



Roj: **STSJ PV 2402/2019 - ECLI: ES:TSJPV:2019:2402**

Id Cendoj: **48020340012019101433**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **16/07/2019**

Nº de Recurso: **1182/2019**

Nº de Resolución: **1407/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MAITE ALEJANDRO ARANZAMENDI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO N.º: Recurso de suplicación 1182/2019

NIG PV 48.04.4-19/001870

NIG CGPJ 48020.44.4-2019/0001870

SENTENCIA N.º: 1407/2019

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 16 de julio de 2019.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE, Presidente en funciones, D^a MAITE ALEJANDRO ARANZAMENDI y D. JOSE FELIX LAJO GONZALEZ, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por ELA contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º Seis de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 3 de abril de 2019, dictada en proceso sobre CIC, y entablado por **ELA** frente a DIRECCION000.

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.^a MAITE ALEJANDRO ARANZAMENDI, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

"Primero: En la empresa DIRECCION000 prestan sus servicios 17 personas. El horario de los trabajadores (desde hacía unos 2 años) se comprendía entre el lunes y el viernes, de 9 a 14 y de 15.30 a 18.30 horas.

Segundo: El 18 de mayo de 2018 una buena parte de los trabajadores de la empresa remite un documento a la dirección en el que manifiestan su interés en abordar ciertas cuestiones. Entre ellas se encuentra el calendario laboral.

El 30 de noviembre de 2018, el representante de los trabajadores D. S.V.B., dirige un escrito a la dirección de la empresa en la que indica que, en el año curso, se van a desarrollar 1808 horas contra las 1756 exigidas.

A la recepción de este último documento, la gerencia de la empresa convoca al representante obrero a una reunión que celebrar el 12 de diciembre de 2018.



Tercero: Dentro del orden del día de esta reunión del 12 de diciembre va incluida la materia relativa el calendario laboral.

En el curso de la referida reunión, la empresa se compromete a proponer a la representación obrera y antes del 31 de enero de 2019 un calendario laboral que permita el ajuste la jornada máxima prevista en el convenio.

Cuarto: El 15-1-2019 se produce una reunión en la empresa, en la cual se hace entrega a la representación obrera de un calendario laboral. En el mismo se contempla este horario (de lunes a viernes):

- De 9 a 13.30 y de 15.30 a 19.00 horas.

Quinto: La representación social eleva oposición, presentándose una propuesta alternativa a la semana siguiente. Esta última pasa por estos términos:

- De lunes y el viernes, de 9 a 14 y de 15.30 a 18.30 horas. Menos los viernes comprendidos entre febrero y octubre, en los que saldría a las 17.30 (a los viernes del periodo vacacional se le seguiría imputando el horario de invierno).

Sexto : El 31-1-2019 se hace entrega de un nuevo documento a todos los trabajadores, en el que se hace constar este horario (de lunes a viernes):

- De 9 a 13.30 y de 15.30 a 19 horas. En los viernes de febrero a octubre, la hora de salida del viernes sería las 18.

Séptimo: A fecha de 19 de febrero de 2019, se pone en contacto con el sindicato ELA un letrado en representación de la empresa, quien se ofrece para entablar conversaciones el día 25 de febrero. El sindicato acepta esa cita, celebrándose la misma sin resultados. Se emplazaron para el día 1 de marzo de 2019.

El letrado representante de la empresa no acudió a esta segunda cita.

Octavo: Se intentó el acuerdo ante el PRECO el 6-3-2019. La papeleta se había interpuesto el 25-2-2019."

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que, desestimando la demanda interpuesta por ELA frente a DIRECCION000 , Autos 172/2019, absuelvo a la demandada de cuanto se pedía."

TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por la parte contraria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que desestimó la demanda de conflicto colectivo sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo en relación con la pretensión de declaración de la nulidad/ carácter injustificado del calendario laboral de 2019 aprobado por la empresa DIRECCION000 , recurre la representación letrada del sindicato demandante ELA articulando los siguientes motivos de suplicación: los dos primeros, formulados al amparo del artículo 193 b) LRJS , para interesar la revisión de los hechos declarados probados en la forma que expresa en su escrito de recurso; y el tercero, articulado por el cauce procesal del artículo 193 c) LRJS , se destina al examen de las infracciones de normas sustantivas y de la jurisprudencia.

La representación de la empresa demandada no ha presentado escrito impugnando el recurso.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado b) del artículo 193 LRJS , el sindicato recurrente interesa dos modificaciones del relato fáctico.

Como es sabido, el éxito de la reforma fáctica está condicionado a que la certeza del dato cuya inclusión se interesa, o la falta de veracidad de aquél que se pretende eliminar, queden evidenciados, de manera indubitada, concluyente e inequívoca, por la fuerza directa que derive de documentos o pericias obrantes en autos, es decir, sin requerir la adición de ninguna otra prueba y sin tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, y siempre que su contenido no entre en contradicción con el de otros elementos probatorios que evidencien cosa contraria.

Las normas procesales no conceden preferencia a ninguna prueba sobre otra igual o diferente, sino que, cuando existen varias sobre el mismo punto, es el órgano de instancia quien ha de ponderarlas conjuntamente y elegir aquella que estime más objetiva y convincente conforme a las reglas de la sana crítica, en los términos previstos en los artículos 97.2 LRJS , y 326 y 348 LEC , por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica, sin que pueda la Sala efectuar una nueva ponderación de la prueba, y solamente de forma excepcional puede revisar las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida siempre que resulte relevante la modificación, y se



apoye en concreto documento auténtico o prueba pericial que, patentice de manera clara, evidente y directa, el error del juzgador de instancia, y sin que sea posible admitir la reforma fáctica de la sentencia con base en las mismas pruebas que sirvieron de fundamento para su confección, dado que no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador "a quo", por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada.

En concreto, la recurrente interesa:

1º.- *En el primero* de los motivos de revisión, que se adicione al relato de hechos probados, y en concreto al hecho probado cuarto, un párrafo con el siguiente texto:

" *Durante los meses de febrero y marzo la jornada laboral será de 7 horas en lugar de 8 horas* ".

Se estima pues así se deduce del documento 5 en el que se apoya y es una circunstancia que contribuye a completar la propuesta empresarial de esa fecha que incluía un reajuste de jornada, lo que tiene que ver con la tesis del recurso, independientemente de su trascendencia.

2º.- *En el segundo* de los motivos de revisión, se solicita que se modifique la redacción del hecho probado sexto en el sentido siguiente:

" *El 31-1-2019 desde RRHH DIRECCION000 se remite correo electrónico a toda la plantilla menos al delegado sindical, informando del calendario laboral que entrará en vigor el 1-01-2019, haciendo constar que el calendario será de lunes a viernes de 9,00 a 13,30 y de 15,30 a 19,00 salvo los viernes de febrero a octubre, en los que la hora de salida será las 18,00 horas*".

No acogemos esta revisión, pues no se deducen del documento 6, 7, 8 en los que se apoya, las circunstancias que se pretenden adicionar a la redacción judicial del hecho probado, no constatándose por lo tanto ningún error evidente del juzgador, y no apreciándose tampoco la relevancia de la revisión.

TERCERO.- En sede jurídica sustantiva, el examen del tercero de los motivos de recurso se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 193 c) LRJS para denunciar la infracción de lo dispuesto en el artículo 41 , 34.6 ET y 16 del Convenio colectivo, citándose además la sentencia del Tribunal Supremo de 17/10/2008 en relación a la diferenciación entre modificaciones sustanciales y accidentales, argumentando que el calendario de 2019 decidido por la empresa implica una modificación sustancial del horario, al pasar de ser de 9 a 14 horas y de 15.30 a 18.30 horas a alargarse de 1,5 horas hasta dos horas el tiempo de la comida retrasándose en media hora la salida, y que la empresa ha dejado al margen el artículo 41 ET incumpliendo sus requisitos formales careciendo de justificación. Se muestra disconforme con el criterio de la sentencia del juzgado de lo social por cuanto que la empresa no se ha limitado a realizar un reajuste de jornada sino que ha introducido modificaciones cuyo impacto se ha minimizado por el juzgador.

La resolución del motivo impone el deber de decidir si la modificación de horario acordada por la empresa demandada en los términos señalados en los hechos probados tiene carácter accidental o sustancial y debe reputarse o no ajustada a derecho, y si se considera errónea o acertada la interpretación que se hace por la sentencia impugnada en relación a la calificación sobre si las variaciones de horario que introduce la empresa en el calendario de 2019 suponen una modificación meramente accidental (criterio del juzgador de instancia) o más bien sustancial (criterio del recurrente) de las condiciones de trabajo.

Recordemos que el legislador reconoce al empresario dos tipos de facultades modificativas ex artículo 5 c , 20 , 39 a, 41 ET , que somete a diferente régimen jurídico: a) introducir modificaciones no sustanciales o accesorias ex artículo 1.1 , 5.c , 8.1 y 20 ET en el contenido de la prestación y en las condiciones de trabajo, como una manifestación del *ius variandi* o potestad directiva empresarial ordinaria; b) acordar modificaciones sustanciales ex artículo 40 y 41.1ET en las condiciones de trabajo, incluido el lugar de ejecución del mismo y el propio contenido de la prestación, en el ejercicio extraordinario de su potestad de dirección para remediar las condiciones de necesidad o conveniencia probada.

El carácter sustancial de la modificación de condiciones de trabajo no se halla referido al hecho de que la condición sea sustancial, sino a que sea sustancial la propia modificación (STS 9/4/2001). El elemento decisivo a tal fin no es por tanto la naturaleza de la condición afectada sino el alcance o importancia de la modificación (STS 9/12/2003). En consecuencia, no todas las modificaciones de las condiciones señaladas en el art.41ET son necesariamente sustanciales.

La delimitación de las modificaciones sustanciales y no sustanciales o accidentales de las condiciones de trabajo tiene gran relevancia al ser distinto el régimen jurídico al que se someten:

A) El empresario puede imponer libremente las modificaciones que no tengan carácter sustancial, sin necesidad de justificación causal y de formalidad alguna, sin más límites que el respeto a los derechos



fundamentales del trabajador, a su dignidad y al principio de buena fe contractual y los que, en su caso, deriven de la regulación legal, o de los acuerdos individuales o colectivos. Si el trabajador afectado está en desacuerdo con la medida debe accionar por el cauce del procedimiento ordinario para que se reconozca su derecho a que se le restituya en la situación anterior, cuyo ejercicio está sujeto al plazo de prescripción de un año.

B) Las modificaciones sustanciales sólo pueden ser adoptadas en los supuestos previstos legalmente y por las causas y con los requisitos establecidos en el art.41ET . El trabajador disconforme con la decisión empresarial puede impugnarla por la modalidad procesal prevista específicamente, existiendo, no obstante, otras alternativas.

Pese a la importancia de identificar correctamente la concurrencia de la sustancialidad de la modificación, determinante de la propia aplicación del procedimiento establecido en el art.41ET , el legislador en dicha disposición sólo señala que si el cambio afecta a las funciones, se considera sustancial cuando exceda los límites establecidos para la movilidad funcional (art.39.5 y 41.1.fET), esto es, cuando el empresario unilateralmente pretende realizar lo que se denomina movilidad funcional extraordinaria.

En el resto de los supuestos, tratando de delimitar cuándo una modificación es o no sustancial, cabe señalar que el criterio utilizado tradicionalmente para valorar si una modificación tiene carácter sustancial es el de su entidad. Según reiterada jurisprudencia es determinante para la aplicación del régimen previsto en el art.41 ET que la modificación de que se trate sea "sustancial", concepto jurídico indeterminado de necesaria concreción e integración caso por caso a la vista de las circunstancias que concurren, si bien debe acudir en todo caso a interpretaciones del concepto finalistas y razonables, considerando "sustancial" la modificación que, conjugando su intensidad, la materia sobre la que versa y el carácter temporal o definitivo de la misma, sea dañosa para el trabajador al implicar en el caso concreto una mayor onerosidad de sus prestaciones, con un perjuicio comparable en relación a su situación anterior a la adopción de la decisión empresarial.

Y en esa calificación ha de tenerse en cuenta también que la acepción de la sustancialidad ha de interpretarse según las circunstancias del momento y de la realidad social del tiempo presente (artículo 3.1 Código Civil).

Pues bien, entendemos que el horario es una condición de trabajo muy próxima a la jornada, ya que en el mismo se precisa el tiempo exacto que cada día se ha de prestar al servicio y es una condición muy sensible para el trabajador ya que puede afectar a la realización de otras actividades comprometidas fuera de ese horario, afectando al derecho a la conciliación de la vida laboral y personal.

Y para calificar la modificación del horario, como de cualquier otra condición de trabajo, de sustancial o accidental, hay que valorar las circunstancias del caso concreto.

En el caso sometido a nuestra consideración los trabajadores venían prestando servicios en la empresa demandada en un horario de jornada partida de 9:00 a 14:00 horas y de 15:30 a 18:30 horas todos los días del año. En el calendario laboral del 2019 la empresa, además de ajustar la jornada a la exigida por el convenio - cuestión ésta sobre la que no se plantea controversia en el recurso-, introduce dos modificaciones en relación al horario ya que: por un lado, adelanta el horario de salida de la mañana a las 13.30 horas, lo que implica incrementar el tiempo de interrupción para la comida de 90 minutos a dos horas; por el otro, retrasa en media hora el horario de salida de la tarde de las 18.30 horas a las 19 horas durante todos los días del año, salvo los viernes de nueve meses del año (los de febrero a octubre), en que adelanta el horario de salida de los trabajadores desde las 18 30 a las 18 horas.

Es criterio de esta sala que ello comporta una verdadera modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y no meramente accidental como ha calificado el juzgador *a quo* . Retrasar en media hora la salida de los trabajadores desde las 18.30 horas hasta las 19 horas no es baladí sino que es un cambio importante, teniendo en cuenta que llevan vinculados a la empresa desde las 9 horas con un horario partido, y el nuevo calendario no retrasa el horario de entrada. No podemos presumir que dicho retraso en el horario de fin de la jornada se compense en su onerosidad con el beneficio de contar con media hora más para comer pues una interrupción de 90 minutos es más que suficiente para ese acto de la vida cotidiana. Tampoco se ve compensado con el beneficio de terminar antes la jornada laboral algunos días, pues terminarán a las 18 horas un solo día laborable y, en concreto, los viernes de nueve meses del año. Por otro lado, el tramo horario afectado con la prolongación es el de la tarde (de 18.30 a 19 horas), muy sensible para la conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores, que pueden estar comprometidos con otros deberes de mayor o menor significación, como la atención de hijos menores que han terminado horas antes sus colegios, o las compras en establecimientos con horarios comerciales a punto de cerrar, etc. Se repara en este sentido que en numerosos foros se ha venido criticando el horario laboral de nuestro país en relación al que impera en otros países europeos en los que las jornadas laborales finalizan no más tarde de las 18 horas, como medida que favorece esa conciliación de la vida laboral y familiar incluso con las actividades de ocio, culturales, sociales, y de descanso.



En este sentido, somos concededores de que la sentencia del Tribunal Supremo de 10/10/2005 (Rcud 183/2004) no considera sustancial el retraso en media hora en la entrada y salida en el trabajo. Sin embargo, el supuesto allí resuelto no era idéntico al nuestro, ya que en tal caso también se retrasaba correlativamente la hora de entrada, se valoraba que los segmentos horarios afectados no afectaban a los transportes públicos y especialmente que la modificación sólo implicaba los meses de verano. Además, se trata de una interpretación jurisprudencial que tuvo lugar hace catorce años, y en la actualidad impera realizar una más acorde con la protección del derecho a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, en la dirección marcada por leyes promulgadas posteriormente, como la Ley orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad de mujeres y hombres, que valora la conciliación de la vida laboral y familiar como estrategia para la consecución de la igualdad efectiva de hombres y mujeres, siendo necesario un cambio social que introduzca nuevos modelos de organización.

Ello lleva a la estimación del motivo y del recurso, dado que si la modificación introducida por la empresa en el calendario de 2019 comportó una verdadera modificación sustancial en el horario de los trabajadores, no está comprendida en el *ius variandi* empresarial a menos que se acuda a los trámites preceptivos previstos legalmente para ello en el artículo 41ET, tanto de forma como de aportación de causas justificativas, Y al no haberlo hecho así, debe declararse que la decisión empresarial es injustificada con los efectos previstos en el artículo 138.7.4 LRJS, al estar reservada la declaración de nulidad para otros supuestos legales (138.7.3 LRJS)

CUARTO.- En materia de costas rige el artículo 235 LRJS y el principio de vencimiento salvo en el caso de beneficiarios de justicia gratuita.

Vistos los artículos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del sindicato ELA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Bilbao de fecha 03/04/2019 en los autos de conflicto colectivo 172/2019 seguidos a instancia de la CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA contra la empresa DIRECCION000 debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida y con estimación de la demanda declaramos injustificado el calendario de 2019 dejándolo sin efecto y condenando a la empresa a reponer a los trabajadores en sus anteriores condiciones. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

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

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:



A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1182-19.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1182-19.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

FONDO DOCUMENTAL CENDO