



Roj: **STSJ ICAN 4568/2014 - ECLI: ES:TSJICAN:2014:4568**

Id Cendoj: **35016340012014101864**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **05/11/2014**

Nº de Recurso: **4/2014**

Nº de Resolución: **1823/2014**

Procedimiento: **Despidos / Ceses en general**

Ponente: **MARIA JESUS GARCIA HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 4568/2014,**
STS 5659/2015

Ilmos. /as Sres. /as

Presidente

D./D^a. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ

Magistrados

D./D^a. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ (Ponente)

D./D^a. MARÍA JOSÉ MUÑOZ HURTADO

En Las Palmas de Gran Canaria, a 5 de noviembre de 2014.

ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente:

SENTENCIA

En los autos de juicio 0000004/2014, seguidos ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias iniciados por D. Faustino en calidad de Delegado de Personal, asistido y representado por D. JOSE MARIA GOMEZ GUEDES contra GESTION URBANISTICA DE LAS PALMAS S.A. y FOGASA, en materia de Impugnación DESPIDO COLECTIVO.

Es Ponente, el/la Ilmo. /a Sr. /a D. /Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Por reparto del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, se recibió demanda sobre Despido Colectivo que fue registrada dictándose decreto con fecha por 27/02/2014, el que se admitió a trámite convocando a las partes a juicio para el día 27/05/2014, a las 11:00 horas, donde ambas partes formularon alegaciones, pruebas y conclusiones con el resultado que consta en acta, elevando a definitivos y quedando los autos vistos para sentencia.

HECHOS PROBADOS

Se declaran probados lo siguientes hechos:

PRIMERO.- Gestión Urbanística de Las Palmas SA (**GESTUR**) es una sociedad inscrita en el Registro Mercantil el 2 septiembre 1980, cuya accionista mayoritario es el Gobierno Autónomo de Canarias con un 86,97% del capital, siendo accionistas minoritarios los Cabildos de Gran Canaria, Lanzarote y Fuerteventura y la Sociedad Mercantil Pública VISOCAN con un 8,31%, 2,27%, 1,32%, 1,13% del capital cada uno de ellos respectivamente.

Tiene la consideración de medio propio, instrumental y servicio técnico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, las entidades locales canarias y las organizaciones autónomas que dependan de cualquiera de ellas, en el marco de sus respectivas competencias y funciones y en las materias que constituyen el objeto social de la empresa.

Se encuentra funcionalmente adscrita a la Consejería de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial.

SEGUNDO.- **GESTUR** tiene por objeto social la realización de las siguientes actividades, tanto para Sector Público como para Sector Privado:

Estudios urbanísticos, incluyendo en ellos la redacción de planes de ordenación y proyectos de urbanización y la iniciativa para su tramitación y aprobación.

Actividad urbanizadora, que puede alcanzar tanto a la promoción de la preparación de suelo y renovación o remodelación urbana como a la realización de obras de infraestructura urbana y dotación de servicios, para la ejecución de los planes de ordenación.

Gestión y explotación de obras y servicios resultantes de la urbanización en caso de obtener la concesión o concluir el convenio correspondiente, conforme a las normas aplicables en cada caso.

Todo los actos tendentes a la consecución de su fin social.

TERCERO.- **GESTUR** cuenta con dos centros de trabajo, uno en Gran Canaria, situado en la c/ Viera y Clavijo nº 31 de Las Palmas de Gran Canaria, y otro en Fuerteventura, Avda. de la Constitución 2, 1º, p. 7, Puerto del Rosario.

CUARTO.- El Gobierno de Canarias, en sesión celebrada el 10 febrero 2012 adoptó medidas para racionalizar la actividad de las sociedades mercantiles públicas y cumplir con los objetivos de déficit público establecidos en el Plan Económico-Financiero de Reequilibrio de la Comunidad Autónoma de Canarias 2011-2013 y en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 septiembre 2011, por el que se establecen los objetivos de estabilidad presupuestaria para cada una de las Comunidades Autónomas para el período 2012-2014, y dispuso que esas medidas generales y específicas aplicables a cada sociedad mercantil pública se concretarían en el Programa de Viabilidad, que tendría vigencia durante el periodo 2012-2014.

QUINTO.- El Programa de Viabilidad de **GESTUR** para el periodo 2012-2014, contenido en el Anexo a la Orden conjunta de los Consejeros de Economía, Hacienda y Seguridad y de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial de 8 junio 2012 buscaba un equilibrio que le permitiera sobrevivir a medio y largo plazo sin suponer una carga para la Comunidad Autónoma, a través de medidas de reducción de gastos e incremento de ingresos.

SEXTO.- Durante el ejercicio 2012 **GESTUR** cumplió las medidas del Programa de Viabilidad concernientes a gastos fijos, medidas legales organizativas y de mejora de la productividad.

En particular, en relación al ajuste en los "gastos de personal", incluidos los gastos de Seguridad Social:

El Programa de Viabilidad establecía un ahorro total de 241.761,41 euros y finalmente el ahorro obtenido ascendió a 245.998,84 euros.

En julio 2012 **GESTUR** despidió a 6 trabajadores, reconociendo la empresa la improcedencia ante el SEMAC y optando por indemnizar conforme al artículo 55.4 ET (D.T. 5ª Ley 3/2012). El importe de indemnizaciones ascendió a 409.199,77 euros, inferior al importe previsto en el Programa de Viabilidad, que preveía un importe de indemnizaciones de 455.744, 71 euros.

Como medida complementaria a los 6 despidos, **GESTUR** inició en el mes de julio de 2012, la tramitación de un ERTE, con el objetivo de reducir el 20% de la jornada de trabajo a otros 5 empleados, disminuyendo en un 20% el importe de su salario.

Previo el correspondiente proceso de negociación (representando a la parte social D. Faustino), se alcanzó acuerdo.

La duración del ERTE se estableció entre 1 agosto 2012 y los años 2013 y 2014.

El SPEE negó a los trabajadores la prestación de desempleo parcial atendiendo al carácter público de **GESTUR**. La resolución se encuentran impugnada en vía judicial.



La empresa ha venido abonando a dichos trabajadores los importes correspondientes al 20% de sus salarios, bajo el concepto "Anticipos al personal". Habrán de ser devueltos si se estiman sus demandas (de agosto 2012 a mayo 2013 ascienden a 8768,64 euros: 4929,81 euros - 2012, 3838,81 euros - 2013). Si se desestiman pasarían a ser "gastos de personal" y los empleados afectados habrían realizado un 20% menos de su jornada laboral.

GESTUR hizo efectiva la reducción salarial del 7,14% sobre las retribuciones percibidas en el año 2012 (RDL 20/2012, 13 julio, y las previstas en la Ley 12/2011, 29 diciembre).

Corrección del porcentaje de la reducción salarial aplicada en el año 2010 a trabajadores con retribución superior a 49.356,38 euros, en cumplimiento del artículo único, apartado 3, letra d, párrafo séptimo, Ley 7/2010, 15 julio: **GESTUR** solicitó con fecha 19 abril 2013 el reintegro de cantidades cobradas indebidamente en años anteriores ofreciendo la opción de abonos en plazos.

En julio 2013 ningún reintegro se había efectuado.

La Consejería de Obras Públicas, Transporte y Política Territorial con fecha 8 julio 2013 recuerda a **GESTUR** el deber de hacer los asientos correspondientes en la contabilidad de la empresa relacionados con los reintegros solicitados por la Intervención General.

SÉPTIMO.- Durante el ejercicio 2012 **GESTUR** incumplió las medidas del Programa de Viabilidad relativas a redimensionamiento de órganos de administración y dirección, y las de naturaleza patrimonial y financiera.

En particular, en relación a las medidas patrimoniales y financieras:

La financiación de **GESTUR** proviene básicamente de la realización de servicios de gestión de obras a la Administración Pública Canaria, mediante encomiendas de gestión, y la venta de inmuebles.

La prestación de servicios al Sector Público, que en el ejercicio 2011 fue de 5.886.273,90 euros, y se preveía que en el 2012 alcanzara 8.484.440,69 euros, fue de 5.317.424,95 euros.

Las ventas al Sector Privado, que en 2011 fueron de 424.210,73 euros, pasaron en 2012 a ser de 0,00 euros cuando la previsión era de 2.422.306,45 euros, y ello a pesar de la revisión de los precios de venta y los canales de información, y de las Instrucciones para la prestación de los servicios de mediación para la venta de productos inmobiliarios aprobados por el Consejo de Administración el 3 julio 2012.

El incumplimiento repercutió en el endeudamiento financiero que, en 2011 ascendía a 11.785.801,04 euros y pasó a ser en 2012 de 12.983.345,87 euros, superando el endeudamiento máximo previsto de 12.576.499,86 euros.

OCTAVO.- El Instituto Canario de la Vivienda adeuda a **GESTUR** 561.303,24 euros.

El capital pendiente de desembolsar por el Gobierno de Canarias asciende a 1.352.277,23 euros.

NOVENO.- El edificio de Viera y Clavijo, sede de **GESTUR**, se puso a la venta en 2012 por un importe de 6.113.889,119 euros (valor de tasación).

Las avanzadas negociaciones con el Cabildo Insular de Gran Canaria motivaron que en diciembre 2012, el traslado de **GESTUR** a otras instalaciones y la solicitud de desalojo de la planta alquilada a la Audiencia de Cuentas.

Las negociaciones quedaron interrumpida ese mes, reanudándose en octubre 2012.

La venta tuvo lugar en enero 2014 por un importe de 4.605.061,60 euros.

DÉCIMO.- El cobro de la deuda del Instituto Canario de la Vivienda, el desembolso del capital pendiente por parte del Gobierno de Canarias y la venta en 2012 del edificio Viera y Clavijo conforme el valor de tasación habrían inyectado liquidez a **GESTUR** de forma puntual o coyuntural pero no le habrían hecho viable económicamente, resolviendo su problema estructural.

La viabilidad económica está en relación con la capacidad de crear beneficios y desde el punto de vista contable es un ingreso de la cuenta de resultado

Liquidez es Tesorería de la empresa para hacer frente a las obligaciones, no es un ingreso de explotación.

DUODÉCIMO.- La disminución de ingresos persistente durante mas de dos años, provocó una falta de liquidez en **GESTUR**, y la necesidad de incrementar el endeudamiento para afrontar sus gastos fijos y financieros motivó que con fecha 18 junio 2013:



En Junta General extraordinaria y universal se aprobara por unanimidad que los socios accionistas - en proporción a su aportación - hicieran un préstamo a la Sociedad por importe de 6.800.000 euros para el periodo 30 julio 2013 a diciembre 2013, para pago a los contratistas.

El Consejero de Obras Públicas, Transporte y Política Territorial emitiera informe propuesta sobre la conveniencia de incoar expediente para autorizar la disolución de la sociedad mercantil.

El Gobierno de Canarias con fecha 27 de junio 2013 acuerda autorizar la disolución de **GESTUR**.

DECIMOTERCERO.- Reunidos en Junta General extraordinaria y universal, los accionistas de **GESTUR** acuerdan por unanimidad el 16 julio 2013 la disolución y liquidación de la Sociedad, tras debatir la situación de la Sociedad en relación con los parámetros establecidos en el Programa de Viabilidad, así como el Acuerdo de Gobierno de 10 febrero 2012 para racionalizar la actividad de las sociedades mercantiles públicas y cumplir con los objetivos del déficit público.

En el mismo acto fueron cesados los administradores y se nombró como liquidador único a la sociedad Corporación 5 Análisis y Estrategia SL

DECIMOCUARTO.- El Balance de Situación y la Cuenta de Pérdidas y Ganancias de **GESTUR** correspondiente al ejercicio 2013 revela la misma tendencia y problemática que se presentaba al cierre del ejercicio 2012, confirmando la preocupación que mostraba el Informe de Auditoría de las cuentas anuales para 2011 ("las existencias no han tenido prácticamente rotación en el último año, por lo que su realización a corto plazo es remota. La empresa en el ejercicio ha incurrido en unas pérdidas antes de impuestos de 1.034.395,34 euros. Las condiciones que se mencionan anteriormente son indicativas de una incertidumbre significativa").

El importe neto de la cifra de negocios cayó de 5.317.424,95 euros en 2012 a 1.891.037,05 euros en 2013 (ventas: 5930,40 euros, prestaciones de servicios: 1885.106,61 euros) y el resultado del ejercicio 2012 arrojó pérdidas por importe de - 1.735.752,82 euros.

GESTUR a cierre de 2012 tenía un patrimonio neto de 16.504.364,03 y a cierre de 2013 de 14.786.829

DECIMOQUINTO.- Con fecha 12 diciembre 2013, D. Valentín , en nombre y representación de **GESTUR** , en su calidad de apoderado de Corporación 5 Análisis y Estrategia S.L., liquidador único, mantuvo reunión con D. Faustino , en su condición de Delegado de Personal, en la que le comunica el inicio del periodo de consultas para la extinción de los contratos de trabajo de todo el personal de la Compañía - 17 trabajadores del Centro de Gran Canaria, 1 trabajador del Centro de Fuerteventura -, por causas económicas: 1. Descenso del nivel de ventas. 2. Pérdidas. 3 Disolución y liquidación de la Sociedad.

Y le hizo entrega de la siguiente documentación:

Escritura de constitución de **GESTUR** y escritura de poder del representante de Corporación 5 Análisis y Estrategia S.L.

Acta de la Junta General extraordinaria y universal de **GESTUR** aprobando su disolución y liquidación y nombramiento de liquidación único.

Memoria Explicativa

Cuentas anuales 2011 y 2012 de **GESTUR**.

-Cuentas anuales a septiembre 2013 firmadas por el liquidador único.

Listado del personal contratado en el último año.

Listado del personal afectado.

Listado del personal actual de la empresa.

Convenio Colectivo de oficinas y despachos de la Provincia de Las Palmas.

Las partes "a los efectos de lo previsto en el artículo 7 del R.D. 1484/2012, de 29 octubre .. acuerdan el siguiente calendario de reuniones:

- Próxima reunión el 18 de diciembre de 2013 a las 14:00 horas.

Si fuera necesario formalizar más reuniones se fijarán en cada reunión ".

DECIMOSEXTO.- El periodo de consultas, iniciado el 12 diciembre 2013, finalizó el 9 enero 2014, celebrándose reuniones en las siguientes fechas:

18 diciembre 2013



7 enero 2014

9 enero 2014.

Al término de cada reunión las partes quedaban convocadas para la siguiente.

En la reunión de 18 diciembre 2013 las partes acordaron solicitar una prórroga del periodo de consultas, que habría de finalizar el 27 diciembre 2013, por un periodo de 15 días adicionales, que finalizaría el 11 enero 2014. El acuerdo fue comunicado a la autoridad laboral el 2 de enero 2014.

DECIMOSÉPTIMO.- La Comisión negociadora quedó constituida en la reunión de 12 diciembre 2013. El liquidador, D. Valentín , en representación de la parte empresarial. El delegado de personal del centro de trabajo de Gran Canaria, D. Faustino , en la representación social.

En la reunión de 18 diciembre 2013 se advirtió de la necesidad de requerir al trabajador de Fuerteventura para que otorgase su representación a D. Faustino

La representación fue otorgada con fecha 19 diciembre 2013.

En la reunión de 7 enero 2014 estuvo ausente D. Valentín , actuando en representación de la empresa su letrada. Su actuación ha sido ratificada.

DECIMOOCTAVO.- Durante las consultas la empresa reconsideró su propuesta inicial de indemnizar en cuantía legal - un total de 427.085 euros - ofertando indemnizaciones de 30 días de salario por año de servicio con tope de 12 mensualidades - un total de 475.076 euros (reunión de 9 enero 2014) - , a raíz de la propuesta realizada por la parte social en la reunión de 18 diciembre 2013, y justificada en cálculos el 29 diciembre 2013, de indemnizaciones equivalentes a 28 días de salario sin tope alguno - 700.000 euros aproximadamente.

DECIMONOVENO.- En las reuniones se trató además de los esfuerzos en recolocaciones (precisamente por esta cuestión en la reunión de 18 diciembre se solicitó, con acuerdo de las partes, la prórroga del calendario de negociaciones por quince días, por ser quince los días en que quedarían interrumpidas las consultas a la espera de conocer el resultado de la actuación empresarial), de los "anticipos" de los afectados por ERTE, del reintegro de cantidades "cobradas indebidamente" durante los ejercicios 2010 y 2011, del calendario de salidas, y de la incidencia en los cálculos indemnizatorios de la baja voluntaria causada por cuatro trabajadores con efectos 16 diciembre 2013 al superar con éxito proceso de selección en Puertos.

VIGÉSIMO.- De cada una de las reuniones se levantó acta firmando los intervinientes.

VIGÉSIMOPRIMERO.- Del inicio del periodo de consultas y de las actas con el contenido de las reuniones y sus vicisitudes, así como de la documentación entregada a la parte social se dio cumplida cuenta y traslado a la Autoridad Laboral.

VIGÉSIMOSEGUNDO.- La reunión de 9 enero 2014 puso fin al periodo de consultas sin acuerdo.

No obstante la representación de la empresa volvió a reunirse con el representante de los trabajadores:

1. El 15 enero 2014, ofertando la parte empresarial indemnizaciones de 23 días con tope de 24 - 583.058 -
2. El 17 enero 2014, presentando la parte social una contraoferta de 28 días con tope - 620.252 euros -.

Tampoco se logró acuerdo

VIGÉSIMOTERCERO.- El Liquidador, con fecha 22 enero 2014 pone en conocimiento del Delegado de Personal y de la Autoridad Laboral la decisión de proceder al despido de los 14 trabajadores que en esa fecha integraban la plantilla de **GESTUR**, detallando el periodo previsto para la formalización de los despidos, en todo caso antes del 8 abril 2014.

VIGÉSIMOCUARTO.- Con Fecha 31 enero 2014 el Servicio de Promoción Laboral de la Inspección Provincial de Trabajo emite informe no constatando la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la negociación del período de consultas.

VIGÉSIMOQUINTO.- Los afectados han sido despedidos por razones económicas. De las comunicaciones se ha dado traslado al Delegado de Personal.

VIGÉSIMOSEXTO.- En asamblea general celebrada el 22 enero 2014 los trabajadores de **GESTUR** autorizan al Delegado de Personal, D. Faustino , por unanimidad, para impugnar la decisión extintiva colectiva.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Los hechos contenidos en los cinco primero ordinales son conforme.



- Ordinales sexto y séptimo: documento nº 6 ramos **GESTUR**, documento 2-1 Tomo II.
- Ordinal octavo.- documento nº 9 ramo demandante. Documento 2.2 Tomo II
- Ordinal noveno- documento nº 1 y nº 4 ramo demandante, documento 2.1 Tomo II, Acta del Consejo Administración 8 abril 2013 Tomo II.
- Ordinal décimo - Auditor
- Ordinal décimosegundo - documentos nº 4 y 10 ramo **GESTUR**
- Ordinal décimotercero - documento nº 3 **GESTUR**
- Ordinal décimocuarto -documento nº 8 e informe auditora 2011 incorporado al documento nº 7 ramo **GESTUR**.
- Ordinal décimoquinto a vigésimo tercero expediente remitido por la Autoridad Laboral.
- Ordinal vigésimocuarto- documento nº 1 **GESTUR**
- Ordinal vigésimoquinto- documento anexo al escrito de demanda.

SEGUNDO.- Se somete a valoración de la Sala el despido colectivo decidido por el liquidador de **GESTUR** tras periodo de consultas finalizado sin acuerdo, y los motivos en los que descansa la demanda son aparentemente dos:

Que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita.

Que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Así resulta del párrafo que da inicio al hecho tercero de la demanda, con expresa cita del artículo 124.2 L.R.J.S. en sus apartados a) y c), y de la estructuración del hecho tercero, dividido en dos apartados: 3.1, dedicado a la "Falta de concurrencia de la causa alegada" y 3.2, que se ocupa de "La decisión extintiva adoptada con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho".

Pero examinando detenidamente el escrito se advierte:

Que realmente el demandante no cuestiona la existencia de causa económica a partir de los datos facilitados por la empresa, sino que denuncia "que la situación contable de la mercantil a fecha de la decisión del Gobierno de Canarias (se refiere a la concerniente a la liquidación y disolución de la sociedad), fue absolutamente provocada con el fin de liquidar una sociedad mercantil que tenía la posibilidad de ser absolutamente viable", y así lo expresa como colofón al apartado 3.1., después de ofrecer las razones por las que, entiende, debieron tenerse por cumplidos los objetivos marcados en el Programa de Viabilidad y detallar una serie de operaciones que entiende que, de haberse realizado, habrían dotado a la sociedad de liquidez.

Que el apartado 3.2. en su integridad aparece dedicado al periodo de consultas, denunciado:

Que no existió una verdadera negociación, manteniendo la parte empresarial una postura inamovible desde un principio.

El "agravio" y "discriminación" de los afectados por el despido colectivo en relación a 6 compañeros despedidos en julio 2012; mientras que las indemnizaciones de los 14 trabajadores de la plantilla importan 427.08580, las indemnizaciones de aquellos 6 trabajadores ascendieron a 409. 19977 euros, siendo a su entender, la situación económica entonces y ahora la misma.

Que no existió calendario de negociaciones, ni se respetaron los intervalos entre reuniones.

Que la reunión de 7 enero tuvo lugar sin asistencia del liquidador.

Que la empresa faltó a la buena fe, "vendiendo" recolocaciones inexistentes, y efectuando deducciones en las liquidaciones a los 4 trabajadores afectados por el ERTE de los "anticipos" a cuenta de las prestaciones de desempleo parcial negadas por el SPEE, y a otros 4 trabajadores por percepciones indebidas en los años 2010 y 2011.

Y en el párrafo final de ese apartado 3.2 cita como infringidos los puntos 2b y 11 del artículo 124 L.R.J.S. El primero recoge como motivo de impugnación del despido colectivo la omisión de periodo de consultas. El segundo prevé, concurriendo aquel defecto formal, que el despido colectivo sea calificado como nulo.

En el suplico el demandante interesa de esta Sala la declaración de nulidad del despido colectivo decidido por **GESTUR** y, subsidiariamente la declaración de no ajustado a derecho, añadiendo que, en este caso, se condene a la empresa a optar entre indemnizar o readmitir a los afectados, con abono, en todo caso, de los salarios devengados durante la tramitación del procedimiento. Añadido que, desde ya, ha de tenerse por no puesto al exceder de los pronunciamientos legalmente previstos para un procedimiento de esta clase.



Una vez delimitado lo que es objeto de litigio entramos en su examen.

TERCERO.- Marco normativo:

Viene determinado por la condición de sociedad mercantil pública de **GESTUR**. (artículo 3.1.d RD Leg. 3/2011, de 14 noviembre , de Contratos del Sector Público).

Por imperativo de la disposición adicional vigésima, párrafo primero del Estatuto de los Trabajadores , los despidos por causas económicas del personal laboral a su servicio ha de efectuarse "de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c E.T. y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestario y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas". Y así lo reitera el artículo 34.3 RD 1483/2012, 29 octubre , por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, añadiendo, en coherencia, que el procedimiento aplicable para los despidos colectivos en este caso es el general contenido en su Título I con la sola peculiaridad de que se le exige además de la documentación ordinaria relacionada en el artículo 3.1 del Reglamento, la indicativa de la relación de las causas del despido con los principios contenidos en la L.O. 2/2012, de 27 abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera , con las medidas o mecanismos previstos en la misma o con los objetivos de estabilidad presupuestaria a que dicha norma se refiere.

CUARTO.- Motivo de forma: no realización del periodo de consulta.

No existió calendario de negociaciones ni se cumplieron los intervalos entre reuniones.-

Argumenta que desde el inicio debió determinarse el número de reuniones y su fecha; que la primera reunión tuvo lugar el 18 diciembre y entre esta y la siguiente, el 7 enero, discurrieron 20 días, cuando debió celebrarse antes de 6 días naturales; que la reunión de 7 enero carece de efecto jurídicos al no asistir la representación social, haciendo en su lugar la letrada de la empresa que carecía de facultades para negociar, por lo que no pudo alcanzarse ningún acuerdo; y que el 7 de enero quedaron citados para el 9 enero, fecha de la reunión final.

De conformidad con el artículo 7. Real Decreto 1438/2012, 29 octubre :

" 2. A la apertura del periodo de consultas se fijará un calendario de reuniones a celebrar, dentro del mismo, que respetará lo establecido en este artículo, si bien las partes podrán acordar de otra forma el número de reuniones e intervalos entre las mismas.

3. Salvo pacto en contrario, conforme a lo establecido en el apartado anterior, la primera reunión del periodo de consultas se celebrará en un plazo no inferior a tres días desde la entrega de la comunicación.

4. En empresas de menos de cincuenta trabajadores, el periodo de consultas tendrá una duración no superior a quince días naturales. Salvo pacto en contrario, conforme a lo establecido en el apartado 2, se deberán celebrar durante el mismo, al menos, dos reuniones, separadas por un intervalo no superior a seis días naturales ni inferior a tres días naturales".

En este caso, en la reunión de 12 diciembre 2013 se acordó que se fijaba la siguiente para el 18 diciembre y que si eran precisas nuevas reuniones se irían acordando, y este cauce negociado fue el seguido en las reuniones de 7 y 9 de enero.

Pero es más, sin exigirlo la norma, las partes en la reunión de 18 diciembre motivan la dilación de la siguiente hasta el 7 enero, se necesitaba un lapso de tiempo para conocer el resultado de las recolocaciones intentadas por la representación empresarial. Las partes así lo quisieron y dispusieron, firmando en prueba de conformidad el acta. Por ello acordaron solicitar una prórroga de la duración de las negociaciones en quince días, posibilitando su extensión más allá del término final inicialmente previsto, 27 diciembre 2013.

Resulta inadmisibles la denuncia del demandante al contrariar sus propios actos (STS 23 mayo 2014 , Rj. 2014/4358, FJ.7).

Deber de negociar de buena fe.

Prescribe el artículo 51.2 E.T . que "el despido colectivo deberá ir precedido de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores.(que).. 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".

Dicho precepto transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 julio, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos y cuya finalidad es asegurar la información, la consulta y la participación de los trabajadores, que deberá desarrollarse



mediante la utilización de mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros.

En términos idénticos el artículo 7.1 Real Decreto 1483/2012, 29 octubre , que además añade el siguiente inciso: "A tal fin los representantes de los trabajadores deberán disponer desde el inicio del periodo de consulta de la documentación preceptiva. y las partes deberán negociar de buena fe".

Sobre el contenido de este "deber de negociar de buena fe" se pronuncia la STS 16 noviembre 2012 (recurso 236/2011)- resultando irrelevante su referencia a un supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo). En ella se dice:

"Se evidencia la trascendencia que el legislador quiere dar al periodo de consultas...configura dolo no como mero trámite preceptivo, sino como una verdadera negociación colectiva, entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, tendente a conseguir un acuerdo, que en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores de dicha decisión empresarial, negociación que debe llevarse a cabo por ambas partes de buena fe. Como ya tuvo ocasión de señalar esta Sala en sentencia de 30 junio 2011 (rec. 173/2010), aún cuando en el precepto legal no se impone un número mínimo de reuniones habrá de estarse a la efectiva posibilidad de que los representantes legales sean convocados al efecto, conozcan la intención empresarial y puedan participar en la conformación de la misma aportando propuestas o contrapropuestas, con voluntad de diálogo y de llegar a un acuerdo, lo que obliga a la empresa. en el marco de la obligación de negociar de buena fe, (al facilitarle de manera efectiva a los representantes legales de los trabajadores la información y documentación necesaria, incumbiendo igualmente a la empresa la carga de la prueba de que. ha mantenido tales negociaciones en forma hábil y suficiente para entender cumplimentados los requisitos expuestos".

Roqueta Buj en su estudio sobre "El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público" delimita el "deber de negociar de buena fe", siendo sus consideraciones extrapolables al caso:

"El deber de negociar de buena constituye una obligación de medio con un contenido positivo y otro negativo. Del lado positivo, supone que las partes han de tener la posibilidad de alegar lo que estimen oportuno, aportar propuestas, y de tener contactos o conversaciones con carácter previo a la adopción del acuerdo o acuerdos y que están obligados a observar una conducta que haga posible la conclusión del Pacto o, en su caso, del Acuerdo, esto es, a realizar todos los esfuerzos que estén de su mano para llegar a un compromiso, transigiendo dentro de sus posibilidades y justificando su negativa a aceptar las observaciones de la contraparte. Desde el segundo, la buena fe supone evitar las abstenciones, esto es, no vincular que se negocia cuando no se está dispuesto a convenir, no dilatar las negociaciones, suministrar razones consistentes y ofrecer una contrapropuesta razonable. Implica no usar de intimidación, maquinaciones dolosas ni claro aprovechamiento por una de las partes del error en que la otra pueda incurrir. Comporta también evitar por ambas partes posiciones absurdas, negativas o tendentes a desestabilizar la propia negociación".

Para analizar el cumplimiento de ese deber ha de analizarse en cada caso el alcance de la posición empresarial y la manera en que han discurrido esas negociaciones (STS 21 mayo 2014 , Rj. 2014/4214, con cita de las de 20 marzo 2013 (Rj. 2013/2883) y 18 febrero 2014 (Rj 014/2239).

En el supuesto de autos, el modo en que se desarrolló el proceso negociador en el tiempo es una evidencia de su realidad:

Se abre el 12 diciembre 2013, se suceden tres reuniones con una interrupción justificada en la necesidad de un margen temporal para conocer si los contactos a efectos de recolocar al personal lograban éxito, se solicita una prórroga en la duración del periodo de consultas para compensar la interrupción y finalizada la prórroga continúan las reuniones intentando el ansiado acuerdo que tampoco así se logró. Pero es más, las actas, que documentan el contenido de cada una de las reuniones reflejan no solo la preocupación de la parte social por las recolocaciones, cuantía indemnizatoria, calendario de salidas y por la incertidumbre acerca de los "anticipos" a los afectados por el ERTE y del reintegro de "cantidades indebidamente percibidas" en los años 2010 y 2011, sino también la voluntad de la representación empresarial de dar resolución a cada una de aquellas cuestiones del modo más satisfactorio posible.

Recolocaciones.-

Reveladora la declaración del representante de la parte social, que expresó que, desde la fecha de la liquidación, como liquidador, dirigió sus esfuerzos ("intenté en la medida de mis posibilidades hacer todo lo posible") por recolocar. "Se pudo con cuatro trabajadores y no se pudo con mas".

Que la parte social era consciente de ese esfuerzo es muestra el hecho de que en la reunión de 18 diciembre las partes, de común acuerdo, vista la necesidad de un margen de dos semanas para conocer con exactitud



el resultado de las posibles recolocaciones, interrumpieron el periodo de consultas por 15 días, los mismos que interesaron de prórroga.

Finalmente, la limitación a las partidas de personal que vienen soportando los Entes Públicos se erigió en obstáculo insuperable.

Anticipos vinculados al ERTE y corrección el porcentaje de la reducción salarial aplicado en el año 2010 en cumplimiento del artículo único, ap. 3 d p. séptimo Ley 7/2010, 15 julio.-

En la reunión de 7 enero 2014 la parte empresarial "comentó":

"en relación al personal afectado por el ERTE, entiendo que sería razonable alcanzar un acuerdo en los términos siguientes: el personal afectado por dicha reducción temporal de jornada ha venido percibiendo por parte de **Gestur** Las Palmas el importe que el SPEE ha dejado de abonar. De tal manera que si el procedimiento judicial en curso, que pretende el reconocimiento a dichos trabajadores de la prestación por desempleo correspondiente, finalizó con éxito para las pretensiones de los trabajadores, éstos deberán devolver las cantidades satisfechas por **Gestur** Las Palmas en sustitución del SPEE..

En cuanto a las cantidades supuestamente cobradas indebidamente correspondientes a los ejercicios 2010 y 2011 la parte empresarial se compromete a no descontar las mismas de las liquidaciones y finiquitos al entender que se encuentra prescritas".

Estas cantidades venían siendo objeto de seguimiento por parte de la Intervención General de la Comunidad Autónoma de Canarias, y son objeto de especial mención en la Auditoría operativa y de cumplimiento sobre el Programa de Viabilidad correspondiente al ejercicio 2012 de la Sociedad.

Calendario de salidas.-

En la reunión de 7 enero la parte empresarial plantea la necesidad de ampliar en 3 meses el plazo fijado en la solicitud de despido colectivo, 2 meses a contar desde la finalización del periodo de consultas, justificándolo en la necesidad de concluir algunos proyectos permanecerían los trabajadores cuyas funciones fueran necesarias para gestionarlos.

En la reunión de 9 enero concreta que 9 trabajadores verían extinguido su contrato en el plazo de 1 mes a contar desde la finalización del periodo de consultas y 5 trabajadores, que se identifican, continuarían prestando servicios hasta transcurridos 3 meses a contar desde la finalización del periodo de consultas para finalizar los proyectos en curso.

Importe de las indemnizaciones.-

La partes empresarial mejoró la propuesta inicial (la legal - total 1427.085 -) en la reunión de 9 enero, ofertando 30 días con tope de 12 mensualidades (total 475.076 euros) e incluso, ya fuera del periodo de consultas, hizo una segunda propuesta de 23 días con tope de 24 mensualidades (total 583.058).

Es más, en la reunión de 9 enero la representación empresarial informó de la razón que justificaba su rechazo a la propuesta social de 28 días sin tope: "se ve en la imposibilidad de asumir dicho coste que implica el desembolso aproximado de 700.000 euros" y es "en aras a alcanzar un acuerdo" por lo que plantea como alternativa la indemnización de 30 días con tope de 12 mensualidades. Contestando la parte social que la oferta "le parece muy escasa entendiéndose además que la gran mayoría de los trabajadores debido a su antigüedad están topados por esos 12 meses y por lo tanto no le afectaría de ninguna manera el aumento de los días ofrecidos; siendo la cuantía ofrecida por el empresa tan solo de 46.000 euros adicionales a la indemnización legal por lo que solo afectaría a 6 trabajadores".

En una segunda reunión fuera del periodo de consultas, 17 enero 2014, la parte social propuso 28 días con tope en un total de 620.252 euros.

En suma la parte empresarial incrementó su propuesta inicial en 47.991 euros durante el periodo de consultas y en 155.973 euros en las reuniones que le siguieron.

La parte social minoró su contrapropuesta inicial en 86.301 euros fuera del periodo de consultas.

La diferencia final entre la propuesta social y empresarial era de 35.000 euros.

Las ofertas indemnizatorias por importe superior al legal han de justificarse por el liquidador ante el Tribunal de Cuentas.

A la vista de las circunstancias y consideraciones expuestas no puede prosperar la denuncia de inmovilidad de la postura empresarial durante el periodo de consultas, que parece que el demandante confunde con la no asunción de sus exigencias.



La voluntad negociadora por parte de la entidad demandada, dentro del margen de maniobra que le era posible, es una realidad. Y pretender la vinculación de la empresa a "comentarios" - "anticipos" y "reintegros"- efectuados en periodo de consultas con ánimo negociador cuando no se alcanza acuerdo a su término, carece de fundamento.

En cuanto al supuesto agravio o discriminación en relación a los seis compañeros despedidos en julio de 2012 por razón de la cuantía indemnizatoria carece de sustento por ser distintas las circunstancias de los despidos y la situación económica de la empresa

En conclusiones la dirección legal del demandante llegó a calificar la actitud empresarial de "mezquina" al no ceder a su propuesta que suponía una diferencia de 35.000 euros, nimia atendido el valor del patrimonio empresarial, y justificada por la dedicación a la empresa durante los veinte años de su existencia.

El demandante está refiriéndose a propuestas efectuadas ya fuera del periodo de consultas y, en cualquier caso, con su alegato lo que evidencia es un erróneo planteamiento de lo que ha de ser una negociación, al partir del "derecho" a una indemnización superior a la legal que la empresa habría de haber admitido, sin valorar los esfuerzos en mejorar la "indemnización legal" representados en las propuestas ni la delicada situación de la empresa, sometida a la fiscalización de la Intervención General y del Tribunal de Cuentas.

3.- Inasistencia de liquidador a la reunión de 7 enero, actuando en su representación la letrada de la empresa.

Ninguna relevancia puede tener desde el momento en que el liquidador ratifica todo lo actuado - así lo expresó en el acto de juicio - y ninguna indefensión se ocasionó a la parte social, tratándose en la reunión las cuestiones de interés que constan en el acta firmada por los asistentes, sin que en momento alguno la parte social realizara manifestación al respecto.

QUINTO.- Motivo de fondo: situación contable provocada con el fin de liquidar la sociedad y repartirse el patrimonio entre los socios.

GESTUR se disolvió y liquidó por no ser económicamente viable. Y lo que el demandante aduce es:

Que no se le dio oportunidad de serlo porque existiendo un Programa de Viabilidad para el periodo 2012 a 2014 no se permitió completarlo, pese a que a la fecha de la drástica decisión se estaba cumpliendo.

Que su patrimonio ascendía a 14.786829 euros a 31/12/2013 y pendía el desembolso por el Gobierno de Canarias del Capital pendiente 1.352.277,23 y el cobro de una deuda al Instituto Canario de la Vivienda por valor de 561.303,24 euros.

Que no se bajó el precio de venta de los inmuebles y que, inclusive, el edificio sede de **GESTUR** en Viera y Clavijo se mal vendió por un precio inferior al de tasación a un socio, el Cabildo Insular de Gran Canaria.

Que, en cualquier caso, debió valorarse el recurso a formulas alternativas como el concurso de acreedores que, a su juicio, hubieran permitido la continuidad de la sociedad. Denuncia el diferente trato dado a **GESTUR** Tenerife, siendo idéntica su situación.

No compete a la Sala efectuar un juicio de oportunidad sobre cual medida debió adoptar **GESTUR**, por cuanto ello pertenece a la gestión empresarial. Dicho de otro modo, acudir a un despido colectivo constituye un juicio de oportunidad que exclusivamente corresponde a los órganos de dirección de la empresa. Ello con la obligada exclusión de los supuestos de abuso de derecho o fraude de Ley, que lógicamente no pueden recibir amparo (STS 17 julio 2014 , JUR 2014/2632).

Con gran expresividad la Audiencia Nacional en sentencia de 28 septiembre 2012 (AS 2012/2515) mantiene: " el legislador ha determinado qué aspectos del despido pueden ser controlados mediante este procedimiento, y desde luego no lo es la mayor o menor habilidad que la entidad empresarial demuestra en la gestión del negocio".

A partir de esta premisa la denuncia del demandante habría de decaer sin más. Ello no obstante consideramos de interés resaltar:

Que el Gobierno de Canarias acuerda con fecha 27 junio 2013 autorizar la disolución de la mercantil visto el informe - propuesta suscrito por el Consejero de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial de 18 junio 2013 sobre la conveniencia de incoar expediente a tal fin por razones de oportunidad, que atiende:

A la disminución de ingresos persistente durante más de dos años, que provocó una situación de falta de liquidez en la empresa y la necesidad de incrementar el endeudamiento de la sociedad para afrontar sus gastos fijos y financieros.



A la situación de recesión económica en el sector de promotores de suelo y de la construcción en Canarias desde 2008, que en la Sociedad no se tradujo en pérdidas hasta el ejercicio 2011, debido a que las dotaciones y provisiones permitieron afrontar los primeros años de ese retroceso de ventas, siendo las perspectivas de recuperación en 2013 improbables.

Al hecho notorio de que la inversión privada, tanto de familias como de empresas, está determinada por un endurecimiento de las condiciones de acceso al crédito para la adquisición de cualquier producto inmobiliario

A que la capacidad de crecimiento en la actividad de prestación de servicios a entidades públicas y privadas se ve afectada por el contexto presupuestario de la Comunidad Autónoma de Canarias.

El Viceconsejero de Hacienda y Planificación del Gobierno de Canarias expuso con gran claridad como esta falta de liquidez financiera colocaba a la Comunidad Autónoma en una muy complicada posición para atender al cumplimiento de los objetivos de estabilidad y en un momento en que, modificado el artículo 135 CE, había que priorizar los vencimientos de la deuda.

Cierto que existió un fondo de maniobra positivo, pero su composición eran parcelas, edificios etc. que no se podían vender para pagar los pasivos a corto plazo lo que es indicativo de un problema de liquidez o tesorería.

En este panorama, el cobro de la deuda del Instituto Canario de Vivienda, el desembolso del capital pendiente, la venta de un concreto inmueble -Viera y Clavijo-... habrían inyectado liquidez puntual, coyuntural pero no habrían resuelto el problema real que era la falta de ingresos, determinante de la falta de viabilidad de la empresa. Así lo explicó el Auditor distinguiendo entre viabilidad económica - capacidad para crear beneficios, obtener ingresos y soportar gastos - y liquidez - tesorería para hacer frente a las obligaciones - y declaró que la mercantil no estaba en situación concursal o preconcursal porque no existía una insolvencia inmediata; tampoco estaba incurso en causa de disolución conforme a la Ley de Sociedades, porque no existían pérdidas acumuladas que hubieran dejado reducido el capital por debajo del 50%, lo que existía era falta de viabilidad al no existir demanda de mercado para ventas y causar ingresos sostenidos del 0%

Procede declarar ajustada a derecho la decisión empresarial objeto de enjuiciamiento.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLAMOS

Desestimamos la demanda de Conflicto Colectivo formulada por D. Faustino en su condición de Delegado de Personal contra contra GESTION URBANISTICA DE LAS PALMAS S.A. (**GESTUR**) y FOGASA y declaramos ajustada a derecho el despido colectivo de todo su personal con absolución de la demandada.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, y al Ministerio Fiscal.

Una vez firme, a los trabajadores que pudieran resultar afectados y hayan comunicado su domicilio a la Sala a efecto de notificación, a la Autoridad Laboral y a la Entidad Gestora de la prestación por desempleo y a la Administración de la Seguridad Social.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación ordinaria ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que podrá prepararse en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante esta Sala el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el BANCO SANTANDER número: 3537/000066/0004/14 a nombre de esta Sala.

Comuníquese la sentencia a la autoridad Laboral competente.

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