



Roj: **STS 3443/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3443**

Id Cendoj: **28079140012014100407**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/04/2014**

Nº de Recurso: **136/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 1/2013,**
STS 3443/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Abril de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de Casación interpuesto por la Letrada Doña M^a Isabel Lecuona Fernández, en nombre y representación del COMITÉ DE EMPRESA (mayoría) DE GESPLAN, y por el Letrado Don José Losada Quintás, en nombre y representación de GESTIÓN Y PLANEAMIENTO TERRITORIAL Y MEDIOAMBIENTAL, S.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 26 de febrero de 2013, en actuaciones nº 18/2012 seguidas en virtud de demanda a instancia del COMITÉ DE EMPRESA (mayoría) DE GESPLAN contra GESTIÓN Y PLANEAMIENTO TERRITORIAL Y MEDIOAMBIENTAL SAU, sobre DESPIDO COLECTIVO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación del COMITÉ DE EMPRESA (mayoría) del centro de trabajo de la provincia de Las Palmas de la empresa GESPLAN SAU formado por Ángeles , Roberto , Secundino , Victorino , Jose Pablo , Luis Pablo , Juan Pablo se planteó demanda de impugnación de despidos colectivos de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dictara sentencia declarando nula la decisión extintiva o en su caso declarando no ajustada a derecho la citada decisión extintiva y en consecuencia condenando a la demandada a la readmisión de los trabajadores a sus puestos de trabajo y/o a cualquiera de las consecuencias que la citada declaración conlleve.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 26 de febrero de 2013 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos en parte la demanda deducida por el Comité de empresa (mayoría del centro de trabajo de GESPLAN SAU en la provincia de Las Palmas) en impugnación de despido colectivo contra la empresa Gestión y Planeamiento Territorial y Medioambiental SAU, declaramos conforme a Derecho el despido por causas productivas y económicas de quince trabajadores de los centros de la provincia de Las Palmas y declaramos no ajustado a Derecho el despido de trabajadores en los centros de la provincia de Las Palmas en cuanto exceda de dicho número."



CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " **1º.-** Gestión y Planeamiento Territorial y Medio Ambiente SA (GESPLAN) es una sociedad inscrita en el Registro Mercantil el 9 enero 1992, cuyo capital social es íntegramente de titularidad pública y tiene la consideración de medio propio, instrumental y servicio técnico de la Administración Pública, estando obligada a realizar los trabajos que le encomienden 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. **2º.-** GESPLAN tiene por objeto social la realización de las siguientes actividades, tanto para particulares como para entidades públicas privadas:

1. Estudios urbanísticos y de planeamiento, incluyendo en ellos la redacción, gestión de planes de ordenación, proyectos de urbanización, de instrumentos de gestión urbanística y de edificación y la iniciativa para su tramitación y aprobación.
2. Actividad urbanizadora, que puede alcanzar tanto a la promoción y preparación del suelo, la gestión de obras de urbanización, edificación, demolición, así como la iniciativa y actuaciones para su tramitación y aprobación, y la redacción de proyectos, direcciones de obra y la gestión y explotación de las obras resultantes.
3. Valoraciones inmobiliarias.
4. La constitución de inventarios a bienes de entidades públicas y privadas.
5. La constitución de un banco de datos sobre planeamiento y gestión territorial, urbanística y medioambiental, así como de bienes inmuebles aptos para el planeamiento.
6. Estudios medioambientales y de fomento de la defensa de la naturaleza, así como gestiones y actuaciones, inclusive de inversión en el área ecológica y medioambiental, dentro de las que cabe incluir a título meramente enunciativo las relacionadas con la flora, fauna, ecología, hábitats naturales, biodiversidad, ecosistemas, montes, protección del paisaje, espacios naturales protegidos, contaminación ambiental, impacto ambiental, divulgación y difusión de materias medioambientales, tratamiento de los residuos, protección civil, tareas complementarias de salvamento y rescate terrestre o marítimo y actuaciones de carácter forestal, así como la gestión y/o ejecución de obras medioambientales, redacción de proyectos y direcciones de estas obras.
7. Realización de todo tipo de actuaciones, obras, trabajos y prestación de servicios agrícolas, ganaderos, de desarrollo rural, de acuicultura y pesca, así como los necesarios para el mejor uso y gestión de los recursos naturales.
8. La elaboración de estudios, planes, proyectos y cualquier tipo de asistencia técnica y formativa, la materia agraria, forestal, de desarrollo rural, de acuicultura y pesca, así como por el mejor uso y gestión de los recursos naturales.
9. La realización de todo tipo de actuaciones, obras, trabajos y prestación de servicios, elaboración de estudios, planes, proyectos y cualquier tipo de asistencia técnica en materia de nuevas tecnologías de la información y el conocimiento, en su relación con la ordenación del patrimonio histórico.
10. La realización de todo tipo de actuaciones, obras, trabajos y prestación de servicio, elaboración de estudios, planes, proyectos y cualquier tipo de asistencia técnica en materia de nuevas tecnologías de la información y el conocimiento, en su relación con la ordenación del territorio, el urbanismo y el medio ambiente.
11. Realización de cursos, seminarios, jornadas formativas y cualquier actividad de difusión de los materiales relacionados directa o indirecta con la actividad de la propia empresa.

3º.- Integran la plantilla de GESPLAN un total de 173 trabajadores, de los que 104 se ocupan en centros de las Islas Orientales (Gran Canaria, Lanzarote y Fuerteventura) y 69 en centros de las Islas Occidentales (Tenerife, La Gomera y La Palma). **4º.-** Las relaciones de GESPLAN con las entidades de las que es medio propio instrumental y servicio técnico tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encomiendas de gestión. Las restantes relaciones, con particulares y entidades, se articulan a través de contratos o convenios. **5º.-** El personal de plantilla ejecuta las encomiendas. En función de los trabajos encomendados, a falta del personal con el perfil requerido GESPLAN recurre a la subcontratación de profesionales. Los contratos y convenios se ejecutan con personal contratado. **6º.-** En cada provincia existe un Comité de Empresa en representación de los diferentes centros en ellas radicados. Por previsión convencional existe, además, un Comité Intercentros. El Convenio de Empresa no confiere al Comité Intercentros legitimación para intervenir en los procedimientos de regulación de empleo. **7º.-** Con fecha 9 abril 2012 GESPLAN comunica al Comité de Empresa de la Provincia de Las Palmas y al Comité de Empresa de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife la apertura de un periodo de consultas para la extinción de 64 contratos de trabajo (38 en las Islas Orientales, 26 en las Islas Occidentales), suspensión de 46 durante un año (27 en las Islas Orientales y 19 en las Islas Occidentales) y reducción del 15% de la jornada al resto del personal,



por razones productivas -"disminución de los presupuestos de las Consejerías del Gobierno de Canarias de los que se nutre la actividad de la empresa"- y económicas -"disminución de la cifra de negocio de GESPLAN y la previsión de pérdidas para el presente ejercicio"- . En las comunicaciones se hizo constar que el periodo de consultas para las distintas medidas se desarrollaría de forma simultánea, si bien el referente a la suspensión de contratos y reducción de jornadas terminaría en 15 días, extendiéndose a 30 días el concerniente a las extinciones -contados en ambos casos desde la recepción de la comunicación-, y sin perjuicio de poder darlos por concluidos de mutuo acuerdo antes de la expiración de dichos plazos. Y se advertía de que la negociación se desarrollaría de forma diferenciada con cada uno de los Comités de empresa.

Acompañaba a la comunicación la siguiente documentación:

-Memoria explicativa conteniendo:

1. Antecedentes

1. Posicionamiento estratégicos

2. Misión

3. Objeto social

2. Causas en las que se fundamenta el despido colectivo, la suspensión de contratos de trabajo y reducción de jornada:

2.1 Productivas

2.2 Económicas

2.2.1 Disminución persistente del nivel de ingresos

2.2.2 Pérdidas previstas.

3. Medidas de Ajuste de los Costes de Personal:

3.1 Concreción de las Medidas

A/ Extinciones de Contratos de trabajo

B/ Suspensiones de Contratos de trabajo

C/ Reducciones de jornada de trabajo

3.2 Escenario Económico con las Medidas propuestas

4. Criterios para la selección de afectados.

5. Personas que han prestado servicios en la empresa en el último año.

6. Plan de recolocación externa para el personal afectado por las extinciones de contratos de trabajo.

- Documentación Anexa:

I. Cuentas Anuales Auditadas años 2008 a 2010.

II. Cuentas Anuales Formuladas año 2011

III. Informe de la Dirección Financiera respecto de la cuenta Previsional del año 2012

IV. Capítulo V de los Presupuestos Generales de la CCAA Canarias.

Cada Comité quedaba convocado para una primera reunión a celebrar el 16 abril 2012 a las 10 horas en las respectivas sedes de la empresa en cada provincia. **8º.**- El mismo día, 9 abril 2012, GESPLAN hace saber al Comité Intercentros de la notificación efectuada a los Comités de Empresa con entrega de la documentación anexa y hace llegar una copia del escrito dirigido a cada uno de los Comités de Empresa, junto con la comunicación de la apertura del periodo de consultas, a la Dirección General de Trabajo. **9º.**- A iniciativa del Comité Intercentros, con fecha 12 abril 2012 se celebró reunión en Las Palmas entre la representación de GESPLAN y los miembros del Comité Intercentros (interviniendo los de Santa Cruz de Tenerife a través de videoconferencia) analizando la posibilidad de que los respectivos Comités de Empresa delegaran en el Comité Intercentros el proceso negociador y el contenido de los escritos presentados hasta ese momento por el Comité de Empresa de Las Palmas requiriendo documentos e información complementaria. GESPLAN aceptaba como interlocutor al Comité Intercentros siempre que en el seno de cada uno de los Comités de Empresa así se acordara, sin perjuicio de que cualquier acuerdo alcanzado en el proceso de consultas hubiera de suscribirse por la mayoría de los miembros de cada Comité de Empresa. Con estas reservas quedaba



emplazado para el día y hora ya fijados. **10º.-** El Comité de Empresa de Santa Cruz de Tenerife, a efectos de acreditar la legitimación del Comité Intercentros en el proceso negociador, solicitó el aplazamiento de la primera reunión. GESPLAN accedió manifestando no tener inconveniente en aplazar la convocatoria al día 17 abril a las 16:00 horas y, haciéndolo saber al Comité Intercentros (Secretario), GESPLAN convocaba en el mismo escrito a nueva reunión para el día 20 abril 2012 a las 12:00 horas. **11º.-** Por mayoría, en el seno de cada Comité de Empresa se acordó delegar la negociación en el Comité Intercentros. **12º.-** El 17 abril 2012 comparecieron a las 16:00 horas en la Sala de Juntas de la sede de la Empresa en Las Palmas el Secretario del Comité Intercentros y dos de sus miembros, haciendo constar que se ausentaban al no haber sido formalmente convocados. La representación de GESPLAN y sus asesores mantuvieron reunión con tres miembros del Comité Intercentros y su asesor, comparecidos en la sede de la Empresa en Tenerife, a través de videoconferencia. **13º.-** Las reuniones se sucedieron los días 20, 25 y 30 abril, 7 y 8 mayo 2012, celebrándose alternativamente en la sede de la Empresa en una y otra provincia. **14º.-** Propuestas de la parte empresarial:

1.- En la reunión de 30 abril 2012:

- 35 extinciones de contrato
- Indemnización de 25 días de salario con máximo de 12 mensualidades.
- Suspensión de contrato de toda la plantilla hasta un máximo de 6 meses en periodo mínimos de 1 semana.
- Reducción salarial del 15%
- Mejoras de las prestaciones por desempleo en función de las cargas familiares (Nº de hijos menores de 26 años): sin cargas 1200 €, con un hijo 1425 €, con dos o mas 1600 €.

2.- En la reunión de 7 mayo 2012:

a) - 35 extinciones

- Indemnización 30 días con máximo de 12 mensualidades
- Reducción salarial 10%
- Suspensiones de contratos de trabajo, limitado 82 personas por periodo máximo de 8 mensualidades.
- Mejora en las prestaciones por desempleo en función de las cargas familiares en un 15 % sobre la base reguladora, de modo que la suma de ambas no superasen los siguientes límites: sin cargas 1250 €, con un hijo menor de 26 años 1500 € y con mas de un hijo menor de 26 años 1750 €.

b) - 25 extinciones

- * Indemnización 30 días de salario con un máximo de 12 mensualidades
- * Reducción salarial 10%, y en la medida que así lo establezcan las normas que a tal fin determina el Gobierno de Canarias, no se aplicará a las personas con salarios inferiores a 2000 €/ mes.
- * Suspensión de contrato de trabajo a la totalidad de la plantilla por máximo 8 meses.
- * Mejora de prestación por desempleo en un 20% sobre la base reguladora, de tal forma que la suma de ambas cuantías no superasen los siguientes límites: sin hijos 1250 €/mes, con un hijo menos de 26 años 1500 €/mes, con mas de un hijo 1750 €/mes.
- * Si algún trabajador viera extinguido su contrato con anterioridad al 31.12.2013 y hubiera superado 180 días de prestación por desempleo por haber estado en suspensión de contrato, la empresa le incrementaría la indemnización en el importe de dichas prestaciones en la parte que superase dicho umbral.
- * Si antes de la fecha indicada se produjera la extinción de contratos de trabajo por causas objetivas la indemnización se calcularía con importe equivalente a 30 días de salarios por año trabajado con el límite de 12 mensualidades.
- * Todas las personas que se desvinculasen de la empresa pasarían a formar parte de una bolsa de trabajo que tendría prioridad en los supuestos de nuevas contrataciones.

15º.- Propuestas de la parte social en las reuniones de 30 abril, 7 mayo (reproduciendo la entregada a la empresa el 2 mayo) y 8 mayo 2012.

a) Propuesta "en nombre del Comité de Empresa de Tenerife", 30 abril 2012:

Reducción de jornada y salario del 10% de todo el personal.

Ningún despido.



Ninguna suspensión de contratos de trabajo.

b) Propuesta formulada por el Secretario del Comité Intercentros, 30 abril 2012:

- Reducción de los alquileres
- Traslado a las oficinas de Venegas
- Supresión de consultores externos
- Eliminación de cargos directivos, incluido el Director Gerente, y que dicho puesto de trabajo pasara a ocuparlo el Viceconsejero de Política Territorial o Director General de Ordenación del Territorio.
- Realizados los ahorros anteriores, una reducción salarial del 5% y una reducción de jornada y salario del 12%.
- Si aún así fuera preciso extinguir contratos, se seguirían los siguientes criterios: 1º bajas incentivadas con indemnización de 45 días por año de servicio con 42 mensualidades; 2º mayores de 55 años de edad; 3º cargas e ingresos familiares; 4º antigüedad.
- No se podría externalizar ningún trabajo que correspondiera a labores realizadas por los perfiles con los que se cuenta actualmente y en concreto no se externalizaría el servicio de informática.

Esa reunión de 30 abril 2012 finaliza con el compromiso del Comité Intercentros de trasladar a la Empresa una contrapropuesta "unitaria" el 2 mayo 2012.

c) El 2 mayo 2012 el Secretario del Comité Intercentros traslada a la empresa la siguiente propuesta (que en reunión de 8 mayo 2012 se califica como "la única propuesta" del Comité Intercentros):

- extinciones ninguna
- suspensiones ninguna
- reducción jornada 10%

Otras medidas de reducción de gasto:

- Reducción gastos generales (servicios exteriores) en 260.000 €
- Suspensión de asesores externos (ahorro: 80.000 €)

Eliminación cargo Gerente asumiendo un miembro del Consejo de Administración las riendas de la empresa como Consejero Delegado (sucedio así en el periodo 2005 a 2006). Si por razones organizativas fuera necesario prescindir de algún perfil profesional por no disponer de encomiendas con las que justificar su puesto de trabajo, se proponían bajas incentivadas con 45 días por año trabajado y tope de 42 mensualidades. De afectar a mas de un trabajador de similar perfil, extinciones conforme a los siguientes criterios: 1º bajas, voluntarias incentivadas; 2º mayores de 55 años; 3º cargas familiares; 4º ingresos familiares; 5º antigüedad en la empresa.

- No externalización de trabajo que afecte a perfiles profesionales de los que disponga la plantilla.
- No externalización de trabajos que impliquen a profesionales de los que se haya prescindido por causa de la presente regulación de empleo.
- No externalización del servicio informático, manteniendo los cuatro puestos de trabajo.

Vigencia de estas medidas hasta 31 diciembre 2014.

d) Reunión de 7 mayo 2012:

- Indemnización 40 días x año con máximo de 24 mensualidades.
- Suspensiones temporales de 4 meses/año hasta el 31.12.2013, compensación hasta el 90% y comisión de seguimiento.
- Reducción salarial del 10% hasta lo ganen > 1000 €/mes.
- Todos los que se desvinculasen de la empresa pasarán a formar parte de una bolsa de trabajo que tendría prioridad en los supuestos de nuevas contrataciones.
- Renuncia a tramitar otro "ERE" hasta el 31.10.2014 y las indemnizaciones por despidos por causas objetivas o voluntarias se calcularían conforme a la base reguladora anterior a la reducción salarial.
- Pago de atrasos antes del 15.5.2012. · Ayuda a mayores de 55 años, estudiándose caso por caso y Convenio Especial con la Seguridad Social.



- Los trabajadores a los que se les extinguiera el contrato y se adhirieran a este acuerdo pasarían a formar parte de una bolsa de trabajo y tendrían preferencia para ocupar puestos de trabajo que necesitase la empresa.
- Extinciones de contrato
- Desaparición de asesores externos
- Limitación a la externalización

16º.- La parte social con reiteración demandó la entrega del "Programa de Viabilidad para el periodo 20.12.2014" que en la Memoria Explicativa consta como "elaborado" y que atendería a las instrucciones recibidas de la Viceconsejería de Hacienda y Planificación del Gobierno de Canarias de fecha 22 febrero 2012, en ejecución de los acuerdos del Gobierno de Canarias de 10 febrero 2012, sobre medidas para racionalización la actividad de la sociedades mercantiles públicas y cumplir con los objetivos de déficit públicos establecidos para la CCAA Canarias, el Plan Económico Financiero de Reequilibrio 2011-2013 y 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 periodo 2012-2014. La Empresa, que en la reunión de 20 abril 2012 anunció que "en cuanto al Plan de Viabilidad se entregará a comienzos de la próxima semana", con fecha 24 abril 2012 hizo entrega a la parte social de un "borrador de Plan de Viabilidad" que se corresponde con el Informe de la Dirección Financiera respecto a la Cuenta Provisional del año 2012, que figura como Documento anexo a la Memoria Explicativa y en el que se reflejan las magnitudes económicas en base a las conversaciones y trabajos previos de GESPLAN con la Consejería de Hacienda del Gobierno de Canarias, indicándosele que el Plan de Viabilidad definitivo estaba supeditado al resultado de la negociación. **17º.-** El Secretario del Comité Intercentros formuló en reunión de 30 abril 2012 preguntas acerca del proceso seguido para la externalización y adjudicación del servicio de informática, que afectaba a cinco trabajadores de plantilla, no recibándose respuesta por parte de la Empresa, lo que se resaltó en reunión de 7 mayo 2012. **18º.-** Con fecha 2 mayo 2012, acompañando a la propuesta del Comité Intercentros, por su Secretario se entregó a GESPLAN un estudio económico sustentado en los datos obtenidos de las informaciones y documentos facilitados por la Empresa y en el que se planteaban dos escenarios económicos diferentes uno de 17,9 millones de euros de volumen de negocio y otro de 21,1 millones. En él se decía que el resultado positivo podría ser aún mayor ajustando más los gastos en salarios de directivos y gastos en servicios exteriores, resaltando en su epígrafe 5 una serie de "Aspectos a aclarar" - que nunca llegaron a serlo por parte de la Empresa - concernientes a "Facturación respecto a ingresos", "Gastos FORCEM", "Gastos de Personal", "Relación de aprovisionamientos respecto a ingresos" y "Servicios exteriores". **19º.-** Que en la reunión de 7 mayo 2012, establecida conexión por videoconferencia con Santa Cruz de Tenerife, por imposibilidad de acudir desde Las Palmas el Secretario del Comité Intercentros y la asesora legal, se retiró la conexión por orden de Gerencia "por considerar" que la reunión debía ser presencial. La repulsa de la parte social consta en las actas de 7 y 8 mayo. **20º.-** GESPLAN contestó con diligencia a todas las solicitudes de ampliación de información y de entrega de documentación efectuadas por el Comité de Empresa de Las Palmas a lo largo del período de consultas. **21º.-** Celebrada el día 8 mayo 2012 Asamblea de los trabajadores de GESPLAN de la Provincia de Las Palmas se acordó rechazar la última propuesta de la empresa e impugnar el ERE por 79 votos sin ninguna abstención ni voto en contra. La Asamblea de los trabajadores de GESPLAN en Santa Cruz de Tenerife autorizó al Comité de Empresa de la Provincia para negociar en base a la última propuesta realizada por la empresa. **22º.-** Al finalizar la reunión de 8 mayo 2012 se dio por concluido el periodo de consultas agotado su plazo máximo, sin acuerdo en los centros de Las Palmas. **23º.-** Con fecha 9 mayo 2012 GESPLAN y Comité de Empresa de los centros de trabajo en la Provincia de Santa Cruz de Tenerife alcanzaron los siguientes acuerdos:

I. La extinción del contrato de trabajo de diez trabajadores, que tendrá efectos a partir de los cinco días siguientes de la suscripción del presente acuerdo, a los que se les abonará la indemnización equivalente a treinta días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferior a un año, con un máximo de quince mensualidades. Para las extinciones de contrato se tendrá en cuenta en primer lugar los voluntarios que se ofrezcan a ser extinguidos, además de otras causas objetivas.

II. Se acuerda la suspensión de contratos de la totalidad de la plantilla de los centros de trabajo de GESPLAN en la provincia de Santa Cruz de Tenerife en el periodo comprendido entre el 15 de mayo de 2012 y el 31 de diciembre de 2013, por un tiempo máximo de ocho meses, en periodos continuos o discontinuos que no podrán ser inferiores a una semana.

III. A los trabajadores afectados por dichas suspensiones de contrato, y mientras dure la situación, la empresa complementará hasta los porcentajes sobre las bases reguladoras que sirvieron para calcular las prestaciones básicas por desempleo, un complemento conforme a las siguiente reglas:



- a. El importe de dicho complemento será el resultante de restar al 90% de la base reguladora que sirvió para la determinación de la prestación de desempleo de nivel contributivo, con los topes que posteriormente se indicarán, el importe de la prestaciones percibidas por desempleo y mientras permanezca tal situación.
- b. Los topes referidos en el apartado anterior, esto es, los que servirán como máximo a efectos de establecer el complemento, se cuantifican con los siguientes importes: Sin cargas familiares, 1.250 € mes. Con un hijo a cargo menor de 26 años, 1.500 € mes. Con dos hijos o más cargo menores de 26 años, 1.750€.
- c. La empresa comunicará con al menos siete días de antelación la suspensión de contrato de trabajo a las personas afectadas, indicando el periodo de tiempo que estará en suspensión, y si por necesidades de producción la empresa necesitara que el trabajador afectado se incorpore antes de la finalización del periodo de suspensión, éstos tendrán la obligación de atender el llamamiento de la empresa que realizará mediante notificación fehaciente con al menos cinco días de antelación.
- d. En el supuesto que el trabajador no atienda alguno de estos llamamientos perderá el derecho a percibir el complemento por prestaciones establecido en el punto anterior, y deberá reintegrar a la empresa las cantidades percibidas con anterioridad, salvo causa justificada, que a estos efectos será considerada las situaciones de enfermedad y las previstas en el Convenio Colectivo para permisos y licencias retribuidas.

IV. Todas las personas que se desvinculen de la empresa pasarán a formar parte de una bolsa de trabajo que tendrán prioridad en los supuestos de nuevas contrataciones que pueda realizar la empresa, en la medida que se adhieran a las presentes condiciones y no ejerciten ninguna de las acciones previstas en la Ley 36/2011, de la Jurisdicción Social, conforme a la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 10 de febrero.

V) Si a algún trabajador de los que continuarán vinculados con la empresa y que sean objeto de suspensión de contrato de trabajo se le extinguiera por despido objetivo por causas TEOP antes del 31-12-2013, las condiciones para determinar el importe de la indemnización se realizará conforme a las siguientes condiciones, a saber:

- a. Si hubiera agotado más de 180 días de prestaciones de desempleo, la empresa incrementará la indemnización correspondiente en la misma cuantía de las prestaciones que el Servicio Público Estatal de Empleo no reponga al trabajador, de conformidad con las previsiones contenidas en el *artículo 16 del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero*, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.
- b. El importe de la indemnización será el equivalente a treinta días de salario por día de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferior a un año, con un máximo de quince mensualidades.
- c. El salario regulador para determinar el importe de dicha indemnización será en base a los que vienen disfrutando los trabajadores en el mes anterior a la suscripción del presente acuerdo, esto es, el del mes de abril de 2012, con la inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias con el valor que se venían devengando en dicho mes.

VI.-Se crea una comisión de seguimiento e interpretación del presente acuerdo, y que hará un seguimiento de la evolución económica de la empresa durante su vigencia del presente ERE en la que participe la representación legal de los trabajadores, de tal forma que tengan información y participación sobre el funcionamiento de la empresa, volúmenes de la cifra de negocio, resultados de explotación, asuntos de personal referidos a extinciones y suspensiones de contrato de trabajo. Se establecerán reuniones de carácter trimestral o a instancia de cualquiera de las partes.

24º.- Con fecha 14 mayo 2012 GESPLAN comunicó por escrito al Comité de Empresa de Las Palmas su decisión de proceder a la extinción de 24 contratos de trabajo y a la suspensión de 42 contratos de trabajo un máximo de ocho meses de los centros de la Provincia de Las Palmas "como consecuencia de las causas económicas, productivas y de producción por las que atraviesa la empresa analizadas en el periodo de consultas". En el que se dice que la empresa, mientras dure tal situación, complementará a los afectados hasta los porcentajes sobre las bases reguladoras que sirvieron para calcular las prestaciones básicas por desempleo, un complemento conforme a las siguientes reglas:

- a. El importe de dicho complemento será el resultante de restar al 90% de la base reguladora que sirvió para la determinación de la prestación de desempleo de nivel contributivo, con los topes que posteriormente se indicarán, el importe de la prestaciones percibidas por desempleo y mientras permanezca tal situación.
- b. Los topes referidos en el apartado anterior, esto es, los que servirán como máximo a efectos de establecer el complemento, se cuantifican con los siguientes importes:

- Sin cargas familiares, 1.250 € mes.
- Con un hijo a cargo menor de 26 años, 1.500 € mes.



- Con dos hijos o más cargo menores de 26 años, 1.750€.

c. La empresa comunicará a los afectados con al menos siete días de antelación la suspensión de contrato de trabajo, indicando el periodo de tiempo que estarán en suspensión, y si por necesidades de producción la empresa necesitará que se incorpore antes de la finalización del periodo de suspensión, tendrán la obligación de atender el llamamiento de la empresa, que realizará mediante notificación fehaciente con al menos cinco días de antelación.

d. Para percibir dicho complemento será necesario atender los llamamientos indicados en el punto anterior, y si desatendiera alguno de éstos, el trabajador perderá el derecho a continuar percibiéndolo, y deberá reintegrar a la empresa las cantidades cobradas con anterioridad, salvo causa justificada, que a estos efectos será considerada las situaciones de enfermedad y las previstas en el Convenio Colectivo para permisos y licencias retribuidas.

RELACIÓN DE PERSONAS A LAS QUE SE LES EXTINGUIRÁ EL CONTRATO DE TRABAJO EN LOS CENTROS DE TRABAJO DE LA PROVINCIA DE LAS PALMAS.

APELLIDO Y NOMBRE CATEGORÍA

Faustino DELINEANTE DE 1ª

Hermenegildo OFICIAL ADMINISTRAT.

Sonia TITULADO SUPERIOR

Juan Pablo DELINEANTE DE 1ª

Modesto OFICIAL ADMINISTRAT.

Segismundo TITULADO SUPERIOR

Jose Daniel TITULADO SUPERIOR

Pedro Jesús OFICIAL ADMINISTRAT.

Amadeo DELINEANTE DE 1ª

Bartolomé DELINEANTE DE 1ª

Inmaculada TITULADO SUPERIOR

Manuela OFICIAL ADMINISTRAT.

Olga AUXILIAR ADMINISTRAT.

Epifanio TITULADO SUPERIOR

Fernando DELINEANTE DE 1ª

Jacinto DELINEANTE DE 1ª

Leoncio TITULADO MEDIO

Adelaida DELINEANTE DE 1ª

Carina DELINEANTE DE 1ª

Elisabeth TITULADO SUPERIOR

Flor TITULADO SUPERIOR

Laura OFICIAL ADMINISTRAT.

Luis Enrique TITULADO MEDIO

Victor Manuel DELINEANTE DE 1ª

25º.- Con fecha 16 mayo 2012 GESPLAN comunica a la Dirección General de Trabajo el resultado del periodo de consultas adjuntando como documentación: acta de las reuniones mantenidas y notificación de las decisiones adoptadas a los respectivos Comités de Empresa. El 17 mayo 2012 complementa la comunicación indicando la decisión adoptada en relación a los Centros de Las Palmas. **26º.**- Por la Dirección General de Trabajo se da traslado del escrito poniendo fin al periodo de consultas a la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social (con entrada el 25 mayo 2012) y al Servicio Público de Empleo Estatal (recibido el 23 mayo 2012). **27º.**- La Inspección emite informe con fecha 15 junio 2012 . **28º.**- La "cifra de negocio" de GESPLAN se nutre, principalmente, de las inversiones de las Consejerías del Gobierno de Canarias (que en el año 2011



representan el 93% de la facturación) y en particular de las realizadas por la que Consejería de Medio Ambiente y Ordenación Territorial hasta el Decreto 86/2011, 8 julio -por el que se determinan el número, denominación y competencias de las Consejerías-, modificado por el Decreto 116/2011, 12 julio, y a partir de entonces por las Consejerías de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial y de Educación, Universidades y Sostenibilidad. La disminución en los últimos años de los presupuestos de inversiones de dichas Consejerías (Capítulo VI) ha incidido negativamente en la facturación de GESPLAN que, cuantificada en el año 2008 en 34.669.629 €, ha ido decreciendo en los años 2009, 2010 y 2011, pasando a ser de 23.587.283 € (-32%), 19.021.452 € (-19%) y 10.968.878 € (-42%), respectivamente. **29º.**- El resultado del ejercicio de la Empresa es positivo en todo el periodo 2008-2011, 132.008,86 € en 2008, 5.973,73 en 2009, 30.502,38 € en 2010 y 104.948,55 € en 2011. **30º.**- Contablemente, los Ingresos de la Empresa se obtienen por la suma de los Ingresos de Explotación y de los Ingresos Financieros. Los Ingresos de Explotación durante el periodo 2008-2011 han sido superiores a los 32 millones de euros (2008 41.707.810,22; 2009 32.953.886,77; 2010 35.074.886,15; 2011 36.862.481,79 €) y siempre suficientes para cubrir los Gastos de esta naturaleza (2008 -41.924.000 €; 2009 -33.013.193 €; 2010 -34.977.490 €; 2011 -36.961.586 €). Los Ingresos de Explotación se integran con el "Importe Neto de la Cifra de Negocios", "Otros Ingresos de Explotación" y "Deterioro y Resultado por Enajenaciones del Inmovilizado". El "Importe Neto de la Cifra de Negocio" ha experimentado entre los años 2008 a 2011 una reducción del 53,8% amortiguada en parte por el incremento de "Otros Ingresos de Explotación", procedentes fundamentalmente de las subvenciones de explotación provenientes del Servicio Canario de Empleo, que tienen un carácter puramente finalista, contratar a determinados colectivos como medida de choque del Gobierno a la situación de desempleo. **31º.**- El Informe Técnico previsional anexo a la Memoria "visualiza" para el ejercicio 2012 un escenario basado en 15.147.007 € de ingresos, tomando en consideración la evolución de los Presupuestos de la CCAA de Canarias para el ejercicio 2012 de las Consejerías de las que GESPLAN es ente instrumental así como de la información obtenida de la Consejería de Hacienda en cuanto a su ejecución. La cifra de negocio, atendiendo al listado de Encomiendas 2012 anexionado ascendería a 14.577.885,87 €. Disminuyendo los Gastos de Personal de Estructura Interna en un 14%, los Servicios Exteriores en un 38%, otros Gastos Sociales en un 46%, los Gastos financieros Amortización y Tributos en un 14% - de conformidad con el Acuerdo de medidas establecido desde la Consejería de Economía y Hacienda y Seguridad: un objetivo mínimo del 15% de los gastos estructurales de carácter fijo de la sociedad, con independencia de las reducciones adicionales que se adopten individualmente para cada una de ellas. La empresa tendría finalmente pérdidas en el ejercicio 2012 de 3.392.939 € ". **32º.**- La parte social cifra en 24.621.535, 18 € el total de los ingresos previstos para el 2012, adicionando a los 14.577.885,87 € resultantes del listado de encomiendas 2012, encomiendas no contempladas por valor de 2.817.188,96 €, ingresos anticipados cifrados en 6.313.309,00 € y subvenciones que ascienden a 913.151,35 €. **33º.**- En el escenario de previsión de ingresos para el 2012 que ofrece la empresa no se especifica si se incluyen unos ingresos anticipados por valor de 6,3 millones de euros que figuran en las Cuentas Anuales del año 2011. En la Memoria de las Cuentas Anuales 2011 constan subvenciones con importes pendientes de imputar en el año 2012 y siguientes que ascienden a 913.151 €, que tampoco se especifica si se han incluido en la previsión de ingresos 2012. Constan igualmente cinco encomiendas, por importe de 6000 € pendientes de facturación, no consignadas en las computadas para el cálculo de la cifra de negocios. **34º.**- Las encomiendas se realizan y planifican con carácter plurianual; posteriormente durante el transcurso del año y tomando en consideración las partidas presupuestarias parte de las encomiendas no se llevan a cabo, no llegan a término o no se recibe orden ni garantía de recepción de la obra. Las cartas de compromiso actualmente son meras comunicaciones para dar a conocer que se está trabajando para la consecución de la obra pero no se ha recepcionado ni ha quedado garantizada la encomienda. **35º.**- No existe correspondencia entre el momento de realización de los trabajos y el de su facturación. La facturación en el 70 u 80% de los casos se realiza en el último mes del año. **36º.**- El Balance Intermedio de la Sociedad a fecha 30 septiembre 2012 arroja una cifra de negocio de 6.883.815,53 €, ascendiendo las pérdidas a -4.022.581,79 €. **37º.**- Concluido el periodo de consultas, y con base en las decisiones adoptadas por la Empresa, el Consejero de Economía, Hacienda y Seguridad, el Consejero de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial y GESPLAN suscriben con fecha 29 mayo 2012 el Plan de Viabilidad de la Empresa. El Plan de Viabilidad contempla, entre otras, medidas de redimensionamiento por razones económicas, organizativas y técnicas, comprendiendo:

- medidas de redimensionamiento de los órganos de administración y dirección (supresión de dos puestos de alta dirección, eliminación de indemnizaciones por asistencias a los Consejos de Administración y a la Junta General).
- medidas de reducción de gastos estructurales fijos:
- Gastos de personal: extinción de contratos, suspensión de contratos, reducciones salariales, contemplando la reducción del 5%.



- Gastos fijos: cierre de delegaciones de Arrecife, Puerto del Rosario, San Sebastián de la Gomera y Santa Cruz de La Palma, reducción de la superficie alquilada en las Oficinas de Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas de Gran Canaria, traslado de instalaciones, entre otros especificados.

* medidas organizativas y de mejora de la productividad empresarial: modificación de condiciones de trabajo establecidas en el Convenio de aplicación.

38º.- En el ejercicio económico 2011 la representación legal de los trabajadores propuso reducción salarial del 5%, que la Empresa no consideró necesaria. **39º.**- GESPLAN en fecha próxima al inicio de las negociaciones resolvió la relación con un grupo de trabajadores con contratos temporales, que demandaron por despido. La Empresa reconoció que su decisión era constitutiva de despido improcedente y depositó en el Juzgado de lo Social una indemnización equivalente a 45 días de salario por año de servicio. **40º.**- Los Presupuestos del 2012 contemplan retribuciones de un Alto Directivo más de carácter eventual por importe de 56.311,92 €. No coincide el importe de la remuneración del Personal de Alta Dirección en los Presupuestos de la CCAA (en 2011, Gerente 74.425,10 €. y otros Directivos fijos 62.010,40 €.) y en las Cuentas Anuales (125.766,62 €. Gerente, 101.843,72 €. Consejo de Administración, total 227.610,34 €.). **41º.**- En el año 2011 los gastos en arrendamientos ascendieron a 575.346 €. La Empresa cuenta entre su Inmovilizado Material con un local en Santa Cruz de Tenerife comprado en el año 2000 por importe de 252.425,08 € y dos locales y trece plazas de garaje en las Palmas de Gran Canaria por importe de 594.386,31 €, locales que han estado en uso por parte de la Empresa para el desarrollo de su actividad.

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación del COMITÉ DE EMPRESA (mayoría) DE GESPLAN, y por GESTIÓN Y PLANEAMIENTO TERRITORIAL Y MEDIOAMBIENTAL, S.A.U..

SEXTO.- Impugnado el recurso por las partes personadas y evacuado el traslado conferido por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de que los recursos deben ser desestimados, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 9 de abril de 2014, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contempla el caso de un despido colectivo por razones económicas y productivas que acordó la empresa Gestión y Planteamiento Territorial y Medio Ambiente S.A.U. (GESPLAN), sociedad cuyo capital es íntegramente de titularidad pública, La Comunidad Autónoma de Canarias, quien la utiliza como sociedad instrumental para servicio técnico, lo que la obliga a realizar los trabajos que le encomienden, dentro del marco en su objeto social y competencias, la Administración Autónoma, las Entidades Locales Canarias y las organizaciones autónomas dependientes de ellas, para las que presta los servicios que le encargan mediante encomiendas de gestión no contractuales, mientras que si presta servicios a particulares y otras entidades lo hace por medio de contrato, contratos para cuya ejecución suele contratar personal, cuando no basta con el de plantilla, donde cuenta con 173 trabajadores (104 para la zona de Gran Canaria y 69 para la de Santa Cruz de Tenerife).

Como ya en los antecedentes de hecho de esta resolución se han transcrito los hechos declarados probados a ellos nos remitimos, aunque, a los efectos que nos ocupan, conviene destacar que durante el periodo de consultas la empresa hizo distintas propuestas que se reflejan en el ordinal decimocuarto de los hechos declarados probados, propuestas que, resumidamente, consistían en la reducción del número de extinciones contractuales con incremento de la indemnización por tal concepto y en el aumento de las suspensiones de contratos. La última de las propuestas consistía, sustancialmente, en la extinción sólo de 25 contratos y en la suspensión de todos los demás durante ocho meses.

La empresa, finalmente, llegó con el comité de empresa de la zona de Santa Cruz de Tenerife a un acuerdo consistente, resumidamente, en extinguir los contratos de diez trabajadores y suspender todos los demás durante un periodo de ocho meses en las condiciones que detalla el ordinal vigésimo tercero de los hechos declarados probados. Puede afirmarse que, sustancialmente, se aceptó la última propuesta de la empresa, porque en esa zona están empleados el 40 por 100 de los trabajadores de la demandada, porcentaje que aplicado a las 25 extinciones propuestas da como resultado que a esa zona le tocaban diez.

Con el Comité de Empresa de la zona de Gran Canaria (Las Palmas) no se llegó a ningún acuerdo. Agotado el plazo de negociación, la empresa comunicó al comité de empresa de esa zona su decisión de extinguir los contratos de los veinticuatro trabajadores que relacionaba y de suspender los contratos de otros cuarenta y dos empleados durante un tiempo máximo de ocho meses en condiciones similares a las del personal de la zona de Santa Cruz de Tenerife. Contra esta decisión se presentó por el Comité de Empresa demandante la demanda



de despido colectivo que resuelve la sentencia recurrida. La resolución impugnada, tras razonar que concurrían razones productivas y económicas que justificaban los despidos, estimó que sólo eran procedentes los despidos de quince trabajadores de la zona de Las Palmas y que los otros nueve no eran ajustados a derecho. Esta decisión la fundó en razones de proporcionalidad y homogeneidad en el trato a todos los trabajadores de la empresa, sin que se pudiera sancionar (dar peor trato a los de la zona de Gran Canaria) por no haber concertado el despido colectivo. La sentencia, aunque reconocía que la plantilla estaba sobredimensionada, entendió que como la empresa ofertó extinguir sólo 25 contratos, era ajustado a derecho que se extinguieran sólo 15 contratos (el 60 por 100 del total ofertado) con lo que se daba igual tratamiento que en Santa Cruz de Tenerife. Contra esta sentencia han recurrido en casación el Comité de Empresa demandante y la empresa demandada.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de los trabajadores, pretende, al amparo del art. 207-d) de la L.J .S. la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, para que se modifiquen los ordinales quinto, decimoséptimo, trigésimo noveno y trigésimo tercero del relato de hechos probados.

La modificación del ordinal quinto se rechaza porque la adición pretendida es innecesaria, porque ya consta en el ordinal quinto que el personal de plantilla ejecuta las encomiendas, mientras que para la ejecución de contratos se contrata a personal externo, pretendiendo la recurrente con su adición inducir a error sobre la falta de personal.

Igual suerte debe correr la modificación del ordinal decimoséptimo del relato impugnado. Esta decisión se fundamenta en que ya consta en ese ordinal que el servicio de informática fue externalizado, lo que afectó a cinco trabajadores.

Por su intrascendencia para el fallo debe rechazarse, igualmente, la modificación del ordinal trigésimo noveno, pues carece de interés el hecho de adicionar que se produjo un despido disciplinario por falta muy grave que fue declarado improcedente, optando la empresa por la rescisión indemnizada del contrato. Ya consta en ese hecho probado que la empresa obró de esa manera con otros empleados y uno más no importa cuando lo que se controvierte es si con posterioridad existen razones económicas y productivas para los despidos.

Finalmente, se rechaza adicionar al ordinal trigésimo tercero que existían otras encomiendas que el recurso detalla. Porque, aparte que no se concreta la cuantía económica de las mismas, ya consta en ese ordinal datos sobre las no computadas, según la inspección de trabajo, y a ellas se refiere la sentencia en su fundamento séptimo en el que acaba no dando valor al informe presentado por la empresa.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso alega en primer lugar, al amparo del artículo 207-e) de la L.J .S., la infracción de la Disposición Adicional vigésima del E.T. y la aplicación indebida del artículo 51 del citado texto legal. Entiende el recurso que GESPLAN, según el art. 3-1 de la Ley de Contratos del Sector Público es una Administración Pública, lo que excluiría la aplicación del art. 51 del E.T.

El motivo no puede prosperar porque la entidad demandada es una sociedad mercantil, creada para satisfacer necesidades de interés general, pero, aunque está incluida en el sector público, no se encuentra comprendida en el artículo 3-2 de la Ley de Contratos del Sector Público, Texto Refundido aprobado por el R.D.L. 3/2011, sino en el artículo 3-1, apartado d) de la Ley citada, o, en su caso en el apartado h), caso de que se estimara que su naturaleza de entidad mercantil (sociedad anónima) no se compadece con su objeto social y con su carácter instrumental al servicio de una Administración Pública con obligación de realizar los trabajos que le encomiendan las Administraciones Públicas de Canarias. En cualquier caso, lo cierto es que no se encuentra entre los organismos y entidades a los que el citado artículo 3-2 reconoce la condición de Administraciones Públicas. En igual sentido puede citarse el art. 2 de la Ley 30/1992.

Al no tener la condición de Administración Pública la demandada, procede desestimar el motivo examinado, ya que, conforme a la Adicional Vigésima del E.T. ha sido correcta la aplicación al caso del art. 51 del E.T., pues el segundo párrafo de esa Adicional sólo es aplicable a las Administraciones Públicas que enumera el citado art. 3-2 de la Ley de Contratos del Sector Público.

CUARTO.- El tercer motivo del recurso versa sobre la concurrencia de causas económicas o productivas que justifiquen las extinciones contractuales acordadas. Por la representación social se alega la infracción del art. 53-3 del E.T., sic, por no haberse probado la concurrencia de las causas productivas y económicas alegadas.

El motivo no puede prosperar porque se funda en una valoración de los hechos declarados probados distinta de la que hace la sentencia recurrida, sin que se hayan impugnado, ni modificado los ordinales vigésimo octavo, trigésimo, trigésimo primero y trigésimo sexto, entre otros, que, junto a las afirmaciones fácticas contenidas con valor de hecho probado en los fundamentos de derecho sexto y séptimo, evidencian que ha disminuido drásticamente la actividad de la demandada, que su facturación ha pasado de 2008 a 2011 de 34.669.000



euros a 10.968.000, que las encomiendas de administraciones públicas han disminuido casi un 50 por 100, que la cifra de negocio neto se ha reducido un 53'8% y que su impacto se ha amortiguado por otros ingresos de explotación, fundamentalmente subvenciones que han pasado a ser de unos 219.000 euros en 2008 a más de 17.697.000 euros en 2011. Esta bajada en la actividad productiva y la disminución de ingresos que ha conllevado han llevado a la sentencia recurrida a estimar que existen causas productivas y económicas para la extinción de los contratos, pero que no existen pérdidas, ni previsión de ellas porque se computan las subvenciones.

Frente a esas conclusiones oponen los recurrentes que ofrecieron otras soluciones, pero, como la sentencia recurrida razona las mismas, contenidas en el ordinal decimoquinto de los hechos probados eran insuficientes, porque el recorte en los gastos no era bastante para suplir el descenso en la actividad y el consiguiente sobredimensionamiento de la plantilla.

QUINTO.- El último motivo del recurso de los representantes de los trabajadores, alega la falta de buena fe de la empresa en la negociación, lo que sería justa causa para anular el proceso por infracción del art. 51-2 del E.T ..

El motivo no puede prosperar porque el relato de hechos probados nos muestra que la empresa negoció de buena fe e intentó llegar a un acuerdo, sin que puedan estimarse las alegaciones relativas a que eludió dar información y documentación, porque el inatacado ordinal vigésimo de los hechos declarados probados muestra que las mismas no son ciertas. Como dice la sentencia recurrida en las reuniones negociadoras la empresa efectuó distintas ofertas y hasta en tres ocasiones mejoró su propuesta inicial. Más aún, finalizado el periodo de consultas se llegó a un Acuerdo con el comité de empresa de los centros de trabajo de la zona de Santa Cruz de Tenerife, lo que demuestra la existencia de buena fe negociadora, pues la concurrencia de este requisito obliga a negociar pero no a pactar.

SEXTO.-1. El único motivo del recurso interpuesto por la empresa demandada alega la infracción del artículo 124 (apartado 11º) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (L.J .S.) y la aplicación indebida del art. 15, apartado 2º, del R.D. 801/2011 . Sostiene la recurrente que, acreditada la concurrencia de causas productivas y económicas en su modalidad de disminución persistente del nivel de ingresos, procedía declarar ajustadas a derecho todas las extinciones acordadas, sin que quepa aplicar criterios de proporcionalidad, como hace la sentencia recurrida.

Para resolver este recurso se hace preciso un breve recordatorio sobre en qué consiste, el principio de proporcionalidad, cual es su ámbito de aplicación y que controles o fases requiere su utilización. Ante todo señalar que nuestra Constitución no impone expresamente el deber de los poderes públicos de obrar con respeto a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, al contrario de lo que acaece con otras constituciones y de lo que ha dispuesto el artículo 52-1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde se dispone que las limitaciones de los derechos y libertades allí reconocidas deben hacerse por ley, "Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás". Pero ello no quiere decir que nuestro Tribunal Constitucional no aplicase desde sus principios criterios de razonabilidad y proporcionalidad para determinar la validez de normas y actuaciones que, al imponer restricciones a los derechos o al causar perjuicios, fuesen arbitrarias o irrazonables. Ya en la sentencia 11/1981 argumentó nuestro máximo intérprete constitucional que los derechos constitucionales podían venir directamente limitados por la Constitución y, también, de forma mediata o indirecta "por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos", conflicto para cuya solución realizó un "juicio de razonabilidad y proporcionalidad" sobre la justificación de la medida y la ausencia de excesos. Posteriormente se siguió avanzando en la configuración de los principios de proporcionalidad y razonabilidad con base en el artículo 10-2 de la Constitución que obliga a aplicar e interpretar los derechos fundamentales conforme a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, lo que, incluso, obligaba a incorporar la doctrina del Tribunal de Estrasburgo sobre la necesidad de juzgar las limitaciones de derechos en términos de razonabilidad y proporcionalidad (SS. TC. 22/1981 , 62/1982 , 75/1983 , 108/1994 y 50/1995). Poco a poco esos principios se han deslindado como diferentes, incluso se han convertido en "cánones de constitucionalidad", empleados para el control de constitucionalidad de leyes, reglamentos y otras actuaciones. El de proporcionalidad se ha consolidado como el canon típico de control en el ámbito de la violación de los derechos fundamentales, aunque no sea el único. El control de razonabilidad se emplea en la primera fase del test de proporcionalidad, para juzgar la adecuación e idoneidad de la medida tomada, así como para el control de las violaciones del principio de igualdad, de la motivación de las resoluciones judiciales y de las arbitrariedades o abusos de las facultades discrecionales.

Dicho lo anterior, queda de manifiesto que el principio de proporcionalidad, convertido en canon constitucional, se utiliza para el control constitucional de las limitaciones y restricciones de los derechos fundamentales.



Para llevar a cabo este control, nuestro Tribunal Constitucional, emplea el llamado "test alemán" que consta de tres fases u operaciones, lo que no ocurre en otros países, donde se ha suprimido el último paso, el de la proporcionalidad específica o ponderación (Canadá), o donde sólo se sigue el test de razonabilidad, (Inglaterra).

Las fases del test de proporcionalidad son tres. La primera consiste en el control de adecuación o idoneidad de la medida adoptada para conseguir el fin pretendido, lo que requiere identificar el fin perseguido y valorar si la medida tomada es razonable, esto es adecuada, idónea y apta para conseguir ese fin. La segunda consiste en determinar la necesidad de la medida tomada por no existir otra más moderada para conseguir el mismo fin con igual eficacia. Este control de necesidad ha recibido numerosas críticas por la doctrina, sobre todo cuando recae sobre una medida legislativa porque se debate si el Tribunal puede determinar qué medida alternativa resulta preferible o en qué falla el cálculo del legislador, habida cuenta la libertad del mismo para optar por la medida legislativa que considere más adecuada, lo que obliga a examinar su razonabilidad. Finalmente, el tercer paso consiste en examinar la llamada "proporcionalidad en sentido estricto" o "ponderación", por cuanto es preciso ponderar todos los derechos en juego y todas las circunstancias concurrentes, para acabar resolviendo si la medida es proporcionada y equilibrada por derivarse de ella más beneficios y ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (STC 55/1996).

2. La aplicación de esta doctrina constitucional, en todo su amplio desarrollo, es obligada cuando en un caso de despido colectivo "la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas", lo que, junto a otros supuestos enumerados en el artículo 124.11, párrafo tercero de la LRJS , debe conducir a que la sentencia declare nula la medida extintiva. Fuera de esos supuestos la desproporción de las medidas tomadas no conduce a su nulidad sino, en su caso, a la declaración de que la medida es "no ajustada a derecho", pronunciamiento que exigirá un control judicial que -sin necesidad de tener que desarrollar el cumplimiento del test de proporcionalidad en idénticos términos a como lo hace el Tribunal Constitucional cuando tiene que decidir en amparo sobre si una medida afecta o no a un derecho fundamental- si debe basarse sobre los criterios de razonabilidad, adecuación, idoneidad y proporcionalidad (SS.T.S. 27-01-2014 (R.O. 100/2013) y 26-03-2014 (R.O. 158/2013)).

Cuando las medidas que tome el empleador, al hacer uso de las facultades que al respecto le otorga el art. 51 del E.T ., sean desproporcionadas, arbitrarias o irrazonables por el número de las extinciones acordadas, procederá su corrección declarando que las medidas tomadas no son ajustadas a derecho, pronunciamiento que se fundará, conforme al nº 11 del art. 124 de la L.J .S., en la falta de prueba de la concurrencia de la causa legal esgrimida, por cuanto, aparte de probarse la concurrencia de la causa económica, técnica o productiva, debe acreditarse que la entidad de la misma justifica el número de extinciones contractuales que se ha acordado, esto es que la medida es adecuada y proporcionada al fin perseguido. El que la medida concreta quede al arbitrio del empresario y el que su criterio no pueda ser suplido por los Juzgados y Tribunales que no pueden realizar un juicio de valor sobre ella para determinar si es la mejor, juicio de optimización, no quiere decir que la decisión empresarial, probada la causa, escape a todo control judicial, por cuanto los órganos judiciales pueden realizar, como ya dijo esta Sala en su sentencia de 27-1-2014 (R.O. 100/2013), un juicio sobre la racionalidad de la misma, para determinar si son ajustadas a la situación existente o desproporcionadas por excesivas. Ello requerirá ponderar todas las circunstancias concurrentes para hacer un juicio sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la medida tomada que será confirmada si es razonable. En otro caso, cuando se estime que la medida es irrazonable y desproporcionada en atención a las circunstancias económicas, técnicas y organizativas que se alegaron para justificarla, procederá declararla no ajustada a derecho, sin que quepa sustituirla por otra, porque el proceder arbitrario del empleador da lugar a que no se considere acreditada la causa que justificaba la totalidad de los despidos, pues, como se trata de un despido colectivo, la causa es la misma para todos. Si el número de extinciones acordadas fuese razonable y equilibrado procederá su confirmación sin entrar en disquisiciones sobre la conveniencia de un porcentaje inferior, mientras que la arbitrariedad de la medida llevará a una solución diferente con base en su irrazonabilidad y ello sin perjuicio de que en algún supuesto se pruebe la razonabilidad de la medida respecto de un grupo homogéneo de trabajadores diferenciado del resto.

3. La aplicación de la anterior doctrina al caso de autos obliga a estimar el recurso y a casar la sentencia recurrida porque no cabe dejar sin efecto la decisión extintiva sólo en parte y reducir el número de extinciones contractuales acordadas declarando que unas se ajustan a derecho y otras no, cuando ha quedado acreditada la realidad de las causas económicas y productivas que justifican, legalmente, el despido colectivo, tal y como se ha razonado antes, sin que, además, pueda afirmarse que la decisión empresarial sea desproporcionada. Sobre la proporcionalidad de la medida debe señalarse que la decisión tomada es equilibrada, razonable y no desproporcionada, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, pues habiendo disminuido la actividad de la empresa (pedidos y facturación) en un 50 por 100 redujo la plantilla en menos del 20 por 100. La sentencia recurrida se funda en que la empresa ofertó, finalmente, extinguir sólo 25 contratos con lo que, tácitamente,



reconoció que con ese número bastaba para la reorganización pretendida, argumento al que añade que la solución final favorece a los trabajadores de Santa Cruz de Tenerife que llegaron al Acuerdo de extinguir sólo diez contratos. Por ello, decide que solo se extingan 15 contratos, esto es el 60 por 100 de 25, siendo 60 el porcentaje de empleados que tiene la zona de Gran Canaria, mientras que en la otra zona presta servicios el 40 por 100. Pero estos argumentos no son acogibles por las siguientes razones:

Primera. Porque una oferta, dentro de una negociación, es simplemente eso, una oferta no vinculante y no una conquista de la contraparte. La posibilidad de un Acuerdo en una negociación colectiva es atractiva por la paz social que conlleva. Por ello, la falta de acuerdo no debe tener consecuencias en cuanto a la subsistencia de la oferta. Entender lo contrario es hacer imposible negociaciones futuras porque la empresa dudara sobre la conveniencia de hacer ofertas ¿vinculantes? que los trabajadores no aceptarían, puesto que ya tienen un mínimo y esperan una mejora. La oferta es un precontrato que sólo obliga cuando se acepta, porque los contratos se perfeccionan por el concurso de voluntades entre el que ofrece y el que acepta (art. 1.262 del Código Civil), razón por la que sin ese acuerdo de voluntades la oferta no vincula a quien la hace que puede reiterarla.

Segunda. Porque la sentencia recurrida ha acabado dando mejor trato al personal de la zona de Las Palmas que al de Santa Cruz de Tenerife y no es cierto que los primeros hayan sido tratados peor por no llegar a un acuerdo. Debe recordarse que los primeros representan el 60 por 100 de una plantilla de 173 empleados y que la facturación y las encomiendas de la demandada ha disminuido en un cincuenta por ciento lo que hace que la plantilla quede sobredimensionada y que sea razonable reducirla en parecido porcentaje, lo que no ha ocurrido porque, finalmente se acordó la extinción de 34 contratos, esto es menos del 20 por 100. Ciertamente el 13'87 por 100 eran empleados de Las Palmas, zona que se llevó la peor parte en ese particular, al tener 9 extinciones más de las que en un reparto porcentual le correspondían, pero este dato no permite afirmar que los empleados de la zona de Santa Cruz de Tenerife recibieron un trato más favorable por haber llegado a un acuerdo, pues, los mismos cambiaron extinciones contractuales por suspensiones de contratos durante ocho meses en porcentaje muy superior al del otro sector. Además, el principio de proporcionalidad no impone, al ser ajeno a su significado, el reparto porcentual de los ceses entre todos los centros de trabajo, sino que la medida tomada sea equilibrada y proporcionada para el logro del fin perseguido, que no sea irrazonable, lo que supone que la medida puede consistir en el cierre de uno o varios centros de trabajo, para centralizar la producción en otros.

Conviene resaltar que todo el personal de Santa Cruz de Tenerife que no vió extinguido su contrato (59 trabajadores) lo ha visto suspendido durante ocho meses, mientras que sólo 42 empleados de la zona de Las Palmas han visto suspendidos sus contratos durante ocho meses. La oferta que hicieron al comité de empresa de Las Palmas era de 15 extinciones y 89 suspensiones, esto es de todo el personal que continuase (hecho probado decimocuarto). En definitiva 47 trabajadores no han visto suspendido su contrato a cambio de nueve extinciones más. La sentencia recurrida ha omitido valorar este dato, integrado en la oferta, a la hora de aplicar los criterios de proporcionalidad y de homogeneidad que dice seguir, lo que ha dado lugar a que, contrariamente a lo que afirma, hayan recibido peor trato los trabajadores de la zona de Santa Cruz de Tenerife que han sufrido más suspensiones. La pregunta sobre que es mejor 9 extinciones contractuales o 47 suspensiones contractuales más durante ocho meses en un periodo de veinte meses, tiene difícil respuesta, porque la decisión es equilibrada y cualquiera de las medidas tiene sus costes para ambas partes. Así pues, parece razonable la decisión que tomó la empresa y equivocada la que da la sentencia recurrida que por error olvidó computar ese dato. En esta tesitura debe primar lo que se dijo sobre que la misión del juez, a la hora de valorar la decisión extintiva, debe limitarse a comprobar si concurren las causas que legalmente la justifican y a ponderar si esas medidas son adecuadas y razonables a los fines perseguidos, pero sin entrar en valoraciones sobre si las medidas tomadas son las óptimas o si caben otras mejores por conllevar menos extinciones contractuales.

SÉPTIMO.- Por todo lo razonado en los anteriores fundamentos, procede estimar el recurso de la empresa y desestimar el de la representación social. Sin imposición de la condena en costas y con devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que estimando, como estimamos, el recurso de casación interpuesto por GESTIÓN Y PLANEAMIENTO TERRITORIAL Y MEDIOAMBIENTAL SAU, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 26 de febrero de 2013, en actuaciones nº 18/2012 seguidas en virtud de demanda a instancia del COMITÉ DE EMPRESA (mayoría)



DE GESPLAN contra GESTIÓN Y PLANEAMIENTO TERRITORIAL Y MEDIOAMBIENTAL SAU, debemos casar y anular la sentencia recurrida y a la par, desestimar la demanda origen de este procedimiento, así como el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de instancia. Sin costas y con devolución a la demandada del depósito constituido para recurrir.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ