



Roj: STSJ CANT 366/2014  
Id Cendoj: 39075340012014100225  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Santander  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 56/2014  
Nº de Resolución: 277/2014  
Procedimiento: Recursos de Suplicación  
Ponente: RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS  
Tipo de Resolución: Sentencia

### SENTENCIA nº 000277/2014

En Santander, a 16 de abril de 2014.

#### PRESIDENTE

**Ilmo. Sr. D. RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS (PONENTE)**

#### MAGISTRADAS

**Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Mercedes Sancha Saiz**

**Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Jesús Fernández García**

**EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY**, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen ha dictado la siguiente

#### **S E N T E N C I A**

En el recurso de suplicación interpuesto por BRITTANY FERRIES BAI, S.A. y BRITTANY FERRIES SANTANDER, S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Cuatro de Santander, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por D<sup>a</sup>. Lina siendo demandados BRITTANY FERRIES BAI, S.A. y otros sobre **Despido** y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 5 de Agosto de 2013 en los términos que se recogen en su parte dispositiva. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

**SEGUNDO.-** Que como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- *La demandante, Doña Lina , ha venido prestando servicios para las demandadas BRITTANY FERRIES B.A.I. S.A. Y BRITTANY FERRIES SANTANDER S.L., con la antigüedad de cuatro de marzo de 1.992, categoría de oficial administrativo, y salario de 89'40 euros al día, estando adscrita al departamento de operatividad u operaciones portuarias.*

*Las empresas codemandadas BRITTANY FERRIES B.A.I. S.A. Y BRITTANY FERRIES SANTANDER S.L. constituyen un grupo empresarial a efectos **laborales**, - indiscutido-*

2º.- *La empresa Brittany Ferries Santander, S.L. comunicó a la representante de los trabajadores, en fecha 8/2/2013, la intención de proceder a una modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo de sus operarios, que afectaría a: Jornada, horario, cuantía salarial y movilidad funcional.*

*Esta primera comunicación se acompañaba de documentación elaborada por la matriz del grupo empresarial, con dos referencias específicas a la plantilla de Santander, en concreto:*

*Reubicación del Personal de Santander-Bilbao: "al objeto de reducir los costes de Santander, se ha contratado todo el personal necesario en Bilbao, incluyendo el personal administrativo necesario para la gestión de dicha delegación"*

*Reducción de personal: "Se propone la amortización de tres puestos de trabajo en aquellos departamentos que disponen de personal suficiente para reducir plantilla, manteniendo el servicio: "Atención al cliente", "Operaciones Portuarias" y "Holidays".*

*"Los criterios para determinar los puestos de trabajo objeto de amortización serán el menor coste o menor antigüedad, en la medida en que no afecten a la estructura jerárquica de la organización"*

*El día 12/2/2013 da comienzo el período de consultas propio de la modificación sustancial. En total se celebraron seis reuniones, finalizando éstas el pasado día 15 de marzo con acuerdo.*

*El contenido de las reuniones y del acuerdo final obra en el documento nº 6 del ramo de prueba de la empresa, y su contenido se tiene por reproducido íntegramente.*

*3º.- Antes del inicio de la sexta reunión entre la empresa y la delegada de personal, celebrado el día 15 de marzo de 2.013, - y que supuso la finalización de las negociaciones con acuerdo-, Don Jesus Miguel , director de la empresa, llamó por teléfono a la demandante y le comunicó que ella era una de las personas despedidas, - interrogatorio del Sr. Jesus Miguel y Acta de la sexta reunión-.*

*Con fecha 19 de marzo de 2.013 la demandante recibió carta de **despido**, con efectos el día 1 de abril de 2.013, con el contenido que obra a los folios seis y siete de las actuaciones y que se tiene por reproducido íntegramente.*

*La empresa puso a disposición de la trabajadora de manera simultánea indemnización por **despido** por importe de 32.185'80 euros.*

*4º.- El grupo empresarial BRITTANY FERRIES B.A.I. S.A. Y BRITTANY FERRIES SANTANDER S.L. presentan los siguientes resultados económicos:*

*Los resultados se corresponden con el resultado neto consolidado de la misma en los últimos cuatro ejercicios económicos (octubre a septiembre del siguiente año):*

*2008/2009; 5700000 #*

*2009/2010; 19500000 #*

*2010/2011; 31300000 #*

*2011/2012; 25200000 #*

*5º.- BRITTANY FERRIES SANTANDER S.L. presenta los siguientes resultados económicos:*

*; 2008/2009; 2009/2010; 2010/2011; 2011/2012*

*Facturación; 735000 #; 877763 #; 896035 #; 907933 #*

*Gastos personal; 598913 #; 657361 #; 816308 #; 888465 #*

*Resultados ejercicio; -19208 #; +6828 #; +5900 #; +6449 #*

*6º.- La demandante ha desempeñado en la empresa tres puestos de trabajo distintos. Empezó en reserva, carga y administración, y luego pasó a operaciones portuarias, - interrogatorio de don Jesus Miguel -.*

*7º.- La plantilla de BRITTANY FERRIES SANTANDER S.L. es la que aparece en el documento nº 7 del ramo de prueba de la empresa, y se tiene por reproducida.*

*Inicialmente todos los departamentos de la empresa en Santander podían verse afectados por los **despidos**, un trabajador por cada departamento. Finalmente los departamentos de "Atención al cliente" y "Holidays" se han unificado, - testifical de don Benedicto , asesor **laboral** de la empresa-.*

*8º.- La actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al **despido** la condición de delegado de personal o miembro del comité de empresa o delegado sindical.*

*9º.- Se celebró el acto de conciliación que resultó intentada sin avenencia.*

**TERCERO.-** En dicha sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: " Que **DEBO ESTIMAR Y ESTIMO** la demanda formulada por **D/Dª**. Lina , contra BRITTANY FERRIES B.A.I. S.A. Y BRITTANY FERRIES SANTANDER S.L., y, en consecuencia, debo hacer el siguiente pronunciamiento:

Que **DEBODECLARAR Y DECLARO** el **despido** causado a la actora el día 1 de abril de 2013 como **NULO**.

Que **DEBO CONDENAR Y CONDENO** solidariamente a BRITTANY FERRIES B.A.I. S.A. Y BRITTANY FERRIES SANTANDER S.L., a que readmitan de forma inmediata en su puesto de trabajo a la actora en las mismas condiciones que regían antes del **despido**; condenando asimismo solidariamente y en todo caso a las empresas demandadas al pago de los salarios dejados de percibir por la actora desde la fecha del **despido** hasta la readmisión.

La demandante habrá de reintegrar a la empresa la indemnización percibida en concepto de indemnización una vez firme esta sentencia."

**CUARTO.-** Que contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Referida la infracción de los artículos 41 , 51 , 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con los artículos 122 y 124 de la Ley 36/2011 . Según la resolución de instancia, a pesar de que el **despido** de la actora sea individual, la empresa le dio un tratamiento de **despido** colectivo y mantuvo un período de negociaciones, de tal forma que si esta fue su voluntad, estaba obligada a cumplir con los trámites libremente asumidos y respetar los principios de la buena fe negocial. En su opinión no lo hizo, ya que comunicó a la trabajadora, con carácter previo al acuerdo con la delegada de personal, la decisión extintiva, de forma que vació de esta forma el contenido del período de consultas, que tenía como objeto tanto los **despidos** como la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En definitiva, la omisión referida, obviando culminar en su integridad referido período, y anticipando la decisión extintiva, equivale a la omisión del período de consultas.

Niega la recurrente la realidad de un proceso de **despido** colectivo, que llama ERE (en realidad, ya no lo es) para la extinción de dos o tres puestos de trabajo, por lo que no puede vulnerarse el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores como tampoco los artículos 122 y 124 de la Ley 36/2011 , reguladora de la jurisdicción social. Según la recurrente, la decisión de la empresa fue la de iniciar tan sólo una negociación de modificaciones de trabajo de forma exclusiva. Y así lo acredita la consecuencia de la finalización de las negociaciones contraída a tal modificación de condiciones, según el acta final, aunque también es cierto que referido documento incorpora un compromiso de abonar una mejora indemnizatoria superior en un 50% de la indemnización legal siempre que las personas afectadas renunciaran a presentar demanda judicial.

**SEGUNDO** .- Pese a que es cierto, como indica la parte recurrente, que no consta acuerdo respecto a la extinción de contratos de trabajo, sino tan sólo de modificación, es decir, no se acordó **despido** alguno, tal "expediente", o más bien período de negociación no se contrajo, como ahora se defiende, a las medidas puramente modificativas. Los hechos, y la documentación aportada, hablan por sí mismos.

En la comunicación de ocho de febrero de 2013, el representante de la empresa ya explica no sólo las modificaciones sustancial a la que aspiraba sino que hace también referencia a la extinción de tres puestos de trabajo. Como indica el ordinal segundo de los hechos probados, no modificado, en tal comunicación, además de aportar documentación elaborada por la matriz del grupo empresarial, se hace referencia específica tanto a la reubicación del personal, al objeto de reducir los costes, como a la reducción de personal, si se propone la amortización referida en aquellos departamentos que disponen de personal suficiente para reducir plantilla, disponiendo como criterios el de menor coste o menor antigüedad. El acta de las reuniones posteriores, por ejemplo de la tercera, insiste en tales medidas extintivas (dos o tres **despidos**) junto a las modificativas y en la cuarta, de la misma forma, se dice que "la propuesta inicial eran tres **despidos** y la central del grupo había accedido a que solo fueran dos, pero que ésta medida era irrenunciable". También en esa reunión consta la manifestación de la empresa respecto a una mejora respecto a la indemnización mínima y que referida mejora está condicionada al acuerdo global, lo que permitiría incluir los **despidos** dentro de un acuerdo colectivo y por esta vía, en palabras textuales, intentar que se pudieran contemplar dentro de las medidas de jubilación prevista para extinciones colectivas. La propia carta de **despido** hace referencia a este período de negociación previa.

**TERCERO** .- Al abarcar referido período de consultas no sólo descubrimos medidas con significado modificativo sino también extintivo, y las comunicación, a través de la empresa (antes del inicio de la sexta reunión, celebrada el 15 de marzo de 2013 y que terminó con acuerdo) supone la extinción de la relación de la actora y un apartamiento, no admisible, del trámite por la demandada escogido. Sin embargo, la calificación de referida actitud anticipada, siquiera entendiendo que encierra mala fe, no puede calificarse como causa de nulidad, ya que no nos encontramos ante un **despido** individual derivado de un **despido** colectivo sino ante un mero **despido** individual.

La aplicación del artículo 122.2.b de la Ley de la Jurisdicción Social, al que hace referencia la resolución de instancia, no es posible, ya que se refiere al caso inverso: "Cuando se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los **despidos** colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores ". Es decir, en el caso de que, resultando obligado el trámite del **despido** colectivo, dado el cumplimiento de los umbrales señalados normativamente, la empresa lo hubiera obviado.

Aquí, al contrario, la empresa se ha autoimpuesto un trámite no obligado.

Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo ( art. 7.1 del Reglamento regulador de Procedimiento de **despido** colectivo). El art. 51. 2 ET obliga a las partes a negociar de buena fe. Así lo exige la Directiva 1998/59/CE, de 20 de julio, y la jurisprudencia comunitaria cuando esta última destaca que los representantes de los trabajadores se encuentran en la mejor posición para alcanzar los objetivos pretendidos por la norma.

No cabe duda de que esta intervención de los representantes de los trabajadores constituye una manifestación de la negociación colectiva.

El propio Reglamento 1483/2013 declara, de forma pedagógica, lo que no hace el reglamento anterior, ni tampoco la regulación precedente del artículo 51 , que la finalidad del periodo de consultas es la obtención de un acuerdo y regula para ello el número de sesiones y su sucesión temporal, aunque reconozca a la autonomía de las partes el derecho a fijar de "otra forma" dichos extremos.

En realidad, la ley no obliga a alcanzar un acuerdo en el periodo de consultas, pero sí a negociar", como expresa la STSJ Galicia de 19-07-2012, proc. 8/2012 , que a su vez se hace eco de la SAN de 26-3-2012 (JUR 2012, 141621), sino a negociar. Este deber es importante, ya que de no respetarse puede ser causa de nulidad judicial de los **despidos** ( art. 124.9 LRJS ). La doctrina judicial, tras la **reforma** del art. 51 LET en 2012, ha puesto el acento en esta exigencia de buena fe en la negociación (por todas, SAN 15-10-2012 ), y enjuicia su cumplimiento desde una perspectiva finalista, esto es, que se haya desarrollado en términos que hagan efectiva la finalidad del procedimiento de consultas (las posibilidades de evitar o reducir los **despidos** colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento).

El Real Decreto Ley fue lacónico a la hora de redactar los motivos en los que podía basarse la demanda colectiva para que se declarase la nulidad, lo que la Ley 3/2012 había enmendado, según hemos expuesto. De forma paralela, se modifica también la previsión sobre declaración de nulidad de la decisión extintiva por parte de la sentencia en un doble sentido: Procede la nulidad cuando no se haya respetado lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores , u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. Sin embargo, nada expresa el artículo 124.11 (último párrafo) respecto a la calificación de la decisión extintiva en casos de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

El supuesto estaba contemplado expresamente por la **reforma** del Real Decreto Ley 3/2012 como causa de nulidad de la decisión extintiva, pero omitido por la Ley 3/2012, que, sin embargo, sigue considerándolo motivo de la demanda de los representantes de los trabajadores [art. 124.2.c ) LJS]. Parece, por lo tanto, que, pese a la omisión, habría que añadir como motivos de nulidad el supuesto de adopción de la decisión extintiva empresarial con fraude, dolo, coacción, abuso de derecho o transgresión de la buena fe. Si no fuera así, tendría que calificarse el **despido** como no ajustado a derecho o incluso quedaría sin respuesta judicial.

En este caso se justifica que existió negociación hasta el punto de que se llegó a un acuerdo. Pero siquiera entendiendo que la actuación de la empresa supusiera, incluso, como considera la sentencia de instancia, la omisión del período de consultas, porque su finalidad es también la evitar o reducir los **despidos** (colectivos), y ésta problemática extintiva se abordó, tal calificación sólo corresponde en los casos del **despido** individual derivado de un período de consultas impuesto por la norma, es decir, de verdaderos **despidos** colectivos. La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho, de los trabajadores afectados, a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley .

Pero en este caso no existe, en realidad, **despido** colectivo y más en concreto, individual que del mismo derivara, y la consecuencia tampoco puede ser la nulidad porque se trata de un **despido** objetivo individual y la calificación de nulidad, a tenor de lo que se interpreta una actitud fraudulenta o contraria a la buena fe, supondría rescatar el viejo **despido** nulo por fraude de ley. Sería, además, de peor derecho la empresa por seguir una tramitación no obligada, ya que, si no se hubiera obligado a negociar los **despidos**, la calificación de éstos no encontraría el argumento adicional que ahora acoge la sentencia de instancia y que representa en realidad una utilización analógica, a la que hace referencia la parte impugnante, pero "in malam partem".

Conforme al artículo 122.2 de la Ley, no procede tal nulidad si no se ha efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los **despidos** colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores . Tampoco se trata de alguno de los otros supuestos previstos durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período, trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra c), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma Ley ; ni se trata de trabajadora víctima de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación **laboral**, en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores. Tampoco se trata de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo, al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

En definitiva, tal anticipación del **despido** respecto a la finalización del período de consultas, al no tratarse de un **despido** individual derivado de un **despido** colectivo, definido por la superación de unos umbrales concretos de afectación personal, y siquiera cuando, en una interpretación amplia se equipara tal hecho a la falta del periodo de consultas, lo que sería también discutible, no puede ser calificado como nulo sino como improcedente con la consecuencias económicas que le son propias, calificación que hace innecesario abordar los motivos que impugnan tal calificación por otras causas (criterios de selección) o que debaten respecto al pactado incremento indemnizatorio del 50% sobre el monto que corresponde al **despido** objetivo.

A estos exclusivos efectos, debe estimarse el recurso interpuesto con las consecuencias que también le son inherentes.

## FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso formulado por Brittany Ferries BAI, S.A., y Brittany Ferries Santander, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Santander, de 5 de agosto de 2013 , en el procedimiento nº 311/2013, dictada en virtud de demanda seguida por D<sup>a</sup> Lina contra Brittany Ferries BAI S.A., y Brittany Ferries Santander S.L., declarando la IMPROCEDENCIA de su **despido** objetivo, condenando a dichas demandadas a estar y pasar por tal declaración, y a optar, en el plazo de cinco días , entre la readmisión del trabajador en las mismas condiciones vigentes con anterioridad al **despido** o el abono de una indemnización de 80.124,75 euros con abono de los salarios de tramitación devengados, desde la fecha del **despido** y hasta la notificación de sentencia, en el primer caso.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma, previniéndoles de su derecho a interponer contra la misma, recurso de casación para la unificación de doctrina, regulado en los artículos 218 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dentro de los diez días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación. El demandado recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de la Sala de este Tribunal Superior al tiempo de la preparación del recurso, la consignación de un depósito de 600 Euros en la cuenta nº 3874/0000/66/0056/14, abierta en la entidad de crédito SANTANDER, Código identidad 0030, Código oficina 7001. Igualmente, deberá consignar en la misma cuenta citada, otro depósito por la cantidad total importe de la condena.

Devuélvanse, una vez firme la sentencia, el proceso al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, y déjese otra certificación en el rollo a archivar en este Tribunal.



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

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia en día de su fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ