiva que reproduce el art. 51.1º ET, pero no lo excedan en cambio en el marco global de la totalidad de la empresa.

En estas situaciones, la norma nacional no destaca por su precisión a la hora de trasponer la Directiva.

5.- Así se desprende claramente de los distintos pronunciamientos que contiene la STJUE de 13 de mayo de 2015 (C-392/2013, asunto "Rabal Cañas").

En primer lugar, convalidando el mismo razonamiento de la STS de 19 de marzo de 2009 (rec. 1878/2008), al admitir en su apartado 52, que: " *La sustitución del término «centro de trabajo» por el de «empresa» sólo puede considerarse favorable a los trabajadores si dicho elemento supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección conferida a los trabajadores en aquellos casos en los que, si se aplicase el concepto de centro de trabajo, se alcanzaría el número de despidos requerido por el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59 para aplicar la calificación de «despido colectivo»* .

Para establecer seguidamente, apartado 53: " *Así, más concretamente, una normativa nacional sólo puede considerarse conforme al artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso i), de la Directiva 98/59 si impone la aplicación de las obligaciones de información y consulta resultantes de los artículos 2 a 4 de ésta, al menos, en caso de despido de 10 trabajadores en centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 trabajadores y menos de 100. Esta obligación es independiente de adicionales exigencias impuestas por el Derecho nacional a las empresas que empleen habitualmente menos de 100 trabajadores* ".

Tras lo que concluye, apartado 54, " *Por consiguiente, infringe el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 una normativa nacional que introduce como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido en los artículos 2 a 4 de esta Directiva, siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de «despido colectivo» a la luz de la definición que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva* ".

Ya hemos visto que esto último es justamente lo que así sucede en el presente supuesto, por lo que una interpretación puramente literal de lo dispuesto en el art. 51.1º ET resulta contrario al art. 1.1º de la Directiva 98/59, en la medida en que no garantiza el procedimiento de información y consulta que debería haberse respetado de utilizar como unidad de referencia el centro de trabajo, en un caso como el presente en el que deben computarse un total de 27 despidos en un centro de trabajo que emplea habitualmente a 77 trabajadores, excediendo con ello los límites de cualquiera de los dos posibles opciones a las que podría acogerse el legislador nacional en aplicación de aquel precepto de la Directiva.

#### **SEXTO.- El concepto de centro de trabajo a efectos del despido colectivo, conforme al art. 1.1º de la Directiva 98/59 .**

1.- Deberemos analizar a continuación cuales son las características que debería cumplir la unidad productiva de la empresa a la que afectan las extinciones de contratos, que lleven a calificarla como centro de trabajo conforme a lo dispuesto en la Directiva para que resulte aplicable el régimen jurídico de los despidos colectivos, y decidir si el centro de Munguía se ajusta a esos parámetros.

Algo que resultará de especial importancia en la resolución del asunto, si, como luego razonaremos, concluimos finalmente que cabe una interpretación del art. 51.1º ET conforme con la Directiva 98/59, lo que obligaría necesariamente a asumir como concepto de centro de trabajo a estos efectos el mismo que se desprende de la Directiva, toda vez que nuestra norma interna no contiene ninguna alusión que pueda conducir a una diferente definición de lo que deba entenderse como centro de trabajo en materia de despido colectivo.

Será necesario establecer las condiciones cualitativas y cuantitativas que debe reunir el centro de trabajo, porque no toda unidad productiva puede ostentar ese calificativo desde el punto de vista meramente cualitativo en razón de sus características organizativas y de funcionamiento en relación con la globalidad de la empresa,



ni tampoco resulta aplicable a cualquier centro de trabajo la regulación normativa de los despidos colectivos desde la perspectiva cuantitativa del número de trabajadores empleados y/o afectados, ya que por su propia naturaleza requiere una determinada dimensión plural en función del número de trabajadores despedidos y/o destinados en el centro de trabajo, que el art. 1.1º de la Directiva concreta en la cifra de más de 20 trabajadores empleados, en el supuesto del art. 1.1º, a, i; y de al menos 20 despedidos en el caso del art. 1.1º, a, ii, en razón de la opción escogida por el legislador nacional.

2.- Acudimos para ello a lo establecido por el mismo TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2015 (C-80/2014, asunto "Wilson"); reiterado posteriormente en las dos de 13 de mayo de 2015, (C-182/2013, asunto "Lyttle" y C-392/14, asunto "Rabal Cañas").

Lo primero que interesa destacar de esta sentencia del TJUE y resolver con ello el debate doctrinal suscitado en este punto, es que descarta la posibilidad de que las versiones en los diferentes idiomas de la Directiva puedan avalar una distinta interpretación de su artículo 1, " *A este respecto, carece de pertinencia el hecho mencionado en la vista ante el Tribunal de Justicia de que, en concreto, las versiones en lengua inglesa, española, francesa e italiana emplean «centro de trabajo» en plural. En efecto, en estas versiones lingüísticas la expresión «centro de trabajo» figura en plural tanto en la letra a), inciso i), como en la letra a), inciso ii), de la referida disposición. Además, tal y como subrayó el Abogado General en el punto 53 de sus conclusiones, otras versiones lingüísticas del artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso ii), de la Directiva 98/59 emplean «centro de trabajo» en singular, lo que excluye la interpretación de que el umbral previsto en esta última disposición se refiera a todos los «centros de trabajo» de una «empresa»*", apartado 55, sentencia Wilson.

Y en segundo lugar, lo que se establece en su apartado 59 " *El hecho de que el legislador dé a los Estados miembros la posibilidad de elegir entre las alternativas que figuran respectivamente en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso i) y letra a), inciso ii), de la Directiva 98/59 pone de manifiesto que el concepto «centro de trabajo» no puede tener un alcance completamente diferente según que el Estado miembro de que se trate haya optado por una u otra de las alternativas propuestas*"; y en su apartado 60: " *Además, una diferencia de tal envergadura sería contraria a la necesidad de promover la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los despidos colectivos, sobre la que hace hincapié el considerando 7 de la Directiva 98/59*".

Concluyendo, apartado 71, " *...el concepto de «centro de trabajo» que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso ii), de la Directiva 98/59 debe interpretarse del mismo modo que el concepto que figura en la letra a), inciso i), de ese mismo párrafo,...*".

3.- Sentado lo anterior, ofrece el TJUE los diferentes ítems a tener en cuenta desde el punto de vista cualitativo para determinar cuándo una determinada unidad productiva de la empresa puede calificarse como centro de trabajo a efectos del despido colectivo, para concluir que " *a efectos de la aplicación de la Directiva 98/59, puede constituir concretamente un «centro de trabajo», en el marco de una empresa, una entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas*", apartado 49 sentencia Wilson, en remisión al apartado 27 sentencia asunto Athinaiki Chartopoiia.

En el presente supuesto no se cuestiona, y es incuestionable, que el centro de trabajo de la empresa en Munguía ostenta indiscutiblemente esa naturaleza a todos los efectos, tanto desde el punto de vista de la regulación del derecho interno en la definición del art. 1.5º ET " *A efectos de esta ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral*", como desde la consideración del derecho de la Unión Europea en orden a la aplicación de la Directiva 98/59 en los términos que acaban de exponerse y que indudablemente concurren en este caso, como han venido a aceptar pacíficamente ambas partes, lo que hace del todo innecesario que nos detengamos en exponer una más detallada argumentación al respecto.

4.- Conforme a la Directiva 98/59 y desde la perspectiva puramente cuantitativa, solo puede aplicarse la normativa del despido colectivo en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 trabajadores, descartando la posibilidad de extender estas garantías a aquellos en los que presten servicios un número inferior.

Así lo establece claramente la antedicha STJUE al excluir los centros de trabajo con un menor número de trabajadores, lo que " *sería contrario al objetivo perseguido de garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y, por otro lado, daría lugar a cargas muy diversas para las empresas obligadas a cumplir las obligaciones de información y de consulta en virtud de los artículos 2 a 4 de esta Directiva en función de la elección del Estado miembro de que se trate, lo que sería igualmente contrario al objetivo perseguido por el legislador de la Unión, que es equiparar las cargas en todos los Estados miembros*".





Añadiendo en el apartado 64, que " esta interpretación no sólo incluiría en el ámbito de aplicación de la Directiva 98/59 a un grupo de trabajadores afectados por un despido colectivo, sino también, dado el caso, a un único trabajador de un centro de trabajo -que eventualmente podría hallarse adscrito a un centro de trabajo de una aglomeración distinta y alejada de otros centros de trabajo de la misma empresa-, lo que sería contrario al concepto de «despido colectivo» en el sentido habitual de dicha expresión. Además, el despido de ese trabajador único daría lugar a la aplicación de los procedimientos de información y consulta previstos en las disposiciones de la Directiva 98/59, las cuales no son adecuadas para casos individuales " .

5.- El concepto de centro de trabajo al que se refiere el art. 1.1º de la Directiva 98/59 y que impone a la legislación interna la obligación de respetar las garantías que caracterizan los despidos colectivos, está exclusivamente referido a los centros en los que presten habitualmente servicio más de 20 trabajadores, no estando obligado el legislador nacional a reconocerlo en favor de aquellos otros que empleen a un menor número, como es lógico y razonable en función de esa dimensión plural del despido colectivo de la que ya hemos hablado antes, que necesariamente requiere una mínima incidencia cuantitativa en el número de trabajadores afectados en función de los destinados en el concreto centro de trabajo.

Lo contrario sería tanto como admitir que la normativa del despido colectivo fuese de aplicación en cualquier centro de trabajo por reducido que fuese, lo que ya hemos visto que niega la propia doctrina del TJUE, porque no se corresponde con lo dispuesto en el art. 1.1º de la Directiva 98/59 que claramente se limita a los centros que emplean a más de 20 trabajadores o en los que se hubieren producido un mínimo de 20 despidos. A salvo que la regulación interna de cada Estado pudiere establecer un sistema más favorable a los trabajadores en uso de la posibilidad que a tal efecto concede el art. 5 de la Directiva, incluyendo cualquier centro de trabajo con independencia del número de trabajadores destinados en el mismo, lo que no es el caso de nuestro art. 51.1º ET .

Motivo por el que la STJUE de 15 de mayo de 2015 (C-392/2013, asunto "Rabal Cañas"), concluye en su apartado 55, que no se alcanzaban ni el umbral establecido en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso i), primer guion, de la Directiva 98/59 , ni ningún otro umbral de aplicación establecido en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de esta Directiva, dado que el centro de trabajo de Barcelona "no empleaba, durante el período de que se trata, más de 20 trabajadores", y en esas circunstancias, " la Directiva 98/59 no impone la aplicación de su artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), a una situación en la que no concurren todos los elementos de un umbral establecido en dicha disposición " , apartado 56.

6.- La aplicación de todo lo anterior al caso de autos nos lleva a concluir que en este supuesto estamos ante un centro de trabajo que reúne todos los requisitos cualitativos y cuantitativos que obligaría a la aplicación de la normativa de despidos colectivos, siendo que emplea un total de 77 trabajadores y se han producido 27 extinciones de contratos computables a tal efecto.

#### **SÉPTIMO.-Primacía vinculante del Derecho de la Unión y sus límites en un litigio entre particulares.**

1.- Una vez establecido que en situaciones como las del caso de autos la regulación del art. 51.1º ET resulta contraria a la Directiva 98/95, al establecer como única unidad de referencia para el despido colectivo la empresa y no el centro de trabajo, deberemos decidir las consecuencias jurídicas que de ello se derivan en la resolución del presente asunto por ser un pleito entre particulares con las singularidades que esto comporta.

Para lo que vamos a atenernos a la doctrina de esta misma Sala que recuerda y desarrolla nuestra reciente sentencia de Sala General de 8 de junio de 2016 (rec. 207/2015 ), sobre la aplicación y alcance del principio de primacía y aplicación directa del derecho de la Unión Europea frente a las legislaciones nacionales que lo contradigan, y sus efectos jurídicos cuando se trata de un litigio entre particulares, que no entre sus ciudadanos y el Estado que ha incurrido en tal infracción al transponer indebidamente en su derecho interno la Directiva de aplicación en cada caso.

2.- En lo que interesa para la resolución de este asunto, destaquemos los siguientes pronunciamientos de la precitada sentencia que pasamos a resumir, remitiéndonos *in extenso* al texto completo de la misma:

A) El principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento con motivo de la adhesión, habiendo sido aceptado por la propia Constitución Española en virtud de su art. 93 ( STC 145/2012, de 2/Julio , FJ 5).

B) Como se dice en la STS 23/03/15 (rcud 2057/14 ), «no ofrece dudas la prevalencia o primacía de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho comunitario, porque de conformidad con el art. 234 del Tratado de la CE - anterior art. 177-, la doctrina establecida por el TJUE, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el Tribunal Supremo y ha de acatarla».



C) La llamada «eficacia directa» del Derecho derivado UE -posibilidad de aplicar el Derecho de la Unión en los Estados miembros con independencia de las previsiones del Derecho interno- se halla limitada en principio a los Reglamentos de la UE, que son «directamente aplicables en cada Estado miembro» [ art. 288 TFUE ], por integrarse en los ordenamientos jurídicos nacionales a partir de su publicación en el DOUE [ art. 297 TFUE ].

D) Además de los Reglamentos, a partir de la STJ 04/12/1974 [asunto C- 41/74 «Van Duyn»] la posibilidad de «eficacia» directa se extiende igualmente -aunque en forma muy limitada- a otra parte del Derecho derivado, al sentarse el criterio de que las Directivas pueden ser directamente aplicadas en los Estados miembros en los supuestos de falta de ejecución o ejecución incorrecta.

E) Eficacia directa que ha de excluirse en el marco de las relaciones privadas, pues «una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocado en su calidad de tal en su contra», por más que en algún supuesto el TJUE ha admitido la aplicación directa del derecho «regulado» por una Directiva, con posible invocación por y frente a particulares. Pero ha de resaltarse: a) que propiamente no se consagra la «eficacia horizontal» de la Directiva, sino la «eficacia directa» del derecho que la misma regula y en tanto que el mismo está dotado de cualidad de derecho fundamental de la Unión Europea; y b) ello se ha producido -que sepa la Sala- únicamente en cuatro ocasiones (SSTJ 22/11/2005, asunto «Mangold»; 19/01/2010, asunto «Kücükdeveci»; 13/Septiembre/2011, asunto «Prigge»; y muy reciente 19/04/2016, asunto «Dansk Industri»), y todas ellas referidas al principio general de no discriminación por razón de edad, objeto de la Directiva 2000/98/CE y consagrado por el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [DOCU 2000-C 364/01].

F) Las insuficiencias que la inaplicabilidad «directa» de este tipo de Derecho derivado pudiera comportar para la adecuada operatividad del Derecho UE, y el posible «daño colateral» que ello generaría para los particulares interesados, de alguna manera se suavizan -como observa la doctrina especializada- con dos líneas de actuación: 1º) la eficacia interpretativa de las Directivas, en la aplicación del Derecho nacional, conforme al principio de «interpretación conforme»; y 2º) la posible responsabilidad del Estado incumplidor por los daños y perjuicios que pueda causar su incumplimiento de la Directiva.

G) Frente a las indeseadas consecuencias de la inaplicabilidad «directa» e «*inter privatos*» de las Directivas, el primer instrumento corrector es el de «interpretación conforme», que se perfila por el TJ diciendo que el órgano jurisdiccional «está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado» -actual 288 TFUE (SSTJ 13/11/1990, asunto «Marleasing»; «Pfeiffer», aps. 113 y 114; «Kücükdeveci», ap. 48; y «Dansk Industri», ap. 31). Resumiendo lo antedicho, cuando los términos de la Directiva que no ha sido transpuesta en plazo o lo ha sido indebidamente, son claros, terminantes e incondicionados, se abren distintas posibilidades: 1º) su aplicación directa en los litigios entre los particulares y la Administración Pública del Estado, eficacia vertical; 2º) tratándose en cambio de un litigio entre particulares, eficacia horizontal, entra en juego el principio de interpretación conforme que obliga a analizar la posible aplicación del derecho interno adecuada a las previsiones de la Directiva; 3º) y de no ser factible una interpretación conforme, no le queda al particular perjudicado otra opción que reclamar una indemnización por daños y perjuicios al Estado infractor.

3.- En la aplicación de estos criterios al caso de autos empezaremos destacando la concluyente literalidad del artículo 1.1º de la Directiva 98/59, en lo que se refiere a la indicación del centro de trabajo como unidad a la que debe estar referenciado el despido colectivo.

El precepto no puede ser más categórico, claro, preciso e incondicional en este aspecto, utilizando unos términos tan manifiestamente inequívocos que no admiten posibles dudas interpretativas ni margen de actuación a los Estados a la hora de transponer esa exigencia, imponiendo como obligación de garantía mínima la protección de los trabajadores a nivel del centro de trabajo cuando concurren las circunstancias cualitativas y cuantitativas que contempla, identificando de esta forma el derecho protegido sin necesidad de ninguna otra norma complementarias o de ejecución que deba desarrollarlo.

Haciendo uso de la facultad que expresamente les otorga el art. 5 de la Directiva, los Estados pueden introducir en su legislación interna disposiciones más favorables para los trabajadores y ampliar el ámbito de protección de los despidos colectivos a situaciones en las que no concurren los requisitos y umbrales numéricos que establece el art. 1.1º de la Directiva en referencia a los centros de trabajo aisladamente considerados, pero lo que no cabe es eludir la obligación que impone la Directiva y dejar desprotegidos a los trabajadores en el ámbito de aquellos centros de trabajo que por sí solos ya cumplen los requisitos tan inequívocamente establecidos en el precepto.

Hemos visto que así lo hace el legislador español al extender a la totalidad de la empresa en cómputo global los umbrales numéricos que pudieren no concurrir en consideración individual a alguno de sus centros de



trabajo, pero justamente por ello, al no otorgar esa protección en los casos de los centros de trabajo que lo requieren, es por lo que la STJUE, asunto Rabal Cañas, concluye en su parte dispositiva que el precepto: "se opone a una normativa nacional que introduce, como única unidad de referencia, la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido en los artículos 2 a 4 de esta Directiva, siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de "despido colectivo" a la luz de la definición que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva".

4.- Como acabamos de señalar, de tratarse de una situación en la que estuviere en juego la eficacia vertical de la Directiva no hay duda de que procedería su aplicación directa en favor del particular frente al Estado incumplidor que ha transpuesto de forma incompleta tan categórico mandato, como recuerda la STC 232/2015, de 5 de noviembre: " el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado hasta la fecha una consolidada jurisprudencia que abunda en la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de garantizar que dichas Sentencias se lleven a efecto (Sentencia de 14 de diciembre de 1982, asunto *Waterkeyn*, 314-316/81 y 83/82, Rec. 1982 p. 4337)... el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado reiteradamente que "los órganos jurisdiccionales de [los Estados miembros] están obligados, con arreglo al art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [ art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea ], a deducir las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno# (Sentencias de 14 de diciembre de 1982, asunto *Waterkeyn*, antes citada, apartado 16, y de 5 de marzo de 1996, asuntos *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, C-46/93 y C-48/93 , Rec. p. I-1029, apartado 95)... [C]omo consecuencia de todo lo anterior, los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (véanse, entre otras, las Sentencias de 9 de marzo de 1978, asunto *Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, apartado 24 ; de 22 de junio de 2010, asunto *Melki y Abdeli*, C-188/10 y C-189/10 , Rec. p. I-5667, apartado 43; y de 5 de octubre de 2010, asunto *Elchinov*, C-173/09 , apartado 31). Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea [véanse las Sentencias de 17 de diciembre de 1970, asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3; y de 16 de diciembre de 2008, asunto *Michaniki* ( C-213/07 , Rec. p. I-9999, apartados 5 y 51)]" ( STC 145/2012, de 2 de julio , FJ 5) ".

Pero siendo un litigio entre particulares, la Directiva que no ha sido correctamente transpuesta no admite su eficacia directa.

La solución se reconduce al análisis de la posibilidad de aplicar sobre la normativa interna el principio de interpretación conforme al Derecho de la Unión, dentro del margen de actuación del que dispone el órgano judicial nacional con los límites que ya hemos enunciado, y teniendo en cuenta lo que dispone el art. 4 bis de la LOPJ, introducido por la LO 7/2015 de 21 de julio: "1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en manifestación del carácter vinculante de dicha jurisprudencia.

#### **OCTAVO.-La aplicación sobre la norma interna del principio de interpretación conforme al Derecho de la Unión.**

1.- Partiendo de las anteriores consideraciones, la cuestión que debemos resolver estriba en determinar si es posible una interpretación de nuestra norma interna que sea conforme al mandato de la Directiva 98/95, y permitiere concluir que el art. 51.1º ET resulta igualmente aplicable en aquellos supuestos en los que de utilizarse como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de despido colectivo a la luz de la definición que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a) de dicha Directiva.

2.- Para lo que deberemos tener especialmente en consideración lo que nos dice la STJUE 19 de abril de 2016 (C-441/2014, asunto *Dansk Industri*, ya citado), al establecer en su apartado 29: " debe recordarse la reiterada jurisprudencia con arreglo a la cual, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales deben resolver un litigio entre particulares en el que se pone de manifiesto que la normativa nacional controvertida es contraria al Derecho de la Unión, corresponde a dichos órganos jurisdiccionales asegurar la protección jurídica que para los justiciables se deriva de las disposiciones del Derecho de la Unión y garantizar su pleno efecto (véanse, en este sentido, las sentencias *Pfeiffer* y otros, C-397/01 a C-403/01 , EU:C:2004:584 , apartado 111, y *Kücükdeveci*, C-555/07 , EU:C:2010:21 , apartado 45).



Precisando a continuación, apartado 30: " Si bien es verdad que, en el caso de un litigio entre particulares, el Tribunal de Justicia ha declarado, de modo reiterado, que una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, en su calidad de tal, ser invocada contra dicha persona (véanse, en particular, las sentencias Marshall, 152/84, EU:C:1986:84 , apartado 48; Faccini Dori, C-91/92 , EU:C:1994:292 , apartado 20, y Pfeiffer y otros, C-397/01 a C- 403/01 , EU:C:2004:584 , apartado 108), no es menos cierto que el Tribunal de Justicia también ha declarado repetidamente que la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el ámbito de sus competencias, las autoridades judiciales (en este sentido, véanse, en particular, las sentencias von Colson y Kamann, 14/83, EU:C:1984:153 , apartado 26, y Küçükdeveci, C-555/07 , EU:C:2010:21 , apartado 47) "

Ahondando en esa misma línea argumental, razona seguidamente en el apartado 31, que: " al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a tomar en consideración el conjunto de normas de ese Derecho y aplicar los métodos de interpretación reconocidos por éste para hacerlo, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con el fin de alcanzar el resultado que ésta persigue y, por lo tanto, atenerse al artículo 288 TFUE , párrafo tercero (véanse, en particular, las sentencias Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01 , EU:C:2004:584 , apartados 113 y 114, y Küçükdeveci, C-555/07 , EU:C:2010:21 , apartado 48) "

Y el mismo sentido, la STJUE de 16 de julio de 2009, nº C-12/2008, asunto Mono Car, al resolver sobre una cuestión prejudicial atinente al artículo 2 de la misma Directiva 98/59 , establece en su parte dispositiva: " Al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional debe, en virtud del principio de interpretación conforme del Derecho nacional, tomar en consideración el conjunto de normas de dicho Derecho e interpretarlo, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 98/59 para alcanzar el resultado que ésta persigue. En consecuencia, le incumbe garantizar, en el marco de sus competencias, que las obligaciones que debe cumplir tal empresario no se reduzcan con respecto a las establecidas en el artículo 2 de dicha Directiva "

De lo expuesto se desprende, en virtud de aquella vinculación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que impone el art. 4. bis, 1, de la LOPJ , que las autoridades judiciales nacionales no son en modo alguno ajenas a ese deber que incumbe a todas las autoridades de los Estados miembros de contribuir a alcanzar el resultado previsto en la Directiva, lo que supone para los órganos jurisdiccionales la adopción de una posición activa en tal sentido dentro de las competencias que le son propias, y con ello, la obligación de incorporar esa finalidad perseguida por la Directiva como criterio hermenéutico en la interpretación de las normas de acuerdo a las reglas del art. 3.1º del Código Civil .

Se configura de esta forma un principio de especial y singular relevancia en la actuación del órgano judicial nacional, que impone la búsqueda de una interpretación conforme al Derecho de la Unión de la normativa interna que pudiere haber vulnerado un claro, directo y categórico mandato de la Directiva, tal y como ya hemos puesto de manifiesto que se produce en el caso de autos. En palabras de la Sala III del Tribunal Supremo: " los jueces nacionales, en nuestra condición de jueces comunitarios, estamos obligados a salvaguardar la efectividad del derecho comunitario y su supraordenación al derecho interno conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas " (STSS 13-10- 2011, rec. 4232/2007; 3-6-2008, rec.818/2005, y las que en ellas se citan).

Sin que ello pueda conducir a forzar la exégesis de la norma hasta el punto de incurrir en una interpretación *contra legem* de la misma, pues como recuerda finalmente la STJUE, asunto Dansk Industri, en su apartado 32, y ya hemos apuntado " el principio de interpretación conforme del Derecho nacional tiene determinados límites. Así, la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el Derecho de la Unión cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho interno está limitada por los principios generales del Derecho y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional (véanse las sentencias Impact, C-268/06 , EU:C:2008:223 , apartado 100; Domínguez, C-282/10 , EU:C:2012:33 , apartado 25, y Association de médiation sociale, C-176/12 , EU:C:2014:2 , apartado 39)".

3.- Como última cuestión relevante para el caso, destaquemos el apartado 33 de la precitada STJUE: " la exigencia de interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si ésta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Centrosteeel, C-456/98 , EU:C:2000:402 , apartado 17)";..... "el tribunal remitente no puede, en el litigio principal, considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar la norma nacional de que se trata de conformidad con el Derecho de la Unión, por el mero hecho de que, de forma reiterada, ha interpretado esa norma en un sentido que no es compatible con ese Derecho " , (apartado 34).





Pronunciamientos que impiden perseverar en aquella doctrina jurisprudencial que pudiese haber establecido con anterioridad el órgano judicial nacional y que se hubiere revelado incompatible con el Derecho de la Unión, lo que en el presente supuesto y en el caso de llevar a ello la interpretación conforme al Derecho de la Unión del art. 51.1º ET, obligaría a completar el criterio de la STS de 18 de marzo de 2009 (rec. 1878/2008), en los términos que luego veremos.

#### **NOVENO.- Interpretación del art. 51.1º ET conforme a la Directiva 98/95.**

1.- De lo anteriormente expuesto se colige que la aplicación del principio de interpretación conforme al Derecho de la Unión, obliga a algo más que a un mero análisis de la ley nacional que conduzca a un resultado puramente declarativo de su literalidad.

A diferencia de la interpretación ordinaria de la ley que se circunscribe al estudio de un precepto legal al que se aplican los criterios hermenéuticos del art. 3.1º Código Civil, la interpretación conforme al Derecho de la Unión supone la necesidad de contrastar la legislación interna con la Directiva respecto a la que ha de realizarse el test de conformidad, para establecer si es posible encontrar una solución interpretativa que permita compatibilizar el sentido de la norma nacional con la finalidad y resultado perseguido por la Directiva, haciendo efectiva esa obligación que debe orientar la actuación del órgano judicial nacional como garante de la efectividad del Derecho de la Unión, lo que obliga a integrar la norma interna con esos mandatos tan claros, rotundos e incondicionados de la Directiva que no hayan sido incorporados por el legislador nacional, y esa integración pasa por incorporar esos elementos jurídicos contenidos en la Directiva al derecho interno por vía de la interpretación conforme, toda vez que no se trata de genéricas y abstractas previsiones del Derecho de la Unión sino de una taxativa disposición legal que no admite margen en su transposición al derecho interno por parte los Estados miembros, ni suscita dudas interpretativas sobre su eficacia y alcance.

2.- Pero como también hemos adelantado, si bien es verdad que el órgano judicial debe involucrarse en la búsqueda de una solución que permita alcanzar el resultado perseguido por la Directiva, hemos de reiterar que no puede en ningún caso exceder los límites de su propia competencia para arrogarse funciones de otros poderes del Estado que no le corresponden, debiendo mantenerse en todo momento dentro de lo que es propio y consustancial a la actividad estrictamente jurisdiccional, sin incurrir en interpretación *contra legem* que suponga en realidad desconocer e ignorar la norma de derecho interno para sustituirla, sin más, por lo dispuesto en la Directiva, atribuyéndose competencias que son exclusivas del poder legislativo.

El ámbito de la interpretación conforme se corresponde con aquellos supuestos en los que la norma interna resulte confusa, incompleta y admita una interpretación adecuada a la finalidad perseguida por la Directiva, pero no puede aplicarse cuando la norma interna resulta categóricamente opuesta a la Directiva, sin conceder el menor mejor de interpretación posible que permita su adaptación al Derecho de la Unión, en cuyo caso corresponde al legislador corregir esa situación y al particular le queda la opción de instar " *la posible responsabilidad del Estado incumplidor por los daños y perjuicios que pueda causar su incumplimiento de la Directiva* " ( STS 8 de junio de 2016, rec. 207/2015, FJ undécimo, *in fine* ), sin que pueda el órgano judicial subsanar esa deficiencia.

3.- En el presente caso la propia STJUE del asunto Rabal Cañas nos marca el camino, en cuanto ya supone una interpretación implícita del art. 51.1º ET y ofrece todos los elementos que habrán de ser tenidos en cuenta por el órgano judicial nacional para establecer el verdadero alcance que ha de darse a ese precepto, de acuerdo con el contenido de la Directiva conforme a la que debe ser interpretado.

Ya hemos dicho que el mandato de la Directiva es claro, rotundo y terminante al imponer el centro de trabajo como unidad de referencia en garantía mínima de los derechos de los trabajadores, mientras que la literalidad del art. 51.1º ET no excluye específicamente los centros de trabajo, sino que lo que hace es introducir una mejora al extender el cómputo de los umbrales a la totalidad de la empresa, tal y como ponemos de manifiesto en nuestra STS de 18 de marzo de 2009 (rec. 1878/2008) al destacar que lo pretendido en nuestra norma nacional es establecer " *una regulación procedimental más favorable para los trabajadores, no sólo con respecto a la unidad de referencia física (empresa y no centro de trabajo) para el cómputo de trabajadores afectados, sino también exigiendo a la empresa la justificación de la causa extintiva y la necesidad de la previa autorización administrativa para proceder al despido colectivo (requisitos éstos que no establece la norma comunitaria)* ", lo que impide considerar que el legislador nacional haya querido substraerse a tan categórica previsión del Derecho de la Unión para descartar en cualquier supuesto el centro de trabajo como unidad de cómputo.

Distinto sería si la redacción del art. 51.1º ET hubiere excluido de forma específica y expresa la posibilidad de aplicar ese precepto en referencia al centro de trabajo, lo que haría entonces inviable una interpretación conforme al Derecho de la Unión, que resultaría manifiestamente incompatible y contradictoria con el texto de la norma interna dando lugar a un inadmisibles resultado *contra legem*.



Pero como seguidamente veremos, el art. 51 ET no solo no excluye directa o indirectamente los centros de trabajo de su ámbito de aplicación para circunscribirlo únicamente a la empresa, sino que, por el contrario, contiene distintas alusiones en las que expresamente los incluye.

4.- Como ordena el art. 3.1º del Código Civil : " *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas* ".

En la aplicación de estos cánones al art. 51.1º ET a los efectos de su interpretación conforme a la Directiva, deberemos poner el acento y atribuir la mayor relevancia al elemento teleológico, en cuanto resulta incuestionable que la finalidad de cualquier norma de derecho interno de transposición de una directiva no puede ser otra que la de atender a la consecución del resultado previsto en la misma, *hasta el punto que en aplicación del artículo 249 CE, párrafo tercero, el órgano judicial nacional "debe presumir que el Estado miembro, una vez que ha utilizado el margen de apreciación de que disfruta con arreglo a dicha disposición, ha tenido la intención de cumplir plenamente las obligaciones derivadas de la directiva de que se trate"* ( STJUE 5/10/2004, asunto Pfeiffer, apartado 112).

Desde esta perspectiva jurídica, lo pretendido por el art. 51.1º ET es dar cobertura a una situación más favorable con carácter general para los trabajadores que la prevista en la propia Directiva, que no la de excluir la protección en aquel nivel mínimo de garantía que su art. 1.1º ha residenciado en los centros de trabajo.

Por más que el canon de interpretación literal, incluso los antecedentes históricos y legislativos de nuestra norma interna, parezcan conducir a un resultado diferente, deberá prevalecer en este caso el elemento teleológico que es consustancial a la actuación de todas las Autoridades Públicas de los Estados en la consecución de la finalidad y el resultado al que obligan las Directivas.

5.- Al mismo resultado conduce una interpretación sistemática de las numerosas menciones que contiene nuestro ordenamiento laboral, en las que se pone de manifiesto la frecuente asimilación que hace el legislador interno entre la empresa y el centro de trabajo, en prueba de que ambos conceptos se encuentran íntimamente vinculados, muchas veces equiparados, y no son en modo alguno excluyentes el uno del otro.

Pese a la aparente claridad que parece desprenderse la definición de centro de trabajo del art. 1.5 ET , no son pocos los preceptos legales en las que se utiliza indistintamente el término empresa/centro de trabajo, o en los que se contiene una misma e indistinta regulación en referencia a uno y otro ámbito, poniendo con ello de manifiesto que no siempre es indubitada la unidad física a la que se está refiriendo en cada momento la norma.

La más relevante a estos efectos la encontramos sin duda en el propio art. 51.2 ET , que al regular el proceso de consultas con los representantes de los trabajadores dispone que, en el caso de existir varios centros de trabajo la negociación " **quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento** ", lo que es suficiente para constatar que el precepto no ha querido excluir de su ámbito de aplicación el centro de trabajo como unidad de referencia del despido colectivo, y es por si solo suficiente para descartar que pueda considerarse *contra legem* la interpretación que nos lleva a extender al centro de trabajo las previsiones del apartado primero de este mismo artículo.

De igual forma se reitera la afectación a los centros de trabajo en las demás situaciones vinculadas a crisis económicas y organizativas de la empresa con el mismo fundamento que el art. 51 ET , tanto en el art. 41 ET , en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo, como en el art. 47 ET , en los supuestos de suspensión de contratos o reducción de jornada, lo que en una sistemática integración de las normas que rigen este mismo aspecto jurídico de las relaciones laborales obliga a entender que nuestro legislador interno no ha querido en modo alguno excluir de toda esta normativa el centro de trabajo para limitarse única y exclusivamente la empresa.

En esa misma línea, el art. 51.2º ET señala que "La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo". Y este último precepto no solo contempla igualmente la posibilidad de que la cuestión afecte a un único centro de trabajo como ya hemos dicho, sino que atribuye además a los representantes de los trabajadores en esta unidad empresarial la legitimación para negociar con la empresa, ahondando en la equiparación del tratamiento jurídico en ambas situaciones.

Previsión legal que entronca con lo dispuesto en los arts. 63 y siguientes del ET que regulan el régimen jurídico de aplicación a los órganos de representación legal de los trabajadores, en lo que encontramos otra manifestación de aquellas materias en las que nuestra legislación laboral otorga una mismo tratamiento en su aplicación a la empresa y al centro de trabajo, asimilando una vez más ambos conceptos, como es de ver en el art. 8.1º LOLS que al regular los principios de la acción sindical comienza diciendo que "Los trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo...", en lo que



es demostrativo de ese tratamiento indiferenciado, que tiene continuidad en los preceptos del Estatuto de los Trabajadores que regulan la constitución del comité de empresa a nivel de centro de trabajo, hasta el punto de establecerlo como regla general en los centros de trabajo de cincuenta o más trabajadores, art. 63.1 ET , reconociéndoles posteriormente el art. 64 ET , de manera igualmente indistinta, amplios derechos de intervención y representación, entre los que se incluyen, destacadamente a los efectos del presente litigio, "ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma" ...emitir informe en materia de "a) Las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella; b) Las reducciones de jornada; c) El traslado total o parcial de las instalaciones".

De todo lo razonado se desprende que nuestra normativa laboral no contrapone la empresa y el centro de trabajo como unidades de referencia empresarial necesariamente diferenciadas, sino que, por el contrario, los asimila y equipara en su tratamiento jurídico en todos esos aspectos tan esenciales y relevantes de las relaciones laborales.

6.- Lo que nos permite afirmar que la interpretación conforme de nuestra norma nacional es la que nos lleva a entender que su objeto no es otro que extender a la empresa la unidad de cómputo de los umbrales que separan el despido colectivo del objetivo, pero sin contener previsión alguna de la que se derive la exclusión de los centros de trabajo que reúnan esos mismos requisitos numéricos, dando con ello lugar a una confusa redacción que puede ser integrada con la aplicación del principio de interpretación conforme, que permite interpretar el precepto en el sentido de que procede su aplicación no solo cuando se superen los umbrales fijados en el mismo a nivel de la totalidad de la empresa, sino también cuando se excedan en referencia a cualquiera de sus centros de trabajo aisladamente considerados en el que presten servicio más de 20 trabajadores.

A lo que podemos añadir un argumento de singular trascendencia, cual es el hecho de que otra distinta interpretación daría lugar a un desigual, injustificado e irrazonable tratamiento de los trabajadores de aquellas empresas que cuentan con un solo centro de trabajo respecto a las que disponen de varios, permitiendo a estas últimas despedir individualmente a un número incluso superior a las otras, acudiendo al recurso de concentrar todas las extinciones en un único centro de trabajo.

7.- Nos queda por hacer una última consideración especialmente relevante.

Como hemos adelantado, la dimensión necesariamente plural del despido colectivo impide la aplicación de este régimen jurídico a cualquier centro de trabajo, lo que nos lleva a insistir en la circunstancia de que esa misma interpretación conforme al Derecho de la Unión del art. 51.1º ET obliga a entender que el concepto de centro de trabajo, a efectos del despido colectivo, no puede ser otro que el previsto en el art. 1.1º de la Directiva 98/59 , esto es, aquel que emplea habitualmente a más de 20 trabajadores, al ser este último requisito cuantitativo consustancial al propio concepto de centro de trabajo en los términos establecidos en la Directiva, sin que en la norma interna haya elementos que permitan ninguna otra posible interpretación diferente en materia de despidos colectivos, y con independencia de la consideración como centro de trabajo que pudieren tener a otros efectos las unidades productivas de la empresa en las que estuvieren empleados un número menor de trabajadores.

No se nos escapa que la aplicación de la regla del art. 51.1º letra a) ET supone un diferente tratamiento jurídico entre las empresas que disponen de varios centros de trabajo y las que tienen un único centro que no emplea a más de 20 trabajadores, pero ese resultado no es contrario a las previsiones de la Directiva en la medida en que supone una mejora en favor de los trabajadores de ese tipo de empresas con un único centro de trabajo, al igual que en sentido contrario es más favorable a los trabajadores el cómputo conjunto de las extinciones en las empresas que cuentan con varios centros de trabajo.

#### **DÉCIMO.-Ratificamos y completamos la doctrina de la STS de 18 de marzo de 2009 (rec. 1878/2008 ).**

1.- Por todo lo anteriormente razonado, ratificamos y completamos el criterio establecido en la STS de 18 de marzo de 2009 (rec. 1878/2008 ), en el sentido de que deben calificarse como despido colectivo y respetar por consiguiente el régimen legal aplicable en esta materia, tanto las situaciones en las que las extinciones de contratos computables superen los umbrales del art. 51.1º ET tomando la totalidad de la empresa como unidad de referencia, como aquellas otras en las que se excedan esos mismos umbrales afectando a un único centro de trabajo que emplee habitualmente a más de 20 trabajadores.

Lo que en su aplicación al caso de autos y oído el Ministerio Fiscal, obliga a desestimar el recurso y confirmar en sus términos la sentencia de instancia que acertadamente aplica ese mismo criterio. ».

Idéntico criterio ha servido para dar respuesta a las cuestiones planteadas en la reciente STS del Pleno de la Sala de 13 de junio de 2017 (Rec 196/2016 ).



Siendo hecho pacífico que la unidad productiva a considerar es el centro de trabajo, la aplicación de la doctrina de mérito, al no existir nuevas consideraciones que aconsejen su modificación determinan, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal la desestimación del motivo.

**DÉCIMO.-** En los motivos noveno y décimo se contiene la denuncia de infracción de los preceptos que la parte actora considera pertinentes para sostener la pretensión de subrogación y de denuncia de vulneración del derecho de huelga y del derecho de indemnidad.

En el noveno de los fundamentos de Derecho de esta resolución se ha examinado la denunciada infracción del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores con resultado desestimatorio, atendiendo al conjunto probatorio que la sentencia recurrida proporciona, incluida la pretensión modificadora que el sindicato recurrente desarrolla a lo largo de siete motivos, parte de los cuales tenían como finalidad sostener las denuncias de infracción a las que se refieren los motivos noveno y décimo, sin que en su examen fueran rechazados por intrascendentes pues era necesario llevar a cabo el estudio de la totalidad de los motivos amparados en el artículo 207 d) de la LJS y el primero de los motivos que se cobija el apartado e) del citado precepto y solamente concluida esa labor cabía valorar la utilidad de las modificaciones pedidas.

De esta forma, alcanzada la conclusión de la inexistencia de despido colectivo tal y como ha resuelto la Sala de instancia, dado que la demandante ha decidido formular demanda de despido colectivo al que, en su caso, deberían venir anudadas las consecuencias que anticipa en dichos motivos, el fracaso de la acción emprendida impide entrar a considerar en el seno de la misma las pretensiones a las que acabamos de hacer mención.

Para declarar viciado de nulidad por vulneración de un derecho fundamental un despido colectivo, es necesario que se declare su existencia para una vez establecida ésta decidir si el mismo es legítimo, es injustificado o es nulo a virtud del vicio denunciado.

De igual modo es necesario declarar la existencia de un despido colectivo para resolver acerca de las consecuencias de una actuación ilegítima acerca de si ha existido voluntad de desconocer un mecanismo subrogatorio, bien nacido de la voluntad legal, bien originado en la convencional colectiva.

Por último, al objeto de dotar a la sentencia de la debida congruencia, de igual modo deberá asentarse la ausencia de pronunciamiento acerca de si el despido es injustificado, partiendo de que el análisis y solución a la pretensión subsidiaria requiere la previa declaración de que nos hallamos ante un despido colectivo sobre el que deba recaer la calificación que proceda a tenor de las peticiones escalonadamente objeto del suplico, lo que no sucede pues con arreglo a la conclusión alcanzada en el noveno fundamento de Derecho no ha sido posible calificar de despido colectivo los ceses por despido objetivo que afectaron a catorce trabajadores de la contrata de MANPOWER, S.A. en la Fundación Museo Guggenheim con efectos del 30 de septiembre de 2016.

Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso sin hacer pronunciamiento sobre las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LIS .

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido : Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Central Sindical LAB, representada y defendida por el Letrado D. Diego Ignacio González Moyano contra la sentencia dictada el 19 de diciembre de 2016, por la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco , en el procedimiento 41/2016.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jesus Gullon Rodriguez Maria Milagros Calvo Ibarlucea Luis Fernando de Castro Fernandez Jose Luis Gilolmo Lopez Maria Luisa Segoviano Astaburuaga Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Rosa María Virolés Piñol Maria Lourdes Arastey Sahun Antonio V. Sempere Navarro Angel Blasco Pellicer Sebastian Moralo Gallego Jordi Agusti Julia **PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D.ª María Milagros Calvo Ibarllucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.