



Roj: **STSJ CAT 10284/2020 - ECLI:ES:Tsjcat:2020:10284**

Id Cendoj: **08019340012020105497**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **24/11/2020**

Nº de Recurso: **56/2020**

Nº de Resolución: **60/2020**

Procedimiento: **Despidos y ceses en general**

Ponente: **SALVADOR SALAS ALMIRALL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

DEMANDA: 56/2020

MC

ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

ILMA. SRA. AMPARO ILLAN TEBA

ILMO. SR. SALVADOR SALAS ALMIRALL

En Barcelona a 24 de noviembre de 2020

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A N º 60/2020

En los autos nº 56/2020, iniciados en virtud de demanda despidos colectivos, ha actuado como Ponente el Ilmo Ilmo. Sr. Salvador Salas Almirall.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 30.7.2020, tuvo entrada en esta Sala demanda en materia de despido colectivo formulada por Victoriano , obrando en calidad de presidente y representante de SECCIÓN SINDICAL DEL SINDICATO SOLIDARIDAD Y UNIDAD DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA MAGMACULTURA SL, y Jose Ramón , obrando en representación de SINDICATO SOLIDARIDAD Y UNIDAD DE LOS TRABAJADORES (SUT). Dicha demanda iba dirigida contra MAGMACULTURA SL y COMITÉ DE EMPRESA DE MAGMACULTURA SL.

En la citada demanda, los demandantes, tras alegar los hechos y fundamentos jurídicos que estimaron oportunos, terminaron solicitando que se dictara sentencia que, estimando la demanda,

a) *Declare la nulidad de la medida extintiva comunicada por MAGMACULTURA SL el 2 de julio de 2020, con efectos ex tunc, consistente en 36 despidos.*

b) *Condene a la empresa MAGMACULTURA SL a estar y pasar por esta declaración, readmitiendo a los trabajadores afectados por el Expediente de Regulación de Empleo firmado el 2 de julio.*

c) *Subsidiariamente, declare improcedente el despido de los 36 trabajadores.*



SEGUNDO.- Mediante diligencia de ordenación de 11.8.2020, esta Sala acordó designar ponente y requerir al señor Victoriano para que, en el plazo de cuatro días, acreditara su condición de presidente de la sección sindical de SUT y la representación alegada, con apercibimiento de archivo.

TERCERO.- El 10.9.2020, el señor Victoriano, evacuando el requerimiento practicado, aportó una serie de documentos y manifestó que su cargo en la sección sindical era el de secretario general, por lo que la mención de la demanda a que era presidente era fruto de un error material.

CUARTO.- Mediante diligencia de ordenación de 14.9.2020, se tuvo por subsanado el defecto. Y mediante decreto de la misma fecha, la Sala acordó admitir a trámite la demanda y citar a las partes y al Ministerio Fiscal para el 4.11.2020, a fin de celebrar el acto de juicio.

QUINTO.- Mediante diligencia de 22.9.2020, se comunicó a las partes el cambio de ponente.

SEXTO.- El acto de juicio se celebró el día señalado con asistencia de todas las partes. Como demandantes, la sección sindical de SUT, representada por el Letrado Carlos Lammers Belber, y SUT, representado por Jose Ramón. Como demandados, MAGMACULTURA SL, representada por el Letrado Marc Carrera Doménech; COMITÉ DE EMPRESA DE MAGMACULTURA SL, representado por Cesar y defendido por el Letrado Alejandro José de Llano Salvador. También compareció el Ministerio Fiscal.

En el acto de juicio, los demandantes ratificaron la demanda y los demandados se opusieron a ella, al igual que el Fiscal, en los términos que figuran en la grabación correspondiente. A continuación, el juicio fue recibido a prueba. En dicha fase, se practicaron las pruebas que, propuestas por las partes, fueron declaradas pertinentes. Todas ellas fueron de carácter documental. Tras la práctica de las pruebas, las partes informaron sobre sus conclusiones y el acto de juicio quedó concluso.

SÉPTIMO.- En la sustanciación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales aplicables salvo el sistema de plazos.

HECHOS PROBADOS

1º- La empresa demandada, MAGMACULTURA SL, fue constituida mediante escritura pública otorgada el 15.4.1999 y se dedica a la gestión cultural especializada en proyectos y servicios en el ámbito social, de la cultura, la educación y el turismo.

2º- El Museu Picasso de Barcelona, sito en la calle Montcada 15-23 de dicha ciudad, está dirigido por FUNDACIÓ MUSEU PICASSO DE BARCELONA (en adelante, FMPB), entidad perteneciente al sector público.

3º- El 3.7.2019, la comisión ejecutiva de FMPB decidió adjudicar a la empresa demandada los servicios de atención al público en el Museu Picasso. En virtud de dicha decisión, ambas partes, con fecha 30.7.2019, formalizaron el documento de adjudicación, que se da por reproducido en su integridad (folio 586) y cuyas cláusulas primera y segunda son del siguiente tenor literal:

PRIMERA.- Objete del contracte.- *L'objecte d'aquest contracte és la prestació del servei d'atenció al públic de la Fundació Museu Picasso de Barcelona, d'acord amb el Plec de Clàusules Contractuals, Plec de Prescripcions Tècniques i tota la documentació annexada. El contractista queda també vinculat a l'oferta presentada, el compliment de la qual, en tots els seus termes, té el caràcter d'obligació essencial del contracte.*

SEGONA.- Inici i durada del contracte.- *La durada del contracte és d'un any i es podrà prorrogar per acord de l'òrgan de contractació per un període de fins a 4 anys. Aquest acord de pròrroga serà obligatori per l'empresa si l'avís de pròrroga es comunica com a mínim amb dos mesos d'anticipació a la data de finalització del contracte o de la pròrroga corresponent. L'entrada en vigor d'aquest contracte és l'1 d'agost de 2019.*

4º- Conforme al pliego de prescripciones técnicas mencionado en el ordinal anterior, el servicio de atención al público en el museo está formado por una serie de "posiciones", con las que se designan los concretos servicios a realizar, que son los de taquillaje, gestión de colas, atención telefónica y acogida de visitantes en oficinas, ordenación de grupos, acogida de grupos, consigna individual, consigna de grupos, reservas de grupos y actividades, organización de la circulación del público, control de salas, supervisión de plantas y coordinador de proyectos pedagógicos y de ocio. El pliego asigna un determinado volumen a cada una de las posiciones. De dicho volumen, deriva el número de trabajadores que debe cubrir cada posición.

Por otra parte, los servicios se dividen en fijos, que son aquellos que se prestan todo el año, y variables, que son los que se prestan con ocasión de una exposición temporal de gran formato.

A su vez, en los servicios fijos, el volumen de cada posición varía en función de que se trate de temporada baja, media o alta.

5º- En ejecución del contrato suscrito con FMPB, la empresa demandada destinó al Museu Picasso a 85 trabajadores. Todos ellos fueron dados de alta en el centro de trabajo que la empresa demandada posee en Barcelona, calle Corunya 11, bajos.

Dicho centro de trabajo cuenta con un comité de empresa, que es el organismo demandado en estos autos.

6º- En el centro de trabajo de la calle Corunya 11, bajos, las últimas elecciones a representantes de los trabajadores se celebraron el 10.2.2017. Fruto de dichas elecciones, el comité de empresa quedó formado por 17 miembros, todos ellos pertenecientes a la candidatura presentada por Unión General de Trabajadores (UGT).

7º- En la fecha de inicio del periodo de consultas al que se aludirá más adelante, el comité de empresa de la calle Corunya 11, bajos, estaba formado únicamente por nueve miembros. Los restantes habían causado baja en la empresa desde su elección el 10.2.2017.

8º- En 2018, SUT formuló preaviso de elecciones para cubrir los puestos del comité de empresa de la calle Corunya 11, bajos, que estaban vacantes. Dicho preaviso fue impugnado por el sindicato Comisiones Obreras (CCOO). La impugnación fue estimada por laudo dictado el 15.11.2018, que anuló el preaviso. Contra dicho laudo, SUT interpuso demanda, que fue estimada por sentencia dictada el 30.9.2019 por el Juzgado de lo Social número 28 de los de Barcelona (autos 982/2018). Contra dicha sentencia, la empresa demandada interpuso recurso de suplicación, que está actualmente en trámite, y se ha opuesto a la ejecución de la misma, despachada por el Juzgado, mediante recurso de reposición.

9º- El 8.4.2020, FMPB y la empresa demandada firmaron acta de suspensión del contrato de prestación de servicios con efectos desde el 14.3.2020. La razón de dicha suspensión, según el acta, fue el cierre del museo desde el 13.3.2020 a raíz de las medidas adoptadas con motivo de la pandemia originada por el COVID- 19.

Se da por reproducida el acta en su integridad (folios 587 a 589).

10º- El 5.6.2020, la comisión ejecutiva de la FMPB acordó reducir en un 17,61% el precio del contrato suscrito con la empresa demandada.

Según los informes que habían emitido al efecto la gerente y el secretario de la fundación, que se dan por reproducidos en su integridad (folios 590 a 597), la necesidad de dicha reducción era consecuencia de la disminución de la afluencia de público que, previsiblemente, tendría lugar una vez reabierto el museo, debido a los efectos de la pandemia y la consiguiente disminución de la llegada de turistas a la ciudad.

Además, el informe del secretario indicaba que, al tratarse de una modificación del contrato inferior al 20% de su importe, podía ser adoptada de manera unilateral, sin necesidad de aprobación por la empresa contratista ni apertura de periodo de alegaciones. Todo ello, según el informe, en virtud de lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley de Contratos del Sector Público.

11º- El 9.6.2020, FMPB y la empresa demandada firmaron el acta de levantamiento de la suspensión del contrato con efectos desde el día 12.6.2020, fecha en la que estaba prevista la reapertura del museo. Al mismo tiempo, acordaron hacer efectivo, con efectos desde la indicada fecha, el acuerdo de modificación del contrato adoptado por la comisión ejecutiva de la FMPB el 5.6.2020 y unir dicho acuerdo al acta.

Se da por reproducida el acta en su integridad (folios 599 y 600).

12º- El 11.6.2020, la empresa demandada comunicó al comité de empresa de la calle Corunya 11, bajos, su voluntad de proceder al despido colectivo de 36 de los trabajadores que prestaban servicios en el museo, invocando causas de producción derivadas de la reducción del contrato acordada por FMPB.

13º- Recibida la comunicación de la empresa, el comité de empresa acordó constituir una comisión negociadora formada por tres de sus miembros: Fructuoso , Amanda y Cesar .

14º- El 15.6.2020, tuvo lugar el inicio del periodo de consultas con la primera reunión entre representantes de la empresa demandada y la comisión negociadora elegida por el comité de empresa.

Se da por reproducida en su integridad el acta de la reunión (folio 181).

15º- El 19.6.2020, tuvo lugar la segunda reunión, esta vez por vía telemática.

Se da por reproducida en su integridad el acta de la reunión (folio 182)

16º- El 23.6.2020, tuvo lugar la tercera reunión. En el curso de la misma, las partes alcanzaron el acuerdo que figura en el acta levantada al efecto, que se da por reproducida en su integridad (folios 183 a 186).

En el acuerdo, ambas partes manifestaron que *"la comisión negociadora quedó válidamente constituida el día 15 de junio de 2020, cuya composición es respetuosa con lo previsto en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores"*.



Por su parte, la comisión negociadora *"reconoce la concurrencia de las causas productivas y organizativas aducidas por la Dirección de la Empresa para tomar la decisión de acometer despidos objetivos en los términos que serán expuestos a continuación"*.

También se estableció que la medida afectaría a 36 de los trabajadores del museo y que resultaría de aplicación *"tan pronto lo permita el plazo previsto en el artículo 51.4 del Estatuto de los Trabajadores y hasta el 31 de julio de 2020"*.

En cuanto a los *"criterios de afectación y exclusión"* (cláusula tercera), las partes manifestaron lo siguiente:

A continuación, se indican los criterios de afectación a observar en el presente expediente:

Proximidad funcional al puesto a amortizar.

Polivalencia.

Valoración del rendimiento.

En cualquier caso, no podrán resultar afectados:

Las personas que tengan 50 o más años a fecha 1 de julio de 2020.

Las personas contratadas en virtud de programas de inserción laboral (que incluye las situaciones de minusvalía).

Las personas pertenecientes a colectivos con cargas familiares.

Se entenderá que los siguientes colectivos constituyen cargas familiares a los efectos del presente expediente:

Descendientes menores de 21 años que no desempeñen actividad retribuida

Ascendientes que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no puedan valerse por sí mismos/as y que no desempeñen actividad retribuida

Las personas con contrato fijo discontinuo podrán solicitar su adscripción voluntaria a la medida antes del próximo día 30 de junio de 2020. En ese caso, no resultarán de aplicación los criterios de exclusión previstos. Ante una eventual petición, la Empresa decidirá, bajo su absoluta discreción, acogerla o no, sin que sea necesario aportar justificación o motivación alguna.

17º- El 2.7.2020, la empresa demandada envió copia del acta de acuerdo a la autoridad laboral.

18º- En reunión celebrada el 1.7.2020, los nueve miembros del comité de empresa ratificaron el acuerdo al que había llegado la comisión negociadora con la empresa demandada. Dicha ratificación se hizo constar en acta levantada al efecto y que se da por reproducida en su integridad (folios 554 y 555).

19º- En ejecución de la medida, la empresa demandada acordó el despido de 25 de los trabajadores del museo con efectos al 17.7.2020.

Cada uno de los despidos fue comunicado mediante carta de 2.7.2020, remitida por correo electrónico, en la que la empresa demandada expuso las razones de la medida, aludiendo, entre otras cosas, al acuerdo alcanzado en el periodo de consultas.

20º- De los 25 trabajadores despedidos, 4 eran fijos-discontinuos.

21º- De los 21 trabajadores no fijos-discontinuos despedidos, 12 estaban afiliados a SUT y estaban vinculados a la empresa mediante contratos de trabajo de carácter indefinido. Son los siguientes:

Jacobo

Carina

Jenaro

Joaquín

Catalina

Nicanor

Obdulio

Eva

Pascual

Fermina

Victoriano

Flora

22º- El 27.5.2018, la sección sindical de SUT había comunicado a la empresa demandada el nombramiento de Victoriano como delegado sindical.

23º- En asamblea celebrada el 18.1.2020, los trabajadores de la empresa demandada afiliados a SUT acordaron nombrar al señor Victoriano secretario general de la sección sindical, junto con otro trabajador.

24º- El 17.7.2020, la empresa demandada, por correo electrónico, envió al señor Victoriano, a petición de éste, copia del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas.

25º- Fermina, Joaquín y el indicado señor Victoriano formaron parte del comité de huelga constituido para las convocatorias de huelga formuladas por SUT los días 13.5.2019 y 13.12.2019 en la empresa demandada.

26º- Todos los trabajadores despedidos afiliados a SUT participaron en huelgas convocadas a lo largo de 2019 en la empresa demandada.

27º- El artículo 22.a) de los estatutos de SUT dice:

Artículo 22.- Un sindicato que defiende la plena autonomía de clase, no puede aceptar el dinero procedente de la patronal ni del Estado. Debe autofinanciarse:

a) Con las cuotas de sus afiliados, cuyo cobro no se dejará en ningún caso en manos de la empresa, por cuestiones obvias de presión y de control sobre sus afiliados y, con el objetivo de mantener una relación directa o de sugerencias del trabajador afiliado hacia el Sindicato en el momento del cobro de la cuota, como se mantuvo en los Sindicatos de clase durante el siglo XIX e inicios del XX.

28º- El 18.9.2020, SUT comunicó a la autoridad laboral la convocatoria de huelga de los trabajadores de la empresa demandada adscritos al templo de la Sagrada Familia, de Barcelona. A raíz de dicha convocatoria, las partes han celebrado, hasta la fecha, dos reuniones con la comisión de mediación del Tribunal Laboral de Catalunya.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos probados del **ordinal 1º** del apartado anterior se extraen de la escritura pública de apoderamiento del abogado de la empresa demandada, en la que consta el objeto social de ésta (folio 106 vuelto).

Los hechos probados de los **ordinales 2º, 3º y 4º** se extraen del pliego de cláusulas contractuales (folios 556 a 576), pliego de prescripciones técnicas (folios 577 a 585) y contrato suscrito por FMPB y la empresa demandada (folio 586).

Los hechos probados del **ordinal 5º** no son controvertidos.

Los hechos probados del **ordinal 6º** se extraen del acta de escrutinio correspondiente al procedimiento electoral (folio 602).

Los hechos probados del **ordinal 7º** se extraen del acta de ratificación del acuerdo por parte del comité de empresa, en la que constan nueve asistentes (folios 554 y 555).

Los hechos probados del **ordinal 8º** se extraen del laudo (folios 603 y 604), sentencia del Juzgado de lo Social número 28 (folios 51 a 55) y documentos acreditativos de los trámites realizados en relación con el recurso de suplicación y oposición a ejecución (folios 606 a 630).

Los hechos probados del **ordinal 9º** se extraen del acta que se menciona en el mismo.

Los hechos probados del **ordinal 10º** se extraen de los informes previos al acuerdo de reducción y de dicho acuerdo (folios 590 a 598).

Los hechos probados del **ordinal 11º** se extraen del acta que se menciona en el mismo.

Los hechos probados del **ordinal 12º** se extraen del acta de inicio del periodo de consultas (folios 180 y 181), si bien la fecha de la comunicación se extrae del acta de acuerdo (folios 183 a 186).

Los hechos probados del **ordinal 13º** se extraen de los correos obrantes a los folios 720 a 722.



Los hechos probados de los **ordinales 14º, 15º y 16º** se extraen de las correspondientes actas de las reuniones (folios 181 a 186).

Los hechos probados del **ordinal 17º** se extraen de la comunicación obrante a los folios 508 a 515.

Los hechos probados del **ordinal 18º** se extraen de la referida acta, obrante a los folios 554 y 555.

Los hechos probados de los **ordinales 19º y 20º** se extraen de las cartas de despido (folios 250 a 313) e informes de datos remitidos a la Tesorería General de la Seguridad Social (folios 529 a 553), donde consta el tipo de contrato. Debe señalarse que, a tenor de dichos documentos, los nombres de los trabajadores despedidos que figuran en el documento confeccionado por la empresa demandada (folio 528) se ajustan a la realidad.

Los hechos probados del **ordinal 21º** se extraen de la certificación de afiliación sindical emitida por SUT (folio 237), puesta en relación con el referido listado (folio 528). Es cierto, desde luego, que dicha certificación de afiliación fue impugnada en el acto de juicio por el comité de empresa demandado, que achacó a la misma que era de elaboración unilateral y que no constaba el nombre y apellidos del firmante. Sin embargo, y a pesar de las deficiencias del documento, este Tribunal le ha dado valor probatorio porque no es razonable exigir al sindicato que pruebe la afiliación de sus miembros de otra forma que no sea mediante un documento de elaboración unilateral, teniendo en cuenta que la empresa no descuenta la cuota sindical en las nóminas, dado lo dispuesto en el artículo 22.a) de los estatutos del sindicato (hecho probado 27º), por lo que no es posible probar la afiliación por este medio.

Los hechos probados del **ordinal 22º** se extraen del correo obrante al folio 347.

Los hechos probados del **ordinal 23º** se extraen del acta aportada por el sindicato con la demanda (folio 17). Debe señalarse al respecto que las objeciones que las demandadas formularon respecto de dicha acta no pueden ser tenidas en cuenta porque el documento, junto con los estatutos del sindicato aportados en cumplimiento del requerimiento formulado por la Sala al señor Victoriano para que acreditara su cargo y su condición de representante de la sección sindical (folios 67 a 70), fueron suficientes para tener los mismos por acreditados, conforme a lo acordado en diligencia de ordenación de 14.9.2020 (véase antecedente de hecho cuarto de la presente sentencia), que no fue recurrida, tal como se puso de manifiesto por el presidente del Tribunal al inicio del acto de juicio.

Los hechos probados del **ordinal 24º** se extraen del correo obrante a los folios 676 a 684.

Los hechos probados del **ordinal 25º** se extraen de las convocatorias de huelga obrantes a los folios 216 a 223.

Los hechos probados del **ordinal 26º** se extraen de las nóminas obrantes a los folios 238 a 249.

Los hechos probados del **ordinal 27º** se extraen de los mencionados estatutos del sindicato (folios 67 a 70).

Los hechos probados del **ordinal 28º** se extraen de la convocatoria de huelga y actas levantadas en el Tribunal Laboral de Catalunya (folios 643 a 675).

SEGUNDO.- En la demanda rectora de las presentes actuaciones, el sindicato y sección sindical demandantes impugnan el despido colectivo llevado a cabo por la empresa demandada en el Museu Picasso de Barcelona, medida que los demandantes solicitan que sea declarada nula y subsidiariamente improcedente, conforme al suplico de la demanda, transcrito en el antecedente de hecho primero de esta sentencia.

Los demandantes, en síntesis, fundamentan su petición de nulidad del despido en tres grupos de motivos:

1) por haber sido adoptada la decisión en fraude de ley, dado que, con la misma, la empresa ha pretendido soslayar la prohibición de efectuar despidos por causas derivadas de la pandemia originada por el COVID-19, prevista en el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, en relación con los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, alegando al respecto que la actuación de la empresa es constitutiva del fraude de ley previsto en el artículo 6.4 CC y de abuso de derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 7.2 del mismo cuerpo legal; además, alegan que la medida vulnera el derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 CE), el derecho al trabajo (artículo 35 CE) y el convenio 158 de la OIT;

2) por comportar vulneración de los derechos fundamentales a la libertad sindical (artículo 28.1 CE) y huelga (artículo 28.2 CE), dado que la empresa, con acuerdo del comité, ha instrumentalizado el despido colectivo para incluir en el mismo a los afiliados al sindicato que, además, secundaron las huelgas convocadas por el mismo en 2018 y 2019 y no habían sido todavía despedidos con anterioridad, proceder que ha intentado enmascarar añadiendo a 22 trabajadores fijos- discontinuos sin necesidad alguna, al prestar servicios por medio de llamamiento;



3) por falta de legitimación de la comisión negociadora, dado que: a) el comité de empresa de la calle Corunya 11, bajos, no puede representar a los trabajadores del centro de trabajo del Museu Picasso, dado que dicho centro tiene más de cincuenta trabajadores y cumple con los requisitos legales previstos para tener su propio comité de empresa; b) subsidiariamente, porque la comisión negociadora elegida por el comité no tiene un número suficiente de miembros para representar al mismo; c) si el comité de empresa sólo tiene tres miembros, no tiene mayoría suficiente para negociar un despido colectivo, dado el gran número de vacantes, alegando, en este punto, que el sindicato había promovido elecciones parciales, encontrándose con el bloqueo material a dicha actuación por parte de la empresa, a pesar de los laudos, sentencias y requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Respecto de la improcedencia del despido, los demandantes alegan, en síntesis, que la empresa ha preferido despedir a los trabajadores huelguistas antes de recolocarlos en otros centros y que ha cubierto las vacantes dejadas por aquellos con personal procedente de otros centros. También alega la improcedencia del despido para el caso de considerarse que el incumplimiento de la norma prevista en el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, no daba lugar a la declaración de nulidad de la medida.

TERCERO.- En el acto de juicio, la empresa y comité de empresa demandados y el Ministerio Fiscal se opusieron a la demanda.

La empresa demandada alegó, con carácter previo:

- 1) falta de legitimación activa de la sección sindical y sindicato demandantes por carecer de implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.1 LRJS, dado que desconocía si tenía afiliados entre los trabajadores del museo;
- 2) caducidad de la acción de impugnación del despido por haberse interpuesto la demanda cuando habían transcurrido más de veinte días hábiles desde la fecha del acuerdo, lo que comportaba infracción de lo dispuesto en el artículo 124.6 LRJS;
- 3) inadecuación de procedimiento respecto de la pretensión de tutela de derechos fundamentales, con vulneración de lo previsto en el artículo 124.2.d) LRJS, dado que las supuestas vulneraciones alegadas en la demanda derivaban de la aplicación de los criterios de afectación por parte de la empresa y no del acuerdo en sí mismo, por lo que sólo podían ser discutidas en demandas individuales o plurales interpuestas por los trabajadores que se considerasen afectados.

Respecto del fondo del asunto, la empresa se opuso a todas las alegaciones de los demandantes.

Por su parte, el comité de empresa se opuso a la demanda adhiriéndose a las alegaciones formuladas por la empresa y resaltando:

- 1) que el comité de empresa tenía legitimación para representar los intereses de los trabajadores del museo, que no era un centro de trabajo sino un lugar de trabajo;
- 2) que la Ley no establecía un número mínimo de integrantes de la comisión negociadora;
- 3) que los criterios de afectación pactados con la empresa eran neutros y que los negociadores desconocían la afiliación sindical de los trabajadores.

Finalmente, el Fiscal manifestó su oposición a la demanda, dado que las alegaciones de los demandantes le parecían gratuitas, sin perjuicio del resultado de la prueba que se practicara. Dicha oposición fue mantenida en el turno de conclusiones del acto de juicio.

En trámite de réplica, los demandantes se opusieron a todas las excepciones alegadas por los demandados.

CUARTO.- Debemos resolver, en primer lugar, las alegaciones de los demandados cuya estimación impediría examinar el fondo de la pretensión contenida en la demanda, empezando por la relativa a la falta de legitimación activa de la sección sindical y sindicato demandantes, tratada conjuntamente en todo momento por los demandados.

Para resolver dicha alegación, es necesario tener en cuenta que el artículo 124.1 LRJS dice:

La decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales de los trabajadores a través del proceso previsto en los apartados siguientes. Cuando la impugnación sea formulada por los representantes sindicales, éstos deberán tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo.

Dado que, en este caso, la impugnación se formula por los representantes sindicales, su legitimación, como se ve, está en función de que éstos tengan implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo.



Para ver si los demandantes cumplen con el requisito de "implantación suficiente", hay que empezar recordando que dicho requisito ha sido objeto de estudio en numerosas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en relación con los procesos de conflictos colectivos y con los de despidos colectivos. Ello ha dado lugar a una consolidada doctrina jurisprudencial, de la que es muestra la STS 7.6.2017 (RCO 166/2016), que la expone en los siguientes términos (fundamento jurídico segundo, apartado 3):

(...)

Estamos de esta forma ante un concepto jurídico indeterminado, "que requiere una concreción que viene dada por la correspondencia entre el ámbito en que se produce el despido colectivo y el marco de actuación de los sujetos legitimados" (STS 21/10/2015, rec. 126/2015).

Como señala la STS de 20 de julio de 2016, rec. 323/2014 , la Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente sobre el alcance de tal indeterminada expresión, significando que su correcta aplicación debe sustentarse en una interpretación sistemática e integradora de todos los preceptos legales en liza, conforme al principio de que "el legislador tiene una actitud "proactiva" respecto a la intervención procesal de los sindicatos, cuando de Intereses colectivos se trata, para favorecer el cumplimiento de su función constitucional ".

En la específica aplicación de la exigencia de implantación suficiente en el ámbito del conflicto, se ha admitido la legitimación activa del sindicato cuando su implantación deriva "del nivel de afiliaciones, el cual, aún no concretado, resultaría notorio" (STS de 10 de febrero de 1997, rec. 1225/1996); e incluso cuando siendo un sindicato de ámbito nacional solo cuenta con representantes unitarios en uno de los comité de centro de trabajo, " pues no es la representatividad del sindicato la que ha de medirse, sino simplemente si la implantación en la es empresa es suficiente o no" (STS de 31 de enero de 2003, rec. 1260/2001); situaciones en la que se ha reconocido al sindicato que acredita un representatividad en su ámbito de "un 5,08% de la misma al pertenecen al mismo 45 representantes de un total de 886 " (STS de 12 de mayo de 2009, rec. 121/2008).

En sentido contrario, por ser irrelevante el nivel de afiliación, se ha negado legitimación a un sindicato que solo cuenta con 0,3% de trabajadores afiliados en la empresa (STS de 6 de junio de 2011, rec. 162/2010); o incluso se ha considerado insuficiente a estos efectos la simple circunstancia de contar con una sección sindical en la empresa, cuando su constitución solo evidencia que el sindicato "cuenta con algún afiliado en la plantilla de la empresa, pero no su número ni el alcance del porcentaje de afiliación" (STS de 29 de abril de 2010, rec. 128/2009 ; STS de 20 de marzo de 2012, rec. 71/2010); tampoco se ha reconocido cuando no se demuestra adecuadamente el nivel de afiliación (STS de 21 de octubre de 2015, rec. 126/2015).

Para valorar entonces la concurrencia de implantación suficiente en el ámbito del conflicto, no hay una norma única y general que pueda actuar como regla inequívoca y cuasi matemática a tal efecto, sino que habrá de estarse a las específicas circunstancias de cada caso y a los hechos y elementos de juicio que hayan sido acreditados en orden a demostrar el efectivo nivel de implantación del sindicato en el ámbito del que se trate, para lo que tanto puede valer su nivel de afiliación, como la constatación del número de miembros de los que disponga en los órganos de representación unitaria de los trabajadores.

Debe señalarse, por otra parte, que la doctrina de dicha sentencia se reitera en la del mismo Tribunal de 8.11.2017 (RCO 40/2017), dictada en un proceso de impugnación de despido colectivo.

QUINTO.- En la demanda de autos, los demandantes justifican su legitimación activa aludiendo al volumen de afiliación declarado probado por la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de Barcelona el 8.8.2018 (autos 299/2018), en cuyo fundamento jurídico cuarto se declara que que, a 18.4.2018, un 5%, aproximadamente, de los trabajadores de la empresa demandada estaban afiliados a SUT (concretamente, folio 232), y en la actividad sindical desarrollada.

Desde luego, como alegaron los demandados, ninguno de dichos criterios puede ser tenido en cuenta: el del volumen de afiliación, porque se refiere a 2018 y no solamente al Museu Picasso, que es el ámbito de afectación del despido colectivo que nos ocupa. Y el relativo a la actividad sindical, porque no se ajusta a la doctrina jurisprudencial.

Sin embargo, hemos declarado probado que 12 de los trabajadores afectados por el despido colectivo estaban afiliados a SUT (hecho probado 21º). Ello equivale, como mínimo, a un porcentaje de afiliación de SUT en el Museu Picasso del 14,12% respecto del total de la plantilla del mismo, que era de 85 trabajadores en el momento del despido (hecho probado 5º). Por tanto, atendiendo a los criterios establecidos en la doctrina jurisprudencial citada, hay que entender que los demandantes gozan de implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo. No debe olvidarse, al respecto, que la STS 12.5.2009 (RCO 121/2008), mencionada por la de 7.6.2017, estimó suficiente un porcentaje del 5,08%.



Por todo lo expuesto, los demandantes gozan de legitimación activa para impugnar el despido colectivo que nos ocupa. Ello comporta la desestimación de la alegación de los demandados.

SEXTO.- Debemos examinar ahora la alegación de caducidad de la acción de impugnación del despido colectivo.

Para ello, hay que partir de que el artículo 124.6 LRJS dice:

La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de veinte días desde la fecha del acuerdo alcanzado en el período de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo.

Los demandados alegan al respecto que, al haber finalizado el periodo de consultas con acuerdo, el día inicial del plazo de caducidad, conforme a lo dispuesto en el indicado precepto, se corresponde con la fecha de dicho acuerdo, esto es, 23.6.2020 (hecho probado 16º), por lo que la demanda se presentó fuera de plazo, dado que tuvo entrada en esta Sala el 30.7.2020 (antecedente de hecho primero de esta sentencia). Frente a ello, los demandantes oponen que no tuvieron conocimiento del acuerdo hasta que la empresa lo envió por correo al delegado sindical señor Victoriano el 17.7.2020 (hecho probado 24º) o, subsidiariamente, hasta que la empresa notificó la carta de despido a dicho señor, lo que tuvo lugar el 2.7.2020, al igual que con los restantes trabajadores (hecho probado 19º).

Planteada la controversia en estos términos, debemos señalar que, desde luego, como alegan los demandados, la jurisprudencia, en interpretación del referido artículo 124.6 LRJS, ha venido entendiendo que, cuando el periodo de consultas finaliza con acuerdo, el día inicial del plazo de caducidad se corresponde con la fecha del mismo, interpretación derivada del texto literal de la norma. Así lo establecen las SSTs de 22.4.2015 (RCO 14/2014) y 17.10.2018 (RCO 60/2018). Sin embargo, ambas sentencias parten de que el impugnante en cada uno de los casos conocía la existencia del acuerdo desde su fecha, como se dice expresamente en su texto. Y ello hace que dicha doctrina no sea aplicable a este caso, pues nadie de SUT formaba parte de la comisión negociadora o del comité de empresa, no consta probado que se les notificase el acuerdo y tampoco consta que conociesen de su existencia, como mínimo hasta que la empresa notificó al señor Victoriano la carta de despido, en la que se hacía alusión al acuerdo, de forma que entender, en este concreto caso, que el plazo de caducidad empieza a correr desde la fecha del acuerdo, comportaría imponer a los demandantes la carga de presentar de la demanda dentro de un plazo que no les era exigible cumplir. Por el contrario, lo razonable es entender que el plazo empezó a correr para ellos desde que tuvieron conocimiento del acuerdo, es decir, a partir del indicado 2.7.2020. Partiendo de esta fecha, la demanda podía presentarse hasta las quince horas del 31.7.2020, día vigesimoprimer hábil siguiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 135.1 LEC. Dado que la demanda fue presentada el día anterior, la acción no está caducada.

Lo expuesto comporta la desestimación de la alegación de caducidad.

SÉPTIMO.- Debemos examinar ahora la alegación de inadecuación de procedimiento referida a la pretensión acumulada de vulneración de derechos fundamentales.

Como hemos indicado al exponer las posturas procesales de las partes (fundamento jurídico segundo), los demandados fundamentan la alegación de inadecuación de procedimiento en que las supuestas vulneraciones de derechos fundamentales alegadas en la demanda no se refieren al acuerdo en sí mismo sino a la aplicación individual de los criterios de selección llevada a cabo por la empresa demandada. A ello se oponen los demandantes, que alegan que la vulneración de derechos fundamentales viene dada por la afectación genérica a los afiliados a SUT.

Planteada la controversia en estos términos, debemos empezar teniendo en cuenta que, como reconocen los demandados y se sigue de lo dispuesto con carácter general en el artículo 184 LRJS, la pretensión de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas derivada del despido colectivo debe ejercitarse en la modalidad procesal de impugnación del despido colectivo, esto es, la regulada en el artículo 124 del mismo cuerpo legal. De ahí, que, precisamente, uno de los motivos en que puede fundarse la impugnación del despido colectivo es el consistente en que *"la decisión extintiva se ha efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas"*, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.2.d) LRJS. Y, desde luego, como sostienen los demandados, la naturaleza colectiva de dicha impugnación impide que, en la misma, puedan discutirse las supuestas vulneraciones de derechos fundamentales sufridas individualmente por los trabajadores despedidos, vulneraciones que, en su caso, deberán ser enjuiciadas en el correspondiente proceso individual. En este sentido, la STS 25.6.2014 (RCO 198/2013), en doctrina reiterada por la del mismo Tribunal de 29.9.2020 (RCO 36/2020), dice (fundamento jurídico cuarto, apartado 3):

(...) la valoración y enjuiciamiento sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados por la decisión extintiva empresarial, que, obviamente, es una decisión con efectos directa y primordialmente colectivos,



como lo evidencia la propia naturaleza del proceso judicial que puede revisarla, no puede referirse al análisis concreto y minucioso de cada una de las situaciones particulares de los trabajadores individualmente afectados, posiblemente incluso aunque en alguna de ellas (y no es el caso: lo descarta con contundencia la propia sentencia impugnada) pudiera apreciarse algún indicio de discriminación o de un trato desigual prohibido por el ordenamiento, a salvo, claro está, si esos indicios pudieran llegar a implicar una lesión con proyección general sobre un derecho fundamental o el trato desigual real afectara a todo un grupo indiscriminado de trabajadores (tampoco es el caso). Es doctrina de la Sala, que por reiterada y uniforme nos excusa de cita concreta, que no es materia propia del conflicto colectivo, y la demanda de despido colectivo participa de la misma condición o naturaleza, la exigencia de un examen pormenorizado e individualizado de la situación de cada uno de los afectados integrantes del grupo genérico de trabajadores, pues esa discusión sería ya de las sustanciables en el proceso de despido individual ex art. 124.13 de la LRJS .

La valoración y enjuiciamiento de los criterios de selección, pues, ha de ponerse en relación con la naturaleza colectiva de la decisión y, sobre todo, con esa misma naturaleza que posee el presente proceso, que, sin perjuicio de la posible ejecutividad de la resolución que le ponga fin, en la forma prevista por el art. 247.2 de la LRJS cuando la decisión empresarial haya sido declarada nula, como la sentencia que se dicte (art. 124.3 LRJS), también tiene una naturaleza eminentemente declarativa.

Sin embargo, en el presente caso, a tenor de las alegaciones de la demanda, los demandantes no han vulnerado dicha doctrina, pues mantienen que todo el procedimiento de despido colectivo se ha diseñado por la empresa y el comité de empresa para represaliar al conjunto de trabajadores del museo afiliados a SUT, lo que consideran contrario a los derechos fundamentales a la libertad sindical y huelga. Es decir, la vulneración de derechos fundamentales se predica de un grupo de trabajadores y no de cada uno de ellos considerado individualmente, por lo que es adecuado ejercitar dicha pretensión a través de la modalidad procesal de impugnación del despido colectivo. Cuestión distinta es si ello es así, tema que pertenece al fondo del asunto y que, en consecuencia, deberá ser examinado en su momento. Pero, desde un punto de vista exclusivamente procesal, no se ha producido la inadecuación de procedimiento que denuncian los demandados.

Lo expuesto comporta la desestimación de la alegación formulada.

OCTAVO.- Desestimadas las alegaciones de tipo procesal, debemos acometer ya el examen de la pretensión de los demandantes de que se declare nulo el despido colectivo, empezando por el motivo de nulidad relativo al fraude de ley y abuso de derecho cometidos para soslayar la prohibición de despidos que, según los demandantes, comporta la norma prevista en el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, en relación con lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

El examen de dicha alegación obliga a empezar teniendo en cuenta que el artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en la versión vigente en la fecha de inicio del periodo de consultas, que es la incorporada por el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, dice:

Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración el estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

En relación con las actividades que deban mantenerse de acuerdo con la declaración del estado de alarma, otras normas de rango legal o las disposiciones dictadas por las autoridades delegadas en virtud de lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo , se entenderá que concurre la fuerza mayor descrita en el párrafo anterior respecto de las suspensiones de contratos y reducciones de jornada aplicables a la parte de actividad no afectada por las citadas condiciones de mantenimiento de la actividad.

Por su parte, el artículo 23 prevé una serie de especialidades para el caso de que el empresario decida "la suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19".

En relación con dichas normas, el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, en la redacción vigente cuando se inició el periodo de consultas, que es la original, dice:



La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.

A la vista de dichas normas, los demandantes, en síntesis, alegan que la empresa y el comité han pretendido burlar la prohibición prevista en el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, instrumentando un expediente de despido colectivo formalmente basado en causas de producción, conducta que consideran constitutiva de fraude de ley y abuso de derecho (respectivamente, artículos 6.4 y 7.2 CC). Por ello, consideran que el despido colectivo debe ser declarado nulo y subsidiariamente improcedente.

NOVENO.- La tesis de los demandantes no puede ser acogida. Es cierto, desde luego, que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, el empresario no puede aducir, como causa de despido, las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a que se refieren los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, es decir, las que se originan con motivo de las pérdidas de actividad generadas por la pandemia del COVID-19. Ahora bien, como dicen los demandados, esto sólo significa que no cabe aducir como causa de despido aquélla que, por derivar de la pandemia, es esencialmente temporal, caso en el que el empresario, en lugar de acudir al despido colectivo, debe proceder a las suspensiones o reducciones de jornada de carácter temporal, interpretación que es acorde con la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, en la que puede leerse (apartado II):

(...)

Tanto las empresas como los sectores económicos y la sociedad, en su conjunto, consideran que estamos ante un momento de enfriamiento de la actividad productiva acotado por la situación excepcional por la que atravesamos, con motivo de la crisis del COVID-19 y, por tanto, que esta situación va a tener una duración limitada y sujeta a un periodo de tiempo concreto.

Por esta razón, se establecieron medidas extraordinarias y excepcionales en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, con el objetivo de garantizar que los efectos de la crisis sanitaria no impidan el restablecimiento de la actividad empresarial y la salvaguarda del empleo. En este sentido, y no obstante la vigencia de las diversas causas de despido y extinción de los contratos previstas en la normativa laboral, el Gobierno reforzó los procedimientos de suspensión y reducción de jornada, agilizándolos y flexibilizándolos, con el objetivo de que las causas a las que se refieren los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo, sino medidas temporales, que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actual.

(...)

En consecuencia, la norma prevista en el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, no es aplicable a este caso porque, como dicen los demandados, si bien es cierto que la reducción operada unilateralmente por FMPB en el contrato suscrito con la empresa demandada deriva directamente de los efectos de la pandemia y el estado de alarma sobre la afluencia de visitantes al museo (hecho probado 10º), causa que la propia empresa admite en la memoria (folios 137 a 146) e informe técnico (folios 147 a 178) entregado a la representación de los trabajadores en el periodo de consultas, la reducción se lleva a cabo con carácter definitivo, como se deduce de la modificación operada en el contrato con motivo del levantamiento de la suspensión del mismo (hecho probado 11º), en la que no hay ninguna referencia a la temporalidad de la reducción, lo que obliga a la empresa demandada a ajustar su plantilla, igualmente con carácter definitivo, esto es, mediante el despido colectivo con invocación de causa de producción, al amparo de la causa prevista en el artículo 51.1 ET. No nos encontramos, por tanto, ante la situación coyuntural que justifica la regulación prevista en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, por lo que no tiene sentido alguno aplicar la norma prevista en el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo. Por otra parte, el hecho de que la disminución de visitantes al museo pueda no ser irreversible, cosa que se plantea en el informe emitido por la gerente de FMPB (folios 590 a 594), donde refiere la disminución de visitantes al medio plazo, no es relevante, dado que, con independencia de ello, el cliente decide reducir el contrato con carácter definitivo, decisión que la empresa demandada, en su calidad de contratista, se ve obligada a asumir, de modo que la posible temporalidad de la pérdida, ligada a los efectos de la pandemia, no puede producir efecto alguno en la empresa demandada.

Frente a ello, no cabe invocar que el despido priva a los trabajadores afectados de la protección derivada de los expedientes de regulación temporal de empleo, dado que, como señalaron los demandados, no hubiera tenido sentido alguno acogerse a medidas temporales cuando la reducción acordada por el cliente tenía carácter definitivo.



Finalmente, debemos señalar, en relación con la denuncia de vulneración del derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 CE), derecho al trabajo (artículo 35 CE) y Convenio 158 de la OIT, que ninguno de dichos preceptos tiene relación con la cuestión que se plantea en este motivo de nulidad.

A la vista de ello, no concurre el fraude de ley y abuso de derecho denunciados por los demandantes, por lo que el motivo de nulidad debe ser desestimado.

La desestimación de dicho motivo por las razones indicadas hace innecesario examinar la cuestión de si las consecuencias derivadas de efectuar un despido sin atenerse a la norma prevista en el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, son las de nulidad del mismo.

DÉCIMO.- Debemos examinar ahora el motivo de nulidad referido a que el despido colectivo se ha producido con vulneración de los derechos fundamentales a la libertad sindical (artículo 28.1 CE) y huelga (artículo 28.2 CE).

El examen de dichas alegaciones obliga a tener en cuenta, con carácter previo, que, conforme a lo dispuesto en los artículos 96.1 y 181.2 LRJS y reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, en todo proceso en el que se alegue la vulneración de un derecho fundamental, es carga de la parte que efectúa dicha alegación, ordinariamente la demandante, aportar indicios suficientes de la existencia de dicha vulneración. Aportados dichos indicios, es carga de la parte contraria probar que, no obstante, el acto o conducta discutida obedece a un móvil totalmente extraño a la vulneración alegada, de forma que, de acuerdo a las reglas normales sobre la carga de la prueba, si esto último no queda probado, resultará procesalmente perjudicada la demandada y deberá afirmarse la existencia de la vulneración.

Ahora bien, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 90/1997, de 6 de mayo, *"se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989)-, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (reflejan estos criterios las SSTC 38/1981 , 104/1987 , 114/1989 , 21/1992 , 85/1995 , 136/1996 , así como también las SSTC 38/1986 , 166/1988 , 135/1990 , 7/1993 , y 17/1996). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador (SSTC 197/1990 , f. j. 1º, 136/1996 , f. j. 4º, así como SSTC 38/1981 , 104/1987 , 166/1988 , 114/1989 , 147/1995 , 17/1996)"*.

A la vista de la indicada doctrina, debemos resolver si, en este caso, hay indicios racionales de que el despido colectivo se ha llevado a cabo para represaliar a SUT y al conjunto de sus afiliados. Ello exige referirse, en primer lugar, al procedimiento que culminó en el acuerdo (fundamento jurídico decimoprimer). En segundo lugar, a la ejecución del mismo (fundamento jurídico decimosegundo). Y, en tercer lugar, a las alegaciones de los demandantes sobre hechos externos al despido colectivo, pero que éstos relacionan con la conducta antisindical de la empresa, esto es, litigios habidos con ésta, despidos anteriores de otros afiliados y el pleito sobre el intento de celebrar elecciones parciales (fundamento jurídico decimotercero).

DECIMOPRIMERO.- Por lo que hace al procedimiento, es obvio, para empezar, que la decisión de proceder al despido colectivo obedece a una causa objetiva (reducción del contrato por parte del cliente) e independiente de la voluntad de la empresa demandada o del comité (es una decisión adoptada unilateralmente por FMPB; sobre todo ello, hecho probado 10º). Además, los criterios de selección pactados en el acuerdo que puso fin al periodo de consultas son absolutamente neutros (hecho probado 16º), sin que conste referencia alguna que pudiese hacer sospechar animadversión hacia SUT y los trabajadores afiliados al mismo, aparte de que ni la empresa ni el comité podían tener conocimiento de la identidad concreta de todos los afiliados, al no efectuar aquélla el descuento de la cuota sindical en las nóminas, proceder prohibido por los estatutos del sindicato (hecho probado 27º). Y, desde luego, la afirmación de los demandantes de que los negociadores incluyeron a 22 trabajadores fijos-discontinuos para enmascarar el despido de los trabajadores afiliados a SUT no resiste el más mínimo análisis, dado que los fijos-discontinuos afectados fueron cuatro (hecho probado 20º) y el criterio pactado para su afectación fue el de la voluntariedad y aceptación por la empresa (hecho probado 16º), aparte de que tampoco es cierta la afirmación de los demandantes de que el despido afectó a 36 trabajadores, pues, finalmente, afectó solamente a 25. En consecuencia, el procedimiento de despido colectivo no revela indicio racional alguno de una conducta contraria a SUT o a sus afiliados respecto de los derechos fundamentales invocados.



DECIMOSEGUNDO.- Por lo que hace a la aplicación del acuerdo, consta probado lo siguiente: 1) 12 de los 25 trabajadores estaban afiliados a SUT (hecho probado 21º); 2) uno de los afectados fue el delegado sindical señor Victoriano (hechos probados 21º, 22º y 23º); 3) tanto él como otros dos afectados habían formado parte de los comités de huelga en las convocatorias de 13.5.2019 y 13.12.2019 (hecho probado 25º); 4) todos los afiliados a SUT habían participado en huelgas celebradas en el año anterior (hecho probado 26º).

Estos hechos son insuficientes para poder afirmar cabalmente un ánimo de represalia o persecución contra el sindicato o el conjunto de sus afiliados en la aplicación del acuerdo, pues el mero hecho de la afiliación sindical, la presencia en comités de huelga de tres de los afectados o la simple participación en éstas no son indicios, teniendo en cuenta: 1) que si bien la empresa conocía el dato de participación en la huelga, no puede afirmarse que conociera el de la afiliación, fuera de los casos de los integrantes de los comités; 2) que, junto a los doce afiliados a SUT, la empresa también despidió a otros nueve trabajadores, aparte de los cuatro fijos-discontinuos; 3) que no se aporta indicio alguno, más allá de las afirmaciones de los demandantes, de que la afectación realizada por la empresa respecto de los doce trabajadores afiliados a SUT no fuera coherente en relación con las funciones que desempeñaban en el museo, debiéndose señalar, en este punto, que el análisis que realizan los demandantes en los hechos tercero y quinto de la demanda sobre los diferentes puestos de trabajo no se acompaña de prueba de ningún tipo (los demandantes se han limitado a aportar varios cuadrantes cuya autoría desconocemos -folios 37, 38, 60, 61 y 62- y sin dar explicación alguna sobre los mismos) y se fundamenta en datos que, o bien son erróneos, como que el despido afectó a 36 trabajadores, de los que 22 eran fijos- discontinuos, o son contrarios a los hechos probados, como que el despido afectó a trece afiliados, lo que invalida las conclusiones a que llegan los demandantes.

DECIMOTERCERO.- Respecto de los litigios habidos entre las partes, no se aporta prueba de la firmeza de las sentencias y autos adjuntados con la demanda (folios 18 a 30 y 39 a 49), por lo que los pronunciamientos de dichas resoluciones carecen de valor alguno a los efectos pretendidos por los demandantes, más allá de probar la conflictividad entre la empresa y el sindicato.

Respecto de los despidos de afiliados efectuados antes del expediente de regulación de empleo y que probarían la persecución sindical, las alegaciones de los demandantes se acompañan, únicamente, de dos demandas de despido (folios 316 a 346), documentos que, como es lógico, solo contienen las manifestaciones unilaterales de los trabajadores respectivos, aparte de que, aun partiendo de la realidad de los dos despidos, este hecho, por sí mismo, no es suficiente a nivel de indicio de persecución del sindicato en cuanto tal o del conjunto de afiliados al mismo, máxime cuando, de dichos despidos, sólo conocemos la versión que ofrecen los afectados en sus demandas.

Respecto del pleito derivado del intento del sindicato de celebrar elecciones parciales al comité de empresa, lo único que consta es que el laudo estimó la impugnación formulada por CCOO, que la sentencia del Juzgado de lo Social número 28 estimó la demanda de SUT, que el proceso se encuentra actualmente en fase de recurso de suplicación y que la empresa ha recurrido en reposición la resolución del Juzgado relativa al despacho de ejecución de la sentencia (hecho probado 8º), por lo que carecen de fundamento alguno las acusaciones de los demandantes sobre una supuesta actitud de la empresa contraria al cumplimiento de la sentencia, pues es palmario que ésta tiene derecho a recurrir la sentencia del Juzgado de lo Social número 28 si considera que sus pronunciamientos no le son favorables y a oponerse procesalmente a la ejecución si lo estima conducente a su derecho.

Finalmente, no debe olvidarse que, como alegaron los demandados, el sindicato SUT, tras el despido colectivo, sigue teniendo presencia en la empresa, como lo demuestra la convocatoria de huelga respecto de los trabajadores de Sagrada Familia y el proceso negociador iniciado con motivo de la misma (hecho probado 28º).

Por todo lo expuesto, no hay indicios racionales de que el despido colectivo haya comportado vulneración de los derechos fundamentales a la libertad sindical y huelga.

DECIMOCUARTO.- Debemos examinar ahora el motivo de nulidad referido a la legitimación del comité de empresa y comisión negociadora, empezando por las alegaciones atinentes a que el comité de empresa del centro de trabajo de la calle Corunya 11, bajos, no puede representar a los trabajadores del Museu Picasso porque se trata de un centro de trabajo con más de cincuenta trabajadores y reúne los requisitos necesarios para poseer su propio comité de empresa.

Para resolver dichas alegaciones, hay que partir de la norma contenida en el artículo 63.1 ET, a cuyo tenor:

El comité de empresa es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses, constituyéndose en cada centro de trabajo cuyo censo sea de cincuenta o más trabajadores.



De dicha norma, se deduce que el mero hecho de que, en un determinado lugar de trabajo, presten servicios cincuenta trabajadores o más, no comporta que la representación de dichos trabajadores deba ser conferida a un comité de empresa propio, pues, para ello, es necesario, además, que dicho lugar pueda ser calificado como centro de trabajo. En este sentido, debe recordarse que, con arreglo a doctrina jurisprudencial reiterada, de la que son muestra las SSTs 19.3.2001 (RCO 2012/2000), 14.7.2011 (RCO 140/2010) y 11.2.2015 (RCUD 2872/2013), la circunscripción electoral básica es el centro de trabajo, que se define en el artículo 1.5 ET como *"la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral"*, definición que reitera el artículo 5.1 del *Reglamento de Elecciones a Órganos de Representación de los Trabajadores en la Empresa* (Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre) y cuyo elemento fundamental es el referido a la unidad productiva con organización específica (como señala específicamente la STS 14.7.11, el requisito del alta ante la autoridad laboral no es constitutivo y depende de la voluntad de la propia empresa).

En el caso que nos ocupa, no hay ninguna prueba de que el Museu Picasso reúna las notas propias de un centro de trabajo (ni siquiera se ha intentado practicar prueba al respecto), más allá de que el número de trabajadores de la empresa demandada que prestan servicios en el mismo sea superior a cincuenta, dato que, como vemos, es insuficiente por sí mismo. Es más, ni siquiera consta que haya habido algún intento de celebrar elecciones a representantes de los trabajadores en dicho centro ni que exista actualmente otro comité de empresa distinto del del centro de trabajo de la calle Corunya 11, bajos, elegido en los comicios de 2017 y que, en consecuencia, también representa a los trabajadores del museo que prestan servicios para la empresa demandada, los cuales, en coherencia con ello, están adscritos al centro de trabajo de la calle Corunya 11, bajos (hechos probados 5º y 6º). Por tanto, es obvio que dicho comité de empresa está legitimado para negociar con la empresa demandada el despido colectivo objeto de este proceso, conforme a lo dispuesto en el artículo 51.2 ET en relación con el artículo 41.4 del mismo cuerpo legal.

Lo expuesto comporta la desestimación de las alegaciones de los demandantes sobre que el comité de empresa demandado no puede representar a los trabajadores del Museu Picasso.

DECIMOQUINTO.- La misma suerte desestimatoria deben seguir las alegaciones de los demandantes sobre la insuficiencia de la comisión negociadora y del propio comité de empresa.

Respecto de la insuficiencia de la comisión negociadora, el único dato numérico previsto por la Ley es el referido al máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes (artículo 51.2.1 ET), por lo que es válido constituir una comisión de tres miembros, como ocurrió en este caso (hecho probado 13º), aparte de que el acuerdo al que llegó la comisión negociadora con la empresa demandada fue ratificado por la totalidad del comité de empresa (hecho probado 18º). Y en cuanto a la falta de representatividad del comité de empresa, debemos señalar que lo único que hacen los demandantes en este punto de la demanda son elucubraciones sobre el número de miembros de dicho órgano, que, en realidad, era de nueve (hecho probado 7º), sin que conste alegada por los demandantes ninguna razón jurídica sólida para justificar la falta de validez de las decisiones adoptadas por éstos, más allá de aludir al intento de celebrar elecciones parciales, lo que ha dado lugar al litigio reseñado en el hecho probado 8º y al que ya hemos hecho referencia anteriormente.

Por todo ello, la petición de nulidad del despido debe ser desestimada.

DECIMOSEXTO.- Desestimada la petición de nulidad del despido, debemos examinar la petición de improcedencia del mismo, que los demandantes, a tenor del hecho séptimo de la demanda, fundamentan, básicamente, en que no se intentó la recolocación de los trabajadores despedidos, en la existencia de contrataciones posteriores al despido colectivo y en la prohibición prevista en el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, para el caso de que el despido no se considere nulo.

Respecto de dicha petición, debemos advertir, en primer lugar, de que los demandantes utilizan una técnica defectuosa para calificar la misma, pues, como pusieron de manifiesto los demandados, la sentencia que se dicta en la modalidad procesal regulada en el artículo 124 LRJS sólo puede declarar la decisión extintiva nula, ajustada a Derecho o no ajustada a Derecho, conforme establece el apartado 11 de dicho precepto, por lo que no cabe la declaración de improcedencia que solicitan los demandantes. En este sentido, el precepto dice:

La sentencia se dictará dentro de los cinco días siguientes a la celebración del juicio y será recurrible en casación ordinaria.

Se declarará ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida.

La sentencia declarará no ajustada a Derecho la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva.



La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley.

En consecuencia, la petición de los demandantes, de estimarse, daría lugar a declarar no ajustada a Derecho la decisión extintiva.

Hecha esta advertencia, debemos señalar ahora que, en la modalidad procesal del despido colectivo, la jurisprudencia ha establecido que el hecho de que el periodo de consultas haya finalizado con acuerdo, no impide a los demandantes discutir sobre la concurrencia de la causa legal aducida para proceder al despido colectivo, dado que el artículo 124 LRJS no establece ninguna limitación al respecto [véase su apartado 2, letra a)], a diferencia de lo que sucede en los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo y suspensión del contrato, en los que la consecución de un acuerdo comporta la presunción de concurrencia de las causas justificativas de la medida y la impugnación sólo puede fundarse en la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo (artículo 41.4 ET respecto de la modificación sustancial de condiciones de trabajo y artículo 47.1 del mismo texto respecto de la suspensión). Todo ello, con independencia de que el hecho del acuerdo pueda ser valorado por el juez a la hora de resolver sobre la concurrencia de la causa legal aducida (SSTS 25.6.2014 -RCO 165/2013- y 20.11.2014 -RCO 114/2014-).

A la vista de ello, los demandantes, a diferencia de lo que sostiene la empresa demandada, pueden discutir en este proceso sobre la concurrencia de las causas aducidas por ésta para acordar el despido colectivo. Sin embargo, las alegaciones que formulan al respecto no pueden ser acogidas, ya se trate de la no recolocación, las contrataciones posteriores o del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo.

1) Por lo que hace a la no recolocación, las alegaciones de los demandantes se basan en los cuadrantes de los folios 38, 60 y 61, carentes de valor de convicción alguno, según hemos indicado anteriormente.

2) Por lo que hace a las contrataciones posteriores, las únicas pruebas aportadas son los documentos obrantes a los folios 348 y 349, consistentes en copias de mensajes de *Whatsapp* en los que, supuestamente, la empresa comunica opciones de reincorporación a trabajadores en situación de expediente de regulación de empleo temporal, documentos impugnados por los demandados y que carecen de valor probatorio alguno, dado que no ofrecen ninguna garantía de autenticidad.

3) Por lo que hace al artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, ya hemos visto que dicho precepto no es aplicable al caso que nos ocupa, por lo que nos remitimos a lo expuesto, en evitación de reiteraciones inútiles.

Por lo expuesto, la petición de que el despido se declare no ajustado a Derecho debe ser desestimada. Ello comporta la desestimación total de la demanda.

DECIMOSÉPTIMO.- La desestimación total de la demanda obliga a declarar ajustada a Derecho la decisión extintiva objeto de los presentes autos (artículo 124.11.II LRJS) y a absolver a los demandados de todas las peticiones formuladas contra ellos en la indicada demanda.

DECIMOCTAVO- Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación (artículos 124.11.I y 206.1 LRJS).

Y vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

que, desestimando totalmente la demanda interpuesta por SECCIÓN SINDICAL DEL SINDICATO SOLIDARIDAD Y UNIDAD DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA MAGMACULTURA SL y SINDICATO SOLIDARIDAD Y UNIDAD DE LOS TRABAJADORES contra MAGMACULTURA SL y COMITÉ DE EMPRESA DE MAGMACULTURA SL,

1) debemos declarar y declaramos ajustado a Derecho el despido colectivo llevado a cabo por MAGMACULTURA SL respecto de los trabajadores del Museu Picasso de Barcelona y que es objeto de impugnación en la demanda mencionada en el párrafo anterior;

2) debemos absolver y absolvemos a MAGMACULTURA SL y COMITÉ DE EMPRESA DE MAGMACULTURA SL de todas las peticiones que se formulan contra ellos en la referida demanda.



Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado, Graduado Social colegiado o representante y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 208 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.