



Roj: **STSJ AS 2760/2020 - ECLI:ES:TSJAS:2020:2760**

Id Cendoj: **33044340012020101988**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **24/11/2020**

Nº de Recurso: **1653/2020**

Nº de Resolución: **2088/2020**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA VIDAU ARGÜELLES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL - OVIEDO

SENTENCIA: 02088/2020

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL - OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33004 44 4 2020 0000552

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001653 /2020

Procedimiento origen: MODIFICACIÓN SUSTANCIAL CONDICIONES LABORALES 269/2020

RECURRENTE/S D/ña Amanda

ABOGADO/A: LUIS JESUS BARCENA SANCHEZ

RECURRIDO/S D/ña: MINISTERIO FISCAL, RESOLUTION SERVICIOS INTEGRALES.S.R.L. , REAL CLUB NAUTICO DE SALINAS

ABOGADO/A: , MANUEL ARTURO FERNANDEZ BELINCHON

PROCURADOR: , URBANO MARTINEZ RODRIGUEZ

Sentencia núm. 2088/2020

En OVIEDO, a veinticuatro de noviembre de dos mil veinte.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos. Sres. D^a MARÍA VIDAU ARGÜELLES, Presidenta, D^a MARÍA CRISTINA GARCÍA FERNÁNDEZ, D. JESÚS MARÍA MARTÍN MORILLO y D^a LAURA GARCÍA-MONGE PIZARRO, Magistrados, 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

SENTENCIA

En el RECURSO DE SUPLICACIÓN NÚM. 1653/2020, formalizado por el Letrado D. Luís Jesús Bárcena Sánchez, en nombre y representación de D^a Amanda , contra la sentencia número 154/2020 dictada por



el JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de AVILÉS en el procedimiento MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES LABORALES 269/2020, seguido a instancia de la citada recurrente frente a las empresas RESOLUTION SERVICIOS INTEGRALES. S.L., representada por D. Ramón Valentín García en calidad de Administrador, asistido por el Letrado D. Manuel Arturo Fernández Belinchón y REAL CLUB NÁUTICO DE SALINAS, representada por el Procurador D. Urbano Martínez Rodríguez bajo la dirección letrada de D. Manuel Arturo Fernández Belinchón, siendo parte el MINISTERIO FISCAL y habiéndose designado Magistrado-Ponente a la **Ilma. Sra. MARÍA VIDAU ARGÜELLES**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D^a Amanda presentó demanda contra las empresas RESOLUTION SERVICIOS INTEGRALES S.L. y REAL CLUB NÁUTICO DE SALINAS, siendo parte el MINISTERIO FISCAL y habiéndose turnado para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 154/2020, de fecha cinco de agosto de dos mil veinte.

SEGUNDO.- En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º.- D^a Amanda, cuyas circunstancias personales obran en la demanda y se dan por reproducidas, ha venido prestando servicios por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de RESOLUTION SERVICIOS INTEGRALES S.L. como limpiadora en el REAL CLUB NÁUTICO SALINAS con una jornada de 20 horas semanales.

2º.- Por comunicación escrita de 30-3-2020 y efectos del 6-4-2020, RESOLUTION SERVICIOS INTEGRALES S.L. comunicó a D^a Amanda que su centro de trabajo sería modificado y su jornada reducida de forma temporal pasando a desempeñar sus funciones habituales en varios centros de trabajo y en una jornada semanal de 15 horas por causa de la suspensión temporal del servicio de limpieza que venía desarrollando en las instalaciones del REAL CLUB NÁUTICO SALINAS como consecuencia del Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 de marzo, añadiendo que cuando finalizara la situación de alerta sanitaria provocada por el COVID-19 y el cliente volviera a abrir y solicitar la reanudación de los servicios volvería a su anterior centro y al horario que tenía.

La modificación no llegó a hacerse efectiva al no acudir la trabajadora al trabajo.

3º.- El 15-4-2020, D^a Amanda remitió carta a RESOLUTION SERVICIOS INTEGRALES S.L. optando por la rescisión de su relación laboral, momento en que le fue comunicado su despido por razones disciplinarias.

4º.- En fecha 19-3-2020, RESOLUTION SERVICIOS INTEGRALES S.L. solicitó de la Dirección General de Empleo y Formación la suspensión del contrato de trabajo de 1 trabajador por causa de fuerza mayor y como consecuencia de la declaración del estado de alarma por parte del RD. 463/2020, de 14 de marzo, la cual le fue denegada por resolución de 24-3-2020.

En fecha 30-3-2020 REAL CLUB NÁUTICO SALINAS comunicó a RESOLUTION SERVICIOS INTEGRALES S.L. que el club permanecería cerrado como mínimo hasta el 9 de abril. Las instalaciones, baños, comedor, zonas comunes, etc., se cerraron para los socios desde el 14-3-2020 hasta el 20-5-2020.

REAL CLUB NÁUTICO SALINAS notificó en fecha 17-4-2020 a la Dirección General de Empleo el acuerdo alcanzado con los trabajadores de reducción de la jornada del 50% de siete trabajadores de su plantilla con efectos del 20-4-2020, los cuales volvieron a sus jornadas primitivas el 19-5-2020. Durante este mes se efectuaron labores de jardinería, obras, labores de mantenimiento y limpieza tras la pintura y obras realizadas que asumió la propia plantilla del Club. Unos días antes de la reapertura a los socios REAL CLUB NÁUTICO SALINAS solicitó a RESOLUTION SERVICIOS INTEGRALES S.L. la limpieza de las instalaciones para su puesta a punto.

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que, desestimando la demanda interpuesta por D^a Amanda, absuelvo a RESOLUTION SERVICIOS INTEGRALES S.L. y REAL CLUB NÁUTICO SALINAS de las pretensiones habidas en su contra.

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la representación de Amanda formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 10 de noviembre de 2020.



SEXTO.- Admitido a trámite el recurso se señaló el día 19 de noviembre de 2020 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora interpuso demanda sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo frente a la empresa Resolution Servicios Integrales SL y frente al Real Club Náutico de Salinas, en cuyo suplico solicitaba se dictara sentencia por la que estimando la demanda se calificara como nulas y/o en su caso improcedentes o injustificadas las medidas adoptadas de cambio de centro y puesto de trabajo, horario, turno, jornada y salario, condenando de forma solidaria y/o a quien resulte responsable a reponer a la trabajadora en el conjunto de las condiciones laborales de las que disfrutaba, y al pago de los salarios devengados y/o susceptibles de devengarse desde la adopción de las decisiones empresariales impugnadas. Subsidiariamente solicitaba se declarara el derecho de la actora a extinguir su relación laboral con condena solidaria y/o a quien resulte responsable al abono de la indemnización correspondiente de veinte días de salario por año de servicio. Posteriormente fue presentado escrito de ampliación de demanda acumulando la acción de vulneración del derecho al honor, a la propia imagen y a la dignidad profesional de la actora, solicitando una indemnización de 6.000 euros por el daño o perjuicio moral causado, unido a la lesión del derecho fundamental que se entiende vulnerado, y solicitando la condena solidaria y/o a quien resulte responsable, y todo ello atendiendo a la magnitud de las medidas empresariales adoptadas y al perjuicio causado.

La sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Avilés desestimó la demanda, y frente a la misma se alza en suplicación la demandante, cuya representación letrada en el recurso que interpone, y que ha sido impugnado de contrario por las dos empresas demandadas, articula dos motivos de suplicación, encaminado uno a la revisión de hechos probados, y destinado el otro al examen del derecho aplicado, solicitando sea revocada la sentencia impugnada y en su lugar se declare: a) la nulidad de la medida acordada con manifiesta vulneración del derecho al honor, a la propia imagen y a la dignidad profesional de la actora, condenando a las empresas demandadas a estar y pasar por tal declaración, y en su respectiva responsabilidad o solidariamente al pago de la cantidad de 6.000 euros por el perjuicio y/o daño moral causado, y a la readmisión de la accionante en las mismas condiciones que regían anteriormente con abono de los salarios dejados de percibir hasta el momento en que se produzca la readmisión; b) subsidiariamente se declare la improcedencia de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo declarando el derecho de la misma a ser repuesta en sus anteriores condiciones con abono de los salarios, daños y perjuicios irrogados; c) subsidiariamente se declare y reconozca el derecho de la trabajadora a extinguir su contrato de trabajo con el percibo de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio.

Con las respectivas impugnaciones del recurso por ambas partes demandadas se presentan junto con el escrito de impugnación dos sentencias del Juzgado de lo Social nº 2 de Avilés de fecha 28 de septiembre de 2020 recaídas en los autos nº 277/20 y 278/20, y una comunicación fechada en 15 de septiembre de 2020 por Europrevención Prevención de Servicios Laborales. La unión de tales documentos a las actuaciones no resulta posible, ya que aparte de que ello ni siquiera es solicitado formalmente por ninguna de las partes impugnantes, es lo cierto que su admisión no resultaría posible al no constar que tales documentos cumplan con los requisitos que el artículo 233 de la LRJS establece para permitir la admisión de documentos nuevos (firmeza de resoluciones judiciales o documento decisivo para la resolución del recurso que no hubiera podido aportarse anteriormente por causa no imputable a quien lo presenta).

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso, que se formula al amparo procesal del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se contienen las siguientes peticiones:

a- La revisión del hecho probado primero, para el que se ofrece el siguiente texto alternativo que lo sustituya (quedando marcado en negrita las variaciones respecto del original):

"Doña Amanda, cuyas circunstancias personales obran en la demanda y se dan por reproducidas, ha venido prestando servicios por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de RESOLUCIÓN SERVICIOS INTEGRALES, S.L. como limpiadora en el REAL CLUB NAUTICO DE SALINAS, con una jornada de 20 horas semanales, **lo que equivale a un 52,00% de la jornada ordinaria establecida en el convenio que es de 38,50 horas. Su horario se desarrollaba de Lunes a Domingo entre las 08.00 a 12.00 horas, con los descansos que la ley establece, si bien la trabajadora entraba a su puesto de trabajo a las 7,30 horas. El salario diario percibido por la demandante de 22,30 euros diarios incluido el prorrateo de tres pagas extras 52,00% (s/34,31 + 3/12 s/34,31), con más el plus por festivos trabajados devengados, asciende a la cantidad mensual de 25,02 euros**".



En su apoyo se invoca el Convenio Colectivo obrante como documento 14 del ramo de prueba de la parte demandante, así como los recibos de salarios y los registros de jornadas, obrantes como documentos 9 y 10, respectivamente del mismo ramo de prueba.

b- La modificación del hecho probado segundo a fin de que pase a tener el mismo el siguiente contenido (quedando marcado en negrita las variaciones respecto del original):

"Por comunicación escrita de 30-3-2020 y efectos del 6-4-2020, RESOLUTION SERVICIOS INTEGRALES, S.L. comunicó a Doña Amanda que su centro de trabajo sería modificado y su jornada reducida de forma temporal pasando a desempeñar sus funciones habituales en varios centros de trabajo y en una jornada semanal de 15 horas por causa de la suspensión temporal del Servicio de Limpieza que venía desarrollando en las instalaciones del REAL CLUB NAUTICO SALINAS, como consecuencia del Real Decreto 10/2020, de 29 de marzo, añadiendo que cuando finalizara la situación de alerta sanitaria provocada por el COVID-19 y el cliente volviera a abrir y solicitar la reanudación de los servicios volvería a su anterior centro y al horario que tenía.

El horario notificado a la trabajadora fue el siguiente:

a) Los Lunes, Miércoles y Viernes no festivos, de 14 a 18 horas, en las instalaciones de Congelados Fandiño.

En el contrato suscrito con Congelados Fandiño de fecha 2 de diciembre de 2019, consta que "el tiempo de prestación de servicios será de 4 horas diarias, los Lunes, Miércoles y Viernes no festivos de 16,00 a 20,00 horas."

En el contrato del trabajador de fecha 6 de enero de 2020 que según la empresa demandada Resolución venía realizando las tareas de limpieza en Congelados Fandiño, no consta dato alguno -ni en el objeto del contrato ni en sus cláusulas adicionales-, acreditativo de la realización de dichas tareas por el citado trabajador en dicho centro de trabajo.

b) Los Sábados no festivos en horario de 12,00 a 15,00 en la oficina de RESOLUTION SERVICIOS INTEGRALES, en la calle La Camara 65 - entrlo. Izquierda.

La modificación no llegó a hacerse efectiva al no acudir la trabajadora al trabajo.

En semejantes términos fueron remitidas las notificaciones de modificación enviadas a las tres trabajadoras que compartían las labores de limpieza con la trabajadora en el mismo centro de trabajo, de nombres Claudia, Constanza y Fermina.

En su apoyo señala: documento nº 4 del ramo de prueba de la parte demandada (la notificación de modificación sustancial efectuada por la empresa con efectos del 1 de mayo de 2019); la notificación de la modificación realizada a la actora en fecha 30 de marzo de 2020 de los folios 103 a 106; las notificaciones realizadas a cada una de sus tres compañeras (documento nº 12 de la parte demandada), y la documental de los folios 151 a 153 y 156 a 160 (contrato de prestación de servicios suscrito por la empleadora con Congelados Fandiño y el contrato del trabajador que presuntamente prestaba servicios en el mismo), así como las notificaciones realizadas a cada una de sus tres compañeras (documento nº 12 de su ramo de prueba).

c- La revisión del hecho probado cuarto a fin de que se sustituya el mismo por el siguiente contenido que propone:

"En fecha 19-3-2020, RESOLUTION SERVICIOS INTEGRALES, S.L. solicitó de la Dirección General de Empleo y Formación, la suspensión del contrato de trabajo de 1 trabajador por causa de fuerza mayor y como consecuencia de la declaración del estado de alarma por parte del RD 463/2020, de 14 de marzo, la cual le fue denegada por Resolución de 24-3-2020 por cuanto la actividad desarrollada no queda subsumida en las suspendidas por el citado decreto, **advirtiendo a la empresa RESOLUTION SERVICIOS INTEGRALES, S.L. la posibilidad de tramitar la suspensión y/o reducción de jornada solicitada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.**

En dicho expediente se pretendía la suspensión del contrato de la trabajadora Doña Enma, quien prestaba sus tareas de limpieza por cuenta de la mercantil RESOLUTION SERVICIOS INTEGRALES, S.L. en las instalaciones de su cliente ESTUCHADOS LA ENCINA - SANTOS PEREZ GONZALEZ, S.L., dedicada al comercio de artículos de alimentación y bebidas, entre otras actividades.

Tanto la actividad de limpieza desarrollada por la empresa RESOLUTION SERVICIOS INTEGRALES, S.L., como la de su cliente ESTUCHADOS LA ENCINA - SANTOS PEREZ GONZALEZ, S.L., fueron calificadas como esenciales, no quedando subsumidas en el conjunto de las actividades suspendidas por el artículo 8 y anexo del RD. 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.



En fecha 30-3-2020, REAL CLUB NÁUTICO SALINAS, comunicó a RESOLUCIÓN SERVICIOS INTEGRALES, S.L. que el club permanecería cerrado como mínimo hasta el 9 de abril. Las instalaciones, baños, comedor, zonas comunes, etc. se cerraron para los socios desde el 14-3-2020 hasta el 20-4-2020. **No obstante lo anterior, la demandante y sus compañeras realizaron sus tareas laborales con normalidad en orden al mantenimiento de las instalaciones, hasta el día 6 de abril de 2020, fecha de efectos de las modificaciones comunicadas a la trabajadora el fecha 30 de Marzo de 2020. Se da la circunstancia de que la actividad recreativa y deportiva desarrollada por el REAL CLUB NAUTICO DE SALINAS, fue de las suspendidas tanto por el RD. 463/2020, de 14 de marzo, cuanto por la resolución de la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias de 13 de marzo de 2020 anterior (BOPA 13-III-2020) a pesar de lo cual el club mantuvo la actividad de los trabajadores.**

El REAL CLUB NÁUTICO SALINAS, notificó en fecha 17 de abril de 2020 a la Dirección General de Empleo el acuerdo alcanzado con las trabajadoras de reducción de la jornada del 50% de siete trabajadoras de su plantilla con efectos del 20-4-2020, los cuales volvieron a sus jornadas primitivas el 19-5-2020. **Los salarios de estos trabajadores se completaron por la empresa hasta el 85% del salario bruto.**

Durante el periodo de suspensión de los contratos, las labores de limpieza y adecentamiento general del Club continuaron siendo realizadas por tres trabajadores de su plantilla de nombres Virgilio, Flor y Francisca.

En apoyo de tal pretensión la parte recurrente señala: los folios 107 a 108 que se corresponden con la Resolución dictada por la Administración del Principado de Asturias de fecha 24 de marzo de 2020, en la que se hace constar que la actividad del centro de trabajo no es de las susceptibles de ser suspendidas; los folios 41 a 67, que se corresponde con el expediente administrativo relativo al ERTE tramitado por la empleadora de la accionante, la mercantil Resolución Servicios Integrales, S.L señalando que en el folio 65 figura resumen del citado expediente; folios 68 a 92, que se corresponde con el expediente administrativo relativo al ERTE tramitado por el Club Náutico de Salinas, señalando que en los folios 80 a 82 figura expresamente el complemento del salario bruto de los trabajadores y que las labores limpieza y de adecentamiento siguieron siendo realizadas a lo largo de la duración del ERTE si bien por tres trabajadores del club; los documentos 19, 20 y 23 del ramo de la prueba documental de la demandante, que se corresponde con la Resolución de 13 de marzo de 2020 de la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias y el RD 463/2020, así como con el informe relativo a la actividad de la empresa Estuchados Encina, indicando que en dichas normas son calificadas como actividades esenciales las de los servicios de limpieza y las de distribución de alimentación. Por su parte, la actividad deportiva y recreativa del Club de Salinas, era de las susceptibles de ser suspendidas; los folios 104 y 105 que se corresponde con la notificación de modificación de condiciones a la trabajadora y con el correo electrónico adjunto a la comunicación de la modificación acordada y remitida por la empleadora de la accionante a la misma.

d- La adición de un nuevo hecho probado, con el ordinal quinto, y para el que propone el siguiente contenido:

"La accionante convive con su madre de 83 años de edad que percibe una pensión de 696,02".

Basa tal petición señalando los documentos nº 15 (volante de empadronamiento), nº 16 (DNI), nº 17 (libro de familia), y nº 18 (pensión del INSS).

TERCERO.- En relación con tales pretensiones modificadoras resulta preciso, en primer lugar, poner de manifiesto cómo es el Juzgador de instancia el que tiene atribuidas con plenitud las facultades para valorar las pruebas y los restantes elementos de convencimiento presentados ante él en el proceso - artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social- y en su examen sobre tales materiales dispone de amplios márgenes de actuación. El recurso de suplicación no es un instrumento adecuado a fin de proceder a una nueva valoración de los medios aportados para traer al proceso los datos fácticos, por el contrario, su naturaleza extraordinaria excluye ese objeto, que queda reservado al juicio de instancia, y únicamente permite corregir los errores del Juzgador, cuando con documentos idóneos o con pericias practicadas se pone de manifiesto el desacierto de la convicción judicial (artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

De este artículo así como del artículo 196.3 LRJS, y de la que viene siendo su interpretación jurisprudencial pacífica, deriva la siguiente doctrina general, respecto al motivo de suplicación consistente en la revisión de los hechos tenidos como probados en la sentencia de instancia recurrida:

1) Que se debe señalar en el motivo, con una absoluta claridad, cuál sea el concreto hecho o hechos probados de los que se pretende obtener su modificación, con detalle en su caso del particular párrafo que se quiere hacer objeto de la misma. Y si lo postulado es su eliminación o su sustitución por otro texto alternativo, debe entonces ser ofrecido en su redacción literal, lo mismo que si lo pretendido es adicionar al relato de hechos probados un determinado texto nuevo y particular, o añadir un completo hecho probado.

2) Debe igualmente indicarse con detalle, el concreto documento obrante en los autos, o bien la pericia practicada contradictoriamente en el acto de juicio oral, que, en opinión de la parte recurrente, sirvan de soporte



a la revisión fáctica pretendida en el motivo, al ser estos los únicos medios de prueba que permite el artículo 193 b) LJS que pueden ser empleados para apoyar, en este particular trámite, una pretensión de revisión fáctica. De tal modo que no es dable una invocación genérica o inespecífica de la documental obrante en los autos (STS de 11-7-96). Y no siendo tampoco válida, a efectos de este recurso, la prueba de interrogatorio de parte, ni tampoco la prueba testifical; con independencia ello del eventual valor probatorio que, en ejercicio razonado de la función que le atribuye el artículo 97.2 de la norma procesal citada, le pueda conferir el juzgador de instancia.

3) Se tiene que tener en cuenta, en concreto respecto a la cita de documentos, lo siguiente: a) Que deben ostentar realmente tal cualidad los que sean señalados, de tal modo que no cabe basarse en el contenido de la prueba testifical o en el interrogatorio de partes (artículo 2991.1 LEC), pues pese a que se encuentre resumen suficiente de las mismas en el acta de juicio, no pierden por ello su concreta cualidad probatoria (STS de 16-5-90), no transformándose por lo tanto en prueba documental; b) Además, el soporte documental que sirva de base al motivo, debe contener, inexcusablemente, una suficiencia probatoria, de tal modo que se desprenda claramente la modificación pretendida del mismo, sin que exista necesidad de tener que acudir a conjeturas, razonamientos añadidos, deducciones o elucubraciones (SSTS de 19-7-85 o de 14-7-95).

4) Dado el carácter de recurso extraordinario de la suplicación, distinto de la apelación (STC 18-10-93), no se puede pretender que se realice una nueva lectura, por parte de la Sala, de todo el material probatorio obrante, al no ser esa su función, que le viene normativamente atribuida al órgano judicial de instancia por el artículo 97.2 LJS citada; ni por tanto, tampoco es admisible que sea este órgano judicial el que construya el recurso a la parte recurrente, pues ello iría en contra de su obligación esencial de imparcialidad, y vulneraría tanto el derecho a la defensa como a la contradicción de las demás partes personadas, con infracción del artículo 24,1 del Texto Constitucional (STS de 28-9-93).

5) Debe derivar claramente la modificación pretendida, sea de sustitución, de adición, o de eliminación, del apoyo útil alegado, sin necesidad de tener que acudir para ello a deducciones, elucubraciones o argumentaciones añadidas. De tal modo que se desprenda de ese apoyo probatorio señalado, de modo contundente y sin sombra de duda, tanto la nueva situación fáctica propuesta, como la pertinente y paralela equivocación del órgano judicial de instancia al alcanzar su propia convicción, que se pretende revisar.

6) Por último, se requiere que la modificación que se pide sea relevante a los efectos de la resolución de la causa, acreditando error, omisión o arbitraria interpretación de las pruebas por parte del Juzgador, de manera que lo pretendido no quede desvirtuado por otras probanzas que hayan podido ser consideradas por el Juzgador de instancia, de las que quepa deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, pues ante posibles contradicciones debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional, que actúa en el pleito de manera imparcial y objetiva frente a la parte; a su vez, no basta con aportar con la modificación una puntualización o matización, al ser preciso, como ya decíamos, que la revisión sea trascendente y de entidad suficiente para variar los hechos de la sentencia recurrida.

Igualmente es doctrina judicial reiterada que de los términos de la redacción fáctica solicitada ha de quedar excluido:

a) Todo lo que no sea un dato en sí, como los preceptos de normas reglamentarias de carácter interno o del convenio colectivo aplicable, y, en definitiva cualquier concepto jurídico.

b) Los hechos notorios y los conformes.

c) Los juicios de valor predeterminantes del fallo, cuya sede ha de corresponderse con la motivación o fundamentación jurídica del recurso.

d) Las hipótesis, conjeturas o elucubraciones, pues lo no acontecido, por posible, probable o incluso seguro que pudiera resultar llegar a ser, de darse las condiciones correspondientes, no ha llegado a ser, y debe quedar fuera de esa relación.

e) Los hechos negativos cuando equivalen a no acaecidos.

A ello hay que añadir que no resulta posible admitir la revisión fáctica con base en las mismas pruebas que sirvieron de fundamento a la sentencia impugnada, por cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador de instancia, por un juicio valorativo subjetivo de la parte interesada. En el supuesto de documento o documentos contradictorios, y en la medida de que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica del Juzgador de instancia en el ejercicio de la función de apreciación de la prueba que le corresponde en exclusiva.

En definitiva hay que tener presente que la revisión de hechos probados está limitada en nuestro ordenamiento procesal laboral, habida cuenta del carácter extraordinario que tiene el recurso de suplicación. Dicho carácter



supone que tal recurso no es una segunda instancia y que la valoración de la prueba es competencia del Juez de lo social, que preside el acto del juicio y la práctica de la misma, y que la modificación del relato de hechos probados únicamente es posible cuando a través de la prueba documental o pericial se constata un error claro y evidente del juzgador.

Partiendo de tales consideraciones expuestas la Sala acuerda, respecto de las peticiones de revisión formuladas, lo siguiente:

a- Se rechaza la modificación interesada para el hecho probado primero ya que la misma por un lado se sustenta en el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales del Principado de Asturias que es una prueba documental que carece de habilidad a los fines pretendidos, ya que, como fuente jurídica en sentido propio y de derecho necesario que es conforme disponen los artículos 3.1 b) y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, carece de eficacia a efectos de revisión. Por otro lado se apoya en los documentos 9 y 10 de su ramo de prueba, siendo que la nómina (correspondiente al mes de enero de 2020) ni es documento hábil a efectos de revisión, ni tampoco de la misma resulta directamente el dato que se pretende introducir de que el salario diario de la demandante fuera de 22,30 euros, incluido prorrateo de pagas extras, y que con el plus por festivos devengados ascienda a la cantidad que se indica por la recurrente. Por otro lado tampoco del documento nº 10 de su ramo de prueba resulta inequívocamente que el horario de la trabajadora se desarrollara de lunes a domingo entre las 8 y las 12 horas, y que sin embargo la trabajadora comenzaba sus labores media hora antes de su entrada dada su disponibilidad para con la empresa.

b- Respecto del hecho probado segundo se accede a incorporar al relato el horario, jornada y lugares de prestación de servicios que fue notificado a la trabajadora demandante en la comunicación de 30 de marzo de 2020 que le efectuó su empresa empleadora y con efectos del 6 de abril de 2020. Dicha comunicación (folios 103 a 106) revela que se le comunica que pasaría a prestar servicios los lunes, miércoles y viernes no festivos de 14:00 a 18:00 horas en las instalaciones de Congelados Fandiño, y los sábados no festivos en horario de 12:00 a 15:00 horas en las oficinas de Resolution Servicios Integrales.

Se rechaza la incorporación del dato de la notificación efectuada a otras tres trabajadoras, al carecer ello de la relevancia que le atribuye la recurrente por cuanto que de tal dato no resulta lo alegado por dicha parte de que la medida acordada afectara a la totalidad de la plantilla del centro de trabajo de la actora. Tampoco se admite la incorporación del dato que la parte recurrente refiere respecto a Congelados Fandiño, ya que si bien el contrato de prestación de servicios suscrito entre la empleadora de la actora y dicha empresa (folios 161 a 163) establece una prestación de servicios de cuatro horas diarias los lunes, miércoles y viernes no festivos en horario de 16 a 20 horas, ello no tiene relevancia alguna, ni demuestra la actuación fraudulenta que se señala por la recurrente, si se tiene en cuenta que por la empleadora se le asigna en dichas instalaciones a la actora también tres días a la semana con cuatro horas cada uno de ellos, y cuando además del contrato de trabajo de 6 de enero de 2020 del folio 156 que invoca la recurrente en apoyo de su pretensión, no resulta la afirmación fáctica que hace la recurrente de que sea el mismo del trabajador que según la empresa Resolution venía realizando las tareas de limpieza en Congelados Fandiño, por lo que no cabe sino considerar tal afirmación como mera alegación de parte, y por ello añadir al relato de que en ese contrato no consta dato alguno, ni en el objeto ni en sus cláusulas adicionales, acreditativo de la realización de las tareas de ese trabajador en dicho centro de trabajo, no tiene relevancia alguna.

c- Respecto de la modificación pedida para el hecho probado cuarto, señalar que ya la juzgadora de instancia hace referencia en dicho ordinal a la solicitud instada por la empleadora de la actora sobre suspensión de contrato de una trabajadora por causa de fuerza mayor y como consecuencia de la declaración del estado de alarma, así como a la resolución denegatoria de 24 de marzo de 2020, y por lo tanto tal circunstancia permite a la Sala contar con su contenido sin que resulte necesario incorporar especificaciones de la misma, como tampoco del expediente que dio lugar a ella.

Por otro lado y en lo relativo a que la demandante y sus compañeras realizaron sus labores con normalidad hasta el 6 de abril en el Club Náutico de Salinas decir que la parte recurrente no señala específicamente el documento, de los diversos invocados en apoyo de la revisión del hecho probado cuarto, en que basa tal dato fáctico. Lo mismo acontece respecto de la petición de que se incluye el hecho de el Club Náutico de Salinas mantuvo la actividad de los trabajadores, ya que la parte recurrente no señala específicamente el documento o la parte del mismo que avala dicha pretensión, a lo que cabe añadir que tampoco dicho dato sería relevante y decisivo cuando consta como probado que el Club Náutico comunicó el 30 de marzo de 2020 a la empleadora de la actora que el club permanecería cerrado como mínimo hasta el 9 de abril, estando igualmente probado que las instalaciones, baños, comedor, zonas comunes etc, fueron cerradas a los socios desde el 14 de marzo de 2020 y hasta el 20 de abril. Por otro lado y respecto del hecho que la recurrente pretende introducir de que en el Club Náutico se hubiera alcanzado en el mes de abril de 2020 un acuerdo con sus trabajadores de reducción de jornada y de que los salarios de los mismos se completaran hasta



alcanzar el 85% del salario bruto, decir que tal hecho carece de cualquier relevancia decisiva, desde el momento mismo que tal entidad no resulta ser la empleadora de la demandante, la cual venía prestando servicios por cuenta y orden de la empresa codemandada Resolution Servicios Integrales. Por último y en cuanto al dato referente a que durante el periodo de reducción tres trabajadores del Náutico realizaran labores de limpieza, decir que tal hecho, que no tiene relevancia decisiva pues el Club Náutico es lo cierto que había comunicado a la empleadora de la actora la suspensión de la prestación de sus servicios de limpieza en el Club, ya figura recogido por la juzgadora de instancia en la fundamentación jurídica de la sentencia, indicando que el cierre de los espacios comunes, baños, comedor, etc a los socios desde el 14 de marzo...les llevó a prescindir del servicio de limpieza ordinario, aprovechando la circunstancia para efectuar diversas reformas y obras de mantenimiento que llevaban aparejadas labores de ulterior limpieza que efectuó la propia plantilla del Club.

d- No se admite el nuevo hecho probado quinto que se pretende introducir: La parte recurrente indica que con ello se evidencia la situación familiar de la demandante, lo que permite valorar en su caso el eventual perjuicio de las medidas implementadas por la empresa y el perjuicio económico causado a la trabajadora habida cuenta del carácter exiguo de los emolumentos percibidos por su unidad de convivencia. Ahora bien es de tener en cuenta de que ni en la inicial demanda, como tampoco en el posterior escrito de ampliación de la misma, por la parte demandante se realizó alusión alguna a que la valoración del posible perjuicio derivara de una concreta situación económica familiar y al carácter exiguo de los emolumentos percibidos por la que era su unidad de convivencia (en la demanda solamente se alegaba que el cambio de horario alteraba e imposibilitaba la realización de sus obligaciones familiares, teniendo la misma a su cargo a su madre, vulnerable al Covid, lo que le impedía la conciliación de la vida laboral y familiar), por lo que con dicho hecho la parte actora en realidad viene a introducir una cuestión nueva, que no fue planteada en la instancia y que por ello quedo al margen del debate litigioso, no pudiendo ser introducida ahora con el recurso de suplicación.

CUARTO.- En el segundo motivo del recurso, ya destinado a la censura jurídica y formulado con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se denuncia por la parte recurrente la infracción por vulneración, inaplicación y/o interpretación errónea de los artículos señalados con los números 41.3, en relación con los apartados 1 y 2 del mismo precepto y el artículo 47.2 del Estatuto de los trabajadores, en conexión con el artículo 8 del RD 463/2020 de 14 de marzo, la Resolución de la Consejería de Salud del Principado de Asturias de 13 de Marzo de 2020, el anexo del RDL 10/2020, de 29 de marzo por el que se regula un permiso retribuido recuperable para los trabajadores por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, los artículos 4.2.e), 18, 20.3 y 34.8 del precitado Estatuto de los Trabajadores, el artículo 6 del RDL 8/2020, de 17 de marzo de medidas urgentes extraordinarias, el artículo 7.1 y 2 del Código Civil, artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 5, 21, 22 y anexo del Convenio Colectivo del Sector de Limpiezas de Edificios y Locales del Principado de Asturias (BOPA 3-I- 2020 y 19-V-2020), artículos 15,16 y 18 de la Constitución Española y 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Alega que son tres las cuestiones que se someten a la consideración de la Sala. La primera el determinar si las medidas adoptadas por la empresa constituyen o no una modificación sustancial de condiciones de trabajo. En segundo lugar, y en caso afirmativo, si es modificación fue preavisada en el plazo legalmente exigido de 15 días, y/o si la trabajadora tendría o no derecho a extinguir su relación laboral atendiendo a lo preceptuado en el artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores. Y en tercer lugar, si las medidas implementadas suponían perjuicio para la trabajadora y si se ha vulnerado su derecho a la dignidad personal y profesional, y si se le debe compensar algún daño por esa eventual vulneración.

Su discurso argumentativo puede resumirse, en síntesis, en las alegaciones que hace valer bajo la cobertura de tres apartados distintos, que son los siguientes:

a)- Respecto de la naturaleza de las modificaciones sostiene que la adopción de las medidas empresariales discutidas por las que la actora ha visto modificado su centro de trabajo, reducida su jornada laboral en cinco horas a la semana con la reducción salarial y cotización subsiguiente, y modificado sus horario, turnos, etc. comporta una modificación de la prestación de trabajo que puede ser calificada de como sustancial, por varias razones: que la reducción de jornada con reducción proporcional del salario en casi el 25% (pasando de 20 horas a 15 horas semanales) constituye una reducción de jornada y salarial muy trascendente que afecta al núcleo de la relación sinalagmática que constituye la relación laboral, habiendo sido reputada la reducción de jornada temporal como una modificación sustancial por el Tribunal Supremo en sentencias de 7 de octubre de 2010 y 18 de septiembre de 2008; que la reducción salarial ya es automáticamente un perjuicio para la trabajadora que afecta al derecho más básico de la trabajadora ya que comporta un descenso de su salario y de las cotizaciones a la seguridad social; que la sustancialidad de la modificación se evidencia no sólo en el hecho del cambio de centro de trabajo, sino también en el hecho de su repercusión en sus turnos y horarios de trabajo, pasando de realizar una jornada de lunes a domingo de 8 a 12 horas con los descansos establecidos en la ley, a cumplimentar una jornada y horario de lunes, miércoles y viernes de 14 a 18 horas en



las instalaciones de Congelados Fandiño, y sábados no festivos de 12 a 15 horas en las oficinas de la propia empresa; y que la temporalidad anunciada de las medidas adoptadas no supone obstáculo para calificarlas como sustanciales atendiendo a la entidad de las mismas. Concluye alegando que dada la sustancialidad de las medidas adoptadas y no respetado entonces el plazo de quince días de preaviso, las medidas han de reputarse como mínimo como improcedentes.

b)- Respecto del fraude de ley de las entidades demandadas, la no interrupción de las tareas de limpieza, y la no aceptación por parte de la accionante y sus compañeras, manifiesta que la notificación de las modificaciones de las condiciones a la trabajadora se fundamenta en una falacia. Sostiene que si bien el Real Club Náutico de Salinas, centro de trabajo en el que prestaba servicios la demandante, debió haber cerrado sus instalaciones desde el 14 de marzo de 2020, sin embargo siguió el mismo aperturado con normalidad y la demandante y sus compañeras continuaron en la prestación habitual de servicios hasta el 6 de abril de 2020, lo que según la parte recurrente, pone en cuestión la arbitrariedad de las medidas adoptadas por ambas demandadas. Alega que no resultaba de aplicación el RD 10/2020, de 29 de marzo, relativo al permiso laboral recuperable en el que la empresa fundamenta la implantación de medidas, ya que dicha permiso no resulta aplicable ni a la empresa empleadora, ni tampoco al Club Náutico por tratarse de una actividad de las suspendidas, y señala que si se tiene en cuenta que la actividad deportiva y recreativa del Club Náutico estaba suspendida desde el 14 de marzo de 2020, a pesar de lo cual siguió aperturado hasta el 6 de abril, y la trabajadora y sus compañeras continuaron en la prestación de servicio, ello acredita que realizaban labores de mantenimiento y que no debió de afectarles la promulgación del RD 10/2020, desconociéndose cuál es la circunstancia que hizo que hasta el 6 de abril realizasen sus servicios con normalidad en su centro de trabajo habitual y, sin embargo, a partir del 7 de abril no pudieran hacerlo por la supuesta aplicación del RDL 10/2020. Manifiesta que el fraude de ley del artículo 7.1 del Código Civil en el que se sustentaron las medias implementadas a la trabajadora en connivencia con el Club Náutico determina que las mismas hayan de declararse nulas y sin efecto, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de ambas entidades en la nulidad de la medida y en la asunción de la indemnización que se reclama por los perjuicios causados y por la vulneración de del derecho fundamental a la dignidad personal y profesional de la actora.

c- Por último y respecto de la opción por la extinción del contrato, el perjuicio causado, y la vulneración del derecho a la dignidad personal y profesional de la trabajadora y su compensación económica, manifiesta la parte recurrente que una vez constatado el carácter sustancial de las medidas acordadas el artículo 41.3 del ET posibilita una extinción indemnizada del contrato si el trabajador resultara perjudicado por la modificación. Alega que en el presente caso la modificación sustancial relativa a la reducción del salario del 25% mediante la correspondiente reducción de jornada diaria constituye una reducción salarial de entidad que afecta la núcleo de la relación laboral y al derecho más básico y nuclear del trabajador, y que además y teniendo en cuenta la conformación de la unidad económica de convivencia y lo exiguo de sus ingresos, el perjuicio resulta flagrante. Sostiene que el conjunto de medidas adoptadas por la empresa afecta a la dignidad de la trabajadora habida cuenta de la reducción salarial que le fue impuesta, lo que justifica la indemnización que se interesa ex artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por la afectación de su derecho fundamental a la dignidad personal y profesional si se tiene en cuenta que su salario de poco más de 500 euros iba a verse reducido en un 25%

Respecto de tales alegaciones decir que la relativa al fraude de ley de las entidades demandadas constituye una cuestión nueva que no fue planteada en la instancia. En efecto en la demanda interpuesta por la actora en ningún momento se aludía y se invocaba como fundamento de su pretensión, la existencia de un fraude de ley, ni tampoco se comprendían las alegaciones que con el recurso se realiza para sostener el fraude denunciado y que la notificación de las medidas se fundamentan en una falacia, invocándose como razones de oposición a las modificaciones notificadas por la empresa, que se trataban las mismas de una modificación sustancial y que para poder implantar una modificación de tal tipo debían de respetarse el procedimiento previsto en el artículo 41 del ET, que no se cumplieron por la empresa los requisitos formales de preaviso ni comunicación a la representación legal de los trabajadores, y se sostenía también que las razones aducidas por la empresa para justificar las modificaciones acordadas eran además de inciertas, ilegales, por cuanto que la trabajadora era fija de su puesto de trabajo, no pudiendo ser trasladada a otro centro a voluntad de la empresa, ni siquiera temporalmente a consecuencia del Covid-19, y que además no concurría ningún tipo de razón económica, técnica, organizativa o de productividad que justificara ninguno de los cambios operados, sosteniendo que estos cambios irrogaban evidentemente a la trabajadora un perjuicio inaceptable. Pues bien el planteamiento de una cuestión nueva en suplicación no resulta posible según señala reiterada doctrina jurisprudencial, contenida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2001 -rec. 4847/2000- y de 23 de abril de 2012, -rec. 77/2011-), manifestándose al respecto en la primera de ellas que: "Es doctrina de esta Sala, contenida de forma y reiterada en tan numerosas sentencias que excusa de su concreta cita, que las cuestiones nuevas, al igual que ocurre en casación, no tienen cabida en suplicación. Y



ello como consecuencia del carácter extraordinario de dicho recurso y su función revisora, que no permiten dilucidar en dicha sede una cuestión ajena a las promovidas y debatidas por las partes y resueltas en la sentencia de instancia, pues en caso contrario, el Tribunal Superior se convertiría también en Juez de instancia, construyendo «ex officio» el recurso, y vulnerando los principios de contradicción e igualdad de partes en el proceso, que constituyen pilares fundamentales de nuestro sistema procesal. Amén de que si se permitiera la variación de los términos de la controversia en sede de suplicación, se produciría a las partes recurridas una evidente indefensión al privarles de las garantías para su defensa, ya que sus medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo. (...) El concepto de «cuestión nueva» de diseño jurisprudencial, se estableció para prohibir en sede de recurso extraordinario, la introducción como objeto del proceso de aquellas cuestiones fácticas o jurídicas, procesales o de fondo, que pudiendo ser discutidas sólo a instancia de parte no fueron, sin embargo, planteadas en la instancia ni resueltas, consiguientemente, en la sentencia recurrida. Y ello con fundamento, tanto en la naturaleza extraordinaria y revisora de dicho recurso que requiere, para evitar convertirlo en una segunda instancia, que las infracciones alegadas en él hayan de guardar armónica y debida conexión con las formuladas en demanda y contestación, como en las exigencias derivadas de los principios de preclusión, lealtad y buena fe procesal, igualdad de las partes y derecho de defensa que obligan a proscribir, como ya indicaba nuestra sentencia de 17-12- 1991 rec. 456/1991, toda «falta de identidad entre las alegaciones de la demanda y del recurso impugnatorio subsiguiente que pueda producir indefensión a la otra parte procesal». En definitiva, no pueden ser examinadas en suplicación todas aquellas cuestiones que, ínsitas en el poder de disposición de las partes, no fueron propuestas por éstas en la instancia.

Dicho lo anterior, y respecto de las alegaciones comprendidas dentro del primer apartado (el de naturaleza de las modificaciones de las condiciones y procedimiento seguido en el que por la parte recurrente se sostiene que las medidas empresariales comportan una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y que por lo tanto, vista la sustancialidad y al no haberse respetado el plazo de 15 días de preaviso, habrían de reputarse las mismas, cuanto mínimo, como improcedentes), cabe señalar que la Sala ya se ha pronunciado al respecto, y sobre tales alegaciones, en reciente sentencia de fecha 10 de noviembre de 2020, dictada en el recurso 1432/2020, con motivo del recurso interpuesto por otra trabajadora de la empresa Resolution Servicios Integrales contra la sentencia también dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Avilés que había desestimado la demanda interpuesta por dicha trabajadora frente a las empresas Resolution Servicios Integrales SL y Real Club Náutico Salinas, sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, tratándose la demandante de una trabajadora que prestaba servicios como limpiadora en el Club Náutico de Salinas con una jornada de 16 horas semanales, y que recibió de la empresa empleadora Resolution Servicios Integrales idéntica comunicación escrita de 30 de marzo de 2020 y con efectos del 6 de abril de 2020 que la que recibió la aquí recurrente, sobre modificación de centro de trabajo y jornada reducida (si bien en tal caso a otros cuatro centros de trabajo distintos en el que uno de ellos incluso estaba fuera de la localidad de Avilés, y pasando la jornada de la misma de 16 horas semanales a otra inferior), y en la que se concluye por la Sala que la modificación acordada ha de ser calificada como no sustancial, confirmando así la decisión contenida en la sentencia de instancia. Por la Sala en dicha sentencia se manifiesta lo siguiente:

"La juzgadora de instancia, por el contrario, sostiene que el carácter temporal de la medida, vinculada al cierre temporal de la empresa principal por mor de la situación de alarma sanitaria, no puede calificarse como una alteración relevante que afecte a la esencia de la prestación de servicios, y califica la modificación acordada como accidental.

El legislador reconoce al empresario dos tipos de facultades modificativas ex art. 5.c, 20 y 39 a 41 del Estatuto de los trabajadores, a los que somete a diferente régimen jurídico: a) Introducir modificaciones no esenciales ex art. 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 Art. 40 y 41.1 ET en las condiciones de trabajo, incluido el lugar de ejecución del mismo y el propio contenido de la prestación, en ejercicio extraordinario de su potestad de dirección para remediar las condiciones de necesidad o conveniencia probada.

Conforme al art. 41-1 del ET se consideran modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

- «a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.



f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39.».

Para calificar una modificación como sustancial habrá que estar al caso concreto, teniendo en cuenta el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para el trabajador afectado.

Recuerda en este sentido la STS de 29 de noviembre de 2017 (rec. 23/2017) que:

"A) en SSTs como las de 11 de diciembre de 1997 (rec. 1281/1997), 22 de septiembre de 2003 (rec. 122/2002), 10 de octubre de 2005 (rec. 183/2004), 26 de abril de 2006 (rec. 2076/2005), 17 de abril de 2012 (rec. 156/2011), 25 de noviembre de 2015 (rec. 229/2014), 12 de septiembre de 2016 (rec. 246/2015), entre otras muchas, se sienta doctrina de alcance general sobre qué significa que un cambio sea sustancial.

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 "ius variandi" empresarial.

Ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador, haya de ser calificado como sustancial o accidental, lo que conlleva que, en cada caso habrá que analizar las circunstancias concurrentes.

B) En esas sentencias se destaca la imposibilidad de trazar una noción dogmática de "modificación sustancial" y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo, sosteniéndose al efecto por autorizada doctrina que es sustancial la variación que conjugando su intensidad y la materia sobre la que versa, sea realmente o potencialmente dañosa para el trabajador.

Para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características, y ello desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones.

Para calificar una modificación como sustancial tendrá el intérprete que estudiar caso por caso, y su juicio deberá tener en cuenta siempre los elementos contextuales, así como "el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados.

C) Modificaciones sustanciales son aquellas de tal naturaleza que alteran y transforman los aspectos fundamentales de la relación laboral, en términos tales que pasan a ser otros de modo notorio.

D) El supuesto del artículo 41 ET, en suma, solo contempla los casos en que la MSCT se produce por iniciativa unilateral de la empresa pero al amparo de causas determinadas. "La norma facilita, entonces, el ajuste racional de las estructuras productivas a las sobrevenidas circunstancias del mercado, fruto de la variable situación económica, con el objetivo de procurar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción, atendiendo así a fines constitucionalmente legítimos, como son garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE), mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE), así como la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE)", por asumir los términos de la STC 8/2015, de 22 de enero."

El carácter sustancial de la modificación de condiciones de trabajo, en suma, no se halla referido al hecho de que la condición sea sustancial, sino a que sea sustancial la propia modificación, de suerte que el elemento decisivo a tal fin no es la naturaleza de la condición afectada sino el alcance o importancia de la modificación; en consecuencia, no todas las modificaciones de las condiciones señaladas en el Art. 41 ET son necesariamente sustanciales (TSJ-Galicia de 23 de enero de 2013, rec. 5087/2012).

Por otra parte, 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:

1º) 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.

2º) Las modificaciones sustanciales sólo pueden ser adoptadas en los supuestos previstos legalmente y por las causas y con los requisitos establecidos en el Art. 41 ET. El trabajador disconforme con la decisión



empresarial puede impugnarla por la modalidad procesal prevista específicamente, existiendo, no obstante, otras alternativas".

En dicha sentencia, y tras hacerse referencia a los datos extraídos del relato fáctico de instancia que resultaban relevantes para la resolución del litigio (que la actora con la categoría de limpiadora, domiciliada en Avilés, venía prestando sus servicios por cuenta de la recurrida, Resolution Servicios Integrales, en la contrata de limpieza del Real Club Náutico de Salinas (Castrillón), con un contrato a tiempo parcial de 16 horas semanales; que el día 30 de marzo de 2020 el Real Club Náutico de Salinas comunicó a "Resolution Servicios Integrales" que debido a las medidas adoptadas por el Consejo de Ministros el día anterior el Club permanecería cerrado como mínimo hasta el día 9 de abril; que ese mismo día 30 de marzo de 2020 "Resolution Servicios Integrales" comunicó a la actora, con cinco días de antelación, la modificación temporal de su jornada y centro de trabajo en los términos expresados en la comunicación debido a la suspensión de la contrata de limpieza con el Real Club Náutico, como consecuencia de lo dispuesto en el R.D-Ley 10/2020, lo que le obligaba a reorganizar los servicios al no poder hacer uso del permiso retribuido recuperable allí regulado con su propia plantilla, de modo que en cuanto el club volviera a abrir sus instalaciones sería reintegrada a su anterior centro de trabajo con el mismo horario que tenía atribuido; que la comunidad de propietarios y los edificios de oficinas a cuya limpieza fue destinada la actora se encuentran en el municipio de Avilés, salvo una de las contratas que se hallaba en el colindante municipio de Corvera; y que la actora no compareció a trabajar en su nuevo puesto de trabajo durante los días siguientes, entre el 6 y el 14 de abril, sin dar razones para ello, siendo despedida el día 15, y los cuales hay que indicar que son coincidentes con los que resultan del relato fáctico de la sentencia ahora impugnada con la única salvedad ya indicada anteriormente de que la jornada semanal de la ahora recurrente era de 20 horas semanales, y que los dos centros a los que fue destinada para su limpieza se encontraban en la misma localidad de Avilés), se sigue manifestando:

"A la vista de estos datos habrá que descartar que la modificación del lugar o centro de trabajo merezca el calificativo de sustancial, sino que nos encontramos ante una decisión empresarial legítima que se incardina en el ejercicio de la facultad de dirección o "ius variandi debil" (Arts. 5.c) y 20 del E.T.), que habilita al empresario a realizar aquellos cambios de centro de trabajo que no conlleven la necesidad de residir fuera del domicilio habitual o que, aun exigiendo pernoctar fuera de su domicilio, dada su escasa duración temporal, no le exigen un cambio de residencia estable en otra localidad, de modo que quedan excluidos del ámbito aplicativo del Art. 40 del E.T. Así lo advierte la STS de 26 de abril de 2006, cuando señala que la movilidad geográfica que disciplina el art. 40 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por R.D. Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, "exige cambio de residencia (Sentencias de 14/10/04 - rec. 2464/03-; 27/12/99 -rec. 2059/99-; 18/09/90 -rec. 134/90- ; 05/06/90 recurso por infracción de ley; 16/03/89 -recurso por infracción de ley-), hasta el punto de que tal presupuesto se ha calificado de "elemento característico del supuesto de hecho del art. 40.1 ET" (Sentencia de 12/02/90 -recurso por infracción de ley-) y de que la movilidad geográfica haya de considerarse "débil o no sustancial" cuando no exige "el cambio de residencia que es inherente al supuesto previsto en el artículo 40 ET" (STS 12 de marzo 2019, rec. 1160/2017)".

Tampoco la modificación del horario y de la jornada de trabajo se muestran como sustanciales vistas las circunstancias del caso.

En efecto el R.D- Ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, estableció, con un objetivo esencialmente sanitario, el "permiso retribuido recuperable" ("PRR") que, según el art. 2.1, es de aplicación obligatoria a todas las personas trabajadoras que prestan servicios en aquellas actividades que no sean esenciales y se extendía entre el lunes 30 de marzo hasta el jueves 9 de abril de 2020, ambos inclusive (esto es, 8 días laborables) con el carácter de recuperable desde que finalice el estado de alarma hasta el 31 de diciembre 2020.

Nos encontramos, por tanto, ante una *factum principis*, ante una decisión del poder público imprevisible o/ e inevitable que recae en la esfera de la autonomía privada dificultando o imposibilitando el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes, lo que en el caso de autos se plasma en la decisión de la empresa principal, el Real Club Náutico, de cerrar sus instalaciones para hacer efectivo el "permiso retribuido recuperable", acordado por el Gobierno de la nación.

Es en este contexto en el que se produce la decisión de la contratista de reducir la duración de la jornada de la actora en tanto el Real Club Náutico mantuviera cerradas sus instalaciones, al hallarse excluida del ámbito de aplicación del R.D- Ley 10/2020, de 29 de marzo, de conformidad con lo previsto en el apartado 18 del Anexo, por tratarse de una empresa de limpieza.

Es cierto que la medida afecta a dos de las condiciones de trabajo contempladas en el Art. 41 del ET como sustanciales, como son el horario y la duración de la jornada de trabajo, pero entonces no cabe olvidar que la



modificación acordada tenía un carácter temporal, acotado en el tiempo: en principio los 9 días, de los que la actora se vería afectada en 5 días, ya que el cambio se le notificó con cinco días de antelación y lo era con efectos del día 6 de abril de 2020, lo que en principio la alejaría de la aplicación del régimen de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (por todas, STS de 18 de diciembre de 2013, rec. 2566/2012).

Por otra parte, aunque los cambios en el contenido de las contrataciones por parte de la principal no eximen a la contratista de seguir los cauces legales previstos para las modificaciones sustanciales en el art. 41 del ET "porque la adaptación de los contratos de trabajo a la nueva encomienda (contrata) no la puede hacer de forma unilateral la empresa, bien reduciendo puestos de trabajo, bien minorando la jornada o los salarios, sino que debe acudir a los procedimientos previstos en los artículos 41 y 51 del ET en cada caso, para adaptar los contratos de trabajo a sus nuevas necesidades, pues la conversión de las condiciones de trabajo no deriva automáticamente del hecho de que el objeto del contrato sea una contrata o encomienda concreta, sino que es preciso acudir a las vías de los preceptos legales citados, o que tal novación se encuentre prevista expresamente en el contrato que se nova" (26 de septiembre de 2018, rec. 114/2017); no cabe olvidar que en el presente caso, en lugar de acudir a alguna de las dos vías que habilitaba el art. 2 del R.D-Ley 8/2020, de 17 de marzo, para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, esto es, la tramitación de un ERTE por fuerza mayor ex art. 22 o uno CETOP por la causa productiva prevista en el Art. 47.1 del Estatuto de los Trabajadores, la contratista hizo el esfuerzo de recolocar a la trabajadora en otras contrataciones de servicios de la propia empresa sin venir obligada a ello (por todas, STS 31 de enero 2018, rec. 1990/2016).

Desde esta perspectiva, dado el carácter temporal de la medida y el objetivo por ella perseguido de proteger el empleo existente en la empresa, hay que convenir con la juzgadora a quo que la modificación acordada, lejos de constituir un comportamiento arbitrario, ha de ser calificada como no sustancial, pues bien que afecta a una condición que ostenta tal carácter tal decisión no implica la supresión de la condición ni tiene la intensidad temporal suficiente para vulnerar el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores y, por tanto, no resultaba exigible aplicar los criterios condicionantes del precepto estatutario que contemplamos".

No hay razón alguna que justifique en el presente supuesto un cambio de criterio, por lo que la sentencia de instancia que consideró que la modificación acordada debe ser calificada como no sustancial debe ser confirmada, lo que excluye, en consecuencia, toda posibilidad de opción por parte de la trabajadora a la extinción de su contrato de trabajo. Por último si bien por la parte recurrente se invoca la nulidad de la medida acordada por vulneración del derecho a la dignidad profesional con la consiguiente reclamación de una indemnización de seis mil euros por el perjuicio y/o daño moral causado, debe indicarse que, tal y como se sostiene por la juzgadora de instancia, no cabe apreciar ningún indicio suficiente de que con la modificación acordada se haya producido violación alguna del derecho a la dignidad profesional de la trabajadora demandante, ni de ningún otro derecho fundamental (como el de honor y a la propia imagen a los que también se refiere la trabajadora en el suplico del recurso).

Lo expuesto determina la desestimación del motivo y del recurso con la consiguiente confirmación de la sentencia impugnada.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a Amanda contra la sentencia de fecha 5 de agosto de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Avilés en los autos núm. 269/2020, seguidos en el mismo a instancia de dicha recurrente contra las empresas RESOLUCIÓN SERVICIOS INTEGRALES, S.L. y REAL CLUB NÁUTICO DE SALINAS, sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo y vulneración de derechos fundamentales, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercibimientos en él contenidos.

Tasas judiciales para recurrir

La tramitación del recurso de casación para unificación de doctrina no constituye hecho imponible, y por tanto no se requiere la liquidación de tasas (Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V 3674-23 de 26-12-2013).



Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que:** fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: **"37 Social Casación Ley 36-2011"**.

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **notificación** y registro de la Sentencia.

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