



Roj: **STSJ BAL 932/2020 - ECLI:ES:TSJBAL:2020:932**

Id Cendoj: **07040340012020100359**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **18/11/2020**

Nº de Recurso: **179/2020**

Nº de Resolución: **412/2020**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ANTONI OLIVER REUS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJSO 6178/2019,**  
**STSJ BAL 932/2020**

**T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00412/2020**

**NIG: 07040 44 4 2018 0003198**

**RSU RECURSO SUPLICACION 0000179 /2020**

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL nº 005 de PALMA DE MALLORCA**

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000655 /2018

**RECURRENTE/S D/ña Bibiana , Camila**

**ABOGADO/A: JOSE MANUEL RAYA SANCHEZ, JOSE MANUEL RAYA SANCHEZ**

**RECURRIDO/S D/ña: FOGASA FOGASA, CENTRO DEPORTIVO SON VALENTI SL**

**ABOGADO/A: LETRADO DE FOGASA, MIGUEL SOLER BORDOY**

**Ilmos. Sres.:**

**D. Antoni Oliver Reus, presidente**

**D. Alejandro Roa Nonide**

**D. Víctor Manuel Casaleiro Ríos**

En Palma, a 18 de noviembre de 2020 .

Esta Sala ha visto el recurso de suplicación n.º 179/2020, formalizado por el letrado D. José Manuel Raya Sánchez en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Bibiana y D.<sup>a</sup> Camila , contra la sentencia n.º 436/19 de fecha 27 de diciembre de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 5 de Palma de Mallorca, en sus autos demanda DSP n.º 655/2018, seguidos a instancia de las partes recurrentes, frente al Centro Deportivo Son Valenti S.L. representado por el letrado D. Miguel Soler Bordoy, en materia de extinción de contrato temporal, siendo magistrado-ponente el Ilmo. Sr. D. Antoni Oliver Reus, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes:

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

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



1º. Las demandantes Dña. Bibiana , titular del DNI num. NUM000 y Dña. Camila , titular del DNI num. NUM001 , han venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa Centro Deportivo Son Valentí S.L.U. en virtud de contrato de trabajo de carácter indefinido, con las circunstancias laborales siguientes:

-Dña. Bibiana : antigüedad: de 15 de septiembre de 2015; categoría profesional: coordinadora de actividades monitor grupo 3; salario mensual bruto con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias: 3.100 €, más 57,50 € mensuales brutos en concepto de plus de desplazamiento.

-Dña. Camila : antigüedad: 16 de agosto de 2010; categoría profesional: recepcionista grupo 4; salario anual bruto con inclusión de parte proporcional de las pagas extraordinarias y de incentivos variables: 11.330,92 €. Además, la demandante percibía la cantidad de 57,50 € mensuales brutos en concepto de plus de desplazamiento.

2º.- En fecha 1 de junio de 2018 la empresa Centro Deportivo Son Valentí S.L.U. presentó ante la Dirección General de Treball, Economia Social i Salut Laboral solicitud de inicio de expediente de regulación de empleo para la extinción de las relaciones laborales por causas técnicas, organizativas y de producción con base en lo dispuesto en el Art. 51 ET y en Capítulo 1 del Título I del Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre mediante el cual se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, comunicando el inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores en fecha 31 de mayo de 2018, con traslado a los mismos de la documentación prevista en el Art. 51.2 ET y en los Art. 3, 4 y 5 del RD 1483/2012.

En la solicitud se hizo constar que el procedimiento afectaba al centro de trabajo denominado "Megasport" y a un total de 73 trabajadores.

La solicitud formulada por la empresa demandada dio lugar al procedimiento (ERO 49/2018).

3º.- A la solicitud la empresa acompañó la siguiente documentación:

-Resolución del Ayuntamiento de Palma de 27 de abril de 2018 por la que se decreta ordenar a las entidades Centro Deportivo Son Valentí S.L.U. e Interbaleares de Servicios S.L. la adopción de las medidas cautelares en el complejo deportivo denominado "Megasport" sita en la Calle Fertilizants nums 4, 6 y 8 de Palma que implicaban la paralización general de la actividad con licencia de funcionamiento para oficinas administrativas, aparcamiento y almacén y que es utilizada como extensión del centro deportivo y de ocio; paralización de las pistas exteriores de pádel por no ajustarse a las condiciones de la licencia; paralización de las zonas de vestuario masculino (subterráneo -1) y salas de pilates (subterráneo -2) por no ajustarse a las condiciones de la licencia; paralización de la extensión del vestuario masculino en planta baja que se corresponde con la zona de la piscina climatizada (Sector1) y con parte de la zona B por no ajustarse a las condiciones de la licencia; paralización de la zona exterior reconvertida en zona interior de "megacycling" en planta baja y de extensión en planta 1ª para zona de musculación con el correspondiente aumento de superficie y ocupación que suponen; paralización de las salas de máquinas del subterráneo -2 que incorpora las máquinas climatizadoras de los SPAs por no estar previstas en la licencia; Paralización de los elementos de cocción de la cocina (hornos) de la planta baja que no disponen de la correspondiente campana de evacuación de humos, vahos y olores; paralización de la zona exterior de office y de descanso de los profesores, así como de las tres pistas de squash cubiertas (pista de pádel num. 4) por no estar prevista en las condiciones de la licencia.

La resolución establecía el mantenimiento de las medidas cautelares hasta el restablecimiento de la legalidad urbanística y de la realidad física alterada, así como de la autorización relativa a los proyectos de actividad que amparen las modificaciones detectadas. La resolución establece la inmediata ejecutividad de la misma con apercibimiento de proceder por la vía ejecutiva de no darse cumplimiento voluntario a lo acordado en el plazo de 48 horas.

Así mismo la resolución acordó limitar el aforo de la actividad a 1483 personas.

-Memoria explicativa sobre la necesidad de cierre del negocio ante la paralización y cierre de diversas superficies del gimnasio "Megasport". -Informe del director de explotación del gimnasio "Megasport".

-Informe de auditoría de fecha 30 de mayo de 2018.

-Comunicación a los trabajadores del inicio de un procedimiento de despido colectivo.

-Acta de la designación de los trabajadores elegidos para integrar la comisión negociadora.

-Listado de los trabajadores afectados por el expediente con indicación de sus circunstancias laborales, que integraban la plantilla de la empresa a 31 de mayo de 2018.



4º.- En fecha 15 de junio de 2018 la empresa comunicó a la Direcció General de Treball, Economia Social i Salut Laboral la finalización del periodo de consultas con acuerdo, adjuntando las actas correspondientes a las tres reuniones celebradas de la comisión negociadora, informe de vida laboral de la empresa correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2017 y el 30 de abril de 2018 y el listado definitivo de los trabajadores afectados por el expediente.

5º.- En fecha 3 de julio de 2018 tuvo entrada en la Direcció General de Treball, Economia Social i Salut Laboral informe emitido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación al ERO 49/2018 considerando quebrantada la buena fe negociadora y la concurrencia de fraude de ley instando a la Autoridad Laboral a impugnar el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas conforme al procedimiento de oficio regulado en el Art. 148.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

6º.- En fecha 16 de julio de 2018 tuvo entrada en el Juzgado Decano de esta Ciudad demanda deducida de oficio por la Directora General de Treball, Economía Social i Salut Laboral impugnando el acuerdo alcanzado en el marco de ERO 49/2018. Correspondió por turno de reparto a este Juzgado de lo Social Nº 5 el conocimiento de la demanda, que dio lugar a los autos seguidos con el num. IAA 573/2018.

7º.- En fecha 20 de mayo de 2019 se dictó sentencia en los autos seguidos con el num. IAA 573/2018 que desestimó la demanda deducida por la Autoridad Laboral. Dicha sentencia es firme.

8º.- En la sentencia de 20 de mayo de 2019, entre otros, se hacen constar los siguientes hechos probados:

"5º.- La primera reunión celebrada dentro del periodo de consultas tuvo lugar el día 4 de junio de 2018 compareciendo por la parte empresarial Dña. Noelia , en calidad de administradora de la empresa, Dña. Palmira en calidad de responsable de administración y personal, D. Ignacio y D. Íñigo en calidad de asesores; y por la parte social los trabajadores Dña. Santiago, D. Lázaro y D. Leovigildo . Asistió también por la parte social en calidad de asesor personal de Dña. Santiago, D. Maximiliano .

Los trabajadores Dña. Santiago, D. Lázaro y D. Leovigildo fueron elegidos en fecha 14 de mayo para integrar una comisión negociadora "ad hoc" ante la carencia de representación legal de los trabajadores en el centro de trabajo.

La empresa facilitó a la comisión negociadora la Memoria explicativa y los informes emitidos por el director del centro deportivo y por el asesor externo Olegario .

6º.- La segunda reunión se celebró el día 7 de junio, con los mismos asistentes a excepción de D. Maximiliano . En un chat de toda la plantilla afectada por el despido colectivo se efectuó una votación en la que participaron los trabajadores que quisieron, resultando la negativa de los trabajadores a disponer en el seno de la comisión negociadora de un asesor externo. En el curso de la reunión Dña. Noelia hizo entrega a la representación de los trabajadores de los resultados de los seis últimos ejercicios de la empresa así como el proyecto urbanístico presentado en el Ayuntamiento. No se entregó copia de este último documento dada la confidencialidad de la información. Dña. Noelia comunicó a la representación de los trabajadores el importe total de las indemnizaciones calculadas a razón de 20 días de salario por año de servicio.

En la reunión, la empresa realizó a los trabajadores una propuesta integrada por cinco puntos, que constan en el acta. La propuesta fue sometida a votación entre los trabajadores afectados por el expediente y aprobada por mayoría.

7º.- En la tercera reunión celebrada en el periodo de consultas tuvo lugar el 14 de junio de 2018 la parte social solicitó el incremento del importe de las indemnizaciones a 25 días de salario por año de servicio, propuesta que fue aceptada por la empresa. D. Lázaro y D. Leovigildo manifestaron conformidad a la propuesta realizada por la empresa en la reunión celebrada el día 7 de junio en tanto que Dña. Santiago mostró su disconformidad.

Los términos del acuerdo alcanzado por las partes negociadoras son los que siguen:

A.- En primer lugar, se mantienen los siguientes puestos de trabajo:

1.- Vigilancia: Sebastián (que conservará su puesto) y Sixto (que pasará a ser Vigilante Jurado de Seguridad Privada).

2.- Mantenimiento: Vicente y Samuel conservan su puesto.

3.- Dirección: Carlos Jesús seguirá en su puesto de Director para mantener durante la ejecución del nuevo proyecto de MEGASPORT los estándares de innovación que hasta la fecha ha tenido el Club.

B.- En segundo lugar, se establece la recolocación para Luis Enrique en la empresa Interbaleares Servicios de Gestión y Administración S.L. (oficinas de servicios administrativos del Grupo).



C.- En tercer lugar, en lo que se refiere a las vacantes en otras empresas del grupo, se hace constar que:

-Se presentó un candidato para cubrir el puesto de Mozo en Titos, día 13/06 ha realizado la entrevista con el Responsable del Departamento en Titos, posteriormente el candidato ha presentado su renuncia al puesto.

-Se presentó una candidata para cubrir la vacante de Auxiliar Administrativa, dicha candidatura fue rechazada al no cumplir con los requisitos establecidos.

-Todas las demás vacantes no han recibido ninguna candidatura.

Por tanto, dicho ofrecimiento ha quedado sin efectos concretos por falta de interés y/o de requisitos por parte de los trabajadores.

D.-En cuarto lugar, se crea una bolsa de trabajo denominada de "Recolocación Preferente", estará compuesta por todos los trabajadores afectados por el ERE, teniendo en cuenta su especialidad. La empresa se compromete que en la futura composición del nuevo equipo de monitores, se nutrirá de esta bolsa antes de proceder a la contratación de otro personal siempre siguiendo el criterio que ha definido la política de contratación del MEGASPORT, tener a los mejores especialistas de cada disciplina, que puedan cubrir las disciplinas que se impartan en el nuevo proyecto de Gimnasio y que hayan mantenido un mayor nivel de innovación en las competencias requeridas, reciclaje profesional, etc.

E.- En quinto lugar, despido de todos los demás trabajadores (para el listado completo, ver la relación que se acompaña como DOCUMENTO DNI), con indemnización de 25 días por año de servicio. La fecha de efectos de los despidos será, en principio, el día 2 de julio de 2018, con respeto de todos los plazos legales. En caso de que no se lleguen a enviar las cartas de despido individual con el suficiente preaviso, la fecha de efectos de los despidos podrá retrasarse el tiempo necesario (1,2, 3 días, etc) para cumplir con el plazo de preaviso.

En lo que se refiere a la fecha de antigüedad a efectos del cálculo de indemnizaciones, se hace constar lo siguiente: debido a que hay trabajadores que vienen subrogados de la mercantil MALLORCA DEPORTE Y OCIO, S.L. y CENTRO DEPORTIVO SON VALENTI, S.L.U. no puede conocer si dichos trabajadores tienen una antigüedad anterior a la conocida por la empresa (que consta en las hojas de salarios), que pudiera ser consecuencia de contratos de duración determinada que no se hubieran tenido en cuenta, se requiere a los trabajadores que se consideren afectados por dicha circunstancia que a la mayor brevedad posible aporten informe de vida laboral emitido por el órgano correspondiente para así proceder a la regulación inmediata de la diferencia indemnizatoria que pudiera existir.

Finalmente, se comunica a los trabajadores que a partir de mañana día viernes 15 de junio de 2018 se les concede permiso retribuido hasta el momento de la extinción, por lo que quedan exonerados de acudir a su puesto de trabajo".

9º.- La empresa procedió a la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores afectados abonando a estos las indemnizaciones en los términos pactados con la representación social por un montante total de 318.183,17 € y en fecha 18 de junio de 2018 hizo entrega a las demandantes de sendas cartas comunicándoles la extinción de sus contratos de trabajo. En las cartas de despido se hace constar:

De conformidad con lo dispuesto por el art. 51 ET, el pasado día 31 de mayo, la empresa inició un procedimiento de despido colectivo. Finalizado el preceptivo período de consultas con acuerdo, de conformidad con dicho acuerdo (y con la legislación aplicable), se procede ahora a comunicarle la extinción de su contrato.

En cumplimiento del art. 53 ET, mediante la presente se le comunica que la empresa se vio obligada a iniciar un procedimiento de despido colectivo por la concurrencia de una causa técnico- productiva. En efecto, la empresa se vio obligada a proceder al cierre del gimnasio MEGASPORT como consecuencia de la orden de paralización y cierre de diversas áreas y superficies del gimnasio contenido en la Resolución del Ayuntamiento de Palma de 26 de febrero de 2018.

Por esta razón, la empresa se vio en la necesidad de adoptar las decisiones señaladas en el acuerdo alcanzado con los representantes de los trabajadores en el período de consultas. Así, en lo que a Ud se refiere, la medida adoptada consiste en la extinción de su contrato de trabajo, con fecha y efectos del próximo día 2 de julio de 2018.

10º.- La empresa, de forma simultánea a la entrega de las cartas de despido, puso a disposición de las demandantes mediante transferencia bancaria los importes indemnizatorios que se reflejan en ellas correspondientes a 25 días de salario por año de servicio ascendiendo a 32.458,71 € en el caso de la Sra. Bibiana y a 5.462,50 € en el caso de la Sra. Camila .

11º.- A los efectos del cálculo de los importes indemnizatorios la empresa excluye el importe percibido por las actoras en nómina correspondiente a plus de desplazamiento.



La empresa abonaba a sus trabajadores el plus de desplazamiento en doce mensualidades, con inclusión de los periodos vacacionales y exclusión de los periodos de IT.

12º.- Las demandantes no ostentaron la condición de representante legal o sindical de los trabajadores durante el último año.

13º.- Se ha agotado el trámite conciliatorio previo ante el TAMIB sin acuerdo.

**SEGUNDO.-** La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

**QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO LA DEMANDA** en materia de impugnación individual de despido colectivo interpuesta a instancia de Dña. Bibiana y Dña. Camila contra la empresa Centro Deportivo Son Valentí S.L.U. **absolviendo** a la empresa demandada de los pedimentos formulados en su contra.

**TERCERO.-** Contra dicha resolución se formalizó recurso de suplicación por la representación de D.<sup>a</sup> Bibiana y D.<sup>a</sup> Camila, que fue impugnado por la representación del Centro Deportivo Son Valentí S.L.U.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** La representación de las demandantes formula recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social en la que se desestimó su demanda de despido.

La acción de despido trae causa del despido colectivo de la empresa demandada que finalizó con acuerdo entre las partes negociadoras, tras lo cual se comunicó a las trabajadoras demandantes la extinción de sus contratos con efectos de 2 de julio de 2018.

En la sentencia recurrida se apreció la excepción de falta de legitimación activa de las demandantes en aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2018, del pleno (rec. 2250/2016) en la que se descartó la posibilidad de cuestionar en pleitos individuales la concurrencia de justificación de las causas del despido colectivo que fueron aceptadas por la representación de los trabajadores y que luego no han sido cuestionadas colectivamente ni por la autoridad laboral, ni por ningún otro de los sujetos legitimados para instar el procedimiento colectivo del artículo 124 LRJS.

Se descartó, también, en la sentencia recurrida la alegación de falta de motivación de las cartas de despido en relación a las causas motivadoras de la extinción de los contratos en aplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014).

Por último, se descartó la existencia de error alguno en el cálculo de las indemnizaciones puestas a disposición de las trabajadoras demandantes.

En su recurso, la parte demandante, plantea dos motivos de censura jurídica con correcto amparo procesal en el artículo 193 c) LRJS que resolveremos en orden inverso a lo establecido en el recurso, pues la desestimación del segundo de los motivos, cuyo objeto es la falta de legitimación activa de las demandantes, dejaría sin objeto al primero de los motivos planteados.

**SEGUNDO.** En el recurso se denuncia vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española (CE) y en el artículo 47 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), invocándose la STJUE de 4 de diciembre de 2018 (c-378/17) en relación al principio de primacía del Derecho de la Unión. Se invoca también la doctrina contenida en la STC 140/2018 en relación al control convencional de las normas nacionales con rango de ley por parte de los tribunales ordinarios.

Se sostiene, en síntesis, que la interpretación jurisprudencial de la normativa nacional en materia de impugnación de la causa de los despidos colectivos mediante acción individual de despido, aplicada por la sentencia recurrida, que impide la revisión judicial de las causas objetivas motivadoras del expediente de regulación de empleo cuando éste finaliza con acuerdo, es contraria a la Carta de Derechos Fundamentales que reconoce el derecho a tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, postulándose la aplicación directa del artículo 47 de la carta.

La parte impugnante sostiene que en el recurso se ha elegido una vía equivocada, pues de aceptarse la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva la consecuencia jurídica no podría ser la declaración de improcedencia del despido sino, en su caso, la nulidad de la sentencia en la que no se entró a resolver la cuestión de fondo planteada. Además, se aduce que la parte recurrente no formuló protesta y ello le impediría en todo caso haber alegado, por la vía correcta, la nulidad de actuaciones. Con carácter subsidiario se invoca la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2018, cuya aplicación



se ve reforzada por el hecho de haberse desestimado la demanda de oficio planteada por la autoridad laboral y haberse descartado la existencia de fraude de ley o abuso de derecho en el acuerdo alcanzado.

Por último, también con carácter subsidiario y para el caso de que se entrase a resolver sobre la concurrencia de la causa, se aduce que esta no puede enjuiciarse a la vista de la inicial motivación urbanística del cierre del centro de trabajo considerada aisladamente sino como consecuencia de un proceso negociador en el que los representantes de los trabajadores aceptaron el acuerdo extintivo, siendo este acuerdo lo que justificaría la concurrencia de la causa de los despidos.

Pasamos a resolver las cuestiones planteadas.

**TERCERO.** Debemos comenzar rechazando la alegación de la parte impugnante relativa a la inadecuación del cauce elegido para combatir la apreciación de la excepción de falta de legitimación activa en la sentencia de instancia. Caso de estimarse el recurso y dejar sin efecto la apreciación de esa excepción no nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad de actuaciones con efectiva indefensión sino ante la estimación de un motivo de recurso lo que, conforme a lo establecido en el artículo 202.3 LRJS, obligaría a la sala resolver lo que corresponda, con preferencia de la resolución de fondo del litigio, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, incluso sobre extremos no resueltos en su momento en la sentencia recurrida por haberse apreciado alguna circunstancia obstativa siempre que el relato de hechos probados y demás antecedentes no cuestionados obrantes en autos resultaran suficientes.

Por tanto, en caso de prosperar el motivo planteado y concluir que las demandantes ostentan legitimación para impugnar la causa de sus despidos mediante acción individual no sería en ningún caso procedente acordar la nulidad de actuaciones, según lo alegado por la parte impugnante, sino que deberíamos entrar a resolver el fondo de la cuestión planteada, no siendo obstáculo para ello el que en la instancia hubiera quedado imprejuzgada por haberse apreciado la excepción de falta de legitimación activa.

Finalmente, no postulándose por la parte recurrente la nulidad de actuaciones por vicio de procedimiento con efectiva indefensión no era necesario formular protesta, que en todo caso no podría haberse formulado con anterioridad a la notificación de la sentencia, cuando la parte tomó conocimiento de que no se entraría en el fondo del asunto por apreciarse la excepción de falta de legitimación activa.

Pasamos, a continuación, a resolver la cuestión que plantea el motivo.

Ciertamente, en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2018, del Pleno (rec. 2250/2016) se concluye que el artículo 124.13 LRJS excluye la posibilidad de combatir la concurrencia de la causa de los despidos mediante acción individual de los trabajadores tanto si el expediente de regulación de empleo terminó con acuerdo como si terminó sin acuerdo y tanto si la decisión empresarial hubiera sido objeto de impugnación por parte de los representantes de los trabajadores como si no lo hubiera sido.

A pesar de que en la mencionada sentencia se descarta la posibilidad de que la causa de los despidos colectivos puede ser objeto de impugnación mediante acción individual de despido, la situación no es la misma en los casos en que la decisión empresarial ha sido objeto de impugnación y ésta ha finalizado mediante sentencia de aquellos otros casos en que la decisión no ha sido impugnada, pues en la primera situación se produce una intervención de los órganos jurisdiccionales y la sentencia produce efecto de cosa juzgada sobre las reclamaciones individuales, mientras que en la segunda situación no hay intervención alguna de los órganos jurisdiccionales.

Y dentro de los supuestos en que la decisión empresarial no ha sido impugnada destacan aquellos en los que el expediente de regulación de empleo finalizó con acuerdo, que es el caso que ahora se somete a nuestra consideración y que fue concretamente examinado por aquella sentencia del Pleno de la Sala IV del Tribunal Supremo.

Esta es la cuestión que ahora debemos resolver desde la perspectiva de la primacía del derecho de la Unión Europea y del control de convencionalidad que se alega por la parte recurrente.

Pasamos a abordar separadamente ambas cuestiones.

**CUARTO.** Tal como se recuerda en la STJUE de 4 de diciembre de 2018 (c-378/17) invocada por la parte actora, el principio de primacía del derecho de la Unión Europea exige, ciertamente, *que los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el ámbito de sus respectivas competencias, las disposiciones del Derecho de la Unión tengan la obligación de garantizar la plena eficacia de tales disposiciones, si es necesario dejando sin aplicar, en el ejercicio de su propia competencia, cualquier disposición nacional contraria, sin instar su eliminación previa por vía legislativa o mediante cualquier otro procedimiento constitucional y sin esperar a que se lleve a cabo tal eliminación* ( SSTJUE de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, apartados



17, 21 y 24, y de 6 de marzo de 2018, SEGRO y Horváth, C52/16 y C113/16, EU:C:2018:157, apartado 46 y jurisprudencia citada).

Estamos, por tanto, ante un principio que rige en la aplicación del Derecho de la Unión. Y del mismo modo, las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea resultan de aplicación, tal como se establece en su artículo 51.1, cuando las instituciones de la Unión y de los Estados miembros aplican el derecho de la Unión.

No nos extenderemos en relación a los supuestos en que el TJUE ha considerado aplicable la Carta y que se sintetizan en los casos en que los tribunales nacionales aplican directamente Derecho de la Unión, aquellos en que lo aplican indirectamente mediante una norma interna de transposición o en una materia afectada por una Directiva y, por último, aquellos en que aplican normas internas que implican una derogación o excepción de las libertades fundamentales reconocidas en el Derecho de la Unión.

La regulación de la causa en los despidos colectivos no encaja en ninguno de estos supuestos, pues 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* no contempla la necesidad de existencia de una causa en los despidos colectivos, limitándose a definirlos en atención a su alcance numérico dentro de un determinado espacio temporal.

Por tanto, la exigencia de concurrencia de una causa objetiva en nuestro artículo 51 ET constituye una mejora de la finalidad o efecto útil de la Directiva, que se limita a la exigencia de que los despidos vayan precedidos de la consulta a los representantes de los trabajadores y la información a la autoridad pública competente. No se trata, por tanto, de una norma de transposición, ni tampoco estamos ante la derogación de un derecho fundamental reconocido en el derecho de la Unión, ni siquiera el derecho a la libertad de empresa, pues la exigencia de la concurrencia de una causa objetiva no impide llevar a cabo los despidos colectivos.

En realidad, la Directiva 98/59/CE no reconoce, por sí misma, derecho alguno de carácter individual, ni siquiera colectivo, limitándose a establecer algunas garantías de tipo procedimental que los estados miembros deben reconocer en el caso de despidos colectivos. Desde esta perspectiva, la previsión de su artículo 6 conforme a la cual los Estados miembros procurarán que los representantes de los trabajadores o los trabajadores dispongan de procedimientos administrativos y/o jurisdiccionales con objeto de hacer cumplir las obligaciones establecidas en la Directiva, no alcanza a obligaciones distintas de las que abarca el efecto útil de la directiva.

Y no existiendo ninguna norma de Derecho de la Unión que imponga la obligación de concurrencia de una causa objetiva para proceder a los despidos colectivos la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no resulta de aplicación, pues como hemos visto su artículo 51.1 limita su aplicación a los supuestos en que las instituciones de los Estados miembros aplican derecho de la Unión.

Como se recuerda en la STJUE de 6 de marzo de 2014 (c-206/13) *el Tribunal de Justicia ha afirmado la inaplicabilidad de los derechos fundamentales de la Unión en relación con una normativa nacional cuando las disposiciones del Derecho de la Unión en la materia considerada no imponían a los Estados miembros ninguna obligación concerniente a la situación objeto del asunto principal* ( STJUE de 13 de junio de 1996, Maurin, C144/95, Rec. p. I2909, apartados 11 y 12).

No cabe, por tanto, la aplicación del principio de primacía invocado por la parte recurrente.

**QUINTO.** Sí procede, en cambio, llevar a cabo el control de convencionalidad, aunque no en relación a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea sino al convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España mediante instrumento de 18 de febrero de 1985 (BOE núm. 155, de 29 de junio de 1985).

Debemos advertir que en la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2018 no se abordó esta cuestión.

El artículo 96 CE establece que *los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.*

Tal como se declara en la STC 140/2018, de 25 de enero, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y los tratados internacionales ratificados.*

Se añade que el marco jurídico constitucional existente erige, pues, al *control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto,*



a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria (...). Ello supone que, en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto.

Corresponde, por tanto, a esta sala la aplicación de las previsiones contenidas en el convenio número 158 de la OIT, desplazando la aplicación de cualquier norma interna que se oponga a sus previsiones y llevando a cabo, en todo caso, una interpretación de la normativa interna conforme a las previsiones del convenio.

Sentado lo anterior, destacamos las siguientes normas del convenio número 158 de la OIT.

*Art. 1: Deberá darse el efecto a las disposiciones del presente convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional.*

*Art. 4: No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.*

*Art. 8:*

*1. El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro.*

*2. Si una autoridad competente ha autorizado la terminación, la aplicación del párrafo 1 del presente artículo podrá variar de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.*

*Art. 9:*

*1. Los organismos mencionados en el artículo 8 del presente convenio están facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada.*

Estas normas contenidas en el convenio impiden la aplicación del artículo 124.13 LRJS tal como ha sido interpretado por la STS de 2 de julio de 2018, del Pleno (rec. 2250/2016) conforme a la cual, no es posible revisar en pleito individual la concurrencia de las causas de despido colectivo aceptada en el acuerdo firmado entre la empresa y la representación de los trabajadores.

La contradicción entre esta interpretación de la norma interna y el tratado internacional es patente y no requiere mayores argumentaciones.

La mencionada sentencia extiende a los despidos colectivos la presunción de concurrencia de la causa establecida en el último párrafo del artículo 41.4 ET para los supuestos en que el periodo de consultas en los expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo termina con acuerdo.

La extensión de la presunción establecida para los expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo no entra en contradicción con las disposiciones del convenio 158 de la OIT, siempre que no se de a esa presunción un valor *iuris et de iure* que impediría el posterior examen de la concurrencia de la causa por parte de un organismo neutral.

El valor reforzado del acuerdo final del periodo de consultas ampliamente aceptado ya había sido reconocido por anteriores sentencias del Tribunal Supremo ( STS, Pleno, 8 de noviembre de 2017, por todas), en la que, no obstante, se declaró que *la existencia de este acuerdo no significa ni que ello implique una presunción de que concurren las causas justificativas de los despidos, ni que la decisión empresarial de proceder a dichos despidos no pueda impugnarse sin tratar de invalidar previamente o, al menos, simultáneamente... el acuerdo por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, puesto que tales previsiones - contenidas en el artículo 47.1 del ET respecto de las suspensiones de contratos de trabajo derivadas de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción- no figuran ni en el art. 51 del ET ni en el art. 124 de la LRJS en relación con los despidos por las mismas causas.*

Sea como fuere, lo que no puede aplicarse a los despidos colectivos es la limitación, para los casos en que el expediente finaliza con acuerdo, de las causas de impugnación a la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión mediante la aplicación extensiva de lo previsto en el art. 41.4 ERT, porque su aplicación a los despidos colectivos y, en concreto, a las acciones individuales de los trabajadores entraría en clara contradicción con lo establecido en el convenio 158 de la OIT.





No podemos descartar que fuera el obligado cumplimiento de las previsiones del convenio 158 OIT lo que llevó a nuestro legislador a no incluir en el art. 124.13 LRJS una limitación igual a la contenida en el art. 41.4 ET.

Por tanto, en cumplimiento de la doctrina jurisprudencial contenida en la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2018 debemos aplicar en el presente caso la presunción de concurrencia de la causa justificativa de los despidos al haber finalizado el periodo de consultas con acuerdo, pero otorgando a esa presunción un valor *iuris tantum*.

Por último, es cierto que en el presente caso tras el acuerdo entre la representación de la empresa y de los trabajadores la autoridad laboral formuló demanda de oficio en la que se impugnaba el acuerdo alcanzado por quebrantamiento de la buena fe negocial y la concurrencia de fraude de ley y que tal demanda fue desestimada mediante sentencia. Sin embargo, al estar la demanda fundada en los motivos establecidos en el artículo 124.2.c) LRJS y no en el motivo previsto en el apartado a), consistente en la no concurrencia de la causa legal, ningún órgano jurisdiccional, ni siquiera administrativo, ha examinado la cuestión. Nos encontramos, en el presente caso, ante un acuerdo alcanzado entre la representación de la empresa y los representantes de los trabajadores y conforme a las previsiones del convenio 158 las trabajadoras aquí demandantes tienen derecho a recurrir a un organismo neutral, en nuestro caso los órganos de la jurisdicción social, que están facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de los contratos.

Aquella sentencia, en fin, produce el efecto de cosa juzgada previsto en el art. 124.13.b) 2ª LRJS limitada a las cuestiones resueltas en la sentencia. Además, extender el efecto negativo de la cosa juzgada a la concurrencia y justificación de la causa, no planteada ni resuelta en la previa sentencia, supondría una clara vulneración del convenio 158, donde como hemos visto se reconoce a que un órgano neutral examine a instancia de los trabajadores afectados *las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada*.

En consecuencia, prospera el motivo y con ello desaparece el obstáculo para entrar a resolver la cuestión de fondo planteada, lo que haremos a continuación en cumplimiento de lo establecido en el artículo 202.3 LRJS al ser suficientes a tal fin los hechos probados contenidos en la sentencia recurrida.

SEXTO. Con invocación de lo establecido los artículos 51 y 52 ET la parte demandante y ahora recurrente sostiene que la causa alegada no es de carácter objetivo, derivada de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción sino que es consecuencia inmediata e intrínseca de las decisiones ilegales de la dirección de la empresa consistentes en ampliar, incumpliendo la normativa municipal, las instalaciones deportivas en las que las demandantes venían desarrollando su actividad laboral, lo que determinó la orden municipal de paralizar parcial de la actividad del centro deportivo. Por ello, se niega la concurrencia de causa justificativa de los despidos y se solicita que sean declarados improcedentes con las consecuencias inherentes a tal declaración.

**La parte impugnante no se refiere a la concurrencia de la causa de extinción invocada, sosteniendo que la justificación de la medida viene determinada por la existencia de un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Sin embargo, ya hemos visto que tal acuerdo determina solamente una presunción de concurrencia de la causa justificadora de los despidos, que puede ser desvirtuada de contrario.**

**En el presente caso, la causa justificativa de los despidos vendría determinada por el cierre del centro de trabajo o paralización de su actividad por orden del ayuntamiento.**

**Sin embargo, esta circunstancia no constituye propiamente una causa objetiva de carácter económico, técnico, organizativo o de producción. Se trata más bien de un supuesto de fuerza mayor impropia y así lo declaró el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de marzo de 1999 (RCUD 2138/1998) en la que se recuerda que tanto la doctrina científica como la jurisprudencia coinciden en que *el impedimento de la prestación de trabajo por acto de autoridad o factum principis (definido habitualmente como orden de la autoridad gubernativa, pero que cabe ampliar por analogía a la resolución de la autoridad judicial) constituye una causa de extinción (o en su caso de suspensión) del contrato de trabajo equiparable a la fuerza mayor*.**

**No consta en los hechos probados si este era el fundamento de la demanda de oficio formulada por la autoridad laboral en su alegación de fraude de ley, pues no consta en los hechos probados el fundamento de tal demanda, ni tampoco hemos encontrado en los autos la sentencia desestimatoria de aquella demanda. Pero, aun cuando se hubiese aceptado que el cierre o paralización de la actividad por orden de paralización del ayuntamiento encaja en las causas previstas en el artículo 51 ET, no podemos aceptar la justificación de la decisión empresarial cuando el cierre vino motivado por irregularidades o incumplimientos de la propia empresa en materia urbanística.**

**Tanto en los supuestos de fuerza mayor como en los supuestos de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción la procedencia de la medida extintiva requiere que nos encontremos ante**



circunstancias independientes de la voluntad del empresario, circunstancias sobrevenidas y que no sean consecuencia de una previa actuación empresarial, pues en tales casos no cabe hablar propiamente circunstancias objetivas no imputables a ninguna de las partes. Antes, al contrario, la imposibilidad de dar ocupación efectiva a los trabajadores derivó en el presente caso de un incumplimiento por parte de la empresa de la normativa urbanística y en tales circunstancias no podemos considerar justificadas las causas objetivas invocadas para las extinciones de los contratos de los demandantes.

Por tanto, prospera el motivo y con ello íntegramente el recurso, por lo que se revoca y deja sin efecto la sentencia recurrida y en su lugar, entrando resolver la cuestión planteada en la instancia, se declara la improcedencia de los despidos de las trabajadoras demandantes con las consecuencias inherentes a tal declaración y partiendo del salario sin inclusión del plus de desplazamiento por tratarse de una percepción de carácter extrasalarial, tal como se ha resuelto la sentencia recurrida

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución.

## FALLAMOS

Se estima el recurso de suplicación formulado por la representación de D<sup>a</sup> Bibiana y D<sup>a</sup> Camila contra la sentencia n.º 436/19 de fecha 27 de diciembre de 2019 dictada por el Juzgado de lo Social n.º 5 de Palma de Mallorca en sus autos demanda DSP n.º 655/2018, la cual se revoca y deja sin efecto y en su lugar se declaran improcedentes los despidos de las trabajadoras demandantes y se condena a la empresa demandada a estar y pasar por la anterior declaración y a optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución entre la readmisión de las trabajadoras en su puesto de trabajo, con abono de una cantidad igual al importe de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y la fecha de notificación de la presente sentencia o bien a indemnizarlas en la siguientes cantidades:

D<sup>a</sup> Bibiana 51.009,86 € s.e.u.o.

D<sup>a</sup> Camila 8.668,93 € s.e.u.o.

La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de esta Sala de lo Social en el plazo indicado y sin esperar a la firmeza de la presente resolución, advirtiendo a la demandada de que, en el caso de no efectuar opción en el plazo y forma indicados, se entenderá que lo hace por la readmisión.

En caso de ejercicio de la opción por la readmisión las trabajadoras habrán de reintegrar las indemnizaciones ya percibidas.

El ejercicio de la opción por el pago de la indemnización determinará la extinción de la relación laboral que se entenderá producida en la fecha de cese en la prestación de los servicios, debiendo deducirse de las indemnizaciones el importe de las ya percibidas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

## ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA ante la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por abogado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes al de su notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos 218 y 220 y cuya forma y contenido deberá adecuarse a los requisitos determinados en el artº. 221 y con las prevenciones determinadas en los artículos 229 y 230 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social .

Además si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en el Santander, sucursal de Palma de Mallorca, cuenta número 0446-0000-65-0179-20 a nombre de esta Sala el importe de la condena o bien aval bancario indefinido pagadero al primer requerimiento, en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al número de cuenta de Santander IBAN ES55 0049-3569-92- 0005001274, y en el campo "Beneficiario" introducir los dígitos de



la cuenta expediente referida en el párrafo precedente, haciendo constar el órgano "Sala de lo Social TSJ Baleares".

Conforme determina el artículo 229 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregando en esta Secretaría al tiempo de preparar el recurso la consignación de un depósito de 600 euros, que deberá ingresar en la entidad bancaria Santander, sucursal de la calle Jaime III de Palma de Mallorca, cuenta número 0446-0000-66-0179-20.

Conforme determina el artículo 229 de la LRJS, están exentos de constituir estos depósitos los trabajadores, causahabientes suyos o beneficiarios del régimen público de la Seguridad social, e igualmente el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

En materia de Seguridad Social y conforme determina el artículo 230 LRJS se aplicarán las siguientes reglas:

- a) Cuando en la sentencia se reconozca al beneficiario el derecho a percibir prestaciones, para que pueda recurrir el condenado al pago de dicha prestación será necesario que haya ingresado en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, con objeto de abonarla a los beneficiarios durante la sustanciación del recurso, presentando el oportuno resguardo. El mismo ingreso de deberá efectuar el declarado responsable del recargo por falta de medidas de seguridad, en cuanto al porcentaje que haya sido reconocido por primera vez en vía judicial y respecto de las pensiones causadas hasta ese momento, previa fijación por la Tesorería General de la Seguridad social del capital costa o importe del recargo correspondiente.
- b) Si en la sentencia se condenara a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, ésta quedará exenta del ingreso si bien deberá presentar certificación acreditativa del pago de la prestación conforme determina el precepto.
- c) Cuando la condena se refiera a mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, el condenado o declarado responsable vendrá obligado a efectuar la consignación o aseguramiento de la condena en la forma establecida en el artículo 230.1.

Conforme determina el art. 230.3 LRJS los anteriores requisitos de consignación y aseguramiento de la condena deben justificarse, junto con la constituir del depósito necesario para recurrir en su caso, en el momento de la preparación del recurso de casación o hasta la expiración de dicho plazo, aportando el oportuno justificante. Todo ello bajo apercibimiento que, de no verificarlo, podrá tenerse por no preparado dicho recurso de casación.

Guárdese el original de esta sentencia en el libro correspondiente y líbrese testimonio para su unión al Rollo de Sala, y firme que sea, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia junto con certificación de la presente sentencia y archívense las presentes actuaciones.

Así se acuerda y firma.

**DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de la fecha por el Ilmo. Sr. magistrado - ponente que la suscribe, estando celebrando audiencia pública y es notificada a las partes, quedando su original en el Libro de Sentencias y copia testimoniada en el Rollo.- Doy fe.