



Roj: **STS 696/2013 - ECLI:ES:TS:2013:696**

Id Cendoj: **28079130042013100040**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **26/02/2013**

Nº de Recurso: **896/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 3176/2011,**
STS 696/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Febrero de dos mil trece.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 896/12 interpuesto por el Letrado del Gobierno de Canarias, en nombre y representación del Gobierno de Canarias contra la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2011, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas Sección 2ª, en el recurso núm. 325/10, seguido a instancias de Caledonia Park, SL, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 27 de julio de 2009 del Director General de Trabajo que acuerda no autorizar el expediente de regulación de empleo 63/2009 instado por la recurrente. Ha sido parte recurrida Caledonia Park, SL representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Carmen Benitez López.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo 325/10 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, Sección 2ª se dictó sentencia con fecha 9 de diciembre de 2011, que acuerda: "Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª Maria del Carmen Benitez López, en representación de Caledonia Park, SL, contra los actos a que hace referencia el Fundamento de Derecho Primero de esta resolución, que anulamos, reconociendo el derecho que tenía la parte recurrente a obtener la autorización solicitada. Todo ello, sin imposición de costas procesales".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias se prepara recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- Dicha representación procesal, por escrito presentado el 1 de marzo de 2009 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- La representación procesal de Caledonia Park, SL por escrito de 27 de noviembre de 2012 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

QUINTO.- Por providencia de 9 de enero de 2013 se señaló para votación y fallo para el 19 de febrero de 2013, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente la Excm. Sra. Dª. **Celsa Pico Lorenzo**, Magistrada de la Sala



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Letrado del Gobierno de Canarias en nombre y representación de éste interpone recurso de casación **896/2012** contra la sentencia estimatoria de fecha 9 de diciembre de 2011, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas Sección 2ª, en el recurso núm. 325/10 , deducido por Caledonia Park, SL , contra la desestimación del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 27 de julio de 2009 del Director General de Trabajo que acordó no autorizar el expediente de regulación de empleo 63/2009 instado por la recurrente sustentado en causas económicas. Resuelve la Sala anular tal acto al tiempo que reconoce el derecho de la parte recurrente a obtener la autorización solicitada.

Identifica la Sala el acto impugnado en su PRIMER fundamento (completa en CENDOJ Roj: STSJ ICAN 3176/2011) donde plasma la razón de decidir de la Consejería de Empleo del Gobierno de Canarias expresada en la consideración jurídica quinta de la resolución al señalar que *"...Consta en el expediente Acta de finalización del período de consultas el cual concluye sin acuerdo. De igual manera obra en el expediente informe evacuado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el que manifiesta que la causa invocada por la mercantil no acredita suficientemente que se trata de una situación que dé lugar a la suspensión de los contratos instada, informando desfavorablemente la misma. Por último, consta en el expediente acuerdo alcanzado por las partes en fecha 8 de enero de 2009, por el que se modificaron todos los contratos de trabajo al modelo de fijo discontinuo, habiéndose acordado igualmente que la empresa no podría plantear procedimiento alguno de regulación de empleo"*.

Aclara que la referencia a "la suspensión de los contratos" obedece a un mero error material como se desprende del Antecedente Cuarto que se refiere también al Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Reseña también la esencia de la pretensión actora y de la oposición del defensor de la administración autonómica.

Es relevante reflejar el contenido del SEGUNDO consignando parte del Informe de la Inspección de Trabajo en que se funda la decisión impugnada. Dice así:

"CUARTO. El Expediente de referencia tuvo entrada en esta Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social el día 07 de julio de 2009.

Se debe precisar que con anterioridad, el día 12 de junio de 2009, la empresa presentó Expediente de Regulación de Empleo (nº 49/09) por causa de fuerza mayor, siendo no autorizado por la Dirección General de Trabajo con fecha 25 de junio de 2009. Que esta Inspección de Trabajo y Seguridad Social, remitió Informe con fecha 26 de junio de 2009 indicando que se consideraba como fuerza mayor la causa alegada por la empresa como motivadora de la extinción de los contratos de trabajo.

Con fecha 08 de julio de 2009 comparece la empresa representada por D. Jesús, gerente de la empresa. Se expone la situación de la empresa, indicando que conforme a la normativa de turismo arriba indicada, la empresa no puede continuar la actividad de explotación con el resto de propietarios (80 frente a de 120 a 180 que han solicitado la rescindir el contrato), y el Servicio Administrativo de Turismo del Cabildo de Tenerife podría revocar la autorización turística de explotación, sin perjuicio de la pertinente sanción administrativa por vulnerar el principio de unidad de explotación. Ésta circunstancia implica que la empresa no ha podido explotar el complejo turístico desde el día 1 de julio de 2009, y consecuentemente no percibe ningún ingreso desde esta fecha.

La empresa acredita comunicación de la intención de presentación de Expediente de Regulación de Empleo por causas económicas al comité de empresa, mediante carta firmada por sus miembros el día 1 de Julio de 2009.

Durante el período de consultas la empresa se reúne con el Comité de Empresa a fecha 14 de Julio de 2009. Que dicho periodo de consultas concluye sin acuerdo.

Se debe precisar que mediante modificación comunicada a la Dirección General de Trabajo el día 19 de marzo de 2009, los trabajadores permanecieron con un periodo de inactividad de 1 de mayo a 30 de junio como trabajadores/as con contratos fijos discontinuos. En el apartado cuarto del acuerdo se establecía "Durante la vigencia del presente acuerdo, la empresa no podrá plantear procedimiento alguno de regulación de empleo previsto en el Estatuto de los Trabajadores y en sus normas de desarrollo".

QUINTO. *En lo que se refiere a la causa alegada por la empresa como económicas, que justifican la solicitud de extinción de los contratos de trabajo, y tras la entrevista mantenida con la representación de la empresa, y examen de la documentación aportada, se informa lo siguiente:*

1) Que como causa económica la empresa alega: "Las pérdidas generadas por la empresa durante el primer semestre del 2009 (240.996,48€) hubieran sido normalmente absorbidos por los ingresos del Apartotel durante



la temporada alta, pero la imposibilidad de explotar materialmente el mismo, así como sin infringir la Ley, impide la generación de ingresos, dejando a la empresa sin viabilidad". Por tanto, no existe una situación económica previa, es decir, las posibles pérdidas económicas de la empresa son consecuencia de no poder continuar con la explotación turística, que le impide solventar su situación financiera,

2) *Que consultado el Registro Mercantil se constata que la empresa ha cumplido con su obligación de depósito de cuentas anuales en los ejercicios anteriores (2005, 2006 y 2007). No obstante la documentación presentada por la empresa no es suficiente para valorar la situación económica de la empresa. No se aporta Impuesto de Sociedades ni Auditoría de Cuentas Anuales."*

Lo que se puede inferir de aquí, pues la falta de claridad raya la indefensión, es que procedía la autorización extintiva por causa de fuerza mayor ante la imposibilidad de continuar con la explotación empresarial. Sin embargo, habiendo sido denegada la autorización por esta causa, no procede acoger la alegación de causas económicas. Por otra parte, aun cuando valora la situación de la empresa y confirma la imposibilidad de desarrollar su actividad, concluye que "la documentación presentada por la empresa no es suficiente para valorar la situación económica de la empresa" sin aludir a que los posibles defectos son subsanables y la Administración está obligada a requerir la subsanación (artículo 51.3 del Estatuto de los Trabajadores).

Tras ello en el TERCERO analiza la fuerza mayor regulada en el art. 51.12 del Estatuto de los Trabajadores , RD legislativo 1/1995, de 24 de marzo, ET en relación con los artículos 51.1 y 57 bis para concluir que procede estimar el recurso en razón de que del precepto se desprende la necesidad de correlación "razonable" entre las causas económicas -acreditadas- y la decisión extintiva pretendida.

No somete a enjuiciamiento la negativa a apreciar fuerza mayor, pues no es este el acto impugnado, pero sí constata que no se trata de que las pérdidas afecten a la viabilidad del proyecto empresarial sino que *"tal proyecto ha devenido absolutamente inviable, de modo que ha desaparecido la explotación empresarial, lo que justifica la extinción de los contratos de trabajo"* .

En lo que se refiere al pacto suscrito en el Acuerdo de 8 de enero de 2009 sobre la no promoción de procedimiento de regulación de empleo durante su vigencia (2009 y 2010), observa que la imposibilidad de explotación surge con posterioridad a su suscripción, es decir, a partir de la Sentencia de 18 de marzo de 2009 dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife .

SEGUNDO .- 1. Un primer motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA aduce infracción art. 51.1 ET . Sostiene que no concurren causas económicas que justifiquen el despido colectivo solicitado.

Arguye que las posibles pérdidas, son consecuencia de no poder continuar con la explotación turística que le impide solventar su situación financiera.

Alega que, en su caso, se trataría de la causa del art. 59, g) ET pero no fue instado por tal causa.

1. Objeta el primer motivo la parte recurrida.

Esgrime que la documentación económica acredita concurren las circunstancias previstas. Afirma hay una situación económica negativa, no solamente por medidas actuales (240.996,48 €, en el primer semestre de 2009 inmediatamente anterior a la solicitud de la autorización de extinción de contratos), sino también previstas en aquel momento. Así lo demuestra que la Sociedad fuera declarada en situación de concurso por Auto del Juzgado Mercantil número 1 de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de Marzo de 2010 y que dicha situación, unida a la imposibilidad de seguir explotando el complejo hotelero que constituía la única actividad de la empresa, sin infringir la Ley, hacía totalmente inviable su continuidad.

2. Un segundo al amparo del artículo 88.1. d) de la LJCA . Invoca que la sentencia infringe por aplicación indebida los artículos 57. bis del ET y 64.1 de la Ley 22/2003 Concursal , pues en ambos preceptos se considera el previo requisito de un expediente administrativo de suspensión o extinción de contratos de trabajo, en trámite, lo cual no ocurre en el caso.

Mediante Orden de 25 enero de 2010 se dictó la última resolución administrativa en el expediente de regulación de empleo que confirmó la denegación de autorización de extinción de las relaciones laborales, y el propio artículo 64.1 de la Ley Concursal citado en la sentencia de la Sala de instancia establece que dichos expedientes una vez declarado el concurso se tramitarán ante el juez concursal.

Razona que todo ello no impide que durante la tramitación del procedimiento de concurso, tanto la administración concursal, como el deudor o trabajadores puedan instar del juez del concurso la declaración de extinción colectiva de los contratos de trabajo (artículo 64.2 del la citada Ley).

2.1. Refuta el motivo la recurrida.



Objeta que no aplica dichos preceptos por cuanto la situación de concurso se declara por Auto de 2 de Marzo de 2010 , cuando el expediente administrativo ya había finalizado.

3. Un tercer motivo al amparo del artículo 88.1. d) de la LJCA .

Esgrime vulneración del artículo 6.1.a) del Real Decreto 43/1996 por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo que establece que si la causa aducida por la empresa es de índole económica, deberá presentarse documentación debidamente auditada acreditativa del estado y evolución de su situación económica, financiera y patrimonial en los tres últimos años.

Manifiesta que, aunque se entendiera que la causa motivadora de la solicitud es económica, lo cierto es que no habiéndose cumplido tal requisito tampoco podría reconocer el derecho a la autorización de extinción de las relaciones laborales, porque hasta tanto no se hubiera constatado que la contabilidad de la empresa estuviera auditada y se hubiera realizado la presentación además de la liquidación del impuesto de sociedades, como señala en su informe la Inspección de Trabajo, no se podría establecer una valoración y concluir sobre la existencia de causas económicas.

3.1. También es rechazado por la recurrida.

Invoca el último párrafo del FJ 2º de la sentencia respecto a que no cabe oponer en sede judicial ausencia de documentación cuando en sede administrativa fue reputada suficiente.

TERCERO.- Para analizar los motivos hemos de partir de una serie de hechos incontestables que aunque no se encuentran algunos claramente reflejados en la sentencia impugnada su toma en consideración es necesaria para resolver los motivos del recurso conforme al art. 88.3 LJCA .

1. La documentación que acompaña a la solicitud firmada a 1 de junio de 2009 no se incardina bajo el apartado fuerza mayor, A), sino bajo el apartado B) suspensión o extinción de la relación de trabajo por causas económicas o tecnológicas instada por la empresa en que aparecen como aportados lo exigido en los puntos, 2,4,5,a), 6 y 8. Tal es el apartado enjuiciado por la Sala de instancia.

Es cierto, como recoge la Resolución administrativa, que en el informe de la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social se afirma que no se aporta declaración a efectos de Impuesto de Sociedades, apartado b) del punto 5.

Mas también lo es, como certeramente expresa la sentencia impugnada, que tal defecto en la presentación de documentación es subsanable estando obligada la administración a requerir su subsanación conforme al art. 51.3 ET .

2. La empresa al contestar el trámite de alegaciones en vía administrativa discrepa del argumento administrativo de que " *la empresa no acredita suficientemente la causa económica alegada* " bajo el razonamiento de "*cómo se puede mantener un puesto de trabajo, sin centro de trabajo y sin capacidad de generar ingresos* " .

Tal alegato carece de respuesta en la resolución administrativa examinada por la Sala de instancia. Ésta, acertadamente, pone de relieve que la mención a la "suspensión" de los contratos es un error dado que lo interesado es la "extinción".

3. La empresa en su escrito de demanda insiste en lo ya manifestado en la Memoria explicativa de la solicitud de autorización para extinción de contratos de trabajo que residencia en las causas económicas que impiden la explotación del complejo hotelero en "unidad de explotación" exigida por la legislación autonómica canaria. Todo ello tras las Sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Tenerife a favor de la resolución de los contratos de cesión y devolución de la posesión de los apartamentos a los propietarios demandantes.

CUARTO.- También antes de entrar en el concreto examen de los motivos recordaremos que esta Sala y Sección en su Sentencia de 16 de junio de 2004, recurso de casación 1478/2002 confirmó una Sentencia del TSJ Cantabria en que a la vista de la prueba practicada consideró que la cesación en la actividad comercial por carecer de la titularidad necesaria en la explotación del negocio conduce a su cierre.

Se añadió que "*estamos ante una causa organizativa ajena a la propia actividad empresarial y que la medida propuesta es la respuesta adecuada al hecho sobrevenido*" FJ 4º.

QUINTO .- También hemos de insistir en la notoriedad de la naturaleza extraordinaria y formal del recurso de casación que no solo exige su fundamentación en los motivos taxativamente establecidos en el art. 88 de la LJCA que deben argumentarse debidamente conforme a lo establecido en los preceptos reguladores y la jurisprudencia que los interpreta. Pero, además, no puede pretenderse en sede casacional un primer pronunciamiento sobre cuestiones no suscitadas ante la Sala de instancia.



El recurso de casación es la herramienta prevista por nuestro ordenamiento procesal para la revisión de los criterios interpretativos utilizados por órganos jurisdiccional inferiores en grado.

Se trata de lograr por tal medio una función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación del derecho efectuado por las Salas de instancia a fin de obtener la unidad del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, mediante tal vía no es factible subsanar omisiones acontecidas en instancia reabriendo un debate procesal respecto cuestiones que no fueron objeto de controversia y, por ende, de pronunciamiento alguno en la sentencia impugnada.

Ha de recalarse que los preceptos invocados como infringidos en su interpretación o como vulnerados por su falta de aplicación en la Sentencia no pueden ser esgrimidos por vez primera en sede casacional. (STS 23 de mayo de 2012, recurso de casación 4206/2009).

Por ello la introducción de cuestiones nuevas conduce a la inadmisión del motivo como reiteradamente mantiene este Tribunal (por todas STS 23 de enero de 2009, recurso de casación 4709/2006 , 8 de noviembre de 2010, recurso de casación 1469/2009).

Asimismo es condición primordial que combatir los razonamientos de la sentencia impugnada y no los argumentos del acto administrativo de que trae causa (sentencia de 21 de junio de 2010, rec casación 4940/2008).

No cabe en un recurso de casación cuestionar el acto administrativo de instancia reproduciendo los argumentos de la demanda en lugar de atacar la sentencia ni tampoco apoyarse en aquel olvidando los términos de la sentencia.

Debe insistirse en que es esencial no reproducir los argumentos esgrimidos en instancia (STS de 21 de marzo de 2011, rec casación 3656/2009 , STS 23 de mayo de 2012, recurso casación 4206/2009) por cuanto lo que debe discutirse son los razonamientos de la sentencia objeto de recurso de casación.

SEXTO.- Si atendemos a lo expuesto hasta el momento los diversos motivos no pueden ser acogidos.

1. Respecto del primer motivo no cabe negar la existencia de causas económicas que deben examinarse en relación con las concretas circunstancias del caso enjuiciado.

Es obvio que, tras los pronunciamientos del orden jurisdiccional civil, se da una imposibilidad de autorización del funcionamiento de la empresa, con arreglo a la normativa autonómica canaria en el sector turístico.

Y una inviabilidad empresarial por tales razones es innegable que tiene sustrato económico.

Por ello, no cabe que la administración argumente, en sede casacional, que la empresa tenía que haber utilizado la vía del art. 49 g) ET en lugar del art. 51.1 ET , cuando nada dijo en vía administrativa.

2. En lo que se refiere al segundo motivo debe ser inadmitido con arreglo a la doctrina vertida en el FJ quinto.

Constituye una cuestión nueva ya que nada se dijo al contestar la demanda acerca del art. 57 bis del E.T . ni menos aún del art. 64.1 de la Ley 22/2003 . Y , obviamente, no es la razón de decidir de la sentencia.

3. Finalmente tampoco prospera el tercer motivo.

La argumentación del motivo se apoya en la resolución administrativa que, a su vez, se remite al informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la ausencia de dos informes.

Sin embargo para nada combate la resolución judicial que, no solo da por acreditada las circunstancias económicas, sino que añade que, de entender la administración que era preciso mayor documentación incumbía a aquella requerir su subsanación mas no apoyarse en su ausencia para denegar la pretensión.

Además la administración recurrente ni acredita ni razona la necesidad de tal documentación en el presente supuesto en que la propio administración -a través de otra Consejería- veda el desarrollo de la actividad empresarial al imposibilitar -por razones legales- la explotación de la actividad hotelera.

SEPTIMO.- Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción , a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente. Y al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por la parte recurrida la cantidad de 4000 euros por todos los conceptos. Todo ello en atención; a), a que las costas se imponen por imperativo legal, y en tales casos esta Sala de acuerdo además con las normas del Colegio de Abogados de Madrid, exige una especial moderación; y b), a que la actividad de las partes no ha realizado especiales aportaciones. Obviamente sin perjuicio de que el Letrado pueda interesar de su cliente la cantidad que estime proceda.



Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación deducido por el Letrado del Gobierno de Canarias contra la sentencia estimatoria de fecha 9 de diciembre de 2011, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas Sección 2ª, en el recurso núm. 325/10, deducido por Caledonia Park, SL, contra la desestimación del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 27 de julio de 2009 del Director General de Trabajo que acuerda no autorizar el expediente de regulación de empleo 63/2009 instado por la recurrente sustentado en causas económicas. Resuelve la Sala anular tal acto al tiempo que reconoce el derecho que tenía la parte recurrente a obtener la autorización solicitada. Sentencia que se declara firme. En cuanto a las costas estése al último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí la Secretaria, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CELSA PICO LORENZO