



Roj: **STSJ AND 13763/2002 - ECLI:ES:TSJAND:2002:13763**

Id Cendoj: **41091340012002102176**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **08/10/2002**

Nº de Recurso: **2523/2002**

Nº de Resolución: **3588/2002**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ALFONSO MARTINEZ ESCRIBANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso.- 2523/02(AJ), sent. 3588/02

Recurso.- 2523/02(AJ), sent. 3588/02

RECURSO NUM. 2523/02-AJ

ILTMOS. SRES.:

DON SANTIAGO ROMERO DE BUSTILLO

DON MANUEL TEBA PINTO

DON ALFONSO MARTÍNEZ ESCRIBANO

En Sevilla, a 8 de Octubre de dos mil dos.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los lltmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 3588/02

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Plácido , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de los de Jerez de la Frontera en sus autos núm. 783/01; ha sido Ponente el lltmo. Sr. Don ALFONSO MARTÍNEZ ESCRIBANO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó demanda, por Resolución de Contrato , contra Técnicas Navales Gaditanas S.L. se celebró el juicio y se dictó sentencia el 7 de marzo de dos mil dos por el referido Juzgado, en la que se desestimó la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

Primero.- La parte demandante ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada con una antigüedad de 14-10-97, con categoría de director técnico de producción y percibiendo un salario mensual de 245.123 ptas brutas con prorrateo de pagas extras, con un contrato inicialmente temporal y después por tiempo indefinido. Su horario era de jornada continua de 7 a 15 horas, 40 horas semanales de Lunes a Viernes.

Segundo.- La empresa mediante comunicación escrita de fecha de notificación y a efectos del 9-7-01 le fijó un nuevo horario de trabajo de 9 a 15 y de 17 a 19 horas. Todo ello a pesar de que en la Junta de 21.6.01 se acordara el horario de 9 a 15 horas, "salvo que hubiera trabajo y la jornada sería de 9 a 15 y de 17 a 19 horas".

Tercero.- El hijo del actor es oficial programador en la empresa, con el mismo horario y recibió esa misma carta de cambio de horario y ha presentado demanda con el num. 782/01 en este Juzgado.



Cuarto.- El actor disfrutó vacaciones desde 3 al 26-8-01. Actualmente y desde 27-8-01 empezó a trabajar en Castellón en la UTE Ciclocombiana de Castellón.

Quinto.- El 24-8-01 el actor envió comunicación a la empresa demandada por burofax con acuse de recibo, expresando su voluntad de extinguir la relación laboral y recibir la indemnización legal por la **modificación** de horario padecida.

Sexto.- El 14 de Septiembre del 2001 se le remitió carta de despido, sin constar la recepción de la misma.

Séptimo.- D. Carlos Alberto , DIRECCION000 de empresa, ostentaba en un principio el 60% de las participaciones y la hija del actor el 40%. En Enero-Febrero del 2000 se amplió el capital, y el Sr. Carlos Alberto pasó a ostentar el 80%, su esposa e hijas el 6,66% y el actor el 13,33 % de las participaciones.

Se ha intentado la celebración del acto de conciliación ante el CMAC

TERCERO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte actora , que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se trata de supuesto esencialmente idéntico al del recurso 2520/02, debiendo reiterar la Sala sus razonamientos, en el sentido de que para centrar el debate, debe advertirse que se trata de acción ejercitada amparándose en el art. 41.3.2º ET e instando la condena al abono de la indemnización, tal como la pretensión quedó formulada en juicio.

Dispone el art. 41.3.2 ET que "en los supuestos previstos en los párrafos a), b) y c) del apartado 1 de este artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 50, apartado 1 a) si el trabajador resultase perjudicado por la **modificación sustancial** tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses".

Se reconoce así al trabajador afectado por una decisión de **modificación sustancial** de las condiciones de trabajo que afecten a la jornada de trabajo, al horario o al régimen de trabajo a turnos el derecho de resolver el contrato con la indemnización legalmente prevista. Lo que justifica la facultad reconocida al trabajador es el perjuicio sufrido por el mismo como consecuencia de la **modificación**, independientemente de su imputabilidad o no al empresario. La finalidad de la norma es la de «corregir» la perturbación que la **modificación** puede producir en el trabajador, facultándole para resolver el contrato, lo que permite situar el fundamento jurídico de la opción de resolución en la «excesiva onerosidad sobrevenida» y no en el incumplimiento empresarial. El hecho de que el legislador haya previsto que las **modificaciones** que afectan a las materias a las que hace referencia el art. 41.3.2º ET pueden implicar para el trabajador un perjuicio más relevante que el de las restantes condiciones de trabajo por la incidencia del tiempo de trabajo en la vida personal, familiar y social del trabajador hasta el punto de justificar la resolución del contrato con derecho a indemnización, no significa que el perjuicio se entienda producido en todo caso como consecuencia de la mera **modificación**, siendo preciso que ésta provoque en el afectado un perjuicio real, objetivamente constatable y de cierta consideración, perjuicio que puede estar relacionado tanto con la posición contractual como con la personal y familiar del trabajador afectado, que no se exige sea el específico para la formación profesional o la dignidad del trabajador.

La facultad reconocida al trabajador afectado por la **modificación** es inmediatamente actuable por éste, sin que sea necesario solicitar judicialmente la extinción del contrato de trabajo lo que, salvo supuestos excepcionales, exigiría la continuidad en la prestación de servicios con los perjuicios efectivos -no potenciales- que de ello se derivarían para el afectado. La extinción tiene por tanto carácter extrajudicial, opera por voluntad del trabajador mediante la comunicación al empresario de su opción por la extinción del contrato, estando aquél facultado para rescindir unilateralmente el vínculo contractual sin esperar a que decida el órgano judicial, quedando extinguido el contrato desde el momento en que el trabajador comunique al empresario su opción rescisoria. El derecho reconocido en el art. 41.3.2º Estatuto de los Trabajadores alcanza únicamente a las **modificaciones sustanciales** en materia de jornada de trabajo, horario y régimen de trabajo a turnos, bien se produzcan por sí mismas o acompañadas de la **modificación** de otras condiciones de trabajo, no resultando ejercitable la facultad resolutoria al amparo de dicho precepto, cuando la **modificación** afecte a otras condiciones distintas de las previstas legalmente.

SEGUNDO.- Partiendo de lo anterior, carecen de relevancia las revisiones de los hechos 4 a 6 referentes a si el actor resolvió unilateralmente el contrato y en qué fecha, pues el marco legal de la figura permite así decidirlo, si bien deberá accionar para reclamar el pago de la indemnización si la empresa no la reconoce, por discrepar



sobre si existen perjuicios en caso de cambio de horario - como el presente - , teniendo el proceso ese único objeto de reclamación de cantidad, sin que se trate de la impugnación de la validez de la medida en el marco del proceso especial del art. 138 LPL, por lo que sí existe recurso de suplicación.

Las demás revisiones de hecho no pueden acogerse, la del salario y la tercera por fundarse en medios sin eficacia revisora y exigir conjeturas, la segunda por fundarse en el acta de juicio y en concreto en confesión o interrogatorio de parte, nada de lo cual permite el art. 191.b) LPL.

TERCERO.- En cuanto a la censura jurídica, se denuncia la interpretación errónea de lo dispuesto en el art. 41.3 del Estatuto de los Trabajadores, pero, como recuerda la STSJ Cantabria de 19.4.99, el TS en Sentencia de 18 de marzo de 1996 (RJ 19962082), recurso 2468/1995, « de la propia redacción del precepto estatutario que se denuncia como infringido, claramente, se advierte que la facultad de resolución contractual en favor del trabajador, por **modificación** de algunas de las condiciones esenciales de trabajo previstas en los apartados a) b) y c), del párrafo 2 del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, se halla condicionada la existencia de perjuicios para el mismo, a causa de tal **modificación**. Según, así lo dice expresa mente el párrafo 3.2 del mismo precepto estatutario.No es, por tanto, acogible la tesis de la sentencia propuesta como término comparativo de que toda **modificación** de esas esenciales condiciones de trabajo lleva consigo la existencia de perjuicios para el trabajador y que, en consecuencia, debe invertirse la carga de la prueba y acreditarse por la empresa que, en el caso concreto, no se han producido tales perjuicios.La doctrina correcta, desde una adecuada hermeneusis del precepto estatutario en cuestión, debe ser la de que se produzcan y aprecien por el Juzgado sentenciador, la existencia de perjuicios para el trabajador a causa del repetido cambio de condiciones esenciales de trabajo para que, en base a ello, actúe el mecanismo resolutorio contractual que le concede la norma estatutaria. Es evidente, conforme a una interpretación literal del párrafo 3 del señalado artículo 41 del texto estatutario, que la facultad de rescisión contractual por **modificación** de las concretas condiciones esenciales de trabajo a que, el mismo se refiere, se halla condicionada la existencia de perjuicios para el trabajador, por lo que si no se dan por concurrentes aquéllos, no puede tener viabilidad dicha rescisión contractual.No es dable establecer, en tal sentido, una presunción "iuris tantum" de perjuicio para el trabajador en todo supuesto de **modificación** de las señaladas condiciones esenciales de trabajo, sino que, por el contrario y conforme a la normal interpretación del repetido artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores, debe admitirse por el Tribunal sentenciador la existencia de tales perjuicios, según el resultado de lo actuado en juicio».

Sentado todo lo anterior es claro que de ello debe deducirse que el trabajador debe acreditar en la instancia que concurre un perjuicio real, objetivamente constatable y de cierta consideración, sin cuya prueba o acreditación no puede hacer nacer la obligación de indemnizar, ya que los perjuicios ocasionados por la medida no se presumen; en consecuencia es lo apuntado lo que habrá que resolver partiendo de la entidad de la **modificación** del horario y la realidad y entidad de los perjuicios invocados y acreditados.

Al decidir el actor no impugnar la medida, sino extinguir el contrato, la inmediatez de la efectividad sólo se puede valorar como eventual causa de perjuicios, pero no se detallan cuáles fueran, al igual que ocurre con la inexistencia de causas técnicas o análogas, todo lo cual es relevante para el examen de la justificación o validez de la medida, pero no en la valoración de perjuicios. Respecto a éstos, se alude, finalmente, a cambios en la vida familiar y personal, que no se precisan, y al desplazamiento desde el domicilio a la sede de la empresa, pero se trata de ciudades notoriamente cercanas y bien comunicadas, junto a lo cual debe destacarse que la sentencia de instancia no concreta perjuicio alguno, faltando el sustento fáctico al respecto.

Todo ello hace desestimable el recurso.

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por D. Plácido , contra la sentencia dictada el 7 de marzo de dos mil dos por el Juzgado de lo Social num. 1 de Jerez de la Frontera, recaída en autos num. 783/01, sobre Resolución de Contrato, promovidos por el recurrente, contra Técnicas Navales Gaditanas S.L., debemos confirmar y confirmamos dicha resolución.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así como que transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.



Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ