



Roj: **ATSJ BAL 12/2022 - ECLI:ES:TSJBAL:2022:12A**

Id Cendoj: **07040340012022200001**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **29/08/2022**

Nº de Recurso: **3/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ANTONI OLIVER REUS**

Tipo de Resolución: **Auto**

T.S.J. ILLES BALEARS SALA SOCIAL PALMA DE MALLORCA

PL.MERCAT, NUM.12

Tfno: 971724152/971723689 Fax:971227218

NIG: 07040 44 4 2020 0001134

Modelo: N04150

TIPO Y Nº RECURSO: RSU RECURSO SUPLICACION 0000003 /2022

JUZGADO DE ORIGEN/ AUTOS: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000229 /2020 JDO. DE LO SOCIAL no 002 de PALMA DE MALLORCA

Recurrentes: Sebastián , Jose Carlos

Abogado: JOSE LUIS VALDES ALIAS

. Dirección a efectos de notificaciones: **AV. DIRECCION003 , NUM002 07003 - PALMA**

. Dirección de correo electrónico: DIRECCION004

. Teléfono: NUM003

Recurrido: RESORTS MALLORCA HOTELS INTERNATIONAL SL

Abogado: MANUEL SANCHEZ RUBIO

. Dirección a efectos de notificaciones: **C/. NUREDDUNA, 10 2o E 07006 - PALMA**

. Dirección de correo electrónico: DIRECCION005

. Teléfono: 00 (34) **971006006**

En Palma, a 29 de agosto de 2022.

Ilmos. Sres.:

D. Antoni Oliver Reus, presidente

D. Alejandro Roa Nonide

D. Joan Agustí Maragall

AUTO DE PLANTEAMIENTO DE CUESTION PREJUDICIAL

ANTECEDENTES PROCESALES

1. Tuvo entrada en esta sala el recurso de suplicación núm. **3/2022**, formalizado por el letrado D. José Luis Valdés Alias, en nombre y representación de D. Sebastián y



D. Jose Carlos , contra la sentencia núm. 357/2021 de fecha 16 de septiembre de 2021, dictada por el Juzgado de lo Social N.º 2 de Palma, en sus autos número DSP 229/20, seguidos a instancia de la parte recurrente frente a la empresa RESORTS MALLORCA HOTELS INTERNATIONAL SL, representada por el letrado D. Manuel Sánchez Rubio, en materia de despido, siendo magistrado-ponente el Ilmo. Sr. D. Antoni Oliver Reus.

2. El 27 de junio de 2022 se dictó providencia acordando suspender el plazo para dictar sentencia y concediendo a las partes un plazo común de diez días para que presentaran alegaciones sobre la conveniencia de elevar consulta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto del momento en que nacen las obligaciones de consulta y notificación en un supuesto como el que se nos plantea en el litigio principal.

3. Se han presentado escritos de alegaciones por ambas partes, que han quedado unidos a las actuaciones.

La representación de los trabajadores se mostró favorable al planteamiento de la cuestión, mientras que la representación de la empresa demandada se opuso a ello entendiendo que la pregunta que debería formularse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea debería versar sobre si las bajas voluntarias de nueve trabajadores previas a los despidos de los demandantes y otros trabajadores deberían computarse a los efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo 1 del artículo 1º de la Directiva 98/59.

I. HECHOS DEL LITIGIO PRINCIPAL

1. Los trabajadores demandantes en el litigio principal venían prestando sus servicios laborales para la empresa RESORTS MALLORCA HOTELS INTERNATIONAL SL, que pertenece al grupo internacional hotelero y vacacional de origen británico "Thomas Cook", y se encarga de la gestión y explotación de hoteles.

2. El 25 de septiembre de 2019 la entidad RESORTS MALLORCA HOTELS INTERNATIONAL SL comunicó al juzgado de lo mercantil de Palma de Mallorca el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio con los acreedores.

3. Entre los meses de agosto de 2019 y enero de 2020, la empresa RESORTS MALLORCA HOTELS INTERNATIONAL SL pasó de gestionar y explotar 20 hoteles en España a gestionar 7, siendo los 13 restantes asumidos por otras empresas.

4. De los 13 hoteles que la empresa dejó de gestionar 7 pertenecían a diversas empresas del GRUPO GLOBALES.

El 30 de diciembre de 2019 se suscribió un acuerdo entre RESORTS MALLORCA HOTELS INTERNATIONAL S.L, las sociedades propietarias de los 7 establecimientos hoteleros, todas integradas en el GRUPO GLOBALES y la entidad AMLA EXPLOTACIONES TURISTICAS S.A., perteneciente también al GRUPO GLOBALES.

En tal acuerdo se pactó, con efectos de 1 de enero de 2020, la resolución anticipada de los contratos de arrendamiento de los 7 hoteles que venía gestionando RESORTS MALLORCA HOTELS INTERNATIONAL S.L.

Se pactó que en igual fecha cada una de las sociedades propietarias tomaría posesión de su correspondiente hotel y en unidad de acto cederían la posesión y la titularidad de la explotación de los 7 hoteles a AMLA EXPLOTACIONES TURISTICAS S.A., que sería la entidad de GRUPO GLOBALES que asumiría la explotación hotelera de los 7 establecimientos a partir de las 00:00 h del día 1 de enero de 2020.

Se pactó también que a partir del 1 de enero de 2020 se produciría hacia GRUPO GLOBALES la reversión y subrogación de la totalidad de los contratos laborales de las plantillas de los 7 hoteles a fecha 31 de diciembre de 2019.

5. Ante estas circunstancias la responsable de recursos humanos de la empresa RESORTS MALLORCA HOTELS INTERNATIONAL S.L. solicitó a la totalidad de la plantilla de sus oficinas centrales que contestasen, en un documento confeccionado *ad hoc*, si estarían dispuestos a entrevistarse con los responsables del GRUPO GLOBLALES para cubrir 10 puestos de trabajo que la nueva explotadora podría necesitar para hacer frente al aumento de tareas en sus servicios comunes tras la recuperación de los 7 establecimientos hoteleros.

6. No consta cuantos trabajadores acudieron a las entrevistas, pero sí que como consecuencia de ello 9 trabajadores suscribieron sendos documentos el día 30 de diciembre de 2019, todos con igual texto, comunicando su voluntad de causar baja en la empresa RESORTS MALLORCA HOTELS INTERNATIONAL S.L. el 14 de enero de 2020.

7. Al día siguiente , 15 de enero de 2020, los 9 trabajadores suscribieron contratos de trabajo con la empresa AMLA EXPLOTAACIONES TURISTICAS en los que se incluyó una cláusula adicional en virtud de la cual se les reconocía la antigüedad, la categoría y las retribuciones que tenían en la empresa RESORTS MALLORCA HOTELS INTERNATIONAL S.L., haciendo constar que estas condiciones se reconocían a título personal y no



suponían en ningún caso la existencia de una subrogación empresarial al venir la contratación precedida de la extinción de su relación laboral con la anterior empresa.

8. La empresa RESORTS MALLORCA HOTELS INTERNATIONAL S.L., en la fecha en que comunicó al juzgado de lo mercantil su intención de iniciar negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación o convenio anticipado de concurso, tenía una plantilla de 43 trabajadores que desarrollaban su actividad en el centro de trabajo de sus servicios centrales (departamentos de administración, financiero, comercial, mantenimiento, operaciones, compras, organización y sistemas, prevención de riesgos laborales y recursos humanos).

La plantilla quedó reducida a 32 trabajadores en enero de 2020. Entre los 11 trabajadores que dejaron de prestar servicios se encontraban los 9 que suscribieron el 30 de diciembre de 2019 los preavisos de baja voluntaria con efectos de 14 de enero de 2020.

9. El 31 de enero de 2020 se comunicó sus despidos objetivos por causas organizativas y productivas a los dos trabajadores demandantes en el procedimiento principal del que trae causa esta cuestión prejudicial y a otros siete trabajadores más.

Tras estos despidos la plantilla de la empresa en el centro de trabajo de sus oficinas centrales quedó reducida a 23 trabajadores.

II.- OBJETO DEL LITIGIO PRINCIPAL

1. Los trabajadores demandantes impugnaron sus despidos ante el juzgado de lo social alegando que debieron haberse seguido los trámites del despido colectivo.

Alegaban, entre otras cosas, la existencia de una actuación fraudulenta de la empresa que promovió de manera artificiosa las bajas voluntarias para eludir el despido colectivo.

2. El juzgado de lo social de Palma de Mallorca desestimó la demanda y declaró la procedencia de los despidos objetivos individuales por entender que el número de despidos no alcanzaba los umbrales establecidos para obligar a la tramitación de un despido colectivo.

3. Los trabajadores formularon recurso de suplicación contra la sentencia ante este tribunal reproduciendo los argumentos esgrimidos en su demanda.

4. La representación de la empresa se ha opuesto a la estimación del recurso por entender que no podían computarse las nueve bajas voluntarias a los efectos de establecer el número de despidos o extinciones asimilables y que sin computar tales bajas voluntarias no se superaban los umbrales que obligan a seguir los trámites de un despido colectivo.

Sostiene también que la decisión de despedir por causas objetivas a nueve trabajadores no tuvo en consideración el resultado del proceso de entrevistas, que fue transparente y voluntario, habiéndose acogido a la propuesta de baja voluntaria los trabajadores que lo tuvieron por conveniente. Y añade lo siguiente:

"El número de trabajadores que finalmente acabó suscribiendo un contrato con Globales podría haber sido mayor, en cuyo caso, probablemente el número de extinciones objetivas habría disminuido o, todo lo contrario, podría haber sucedido que Globales se quedase con un número inferior al que lo hizo y, en ese caso, si las extinciones alcanzaban a 10 o más trabajadores iniciar una extinción colectiva. Lo que queremos decir es que la toma de decisiones se realizó en función de la realidad imperante en cada momento y la decisión de extinguir objetivamente los 9 contratos obedece al análisis que se hace de las necesidades organizativas y productivas de la empresa una vez Globales se ha hecho cargo de parte de la plantilla."

III. DISPOSICIONES NACIONALES DE APLICACIÓN

Art. 51 del Estatuto de los Trabajadores

1. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a:

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

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

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



(...)

2. El despido colectivo deberá ir precedido de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores. La consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad.

IV. DERECHO DE LA UNION CUYA INTERPRETACION CONSTITUYE EL OBJETO DE LA PRESENTE CUESTION PREJUDICIAL

DIRECTIVA 98/59/CE DEL CONSEJO de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

Art.1

1. A efectos de la aplicación de la presente Directiva:

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

i) para un período de 30 días:

- al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores,

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

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

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

b) se entenderá por «representantes de los trabajadores» los representantes de los trabajadores previstos por la legislación o la práctica de los Estados miembros.

A efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo anterior se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5.

Art.2

1. Cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo.

2. Las consultas versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos.

V. RAZONES QUE LLEVAN A ESTE TRIBUNAL A PREGUNTARSE SOBRE LA INTERPRETACION DE LA DIRECTIVA 98/59/CE Y SU RELEVANCIA PARA LA RESOLUCION DEL LITIGIO PRINCIPAL

Conviene aclarar que la cuestión que se somete a nuestra consideración en el litigio principal se circunscribe a la reducción de la plantilla del centro de trabajo de los servicios centrales de la empresa demandada, que durante el mes de enero de 2020 pasó de 43 a 23 trabajadores.

Albergamos dudas sobre si en una situación como la que se somete a nuestra consideración en el litigio principal pudo haberse soslayado el efecto útil de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros en materia de despidos colectivos por cuanto la empresa demandada, en una situación de crisis, proyectó la salida de un número de trabajadores que podía superar, y acabó superando, los límites establecidos para el despido colectivo sin cumplir la obligaciones de notificación y consulta.

Albergamos también dudas sobre si las bajas voluntarias de nueve trabajadores previas a los despidos de los demandantes y otros trabajadores deberían asimilarse a despidos y, en consecuencia, computarse a los efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo 1 del artículo 1º de la Directiva 98/59.



Ambas cuestiones son fundamentales para la adecuada resolución del litigio principal donde la representación de los trabajadores demandantes basa su demanda de manera fundamental, precisamente, en el hecho de haberse eludido los trámites legalmente establecidos para los despidos colectivos, lo que comportaría la nulidad de los despidos impugnados.

Primera cuestión: Momento en el que nacen las obligaciones de notificación y consulta que constituyen el efecto útil de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

STJUE de 10 de septiembre de 2009 Akavan Eryitysalojen Keskusliitto AEK ry y otros (C-44/08) ECLI: EU:C:2009:533

37 Con carácter previo, cabe observar que el presente asunto está ligado a decisiones económicas y empresariales que pueden tener repercusiones sobre el empleo de un determinado número de trabajadores dentro de una empresa, y no a decisiones que tengan directamente por objeto extinguir relaciones laborales específicas.

38 A este respecto, procede recordar que, como se desprende del tenor de los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 98/59, las obligaciones de consulta y notificación que recaen sobre el empresario nacen con anterioridad a una decisión de éste de extinguir los contratos de trabajo (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de enero de 2005, Junk, C-188/03, Rec.

p. I-885, apartados 36 y 37). En efecto, en tal supuesto, aún existe la posibilidad de evitar o, al menos, reducir los despidos colectivos o de atenuar sus consecuencias.

39 El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 98/59 establece la obligación del empresario de consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores cuando «tenga la intención de efectuar despidos colectivos». Como señaló el Abogado General en los puntos 48 y 49 de sus conclusiones, de una comparación de las diferentes versiones lingüísticas de esta disposición se desprende que, para el legislador comunitario, el nacimiento de la obligación de llevar a cabo consultas está vinculado a que el empresario tenga la intención de realizar despidos colectivos.

40 Las referencias, de los artículos 3 y 4 de la Directiva 98/59, al «proyecto» de despido colectivo confirman que la existencia de tal intención es el factor que genera las obligaciones previstas por dicha Directiva, en particular, por su artículo 2.

41 De ello se desprende que la obligación de llevar a cabo consultas prevista en el citado artículo se considerará nacida cuando el empresario tenga la intención de efectuar un despido colectivo o elabore un proyecto de despido colectivo (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de febrero de 1985, Dansk Metalarbejderforbund y Specialarbejderforbundet i Danmark, 284/83, Rec. p. 553, apartado 17).

(...)

45 Asimismo, como observa acertadamente el Gobierno del Reino Unido, un nacimiento prematuro de la obligación de llevar a cabo consultas podría conducir a resultados contrarios al objetivo de la Directiva 98/59, tales como la restricción de la flexibilidad de las empresas para su reestructuración, aumentando las cargas administrativas y la provocación inútil de inquietud a los trabajadores respecto a la seguridad de su empleo.

46 Por último, la razón de ser y la eficacia de las consultas con los representantes de los trabajadores requieren que estén decididos los factores que han de tenerse en cuenta en el transcurso de éstas, dado que es imposible llevar a cabo consultas de manera apropiada y de conformidad con sus objetivos sin la determinación de los elementos pertinentes relativos a los despidos colectivos previstos. Dichos objetivos son a tenor del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 98/59, evitar las extinciones de contratos de trabajo o reducir su número así como atenuar sus consecuencias (véase la sentencia, Junk, antes citada, apartado 38). Ahora bien, cuando una decisión que puede provocar despidos colectivos únicamente está en estudio y, por tanto, los despidos colectivos son sólo una probabilidad y no se conocen los factores pertinentes para las consultas, no pueden conseguirse los citados objetivos.

47 En cambio, el hecho de vincular el nacimiento de la obligación de llevar a cabo consultas establecida en el artículo 2 de la Directiva 98/59 a la adopción de una decisión estratégica o empresarial que haga necesarios despidos colectivos puede privar parcialmente de eficacia a esta obligación. En efecto, como resulta del apartado 2, párrafo primero, del citado artículo 2, las consultas deben tener por objeto, en particular, la posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos previstos. Pues bien, una consulta que se iniciase cuando ya se haya adoptado una decisión que haga necesarios tales despidos colectivos no podría referirse eficazmente al examen de posibles alternativas para intentar evitar estos.



48 Por consiguiente, procede considerar que, en circunstancias como las del litigio principal, el procedimiento de consulta debe iniciarse por el empresario en el momento en el que se ha adoptado una decisión estratégica o empresarial que le obligue a examinar o proyectar despidos colectivos.

49 Por ello, procede responder a la primera cuestión planteada que el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que la adopción, dentro de un grupo de empresas, de decisiones estratégicas o de cambios de actividades que obliguen al empresario a examinar o a proyectar despidos colectivos genera para dicho empresario la obligación de llevar a cabo consultas con los representantes de los trabajadores.

STJUE de 21 de septiembre de 2017 (C-429/16) ECLI: EU:C:2017:711

34 Respecto a la cuestión de a partir de qué momento un empresario tiene la obligación de tramitar las consultas establecidas en el artículo 2 de dicha Directiva, procede recordar que el Tribunal de Justicia considera que las obligaciones de consulta y notificación nacen con anterioridad a la decisión del empresario de extinguir los contratos de trabajo (sentencias de 27 de enero de 2005, Junk, C-188/03 , EU:C:2005:59 , apartado 37, y de 10 de septiembre de 2009, Akavan Eryitysalojen Keskusliitto AEK y otros, C-44/08 , EU:C:2009:533 , apartado 38) y que la realización del objetivo, expresado en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 98/59 , de evitar las extinciones de contratos de trabajo o de reducir su número, quedaría amenazada si la consulta a los representantes de los trabajadores fuese posterior a la decisión del empresario (sentencias de 27 de enero de 2005, Junk, C-188/03 , EU:C:2005:59 , apartado 38, y de 10 de septiembre de 2009, Akavan Eryitysalojen Keskusliitto AEK y otros, C-44/08 , EU:C:2009:533 , apartado 46).

33 Debe añadirse que el litigio principal, al igual que el que dio lugar a la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Akavan Eryitysalojen Keskusliitto AEK y otros (C-44/08 , EU:C:2009:533), apartado 37, guarda relación con decisiones que, como se desprende de la resolución de remisión, no tenían directamente por objeto extinguir relaciones laborales específicas, pero que, no obstante, podían tener repercusiones sobre el empleo de un determinado número de trabajadores dentro de una empresa.

34 Ahora bien, en el apartado 48 de su sentencia de 10 de septiembre de 2009, Akavan Eryitysalojen Keskusliitto AEK y otros (C-44/08 , EU:C:2009:533), el Tribunal de Justicia consideró que el procedimiento de consulta previsto en el artículo 2 de la Directiva 98/59 debe iniciarse por el empresario en el momento en el que se ha adoptado una decisión estratégica o empresarial que le obligue a examinar o proyectar despidos colectivos.

En la situación planteada ante nuestro tribunal la empresa demandada se vio en la necesidad de reducir sus efectivos en las oficinas centrales a partir de 1 de enero de 2020 debido a la disminución de actividad como consecuencia del hecho de haberse desprendido de 13 de los 20 hoteles que venía gestionando.

La situación venía, además, motivada por los problemas económicos que la habían llevado a iniciar negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o convenio anticipado con los acreedores, lo que comunicó al juzgado de lo mercantil para evitar la declaración de concurso.

En esta situación se pactó la rescisión, entre otros, de los contratos de arrendamiento de siete hoteles y su devolución a los propietarios, todos pertenecientes al mismo grupo empresarial, para que sin solución de continuidad los cediesen en arriendo a otra empresa del mismo grupo empresarial con subrogación de las plantillas adscritas a esos hoteles.

Y también dentro de esta situación la empresa demandada ofreció a los trabajadores del centro de trabajo de sus servicios centrales la posibilidad de mantener entrevistas con la empresa que iba a pasar a explotar los siete hoteles, que vería incrementada su actividad como la demandada la veía reducida.

La empresa tomó la decisión de llevar a cabo tal oferta con la intención de reducir el número de despidos o extinciones asimiladas evitando así las obligaciones derivadas de un despido colectivo. Y obtuvo un resultado positivo, porque nueve trabajadores fueron contratados por la nueva explotadora de los hoteles en condiciones muy favorables, pues se les mantuvo su antigüedad, categoría y retribución, previa baja voluntaria en la empresa demandada. Todo se produjo durante el mes de enero de 2020 mediante acuerdos individuales y sin consulta alguna con los representantes de los trabajadores, ni notificación a la autoridad laboral.

No nos planteamos ahora la cuestión de si estas bajas deben o no computarse para establecer el número de despidos o extinciones acumuladas dadas las circunstancias en que se produjeron. Este es el objeto de la segunda cuestión a la que nos referiremos a continuación.

La cuestión que ahora nos planeamos es la de si la empresa debió iniciar consultas con los representantes de los trabajadores desde el momento en que, debido a su situación económica, al inicio de negociaciones de refinanciación o convenio anticipado con los acreedores y al cese en la gestión de una parte importante de los hoteles que explotaba, proyectó la salida de un número de trabajadores que podía superar los límites establecidos para el despido colectivo o si podía buscar fórmulas para evitar o reducir los despidos sin



necesidad de cumplir las obligaciones de consulta y notificación que constituyen el efecto útil de la directiva, pues eso fue exactamente lo que hizo.

Debe destacarse que entre bajas voluntarias y despidos el número de extinciones contractuales fue de 18 por lo que es razonable pensar que el proyecto de salida de trabajadores superaba el número de 10 trabajadores antes de iniciarse el proceso de entrevistas.

Nos parece relevante la alegación de la representación de la empresa en su escrito de impugnación del recurso de suplicación, que hemos reproducido más arriba, en la que se explica que si el número de trabajadores que causaron baja voluntaria como consecuencia de su contratación tras las entrevistas mantenidas con la nueva explotadora de los hoteles hubiera sido inferior y, en consecuencia, el número de trabajadores a despedir hubiera sido mayor, superando el de diez, se habrían iniciado los trámites de un despido colectivo.

Por tanto, es evidente que las bajas voluntarias y los despidos estaban directamente interrelacionados de modo que el aumento de las primeras implicaba la reducción de los segundos y viceversa, formando parte todas las extinciones de contrato del mismo proyecto empresarial de reducción de plantilla.

Al final, entre bajas voluntarias y despidos se extinguieron 19 contratos de trabajo.

A nuestro juicio, debe sostenerse una interpretación que extienda la protección de la directiva 98/59/CE a toda situación en la que la empresa toma decisiones que pueden tener repercusiones sobre el empleo de un número de trabajadores que podría superar los límites establecidos para el despido colectivo, con independencia de que finalmente el número de despidos no supere tal límite. De este modo, tan pronto como surge esa situación la empresa debe consultar con la representación de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo para atenuar o reducir los despidos no pudiendo adoptar medidas con esa misma finalidad sin previa consulta y mediante negociaciones individuales con los trabajadores porque con ello se soslayaría el efecto útil de la directiva.

Solo esta interpretación garantiza el efecto útil de la directiva evitando extinciones fraudulentas u otro tipo de medidas adoptadas unilateralmente por la empresa con la finalidad de eludir el mecanismo diseñado para garantizar una adecuada protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos.

Planteamos la cuestión en lugar de llevar a cabo una interpretación conforme del art. 2 de la directiva 98/59/CE siguiendo el criterio interpretativo plasmado en la STJUE de 10 de septiembre de 2009 Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry y otros (C-44/08) ECLI: EU:C:2009:533, porque allí el litigio principal giraba en torno a un retraso injustificado o dilación indebida en el inicio del periodo de consultas y en nuestro caso lo que se produjo fue una elusión completa del periodo de consultas al haberse conseguido reducir el número de despidos mediante iniciativas empresariales exitosas, sin consulta previa con los representantes de los trabajadores y a través de negociaciones individuales con algunos trabajadores.

Segunda Cuestión: Extinciones de contratos de trabajo computables a los efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo 1 del artículo 1º de la Directiva 98/59 .

Esta cuestión es independiente de la anterior y, aunque es igualmente relevante para resolver la cuestión planteada en el litigio principal, su relevancia sería mayor si se concluyese que las obligaciones de consulta y notificación en un supuesto como el que se nos plantea no nacieron desde el momento en que la empresa adoptó decisiones económicas y empresariales que podían tener repercusiones sobre el empleo, proyectando la salida de un número de trabajadores que podía superar los umbrales que obligan a iniciar los trámites del despido colectivo sino que deben tomarse en consideración las circunstancias existentes en el momento en que se adoptó la decisión de despedir a los dos trabajadores demandantes y a otros siete más.

No es objeto de controversia en el litigio principal que en caso de computarse a efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo 1 del artículo 1º de la Directiva 98/59 las bajas voluntarias de nueve trabajadores con efectos de 14 de enero de 2020 se superaría el número de despidos o extinciones asimilables que obliga a iniciar consultas con los representantes de los trabajadores.

Lo que debemos interpretar es el último párrafo del número 1 del artículo 1 de la directiva en el que se establece que a efectos del cálculo del número de despidos se *asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5.*

Es indudable que, en condiciones normales, las bajas voluntarias de trabajadores en la empresa, aun tratándose de extinciones por motivos no inherentes a la persona trabajadora, no son extinciones producidas a iniciativa del empresario sino a iniciativa de las personas trabajadoras.



Sin embargo, cuando una baja voluntaria, en un contexto de crisis empresarial y con probabilidad de despidos, es consecuencia de una propuesta empresarial consistente en mantener una entrevista con otra empresa a la que se ha traspasado parte de la actividad y una vez obtenida, tras la entrevista, una oferta firme de incorporación inmediata a tal empresa, como ocurre en el supuesto sometido nuestra consideración en el litigio principal, es muy dudoso que podamos hablar de extinciones producidas a iniciativa de la persona trabajadora y no de extinciones producidas a iniciativa del empresario. La iniciativa de mantener las entrevistas partió de la empleadora, que gestionó todo el proceso.

A pesar de ello, aun partiendo la iniciativa del empresario no dejaríamos de estar ante una propuesta de extinción aceptada por el trabajador y, por tanto, consentida.

Sobre el concepto de despido en la STJUE de 11 de noviembre de 2015 (C- 422/14) ECLI: EU:C:2015:743 se contiene las siguientes declaraciones:

48 A este respecto, debe recordarse que la Directiva 98/59 no define de forma expresa el concepto de «despido». No obstante, atendiendo al objetivo perseguido por dicha Directiva y al contexto en que se integra su artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), procede considerar que se trata de un concepto de Derecho de la Unión que no puede ser definido mediante remisión a las legislaciones de los Estados miembros. En el caso de autos, este concepto debe interpretarse en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento (sentencias Comisión/Portugal, C-55/02 , EU:C:2004:605 , apartados 49 a 51, y Agorastoudis y otros, C- 187/05 a C-190/05 , EU:C:2006:535 , apartado 28).

49 Además, debe señalarse que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que los despidos se distinguen de las extinciones del contrato de trabajo, que, en las condiciones mencionadas en el artículo 1, apartado 1, último párrafo, de la Directiva 98/59 , se equiparan a los despidos por falta de consentimiento del trabajador (sentencia Comisión/Portugal, C-55/02 , EU:C:2004:605 , apartado 56).

En la versión española de la STJUE de 12 de octubre de 2004 (C-55/02) la referencia no lo es a cualquier extinción de trabajo no deseada por el trabajador sino a cualquier extinción del contrato de trabajo no pretendida por el trabajador. La lengua de aquel procedimiento era el portugués y la declaración contenida en el apartado 50 de la sentencia se refiere a *qualquer cessação do contrato de trabalho não pretendida pelo trabalhador*.

Sea como fuere, las extinciones de los contratos de los nueve trabajadores que tras las entrevistas fueron contratados por la nueva empresa se produjeron con el consentimiento de los trabajadores en la medida en que aceptaron la propuesta de su empleadora y de aquella otra empresa que los contrató sin solución de continuidad tras las entrevistas mantenidas. Pero, la aceptación de la propuesta no significa que se trate de extinciones pretendidas por los trabajadores. *Serían extinciones de contrato de trabajo a iniciativa del empresario, no pretendidas por los trabajadores, pero aceptadas dadas las circunstancias concurrentes.*

Podría, ciertamente, aceptarse que se trata de extinciones deseadas, pero solamente en la medida en que se produjeron en una situación de incertidumbre en la que la no aceptación de la propuesta abocaba a la posibilidad de ser uno de los trabajadores que posteriormente serían despedidos. No parece que en aquel momento nadie pudiese poner en duda que se iban a producir extinciones de contratos de trabajo, ya fueran consentidas o no consentidas, dada la pérdida de actividad, la situación económica de la empresa y la propuesta misma de mantener entrevistas con otra empresa para propiciar una salida menos traumática que la del despido. El deseo era el de conseguir una salida airosa ante la situación existente manteniendo un empleo en las mismas condiciones más que el de abandonar la empresa.

Insistimos en que la propia empresa alega que en caso de haber sido inferior el número de trabajadores que aceptó la propuesta empresarial de causar baja el número de despidos habría sido mayor.

No hay, en fin, razones para pensar que alguno de los trabajadores que aceptó la propuesta empresarial deseara abandonar la empresa antes de evidenciarse la situación de crisis y de recibir la oferta de ser entrevistado por la otra empresa propiciando una salida menos traumática que la del posible despido. El consentimiento estaba notablemente condicionado por las circunstancias y la iniciativa partió de la empresa.

Todas estas consideraciones nos llevan a entender que el último párrafo del apartado 1 del art. 1 de la Directiva 98/59/CE debe interpretarse en el sentido de que el concepto de despido incluye todas las extinciones de contratos por causas no inherentes a la persona del trabajador producidas, en una situación de crisis empresarial y proyecto de reducción de plantilla, a iniciativa del empresario, no pretendidas por la persona trabajadora, aunque se consienta o acepte la propuesta empresarial consistente en causar baja voluntaria en la empresa para pasar a prestar servicios de manera inmediata para otra empresa evitando así la posibilidad de ser despedida.

VI. PREGUNTAS AL TJUE



PRIMERA.

El art 2 de la Directiva 98/59/CE DEL CONSEJO de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, a la vista del TJUE recogida en la STJUE de 10 de septiembre de 2009 (C-44/08) ECLI: EU:C:2009:533

¿Debe interpretarse en el sentido de que las obligaciones de consulta y notificación que constituyen el efecto útil de la directiva nacen desde el momento en que la empresa, en el marco de un proceso de reestructuración, proyecta extinciones de contratos de trabajo que pueden superar en número al límite establecido para los despidos colectivos con independencia de que, finalmente, el número de despidos o extinciones asimilables no alcance tal umbral al haberse conseguido reducir ese número por medidas empresariales adoptadas sin consulta previa con los representantes de los trabajadores?.

SEGUNDA.

El último párrafo del apartado 1 del art. 1 de la Directiva 98/59/CE DEL CONSEJO de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, cuando refiere que " *A efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo anterior se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5.*"

¿Incluye, en un contexto de crisis en el que es previsible una reducción de plantilla con inclusión de despidos, las bajas de trabajadores propuestas por la empresa, no pretendidas pero aceptadas por aquellos una vez obtenida la oferta firme de incorporación inmediata a otra empresa, habiendo sido la empleadora la que gestionó con esa otra empresa la posibilidad de que sus trabajadores mantuvieran entrevistas con vistas a su posible contratación?

PARTE DISPOSITIVA**La Sala acuerda:**

Primero. Plantear ante el tribunal de justicia de la Unión Europea petición de decisión prejudicial respecto de las siguientes cuestiones:

1) El art 2 de la Directiva 98/59/CE DEL CONSEJO de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, a la vista del TJUE recogida en la STJUE de 10 de septiembre de 2009 (C-44/08) ECLI: EU:C:2009:533

¿Debe interpretarse en el sentido de que las obligaciones de consulta y notificación que constituyen el efecto útil de la directiva nacen desde el momento en que la empresa, en el marco de un proceso de reestructuración, proyecta extinciones de contratos de trabajo que pueden superar en número al límite establecido para los despidos colectivos con independencia de que, finalmente, el número de despidos o extinciones asimilables no alcance tal umbral al haberse conseguido reducir ese número por medidas empresariales adoptadas sin consulta previa con los representantes de los trabajadores?.

2) El último párrafo del apartado 1 del art. 1 de la Directiva 98/59/CE DEL CONSEJO de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, cuando refiere que " *A efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo anterior se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5.*"

¿Incluye, en un contexto de crisis en el que es previsible una reducción de plantilla con inclusión de despidos, las bajas de trabajadores propuestas por la empresa, no pretendidas pero aceptadas por aquellos una vez obtenida la oferta firme de incorporación inmediata a otra empresa, habiendo sido la empleadora la que gestionó con esa otra empresa la posibilidad de que sus trabajadores mantuvieran entrevistas con vistas a su posible contratación?

Segundo. Suspender las actuaciones a la espera de la resolución de la petición de decisión prejudicial y remitir la presente resolución, con testimonio de las actuaciones seguidas ante esta Sala al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con solicitud de acuse de recibo.

Tercero. A efectos de notificaciones constan en el encabezamiento de esta resolución las direcciones y teléfonos de este tribunal y de los abogados de ambas partes.



Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ