



Roj: **STSJ AND 426/2011 - ECLI:ES:TSJAND:2011:426**

Id Cendoj: **41091340012011100303**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **10/03/2011**

Nº de Recurso: **2573/2009**

Nº de Resolución: **637/2011**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rº.2573/09 mba

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL DE SEVILLA

ILMOS. SRES.:

DOÑA MARIA ELENA DÍAZ ALONSO, PRESIDENTE.

DOÑA MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA.

DON JOSÉ JOAQUÍN PEREZ BENEYTO ABAD.

DON BENITO RECUERO SALDAÑA.

En Sevilla, a diez de marzo de dos mil once

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚM. 637/2011

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Carlos Ramón contra la sentencia del Juzgado de lo Social número DOS de los de HUELVA, Autos nº 276/09; ha sido Ponente la Ilma. Sra. Dª. MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA, Magistrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó demanda por Carlos Ramón contra SOCIEDAD ESTATAL DE CORREROS Y TELÉGRAFOS S.A. se celebró el Juicio y se dictó sentencia el 22/04/09, por el Juzgado de referencia en la que se desestimó la demanda.

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

I.- D. Carlos Ramón, mayor de edad, DNI NUM000 viene prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos desde el 30.11.1979, ostentando la condición de personal laboral fijo desde el 10.05.04, por virtud de la conversión de contrato temporal en contrato indefinido (folio 35, por reproducido). Su puesto de trabajo era el puesto de reparto (NUM001) en Huelva hasta el 31.03.07 en el que cesó por Resolución de 16.03.07 adjudicándose, por resolución de concurso permanente de traslado, su incorporación al puesto de atención al cliente (a tiempo parcial) desde el 01.04.07 en la Oficina de Aljaraque (Huelva), en el que permanece en la actualidad.

II.- El actor desarrolla sus funciones de lunes a viernes de 07:30 a 12:30 horas y un sábado de cada tres.



III.- El 18.02.09 el actor recibió comunicación por parte de la demandada en la que le decía:

«Conforme a la conversación mantenida a principios del presente mes, en la que le comuniqué que su jornada laboral sería de 09:30 horas a 14:30 horas desde primeros de marzo, confirmarle tal circunstancia, es decir, a partir del día 2 (dos) de marzo, en razón de que haya de forma permanente dos personas en atención al cliente, en la hora de más afluencia de éstos.

Por lo que desde el citado día su jornada laboral será:

De lunes a viernes de 09:30 a 14:30 horas.

Sábados como hasta ahora.

A jaraque a 18 de febrero de 2009.

EL DIRECTOR

D. Gervasio ".

IV.- El 25.02.09 el actor manifestó por escrito (folios 23, 29 y 32 por reproducidos) al Jefe del Sector, en la Gerencia de Sevilla, a la Gerencia de Málaga y al Director de la Oficina de Correos de Aljaraque su disconformidad con el cambio de horario que le había sido impuesto a partir del 1 de marzo y solicitó volver al que anteriormente tenía y que era de 07:30 a 12:30.

V.- El 26.02.09 el Director de la Oficina respondió al actor por escrito lamentando no poder atender a su petición porque el cambio obedecía a que la atención al cliente quedara cubierta con dos personas de 09:30 a 14:30.

VI.- El 02.03.09 el jefe del Sector de Oficinas de la Gerencia de Sevilla contestó a su misiva considerando que no había habido ninguna modificación horaria pues se había implantado el horario contractual, siendo el horario ahora implantado el acordado entre el actor y el Director de su oficina para adaptarse a las necesidades del servicio de entonces (folio 32, por reproducido).

VII.- En la oficina de Aljaraque de la entidad demandada, junto con el actor, hay otra empleada encargada de la atención al público a jornada completa de 08:00 a 15:00.

VIII.- Durante la franja horaria de 08:30 a 09:30 horas la afluencia de público es menor.

IX.- El II Convenio Colectivo de Personal Laboral de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos rige la relación laboral.

X.- La demanda ante el Juzgado se planteó el 06.03.09.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el demandante, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda inicial del proceso el demandante interesaba se dictase sentencia por la que se declarase no ajustada a derecho la modificación de condiciones consistente en la modificación del horario semanal unilateralmente impuesta, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración y a la reposición de la anterior jornada y horario, anulando y dejando sin efecto la medida impuesta.

La sentencia de instancia desestimó dicha demanda y contra la misma interpone el actor recurso de suplicación –que se impugna de contrario por la parte demandada–, conteniendo el recurso un único motivo, formulado al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), en que se denuncia la infracción del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en relación con el artículo 27 del II Convenio Colectivo de Correos, publicado en el BOE de 25 de septiembre de 2006.

Argumenta la recurrente que la modificación sustancial a que se refieren los preceptos citados debe ser notificada a los representantes legales de los trabajadores, y que, habiéndose omitido ese trámite, ello provoca la nulidad de la medida. Y añade que la comunicación de la modificación efectuada (documento nº 38) no cumple los requisitos formales de contenido y los plazos fijados en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

Ahora bien, antes de examinar el motivo expuesto, debe resolverse la cuestión planteada por la demandada en su escrito de impugnación del recurso, en que alega la irrecurribilidad de la sentencia de instancia a tenor de lo prevenido en el artículo 138.4 de la LPL, manifestando que, si bien es cierto que alegó en el acto del juicio la excepción de inadecuación de procedimiento, por considerar que no se está ante un proceso especial sino ordinario, no lo es menos que la sentencia rechazó analizar la excepción desestimando la demanda en



cuanto al fondo, por lo que, habiéndose resuelto conforme al proceso especial de modificación sustancial de condiciones de trabajo, la sentencia es firme y no cabe recurso contra ella.

Tal argumentación no puede ser compartida por la Sala, dado que, aunque otra cosa entienda la recurrente, lo cierto es que el procedimiento seguido no ha sido el especial regulado en el artículo 138 de la LPL, sino el ordinario, como claramente se infiere de lo argumentado por la Juzgadora de instancia en el fundamento jurídico quinto, al expresar que la modificación impugnada no es una modificación sustancial y que, en consecuencia, no procede analizar la excepción de inadecuación de procedimiento planteada, lo que de hecho equivale a negar su concurrencia al considerar que no habiendo modificación sustancial, el procedimiento seguido es el correcto y adecuado, resultando evidente que se refiere al ordinario, dados los términos en que se pronuncia la sentencia recurrida, que desestima la demanda, en lugar de declarar justificada o injustificada la decisión empresarial impugnada, como para el procedimiento especial previene el artículo 138.5 de la LPL, ordenando asimismo en el fallo que se notifique la misma a las partes interesadas, con indicación de los recursos que correspondan, en lugar que expresar que contra la misma no cabe recurso alguno.

SEGUNDO.- Sentando lo anterior, y entrando a resolver el motivo formulado, hay que decir que, la cuestión litigiosa se centra en determinar si el cambio impuesto al actor, cuyo horario de trabajo, que era de 7,30 horas a 12,30 horas, ha pasado a ser de 9,30 horas a 14,30 horas, merece o no la consideración de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 41 del ET y en el artículo 27 del Convenio Colectivo aplicable, y del artículo 138 de la LPL, que regula la modalidad procesal específica para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, cuyas peculiaridades más salientes son la urgencia, el plazo de caducidad de la acción, de veinte días hábiles a partir de la notificación de la decisión, la falta de recurso y la inmediata ejecutividad de la sentencia.

El artículo 27 del Convenio Colectivo aplicable, al igual que el artículo 41 del ET, declara que se considerarán modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a jornada de trabajo, horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento y funciones cuando excedan de los límites que indica. Y, a continuación, dispone que sea la modificación de carácter individual o colectivo se estará a lo previsto en materia de procedimiento en el artículo 41 del ET.

Y el Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 26 abril 2006 (RCUD núm. 2076/2005), recogiendo la doctrina unificada contenida en las sentencias anteriores que cita, razona que "...el art. 41 ET regula específicamente las «modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», enumerando en lista abierta [«entre otras», indica el precepto] las condiciones de trabajo que ex lege «tendrán la consideración» sustancial referida. Lista que la STS de 03/04/95 [rec. 2252/94] califica -en efecto- de «ejemplificativa y no exhaustiva», en criterio que reitera la sentencia de 09/04/01 [rec. 4166/00], al afirmar que el elenco de posibilidades que en el precepto se contemplan no está limitado a las expresamente tipificadas en su apartado primero. De esta forma es claro que la lista no comprende todas las modificaciones que son -pueden ser, según veremos- sustanciales, pero también ha de afirmarse tampoco atribuye carácter sustancial a toda modificación que afecte a las materias expresamente listadas. Y decíamos que las alteraciones en las materias enumeradas no necesariamente son sustanciales, sino que tan sólo «pueden» serlo, porque es unánime criterio de este Tribunal el de que la aplicación del art. 41 ET no está «referida al hecho de que la condición sea sustancial, sino a la exigencia de que sea sustancial la propia modificación» (así, Sentencia 09/04/01 -rec. 4166/00 -). Con lo que podemos concluir, utilizando expresión del todo gráfica, que ni están todas las que son ni son todas las que están."

Y a continuación añade que "...si el tema objeto de debate se enfoca atendiendo a la perspectiva conceptual y propia noción de «modificación sustancial». Y aunque en la aproximación a este concepto jurídico indeterminado haya de partirse de la base que proporciona el DRAE, definiendo como sustancial lo que «constituye lo esencial y más importante de algo», y como accidental lo «no esencial», lo cierto es que los contornos difusos de tales descripciones han llevado a destacar 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 verse, sea realmente o potencialmente dañosa para el trabajador; o lo que es igual, 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.

En esta línea se orientan las SSTs 22/09/03 -rec. 122/02 - y 10/10/05 -rec. 183/04 - cuando recuerdan que la sentencia de 03/04/95 -rec. 2252/94 - declaraba la necesidad de que las modificaciones, para ser sustanciales, habían de producir perjuicios al trabajador; y cuando refieren que la sentencia de 11/11/97 -rec. 1281/97 - invocaba sus precedentes de 17/07/86 y 03/12/87 y afirmaba con ellos 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 [en el mismo sentido, la Sentencia de 22/06/98 -rec. 4539/97-], 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»; doctrina que reitera la más reciente sentencia de 15/11/05 [rec. 42/05]. Y asimismo se indicada en la precitada Sentencia de 22/09/03 [rec. 122/02] que para diferenciar entre sustancial y accidental es necesario tener en cuenta el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados, por lo que -como ya había sostenido la STCT de 17/03/86- «hay que acudir a una interpretación racional y entender por tal aquella que no es baladí y que implica para los trabajadores una mayor onerosidad con un perjuicio comprobable»."

El criterio fundamentalmente utilizado por los Tribunales para valorar la sustancialidad de una modificación, es por tanto el de su importancia cualitativa, entendiéndose que existe una modificación sustancial cuando la misma sea de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, pasando a ser otros distintos de un modo notorio, debiendo entenderse que no existe una modificación sustancial cuando se trate de alteraciones poco significativas.

TERCERO.- En el presente caso, partiendo del relato de hechos probados de la sentencia, que se mantiene inalterado al no haber sido impugnado, y de la expuesta doctrina unificada, la Sala llega a la conclusión de que, el cambio o modificación horaria impuesta al actor (consistente en retrasar dos horas el inicio y el final de su jornada diaria de trabajo, de modo que, su horario de lunes a viernes, que antes de la modificación era de 7,30 horas a 12,30 horas, ha pasado a ser de 9,30 horas a 14,30 horas, manteniéndose inalterado el horario de los sábados) que actúa sobre una condición sustancial o básica de la relación laboral, constituye, atendida su entidad, una modificación sustancial de carácter individual que se ha llevado a efecto con inobservancia del procedimiento previsto en el apartado 3 del artículo 41 ET, por lo que, aunque en el caso de que se hubiera seguido el procedimiento legalmente establecido, la medida pudiera merecer un juicio de valor favorable por su posible razonabilidad o conveniencia, por parecer más acorde con la función a desarrollar por el actor en su puesto de trabajo (de atención al cliente) que supone una mayor afluencia de usuarios en el tramo horario coincidente con el nuevo horario asignado por la demandada, e incluso más favorable o no perjudicial para el mismo, lo cierto es que, siendo sustancial, la modificación horaria impuesta al actor, y debiendo sujetarse la medida a los cauces procedimentales exigidos por los artículos 41 del ET y 27 del Convenio Colectivo, es decir, notificación de la misma al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días y posibilidad de impugnación a través del procedimiento regulado en el artículo 138 de la LPL., la inobservancia de esos trámites legales determina que haya de calificarse como nula, apreciándose la concurrencia de las infracciones denunciadas.

En consecuencia, debe estimarse el motivo y el recurso revocando la sentencia de instancia y estimando la demanda inicial del proceso, significando asimismo que, aunque se entendiese -contrariamente-, que la modificación no es sustancial, se llegaría a la misma conclusión, atendido lo dispuesto en el artículo 41 del Convenio Colectivo aplicable, que, en su párrafo último, omitiendo cualquier referencia a la "sustancialidad" de la modificación a que se refiere, dispone que "Para la modificación de los horarios de trabajo y del sistema de trabajo a turnos, ya sea de carácter individual o colectivo, se estará a lo previsto en materia de procedimiento en el artículo 41 del ET".

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Carlos Ramón contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Huelva, de fecha 22 de abril de 2009, en virtud de demanda por él presentada contra la SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A.; y, revocamos la sentencia recurrida, estimando la demanda inicial del proceso, anulando y dejando sin efecto dicha medida y condenando a la referida demandada a estar y pasar por dicha declaración y a reponer al actor en su anterior jornada y horario.

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 DÍAS 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 devuélvanse 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