



Roj: **STSJ GAL 6438/2020 - ECLI:ES:TSJGAL:2020:6438**

Id Cendoj: **15030340012020104511**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **11/11/2020**

Nº de Recurso: **3074/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MANUEL DOMINGUEZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA SALA DE LO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939 **Fax:** 881-881133/981184853

RSU RECURSO SUPLICACION 0003074 /2020 PM

Procedimiento origen: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000124 /2019

Sobre: RESOLUCION CONTRATO

RECURRENTE/S D/ña SERVIPLUS TOTAL SL

ABOGADO/A: JOSE CARLOS BOUZA FERNANDEZ

RECURRIDO/S D/ña: Armando

ABOGADO/A: ALFONSO AURELIO GONZALEZ PARDO

ILTMO. SR. D. MANUEL DOMÍNGUEZ LÓPEZ

PRESIDENTE

ILMA. SRA. D^a. MARÍA ANTONIA REY EIBE

ILMO. SR. D. RICARDO RON LATAS

En A CORUÑA, a once de noviembre de dos mil veinte.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPLICACION **3074/2020**, formalizado por SERVIPLUS TOTAL SL, contra la sentencia número 143/20 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de A CORUÑA en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 124/2019, seguidos a instancia de Armando frente a SERVIPLUS TOTAL SL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a MANUEL DOMINGUEZ LOPEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Armando presentó demanda contra SERVIPLUS TOTAL SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha dieciséis de junio de dos mil veinte.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO: D. Armando prestó servicios para la empresa Servicios y Materiales SA con la categoría de ordenanza con una jornada de 39 horas semanales de lunes a domingo en virtud de un contrato de trabajo a tiempo completo eventual por circunstancias de la producción suscrito el 1 de septiembre de 2008. Posteriormente, trabajó para dicha empresa en virtud de un contrato de obra y servicio a tiempo completo con la categoría de montador con una jornada de 39 horas semanales distribuidas de lunes a domingo, contrato suscrito el 9 de marzo de 2009. En dicho contrato se pactaba que el servicio se prestaría de lunes a domingo todos los días del año y que el horario de prestación de servicios será el que exijan las necesidades de servicio. Se da por reproducido el citado contrato. El 1 de septiembre de 2012 el actor fue subrogado por la empresa Ferroser SA al habersele adjudicado a la misma el concurso para la contratación de los servicios complementarios para el funcionamiento de las instalaciones deportivas. Ferroser le reconoce al actor las siguientes condiciones: antigüedad de 1 de septiembre de 2008, grupo 4 nivel 2, jornada de 38,25 horas semanales, contrato indefinido a tiempo completo y como centro de trabajo el servicio de instalaciones deportivas municipales (Acreditado por la prueba documental de ambas partes). SEGUNDO: El 22 de diciembre de 2016 Ferrovial Servicios y el actor suscriben el pacto que consta aportado como documento número 6 de la parte actora que se da por reproducido. (Acreditado por el documento número 6 de la parte actora). TERCERO: Se da por reproducido el pliego de las prescripciones técnicas reguladoras de los servicios complementarios para el funcionamiento de las instalaciones deportivas municipales adjudicados a Ferroser SA. El mismo incluye los montajes de instalaciones temporales fuera de las instalaciones deportivas municipales (Acreditado por la prueba documental de ambas partes). CUARTO: El 16 de enero de 2019 se subroga en la relación laboral del actor la empresa Serviplus total SL, nueva adjudicataria del servicio de instalaciones deportivas de A Coruña, cuyo pliego de prescripciones técnicas del servicio se da por reproducido al haber sido aportado por las partes. El mismo se refiere al servicio de conserjería en las instalaciones deportivas e incluye el montaje y desmontaje de elementos y equipaciones de carácter temporal dentro de una instalación deportiva municipal. El 16 de enero de 2019 la empresa Serviplus total SL comunica al actor la subrogación en la relación laboral en las condiciones comunicadas por la empresa saliente, en concreto: grupo IV nivel II, antigüedad 1 de septiembre de 2008, 38 semanales de lunes a domingos. El actor firmó haciendo constar "no conforme" (Acreditado por la prueba documental de ambas partes). QUINTO: El actor comunicó a la empresa el 21 de enero de 2019 que estaba cursando estudios de graduado en administración y dirección de empresa en la UDC. Habiéndose matriculado en el curso 2018/2019 en las asignaturas que figuran en el documento 12 de la parte actora que se da por íntegramente reproducido (Acreditado por la prueba documental de la parte actora y testifical de la coordinadora del servicio). El actor envía un burofax a la empresa el 29 de enero de 2019 comunicándole que entiende que ha sido objeto de una modificación funcional sustancial por dársele solo funciones de conserjería y que ejercita su derecho a rescindir el contrato de trabajo con la indemnización del artículo 41.3 Et. Se da por reproducido el escrito remitido. El 30 de enero de 2019 la empresa entrega al actor la notificación de su cuadrante horario, documento número 14 de la prueba de la parte actora que se da por reproducido en aras a la brevedad. La empresa contesta al escrito del actor indicándole el 31 de enero de 2019 que no existe modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Se da por reproducida la comunicación al documento número 15 de la parte actora. El 1 de febrero de 2019 el actor remite nuevo burofax a la empresa considerando que ha sido objeto de una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo también por la modificación de su horario y distribución del tiempo de trabajo y que ejercita su facultad de extinguir la relación laboral con abono de la correspondiente indemnización. Se da por reproducida la comunicación remitida al documento 16 de la parte actora. La empresa le contesta por comunicación de 11 de febrero de 2019 considerando que no existe modificación sustancial y que entiende injustificada su inasistencia al trabajo requiriéndole para que la justifique, procediéndose en caso contrario a su baja en la empresa. Se da por reproducida la comunicación de la empresa al documento 17 de la parte actora. La empresa cursó la baja voluntaria del actor por dimisión con efectos de 1 de febrero de 2019 (Acreditado por los documentos números 18 y 24 de la parte actora). SEXTO: El actor venía percibiendo un salario mensual bruto en 14 pagas de 1.127,62 euros. (Hecho acreditado por las nóminas aportadas). SÉPTIMO: Cuando el actor prestaba servicios para Ferrovial se dedicaba a la realización de montajes de instalaciones deportivas, la mayor parte de ellas fuera de las instalaciones municipales. Desde al menos el 1 de enero de 2017 trabaja habitualmente en horario de mañana de lunes a viernes, salvo en 10 o 12 ocasiones al año que realizaba el demandante horario de tarde o en fin de semana. El demandante nunca tuvo en Ferrovial turnos rotatorios. Desde que el servicio lo tiene adjudicado Serviplus total no se han realizado instalaciones deportivas fuera de las instalaciones municipales,



salvo en alguna ocasión esporádica y excepcional, en que se contrató personal para ello, no realizando dicha tarea los conserjes. Los conserjes sí realizan entre otras funciones de colocación de material de pequeñas dimensiones en las instalaciones municipales habituales. Hacen un horario de mañana y tarde en turnos y fines de semana. El actor mantuvo una conversación con la coordinadora del servicio antes de comunicar su voluntad de extinguir su relación laboral y le explicó que en la anterior empresa tenía un horario ordinario fijo de mañana. El actor le indicó que cursaba estudios en horario de tarde. La coordinadora ante ello le ofreció un puesto de coordinación con horario de tarde/noche hasta las 24 horas, oferta que rechazó el actor. (Acreditado por la prueba testifical). OCTAVO: El actor presentó papeleta de conciliación en el SMAC el 14 de febrero de 2019 que dio lugar al acto de conciliación celebrado el 7 de marzo de 2019 que finalizó sin acuerdo (Acreditado por el certificado del acta de conciliación acompañada a la demanda). NOVENO: Se dan por reproducidos el calendario académico para el curso 2018/2019 y los horarios de las asignaturas, documentos aportados con el número 22 y 23 de la parte actora. (Acreditado por la prueba documental de la parte actora).

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que procediendo reconducir el procedimiento a los trámites del procedimiento ordinario, debo estimar y ESTIMO la demanda presentada y reconozco que la extinción de la relación laboral entre las partes se produjo en el ejercicio por el actor de la facultad prevista en el artículo 41.3 del ET y en consecuencia condeno a la empresa Serviplus total SL a abonar al demandante el importe de 9082,50 euros prevista en el indicado precepto.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la parte demandada SERVIPLUS TOTAL S.L.U la sentencia de instancia, que acogió la demanda rectora de los autos, solicitando la revocación de la misma y la desestimación de las pretensiones en su contra deducidas para lo cual, admitiendo el relato fáctico de instancia en sede jurídica, con amparo procesal en el art. 193.c) LRJS, denuncia, como previo, que la contrata redujo la actividad suprimiendo el servicio de montaje de eventos por lo que hubo de destinar al actor a otras ocupaciones, conserje, con montaje en interior y, entrando en el fondo, en primer lugar denuncia vulneración de art.41.1 y 41.2 LET argumentando, en esencia, que no existe modificación substancial porque se ofreció un horario para compatibilizar estudios y trabajo que fue rechazado por el actor por lo que se produce baja voluntaria. En segundo lugar, se denuncia la vulneración art. 41.3 LET y STS 18/10/16, argumentando que no se acredita por el actor perjuicio alguno indemnizable, se trata de una dimisión del trabajador, pues la modificación afectaría solo al 2º cuatrimestre de estudios, cuatro meses dentro del año natural, tiempo durante el cual hay vacaciones por lo que el perjuicio no es relevante. El recurso ha sido impugnado de contrario invocando, de modo resumido, que la reducción de contrata, que se invoca como motivo previo, es una cuestión nueva no alegada en instancia.; en cuanto a que la modificación sea sustancial con cita de (STS 4/12/18 RCU 470-17) y STSJ Galicia 28-12-17 y 26/5/2020 según la cual la decisión extintiva del trabajador es constitutiva, y que la modificación es sustancial se evidencia en que el actor no trabajó en turnos y ahora ha de rotar en turnos de mañana y tarde, lo cual es una modificación substancial en si misma (STS 11-6-2020 RCU 168-19.). Por último sobre la prueba del perjuicio, STS 18/10/16 RCU 494-15, el actor acredita que tenía una jornada ordinaria de mañana que le permitía realizar sus estudios de tarde, la recurrente le impone jornada de mañana y tarde y en la alternativa que le ofreció no podía acudir a clases por la tarde cuando trabajaba en jornada de tarde y cuando trabajaba de mañana no podía asistir a la primera clase que se iniciaba antes de terminar su turno matutino, por lo que el perjuicio para su formación es indiscutible, postula la confirmación del fallo recurrido.

En cuanto al motivo preliminar el mismo carece de denuncia normativa o jurisprudencial concreta y determinada por lo que más que un motivo de recurso lo que se pretende es, de forma indirecta, introducir y elemento fáctico que de todos modos ya consta en el ordinal séptimo de probados en su párrafo segundo, para así intentar justificar la decisión adoptada, lo cual no es una cuestión nueva sino un argumento que aparece debatido pero intrascendente para resolver toda vez que no se discute por el actor que la modificación de condiciones de trabajo se encuentre justificada, sino que la misma le perjudica y por lo tanto solicita la extinción del contrato de trabajo.

Entrando en el análisis del primer motivo jurídico, calificación de la modificación como substancial, el argumento de la parte es en cierta medida contradictorio con el motivo "preliminar", por cuanto si se sustenta la falta de sustancialidad no se precisa la justificación que previamente se argumenta para la modificación, en todo caso, el hecho objetivo e indiscutido es que, previamente a la subrogación el actor prestaba sus servicios en jornada de mañana de lunes a viernes, salvo en escasas ocasiones en que trabajó de tarde o en



fin de semana y nunca tuvo turnos rotatorios de trabajo (HDP 7º) y que la empleadora recurrente, le fija una jornada rotatoria de mañana y tarde lo cual constituye una modificación substancial de las condiciones previas de trabajo del actor del art. 41.1 LET pues le impone un régimen de trabajo a turnos que antes no tenía, la sustancialidad de tal modificación surge no solo de su inclusión en el precepto citado, art. 41.1. c) LET -indicio evidente de sustancialidad- sino del hecho de que el cambio en la modalidad de prestación del servicio de un turno fijo de trabajo matutino a un turno rotatorio de mañanas y tardes implica una alteración importante en la forma y tiempo de prestación del servicio con consecuencias relevantes para el trabajador no solo en la organización personal, tiempo de estudios en el caso concreto, sino también para el tiempo de descanso y ocio, tal y como resulta de la doctrina contenida en la STS 11/6/2020 (RCUD 168-2019) que, con cita de la STS 4 diciembre 2018, rec. 245/2017, señala que "los requisitos exigibles para la concurrencia de modificación sustancial de condiciones de trabajo, en los términos siguientes: "Como recuerda la STS 3/4/2018, rec. 106/2017, "sólo los cambios en las condiciones de trabajo que tengan carácter sustancial quedan sometidos al procedimiento previsto en el art. 41 ET. Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo son aquellas que afectan a determinadas condiciones laborales y que solo se justifican por la concurrencia de alguna de las causas establecidas por el legislador. No toda decisión empresarial que altere la prestación de servicios del trabajador constituye una modificación sustancial. La configuración de lo que se entiende por tal se fundamenta en la delimitación del poder de gestión y organización empresarial, por lo que la limitación a las facultades del empleador tiene en cuenta, tanto el tipo de condición laboral afectada - partiendo de que la lista del párrafo primero del art. 41 es meramente ejemplificativa y no exhaustiva (STS/4ª de 9 diciembre 2003, rec. 88/2003 ; 26 abril 2006, rcud. 2076/2005 y 22 enero 2013, rec. 290/2011)-, como la intensidad de la misma modificación. No cualquier modificación de una de esas condiciones ha de ser necesariamente sustancial, sino que en cada caso habrá que analizar la medida empresarial adoptada para definir su naturaleza sustancial o no. Y no lo es cuando "la medida adoptada no supuso alteración valorable de las condiciones de trabajo o de la remuneración" (STS/4ª de 22 enero 2013, rec. 290/2011)". Y en la misma línea, la STS 29/11/2017, rec. 23/2017 (EDJ 2017/279532), viene a recopilar la doctrina en esta materia para significar que "Por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista "ad exemplum" del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del "iusvariandi" empresarial" y así se reconoce en STS 13/11/96, entre otras, y TSJ Navarra 17/9/99 por ello el motivo no puede ser atendido.

SEGUNDO.- En cuanto al segundo motivo, el perjuicio ocasionado y su prueba (art 41.3 LET) para que la acción prospere es preciso que concurren los requisitos de, modificación sustancial de condiciones de trabajo, perjuicio para el trabajador y relación de causalidad entre la modificación y el perjuicio (STSJ País Vasco 17/1/2012), requisitos que concurren en el presente supuesto ya que la modificación producida, como se deja indicado ut supra, es sustancial, dicha modificación perjudica de forma clara y directa las posibilidades de formación del actor que no podrá acudir a las clases de estudios universitarios en que se encuentra matriculado cuando le corresponda el turno de tarde y cuando le corresponda el de mañana perderá, al menos la primera clase, ya que su horario de clases es de tarde siempre y se inicia antes de finalizar el turno de mañana, el perjuicio es obvio y presenta relación directa con la modificación del trabajo, tal perjuicio no es hipotético o posible sino real y evidente por lo que conforme a la doctrina contenida en la STS 18/3/96, 18/7/96, entre otras, el cambio al sistema de turnos realmente le impide continuar con sus estudios universitarios, así lo estima STSJ Madrid 24-04-2001, por lo que se desestima el motivo planteado pro la recurrente.

TERCERO.- La desestimación del recurso conlleva la pérdida del depósito constituido para recurrir, así como que se mantengan los aseguramientos prestados hasta que en ejecución de sentencia se acuerde lo procedente (art. 204 LRJS). Igualmente procede imponer las costas del recurso a la parte recurrente a quien se condena al abono de la suma de 300 € en concepto de honorarios de letrado de la parte actora impugnante del recurso (art. 235 LRJS).

Por todo lo expuesto,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por SERVIPLUS TOTAL S.L.U, contra la sentencia dictada el 16/6/2020 por el Juzgado de lo Social Nº 3 de A CORUÑA en autos Nº 124-2019 sobre RECONOCIMIENTO DE DERECHO Y CANTIDAD seguidos a instancias de D. Armando contra la recurrente resolución que se mantiene en su integridad.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.



MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

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