



Roj: **STSJ PV 2033/2018 - ECLI:ES:TSJPV:2018:2033**

Id Cendoj: **48020340012018101245**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2018**

Nº de Recurso: **775/2018**

Nº de Resolución: **1259/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Recurso de suplicación 775/2018

NIG PV 48.04.4-16/008580

NIG CGPJ 48020.44.4-2016/0008580

SENTENCIA Nº: **1259/2018**

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 12 de junio de 2018.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/as. Sres/as. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D.MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI y D^a ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por FUNDACION MUSEO GUGGENHEIM BILBAO contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 6 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 23 de enero de 2018, dictada en proceso sobre despido (DSP), y entablado por Visitacion frente a **MANPOWER GROUP SOLUTIONS S.L.U., FUNDACION MUSEO GUGGENHEIM BILBAO, siendo parte el MINISTERIO FISCAL** .

Es Ponente la Iltma. Sra. Magistrada D^a ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"Primero : Dña. Visitacion ha venido prestando servicios para MANPOWER GROUP SOLUTIONS SLU (MGS) como Nivel 5 desde el 1-10-2014, por medio de un contrato por obra o servicio y con un salario de 481,39 euros (15,83 euros/día).

La razón en que se amparaba la causa para la contratación se describe como "*¿dar cumplimiento al contrato de arrendamiento de servicios entre MGS y MUSEO GUGGENHEIM BILBAO de fecha 1-3-2014 para el servicio de orientadores de Sala durante las exposiciones temporales Ernesto Neto [¿] y Yoko Ono [¿]*"

Segundo: La FUNDACIÓN DEL MUSEO GUGGENHEIM BILBAO (en adelante la FUNDACION) tiene como objeto gestionar y dirigir el museo Guggenheim Bilbao.



El 30 de septiembre de 2014 MGS 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, 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, que concluían 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 FUNDACION, MGS formalizó contratos temporales para "obra o servicio determinado" con jornada a tiempo parcial, con trabajadores que fueron contratados con las categorías profesionales de educador/orientador, auxiliar/educador, salvo una empleada que fue contratada como coordinadora. Entre ellos, el de la actora.

MGS 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: La FUNDACION ha dispuesto desde 2011 de una bolsa de trabajo para atender a sus necesidades de contratación laboral directa. La bolsa se había conformado tras un proceso de selección impulsado por la FUNDACION y ordena a sus trabajadores con arreglo a sus méritos. Algunas de las personas contratadas por MGS y puestas disposición de la FUNDACION estaban incluidas en la bolsa.

En la referida bolsa, y para la especialidad educación, constan estas personas relacionadas en orden de méritos:

Orden Nombre

- 1 Zaida .
- 2 Leopoldo .
- 3 Miguel .
- 4 María Esther .
- 5 Amelia .
- 6 Tomás
- 7 Jose Ignacio

Sexto: Los representantes del sindicato LAB y representantes del colectivo de trabajadores de MGS en el Museo han mantenido reuniones con la FUNDACION y MGS 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, entre ellas la actora.

La plataforma negocial se da por reproducida, destacándose entre otras reclamaciones la inclusión de cláusulas que aseguraran la subrogación del personal en caso de cambio de contratista

Séptimo: El 29-8-2016, la FUNDACION emite una nota de prensa que al presente se da por reproducida, en la misma se hace constar que "*¿el museo ha decidido no convocar una nueva licitación pública para la adjudicación de las tareas de apoyo en las actividades educativas una vez que venza el contrato con la empresa Manpower el próximo 30 de septiembre y procederá a la contratación directa de tres personas. Además contará con la colaboración de otros profesionales para la realización de las actividades que requieren una mayor especialización.*

Esta decisión [¿] ha sido comunicada a la empresa Manpower, a una representación de sus trabajadores y al sindicato LAB, en el trascurso de una reunión celebrada en el Museo.



Los trabajadores de Manpower han convocado en el mes de agosto 8 jornadas de huelga con dos reivindicaciones principalmente, por un lado, la subrogación de supuestos de trabajo ante una eventual nueva adjudicación del contrato de prestación de servicios y, por otro, la mejora de las condiciones salariales.

- Subrogación.

El Museo era partidario de mantener el esquema de la subcontratación del servicio como se ha venido haciendo hasta la fecha, en la medida en que esta alternativa permite atender con flexibilidad el volumen de actividades simultáneas así como la variación estacional de la demanda. Por este motivo, su vocación era poner en marcha un proceso de adjudicación del servicio en el marco de una nueva licitación pública.

Sin embargo, considera que la hipotética incorporación de la variable de la subrogación en el nuevo contrato de prestación de servicios no responde a los criterios de organización del Museo, ni se considera procedente, al tratarse de un servicio de apoyo en ciertas actividades educativas, desarrollado por personas con dedicaciones parciales y residuales.

Ninguna de las personas que viene prestando estos servicios a través de la empresa MANPOWER, que en general compatibilizan su labor en el Guggenheim con trabajos en otras entidades, tienen una dedicación en el Museo superior al 42% de la jornada anual, y la mitad de ellas tiene una dedicación inferior al 25% de la jornada anual. La dedicación media de todo el grupo de educadores de Manpower en el último curso escolar se sitúa en torno al 17%.

Según manifiesta G.U., directora de Recursos Humanos del Guggenheim, "el concepto de subrogación desvirtuaría la esencia de una prestación de un servicio que tiene como objeto poder realizar los trabajos que se precisen en cada momento con las personas más idóneas. Para el Museo no es una práctica adecuada imponer a la empresa adjudicataria el personal con el que debe prestar el servicio porque, entre otras cuestiones, limita el abanico de perfiles disponibles a futuro, al tratarse de actividades en constante evolución y muchas de ellas en fase experimental, sujetas al proceso de reflexión estratégica actual.

- Tres contratos laborales.

Por lo tanto, el nuevo modelo que va a poner en marcha el Museo plantea la contratación laboral durante este curso de tres educadores a tiempo completo, de martes a viernes en jornada de 8 horas y los fines de semana en régimen de turnos (1 de cada 3), en jornada de 6,5 horas. Su retribución se establecerá en coherencia con los niveles salariales aplicables al personal del Museo. El museo no descarta realizar contrataciones adicionales en función de las necesidades que vayan surgiendo en momentos puntuales.

Estas tres personas apoyarán al Departamento de Educación e Interpretación, realizando los talleres escolares y para familias, así como la actividad de orientación que será reconducida hacia las visitas express, consistentes en explicaciones en profundidad a los visitantes del Museo de una obra, tema, artista, movimiento, etc, de una exposición o presentación de la Colección. Habrá tres visitas express los días laborales y dos los fines de semana, conviviendo con una visita guiada gratuita diaria de contenido general.

"Por lo tanto, vamos a optar por una estrategia de incorporación directa de tres personas a tiempo completo, dotando de estabilidad a estos puestos de trabajo y al servicio educativo en sí. Además, las actividades que exigen una mayor especialización como Baby Art y el Curso de Introducción a la arquitectura se impartirán por profesionales expertos en estos ámbitos", afirma U.

Tras esta comunicación por parte de la FUNDACION de la no convocatoria de licitación pública para la adjudicación de las tareas de apoyo en las actividades educativas del Museo, se convocó formalmente por LAB huelga indefinida a partir del 5 de septiembre de 2016.

Octavo: El 15-9-2016, MGS entrega a la actora una carta cuyo tenor se da por reproducido, y en el que singularmente se le comunica un cese basado en causas productivas y organizativas, cuyos efectos quedan remitidos al 30-9-2016. Esas causas quedan justificadas en la finalización del servicio a que menciona el ordinal anterior.

Esta carta es recibida por 16 de las 18 personas adscritas al servicio. Las dos personas que no se ven afectadas mantienen su empleo al venir prestando servicios para MGS en otro museo de la localidad.

Los afectados incluyen tanto a personas que secundaron la huelga (así sucede con la actora) como a personas que no la secundaron. Las 2 personas que mantienen su empleo secundaron la huelga MGS. Las 5 personas que no la secundaron también padecieron la decisión extintiva.

Noveno: MGS contrató con posterioridad a estos ceses como educadora para Museo en Bilbao a una persona que no habría secundado la huelga. La convocatoria en internet de la oferta de empleo data del 10-10-2016.



Décimo: La FUNDACION procedió a contratar con fecha 1-10-2016 a tres trabajadoras, Dña. Zaida , Dña. María Esther y Dña. Amelia , mediante contratos de trabajo de obra o servicio determinado, con jornada completa, para desempeñarse como educadoras.

Dos de estas tres trabajadoras, las Sras. Zaida y Amelia , habían recibido las cartas de cese a que alude el ordinal 8º, habiéndose desempeñado como educadora y coordinadora respectivamente. Ninguna de las citadas había secundado las movilizaciones a que alude el ordinal 7º.

La Sra. María Esther se había desempeñado asimismo en esta misma contrata, habiendo cesado con anterioridad a los despidos de septiembre de 2016.

Dña. Antonia , como trabajadora por cuenta propia, desempeña en el Museo una concreta actividad educativa dirigida a bebés (Baby Art) algunos fines de semana al mes. La citada prestó servicios como educadora/orientadora por cuenta de MGS en el Museo hasta el 30-9-2016, viendo rescindido su contrato por despido objetivo en la fecha señalada.

Undécimo: Además, existen dos personas más asumiendo las tareas que antes se desarrollaban por personal de MGS, desempeñándose como trabajadoras autónomas.

Duodécimo: Se presentó papeleta ante el SMAC el 20-10-2016, intentándose el acto conciliatorio el día 9-11-2016.

Decimotercero: Las actuaciones quedaron en suspenso en tanto se tramitaba demanda por despido por la Sala, actuaciones que llegaron a su fin tras STS de 14-7-2017 , desestimatoria de las pretensiones elevadas por la parte actora, enderezadas a acreditar la existencia de un despido colectivo.

En el curso de estas actuaciones, el Ministerio Fiscal (MF) consideró que la decisión de la FUNDACION de no acoger al personal procedente de MGS respaldaba una intención represora del derecho a la huelga."

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que, estimando la demanda interpuesta por Dña. Visitacion frente a MANPOWER GROUP SOLUTIONS SLU y FUNDACIÓN DEL MUSEO GUGGENHEIM BILBAO, en procedimiento por despido 868/2017 con garantías añadidas, en el que también fue parte el MF.

- 1.- Declaro la condición de empleadora a título de sucesora a la FUNDACIÓN DEL MUSEO GUGGENHEIM BILBAO.
- 2.- Califico el despido producido el 1-10-2016 por la FUNDACIÓN DEL MUSEO GUGGENHEIM BILBAO como Nulo, debiendo aquélla proceder a la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que disfrutaba con anterioridad al cese producido el 1-10-2016 así como al abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido a la de notificación de esta sentencia, atendiendo a un regulador de 15,83 euros/día.
- 3.- Condeno a la FUNDACIÓN DEL MUSEO GUGGENHEIM BILBAO a satisfacer a la actora la suma de 6251 euros en concepto de indemnización por daños morales derivados de la lesión sobre su fundamental derecho a la huelga.
- 4.- Absuelvo a MANPOWER GROUP SOLUTIONS SLU de cuanto se pedía."

TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado ha estimado la demanda de despido interpuesta por Doña Visitacion contra Manpower Group Solutions SLU (en adelante Manpower) y Fundación del Museo Guggenheim Bilbao (en adelante la Fundación), y previa declaración de la condición de empleadora de la Fundación, califica como nulo el despido de la trabajadora operado el 1 de octubre de 2016, condenando a la Fundación a las consecuencias del despido así declarado (readmisión y salarios de tramitación a razón de 15,83 euros diarios), y al abono de 6.251 euros en concepto de indemnización por daños morales derivados de la lesión del derecho de huelga, con absolución de Manpower.

La sentencia refleja la prestación de servicios por la demandante en el Museo Guggenheim Bilbao en virtud de un contrato de obra o servicio determinado, con jornada a tiempo parcial, suscrito el 1 de octubre de 2014 con Manpower, empresa adjudicataria del servicio de apoyo en actividades educativas programadas por la Fundación; el 30 de septiembre de 2014 Manpower y la Fundación formalizaron 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, en el que se hizo constar una vigencia de un año desde el



1 de octubre de 2014, con posibilidad de prorrogarse de mutuo acuerdo por las partes antes de su finalización sin que pudiera exceder la duración total, incluidas las prórrogas, de dos años.

Para dar cumplimiento al contrato, Manpower formalizó contratos temporales para obra o servicio determinado todos ellos a tiempo parcial, con trabajadores -entre ellos la actora- que fueron contratados con las categorías de educador/orientador, auxiliar/educador, salvo una empleada contratada como controladora, aplicándose a estos trabajadores el Convenio Colectivo estatal para la empresa de servicios LINK Externalización de Servicios SLU (BOE de 25-10-00).

El 29 de agosto de 2016, la Fundación emitió una nota de prensa en la que comunicó la no convocatoria de licitación pública para la adjudicación de las tareas de apoyo en las actividades educativas del Museo, que determinó la entrega por parte de Manpower a la ahora demandante de la carta de despido por causas productivas y organizativas por la finalización del servicio que prestaba a la Fundación, carta que recibieron dieciséis de las dieciocho personas entonces adscritas al servicio.

La decisión de instancia sostiene la condición de empleadora de la Fundación en la existencia de sucesión de empresa entre Manpower y la Fundación por la vía de continuidad del mismo servicio con sucesión de plantilla, apoyándola en la Directiva 2001/23 sobre aproximación de la legislación de los estados miembros relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, centros de actividad o de parte de centros de actividad, y en la STJUE de 10 de diciembre de 1998; la resolución judicial afirma que la Fundación asumió la gestión directa de un servicio que antes le prestaba Manpower, asumiendo un conjunto organizado de personas procedentes de Manpower susceptible de ser considerado una unidad con entidad económica, apreciando reversión del servicio a la empresa contratante (la Fundación), que ha pasado a gestionar la misma actividad mediante contratos a jornada completa cuando antes se llevaba a cabo vía contratos a jornada parcial, decisión de alteración del tipo de jornada de los trabajadores que determina que no se asuma por la Fundación la continuidad en la prestación de servicios del resto de trabajadores, subrayando que se mantiene la misma actividad y objeto, también el mismo volumen de actividad e igual destinatario (los visitantes del Museo), por lo que Manpower pierde la condición de empleador a causa del mecanismo sucesorio.

La sentencia razona que la Fundación debió asumir a los trabajadores de Manpower destinados en el servicio de apoyo en actividades educativas del Museo Guggenheim Bilbao y realizar, en su caso, el ajuste de plantilla si consideraba que lo pertinente era la variación del servicio en los términos en que acordó, explicando las razones objetivas que determinaban atender el servicio con tres contratos a tiempo completo (además de los trabajadores autónomos) en lugar de los dieciocho trabajadores contratados a tiempo parcial, subrayando que no lo hizo así, de manera que la asunción directa de la gestión del servicio por parte de la Fundación obedeció a la necesidad de evitar las movilizaciones de los trabajadores que pretendían la inclusión de cláusulas subrogatorias en los nuevos pliegos de contratación del servicio, afirmando que la Fundación pretendió conservar en lo posible el personal adscrito pero excluyendo a los que habían secundado la huelga y las movilizaciones, por lo que concluye que al ser tal la auténtica razón de la reversión y reorganización del servicio, el despido de la trabajadora deviene nulo con las consecuencias indemnizatorias que fija por la lesión de tal derecho.

El recurso ha sido impugnado por la legal representación de la parte actora que interesa la confirmación de la sentencia y, de modo subsidiario y para el supuesto en que no se acuerde así por el Tribunal, la condena a Manpower por despido nulo o improcedente.

SEGUNDO.- El primero de los motivos sustentado en la letra b) del art.193 LRJS , se dirige a la revisión de la crónica judicial, en concreto a la adición de un nuevo ordinal.

El nuevo hecho probado, que sería el *Quinto Bis* , llevaría la siguiente redacción: "*Para junio de 2016 la Fundación ya había decidido no externalizar el servicio de apoyo en actividades educativas. Por tanto, en contra de lo realizado en los dos procesos de licitación anteriores, a mitad de julio de 2016 no se había publicado ningún proceso de licitación para contratar el servicio de apoyo a las actividades educativas, por lo que oficiosamente se sabía que no iba a externalizarse de nuevo el servicio* ".

De esta forma, la recurrente pretende dejar sin efecto la conclusión fáctica que el juzgador refleja en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia, claramente contraria al contenido del nuevo ordinal que intenta incorporar; en efecto, en sede jurídica el juzgador afirma que la Fundación decidió a finales de agosto de 2016 asumir la gestión directa del servicio, haciendo hincapié en que esta decisión sorprendió a los trabajadores y a Manpower, al par que rechaza por falta de prueba que la Fundación adoptase esa decisión a mediados de 2016, razonando que de haber sido así las reuniones que mantuvieron desde junio de 2016 la Fundación, los representantes de los trabajadores y la propia Manpower habrían tenido otro contenido, y considera que la nota de prensa de la Fundación de 29 de agosto de 2016 (transcrita en el hecho probado séptimo de la



sentencia), vincula la asunción directa del servicio a las reivindicaciones del personal en los meses previos, de forma que judicialmente se concluye que la reversión del servicio era la fórmula para extinguir la relación con el personal que promovía las medidas de conflicto, inclinándose la Fundación por esa opción que no era la preferida dado que el servicio funcionaba perfectamente hasta entonces, pero lo hizo con el objeto de evitar las reivindicaciones y las medidas de conflicto adoptadas por el personal.

El apoyo de la nueva redacción que ofrece la recurrente descansa en los documentos que señala que consisten en las Actas correspondientes a las reuniones del Patronato y Comité ejecutivo de la Fundación (folios 258, 263 a 264), anuncios de licitaciones para contratar actividades educativas en periodos previos, julio de 2012 y julio de 2014 (documento nº 2 de la Fundación), y la sentencia de 19 de diciembre de 2016 dictada por esta Sala en materia de despido colectivo (demanda 41/2016), confirmada por la STS de 14 de julio de 2017, en concreto su hecho probado noveno.

Variación fáctica que rechazamos. Como es sabido, la revisión de hechos probados queda condicionada a que la certeza del dato cuya inclusión se interesa, o la falta de veracidad de aquél que se pretende eliminar, queden evidenciados, de manera indubitada, concluyente e inequívoca, por la fuerza directa que derive de documentos o pericias obrantes en autos, es decir, sin requerir la adición de ninguna otra prueba y sin tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, y siempre que su contenido no entre en contradicción con el de otros elementos probatorios que evidencien cosa contraria.

Ello es así pues las normas procesales no conceden preferencia a ninguna prueba sobre otra igual o diferente, sino que, cuando existen varias sobre el mismo punto, es el órgano de instancia quien ha de ponderarlas conjuntamente y elegir aquella que estime más objetiva y convincente conforme a las reglas de la sana crítica, en los términos previstos en los artículos 97.2 LRJS, y 326 y 348 LEC, por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica. Por tanto, el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba sino realizar un control de la legalidad de la sentencia recurrida en la medida que le sea pedido y únicamente de forma excepcional puede revisar las conclusiones fácticas siempre que resulte relevante la modificación, y con base en concreto documento auténtico o prueba pericial que, obrante en autos patentice de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable, sin acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, o razonables, el error del juzgador cuya facultad de apreciación no puede ser desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones diversas de parte interesada, razón por la que no cabe admitir que la reforma descansa en las mismas pruebas que sirvieron de fundamento para la confección de los hechos probados, dado que no es aceptable sustituir la percepción del órgano de instancia, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte.

Y no es posible sustentar la variación pretendida en el relato de hechos probados de nuestra sentencia de 19 de diciembre de 2016 (demanda 41/2016), en concreto en su hecho probado noveno, pues se trata de una conclusión fáctica contraria a la que ha obtenido el juzgador en el procedimiento actual, dado que los hechos probados de dicha sentencia no vinculan en este procedimiento por más que la sentencia que entonces dictamos en materia de despido colectivo haya devenido firme. Únicamente la parte dispositiva de dicha sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada, tratándose por lo demás de un pronunciamiento desestimatorio de la demanda por no existir despido colectivo tácito o "de facto", sin que nos pronunciásemos entonces sobre las restantes cuestiones planteadas en demanda en razón de los límites competenciales de esta Sala.

Pero es que además en absoluto afirmamos entonces que para junio de 2016 la Fundación había decidido no externalizar el servicio de apoyo en actividades educativas; el hecho probado noveno de la referida sentencia recoge que la Fundación comunicó oficialmente el 29 de agosto de 2016 en una reunión en la que participó el sindicato actor en dicho procedimiento y el colectivo afectado, que internalizaba el servicio de "Educadores" y "Orientadores" del Museo, emitiendo una nota de prensa ese día en la que informaba que asumía el servicio directamente y su intención de contratar a tres educadores, y añadimos que " *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;* " (el subrayado es nuestro).

Consiguientemente, no se declaró probado como pretende la recurrente que en junio de 2016 la Fundación había decidido gestionar directamente el servicio de apoyo en actividades educativas, extremo que rechaza el Magistrado en la sentencia ahora recurrida precisamente con apoyo en las Actas de las reuniones celebradas desde el mes de junio de 2016 entre la Fundación, Manpower y representantes de los trabajadores, de las que extrae una conclusión contraria a la sostenida en juicio y en el recurso por la Fundación, subrayándose por el juzgador que alcanza tal determinación con apoyo en la propia nota que publicó la Fundación el 29 de agosto de 2016.



Y esta conclusión judicial no puede ser ignorada por el Tribunal, desvinculando la decisión de la Fundación de las movilizaciones y del conflicto planteado por los trabajadores, máxime cuando se apoya la reforma fáctica en una lectura valorativa y deductiva de los documentos citados por la recurrente, resultando que la sentencia (ordinal sexto) alude a las diversas reuniones mantenidas en los meses de junio, julio y comienzos de agosto de 2016 por los trabajadores de Manpower en el Museo con esta empresa y la Fundación, reuniones en las que se debatieron las reivindicaciones laborales y quejas del colectivo, protagonizando en los meses de julio y agosto de ese mismo año varias jornadas de huelga secundadas prácticamente por todo el colectivo de trabajadores, entre ellos la demandante, destacando en la plataforma negocial la petición de cláusulas que asegurasen la subrogación de personal en caso de cambio de contratista.

TERCERO.- El segundo de los motivos articulados en el recurso, con amparo en el art.193 c) LRJS , denuncia la infracción del art.44 ET .

A lo largo del mismo censura la aplicación que realiza el juzgador de instancia del criterio contenido en las diversas sentencias de la Sala Cuarta que menciona, de la doctrina del TJUE y concretos pronunciamientos de esta Sala de lo Social, subrayando que en el supuesto que nos ocupa no se ha producido la transmisión de ningún elemento patrimonial ni tampoco inmaterial entre Manpower y la Fundación, ni ha existido cambio en la titularidad de una explotación económica identificable, destacando que la Fundación no se hizo cargo de la mayoría de los trabajadores contratados por Manpower, únicamente de dos de los dieciocho trabajadores adscritos al servicio, dato que subraya sobre todos los restantes, incidiendo en que esas dos trabajadoras y una tercera que reconoce que también contrató (quien habría prestado servicios en el Museo previamente contratada por Manpower según el hecho probado decimo de la sentencia), comportan un 11% del porcentaje de contratados por Manpower para la Fundación y ha sido así por el propio procedimiento objetivo fijado en la bolsa de trabajo.

Rechaza en suma la recurrente, que haya existido transmisión del núcleo importante de la plantilla, tampoco continuidad del mismo modelo organizativo, no estando ante un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad que persigue un objetivo propio, destacando la falta de identidad del servicio de apoyo en actividades educativas que la Fundación gestiona y lleva a cabo de manera directa desde octubre de 2016 con el que realizaba Manpower al llevarse a cabo una reestructuración del mismo, suprimiendo las actividades de orientadores de Salas que suponía un 60% de horas semanales, destacando que el propio Juzgador muestra una duda razonable acerca de la sucesión de empresa a la hora de imponer la indemnización por daños.

Es obligado destacar la elaborada y argumentada oposición a la sentencia que contiene el recurso de suplicación en el motivo que analizamos (al igual que en el tercero de los articulados) que, no obstante, anunciamos desde ahora no va a prosperar en línea con el criterio que esta Sala ha adoptado en Pleno no jurisdiccional celebrado al efecto, afectante a los despidos de trabajadores de Manpower que prestaban servicios en el Museo, y que comprende la calificación de los despidos y entidad responsable de los mismos.

El criterio de este Tribunal arranca de la consideración de empleadora de la Fundación por las mismas razones que advierte el Juzgado en la sentencia ahora recurrida, esto es, por asumir una parte considerable de la plantilla de trabajadores que prestaban servicios en el Museo en apoyo en las actividades educativas, en concreto tres trabajadores a jornada completa (además de las contrataciones como trabajadores autónomos que figuran en sentencia), que vienen a cubrir la prestación de servicios que antes realizaban los dieciocho trabajadores contratados a tiempo parcial, sin demostrarse un cambio real en la organización del servicio y actividad llevada a cabo por la Fundación respecto de la anterior ejecutada por los empleados de Manpower salvo en lo relativo a la encomienda y realización de las funciones por tres trabajadores a jornada completa donde antes eran dieciocho a tiempo parcial (con una jornada laboral media muy reducida), no figurando en sentencia las diferencias que ahora menciona la recurrente entre el servicio entonces prestado y el actual asumido por la Fundación (variaciones que en todo caso no se han llevado a la sentencia por la vía pertinente, la prevista en el art.193 b) LRJS).

En efecto, como se desprende de los hechos probados de la sentencia recurrida, y se recalca en los fundamentos jurídicos de la misma, la Fundación tras la extinción del contrato con Manpower -que supuso el despido de los trabajadores asignados al servicio de apoyo en las actividades educativas en el Museo- procedió a contratar el 1 de octubre de 2016 a tres trabajadoras, las Sras. Zaida , María Esther y Amelia , mediante contratos de obra o servicio determinado con jornada completa y categoría profesional de educadoras, resultando que las Sras. Zaida y Amelia habían sido despedidas por Manpower (al igual que la actora) el 15 de septiembre de 2016 recibiendo la misma comunicación, trabajadoras que no habían secundado las movilizaciones de los meses de junio, julio y agosto de 2016, y una tercera contratada por la Fundación -la Sra. María Esther - también había prestado servicios en la misma contrata antes del despido de septiembre de 2016, acreditándose además que una cuarta persona -Sra. Antonia - desempeña por cuenta propia en



el Museo una concreta actividad educativa dirigida a bebés varios fines de semana al mes, trabajadora que también prestaba servicios anteriormente por cuenta de Manpower en el Museo hasta el despido objetivo que se le practicó el 30 de septiembre de 2016 (hecho probado décimo), y hay dos personas más asumiendo las tareas que antes desarrollaban personal de Manpower pero ahora como trabajadoras autónomas (hecho probado undécimo).

En sede jurídica, fundamento de derecho tercero, la sentencia refleja que la Fundación lleva a cabo ahora el mismo servicio que antes gestionaba Manpower, mediante la contratación a tiempo completo de los trabajadores que hemos señalado (además de las contrataciones de autónomos también referidas), y es la alteración del tipo de jornada lo que permite la continuidad del servicio sin alterar *"la esencia y sustancialidad de la unidad productiva"*.

El Magistrado no aprecia variación entre el servicio antes prestado (satisfactoriamente y mediante un formato que funcionaba muy adecuadamente, según se encarga de señalar en diversos pasajes de la resolución impugnada), y el actual, tras la reversión del servicio a la Fundación, salvo en la jornada de las trabajadoras contratadas, que vienen a cubrir en términos generales la que antes realizaban los trabajadores contratados a tiempo parcial (más las contrataciones de trabajadores autónomos, que también antes habían prestado servicios en la Fundación, dos de ellos como empleados de Manpower).

Y estos extremos fácticos, no desvirtuados por la Fundación que no ha llevado a la sentencia una reorganización del servicio actual en términos que denoten diferencia con el antes realizado, pero además sin intentar introducir siquiera las jornadas a tiempo parcial que llevaban a cabo los contratados por Manpower (la media de la jornada era del 17% según sostiene la parte actora en el escrito de impugnación, y se desprende de los cálculos del juzgador de instancia), conducen a la Sala en criterio adoptado en Pleno no jurisdiccional, a ratificar la existencia de sucesión empresarial por la vía de asunción relevante de la plantilla anterior.

Consideramos que la conclusión alcanzada no se desdibuja por la existencia de una bolsa de trabajo en la Fundación creada en 2011 y a la que se refiere el ordinal quinto de la sentencia, pues sin desconocer que en la bolsa de contratación figuran las tres trabajadoras a las que se refiere el ordinal décimo de la sentencia (y que ha contratado la Fundación, la Sra. Zaida figuraba en la misma con el número 1, la Sra. María Esther con el número 4, y la Sra. Amelia con el número 5), en todo caso no es posible ligar sin más su contratación por la Fundación a su inclusión y colocación en la citada bolsa cuando también plasma la sentencia que las Sras. Amelia y Zaida no habían secundado las movilizaciones a las que alude el hecho probado sexto (de los meses de junio, julio y agosto de 2016), y la Sra. María Esther cesó antes de esas movilizaciones en Manpower, datos que destaca y valora el juzgador de instancia.

En función de lo expuesto, el motivo decae.

CUARTO.- El tercero de los motivos, también de censura jurídica, denuncia la infracción del art.55.5 ET .

La recurrente argumenta que en ningún caso cabe calificar el despido como nulo por vulneración del derecho de huelga, al ser ajena a la misma y en general a todas las movilizaciones y reivindicaciones del personal que prestaba servicios en el Museo contratado por Manpower, la asunción directa del servicio por la Fundación, recalando la secuencia temporal de lo sucedido, que arranca del Acta 1/2016 de 20 de junio cuyos términos permiten apreciar que no se iba a externalizar el servicio, y de hecho a mediados de julio de 2016 no se convocó nueva licitación pública, siendo con posterioridad (el 21 de julio de 2016) cuando el sindicato LAB convoca la primera huelga, de forma que se demuestra que la huelga es consecuencia de la decisión adoptada por la Fundación y no a la inversa.

Defiende que no ha existido ningún motivo espurio u oculto en la reversión del servicio y asunción del mismo por la Fundación, ni intención de excluir al personal que había protagonizado las movilizaciones, rechazando la conclusión que obtiene el juzgador de instancia relativa a que la decisión de recuperar el servicio se dirigía a evitar las huelgas y movilizaciones. Subraya que la Fundación no tenía obligación legal ni convencional de anunciar su decisión en las reuniones que a lo largo de junio, julio y agosto mantuvo con los trabajadores y Manpower, comunicación que llevó a cabo en la nota de prensa de 29 de agosto de 2016 si bien oficiosamente ya se conocía su decisión, recalando que las contrataciones que realizó tras asumir el servicio estuvieron motivadas por la necesidad de sujetarse a la bolsa de trabajo vigente, procedimiento transparente y objetivo que impide apreciar cualquier móvil ajeno a la necesidad de sujetarse al procedimiento de contratación existente, sin vulneración del derecho de huelga de los trabajadores, todo lo cual determina también que se le absuelva de cualquier petición de abono de indemnización de daños y perjuicios.

Finalmente, alude al informe del Ministerio Fiscal, emitido en relación con el procedimiento de despido colectivo (y en el que el Ministerio Público mantuvo que la decisión de la Fundación de no acoger al personal



procedente te de Manpower estaba vinculada a la lesión del derecho de huelga), criticando el mismo por su falta de motivación.

El motivo decae, y con su fracaso también el recurso de suplicación.

Hemos descartado que la Fundación en junio de 2016 decidiera asumir la gestión directa del servicio; de hecho y como destaca el Magistrado "a quo" el contenido de las Actas de las diversas reuniones que desde junio de 2016 mantuvieron la Fundación, los representantes de los trabajadores y Manpower no avalan ese extremo (del que parte la Fundación para sostener que la asunción del servicio por la Fundación fue ajena a las movilizaciones del personal), y por el contrario la nota de prensa que la recurrente emitió el 29 de agosto de 2016 (reproducida en el hecho probado séptimo de la sentencia), permite apreciar en consonancia con el criterio de instancia, que la asunción directa del servicio por la Fundación y las contrataciones que para ello llevó a efecto, están vinculadas a las reivindicaciones del personal en los meses previos, mostrándose como la fórmula por la que optó la Fundación para extinguir la relación con el personal que promovía las medidas de conflicto.

La no integración en la plantilla de la totalidad del personal empleado por Manpower y la contratación de tres personas a tiempo completo cuando no han existido cambios de entidad en el servicio prestado, que había funcionado a plena satisfacción hasta ese momento, llevándolo a cabo los trabajadores a tiempo parcial contratados por Manpower, es la salida que adopta la Fundación a fin de excluir a los trabajadores que habían protagonizado las jornadas de huelga, reivindicaciones y movilizaciones que tenían como finalidad la inclusión de una cláusula subrogatoria en los Pliegos de condiciones técnicas para las empresas entrantes en el servicio.

Esta conclusión judicial resulta avalada por la nota de prensa de 29 de agosto de 2016 de la Fundación dados los términos en que se redacta, refiriéndose a las ocho jornadas de huelga convocadas en el mes de agosto, al par que la Fundación expresa en la misma que no había razones para variar la subcontratación a través de una licitación pública, de modo que la contratación que la recurrente lleva a cabo el 1 de octubre de 2016 de tres trabajadoras ajenas a las huelgas, con jornada a tiempo completo y descartando la contratación parcial de todos los empleados en el servicio que hasta entonces había operado (servicio prestado a plena satisfacción hasta ese momento), se encamina a esa finalidad.

Siendo esto así, no ha conculcado la sentencia recurrida el precepto que se erige en sustento del motivo pues el despido de la demandante es nulo por obedecer a ese móvil, y ello sin desconocer la Sala las peculiaridades que concurren en el supuesto que examinamos.

Finalmente, en orden a la cuantía de la indemnización que fija la sentencia recurrida por los daños sufridos por la vulneración del derecho fundamental, acude el Juzgado a los arts.8.12 y 40.1 c) LISOS y adopta la cuantía mínima que resulta de este último precepto, importe que se considera por la Sala ajustado a las circunstancias concurrentes, por lo demás no combatido en debida forma en el recurso.

Cuanto antecede determina previa desestimación del recurso de suplicación, la confirmación de la sentencia recurrida.

QUINTO.- La desestimación del recurso de suplicación de quien no goza del beneficio de justicia gratuita, determina la condena en costas (art.235 LRJS), que comprenden los honorarios del letrado de la parte actora impugnante del recurso, que se fijan en 500 euros con pérdida de los depósitos y consignaciones para recurrir a los que se dará el destino legal una vez que sea firme la sentencia.

FALLAMOS

Se **desestima** el recurso de suplicación interpuesto por FUNDACIÓN MUSEO GUGGENHEIM BILBAO contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Bilbao dictada el 23- 01-18, en los autos nº 868/16, seguidos por Visitación contra la citada recurrente y MANPOWER GROUP SOLUTIONS S.L.U, siendo parte el Ministerio Fiscal. Se confirma la sentencia.

Se imponen las costas a FUNDACIÓN MUSEO GUGGENHEIM BILBAO que comprenden los honorarios del letrado de la parte actora impugnante del recurso, fijados en 500 euros con pérdida de los depósitos y consignaciones para recurrir a los que se dará el destino legal una vez que sea firme la sentencia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.



Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

VOTO PARTICULAR que realiza el Ilmo. Sr. Magistrado D. PABLO SESMA DE LUIS en el procedimiento por despido en el recurso de la Sala nº 775/18

PRIMERO.- La recurrente Fundación del Museo Guggenheim Bilbao propone que al relato de hechos probados de la sentencia de instancia se añada un nuevo apartado que señale que desde Junio de 2016 había tomado la decisión de no continuar con la externalización de las actividades educativas.

La propuesta no puede ser acogida porque las pruebas documentales que se invocan no demuestran su veracidad. El acta de la reunión del Patronato de la Fundación el 20 de Junio de 2016 nada indica al respecto, aunque sí lo indica el acta de la reunión de 4 de Octubre de 2016, esto es, posterior a los hechos aquí enjuiciados.

SEGUNDO.- Se denuncia en el recurso la infracción del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, impugnando así la decisión de la sentencia de instancia de imputar a la Fundación la condición de empresa sucesora en razón básicamente a que aquélla había asumido con personal propio las tareas que hasta el 30 de Septiembre de 2016 tenía externalizadas con la empresa empleadora codemandada; unido ello a la circunstancia de que la decisión señalada era la respuesta a la reclamación de los trabajadores de la contrata de que se incluyera una cláusula de subrogación en el nuevo contrato de adjudicación posterior a la fecha reseñada, incluyendo aquellas reclamaciones actos de protesta pública y jornadas de huelga.

Es necesario partir de que los conflictos laborales habidos durante la vigencia de la contrata y por tanto previos al 30 de Septiembre de 2016 afectaron exclusivamente a los trabajadores y a la empleadora Manpower Group Solutions S.L.U., puesto que la Fundación no tenía con los trabajadores relación laboral alguna, lo que excluye la posibilidad de que pudiera vulnerar el derecho de huelga de trabajadores de otra empresa. Los trabajadores de Manpower prestaban servicios para la Fundación en virtud de la contrata que ambas habían concertado; y ello explica y justifica que la Fundación se manifestara públicamente en relación a las reivindicaciones laborales y la huelga que estuvieron protagonizando los trabajadores de Manpower, lo cual en absoluto implicó inmiscuirse en tal derecho de huelga ni menos aún ostaculizar su ejercicio.

Así mismo hay que destacar que a la Fundación le asiste tanto el derecho a no continuar con la externalización del servicio de actividades educativas y sin que norma legal o pacto alguno le obligara a explicar la causa de tal decisión como el derecho, en caso contrario, a no incluir cláusula alguna de subrogación en el pliego de condiciones de la adjudicación de una nueva e hipotética contrata posterior al 30 de Septiembre de 2016. Ese era el objetivo de la huelga, por lo que no cabe apreciar vulneración de tal derecho por la circunstancia de que no consiguieran los trabajadores su propósito frente a quien (la Fundación) nada le obligaba a ello. En este sentido resulta llamativo y jurídicamente inexplicable que, pretendiendo los trabajadores con la huelga que se introdujera una cláusula de subrogación en la contrata con la Fundación, la declaración de nulidad del despido represente la consecución de unos objetivos muy superiores a los que los trabajadores aspiraban.

Abordando ya la cuestión de que la Fundación comenzara con personal laboral propio la continuidad de su actividad educativa en el ámbito general de sus actividades como museo, resulta fundamental detenerse en el hecho de que Manpower realizaba aquel servicio mediante la contratación de 18 trabajadores, en tanto que la Fundación pasó a hacerla contratando a 3 trabajadoras. En el relato de hechos se hace referencia a otra trabajadora y a otras dos personas que desarrollan sus quehaceres como autónomos; y al no contar con dato alguno que permita no ya afirmar sino al menos sospechar que se trata de falsos autónomos, tal inconcreción u oscurantismo no permite aceptar la hipótesis de que esos otros 3 trabajadores han asumido tareas o funciones de la antigua contrata de Manpower.

Por consiguiente, frente a 18 trabajadores, la Fundación contrató a 3. Es decir, a pesar de la inconcreción que respecto al número de trabajadores figura en el relato de hechos probados, la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia se basó en el hecho puntual de que fueron tres trabajadores y ninguno más los que pasaron a trabajar para la Fundación, frente a los 18 que lo hacían para Manpower. Tan notable diferencia de personal se encuentra salvada por la sentencia recurrida con el argumento de que los 18 trabajadores de Manpower habían sido contratados a tiempo parcial y los 3 contratados por la Fundación eran a jornada completa.

Aun cuando la jornada de unos y otros así queda acreditada, no encontramos en el relato de hechos probados información alguna que permita aceptar que la jornada completa de 3 trabajadores equivalía aproximadamente a la jornada parcial de 18 trabajadores; ni, lo que es más importante, que los 3 trabajadores de la Fundación fueran los continuadores de lo que sustancialmente hacían los 18 de la empresa que había sido contratada.



Por ello, no existe el adecuado fundamento fáctico para apreciar que existiera la transmisión de un conjunto organizado de personas que permitiera la continuidad de la misma actividad, lo que excluye la aplicación al caso del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores .

TERCERO.- En la impugnación al recurso y amparándose en el art. 197.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la demandante solicita subsidiariamente la condena de Manpower.

No es ese el método procesal adecuado para reclamar la condena subsidiaria de la empresa codemandada.

Además, la petición se basa en la alegación de que tal empresa pudo ofrecer ocupación efectiva a la demandante, lo que carece de apoyo en el relato de hechos probados y sitúa el litigio fuera del ámbito de enjuiciamiento de la extinción del contrato temporal para obra o servicio.

CUARTO. - Por todo cuanto antecede debiera haberse estimado íntegramente el recurso de la Fundación.

Así por este mi voto particular, lo pronuncio mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/ a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, junto con el Voto Particular del Ilmo. Magistrado D. PABLO SESMA DE LUIS, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar** , al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros** .

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0775-18.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699- 0000-66-0775-18.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.