



Roj: **STSJ PV 409/2014 - ECLI:ES:TSJPV:2014:409**

Id Cendoj: **48020340012014100237**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **25/02/2014**

Nº de Recurso: **46/2014**

Nº de Resolución: **405/2014**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ELENA LUMBRERAS LACARRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**RECURSO Nº:** Suplicación / E\_Suplicación 46/2014

**N.I.G. P.V. 20.04.4-13/000211**

**N.I.G. CGPJ 20.030.34.4-2013/0000211**

SENTENCIA Nº: 405/2014

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 25 de febrero de 2014.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/as. Sres/as. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI y D<sup>a</sup>. **ELENA LUMBRERAS LACARRA**, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Iván y Jose Ángel contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 1 de los de EIBAR (GIPUZKOA) de fecha 25 de septiembre de 2013, dictada en proceso sobre MMS, y entablado por Iván y Jose Ángel frente a **ULMA C Y E SOCIEDAD COOPERATIVA**.

Es Ponente la Iltma. Sra. Magistrada Dña. **ELENA LUMBRERAS LACARRA**, quien expresa el criterio de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

"**PRIMERO**.- Que D. Iván es socio-trabajador en la empresa demandada y ostentó las siguientes circunstancias profesionales:

Antigüedad: 1 de mayo de 2001.

Puesto de Trabajo: Director del Área de Informática.

Salario: 99.038,14 euros anuales brutos por todos los conceptos, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

Jornada Laboral: 8 horas y 5 minutos (1.729,83 horas/año, distribuidas en 214 jornadas efectivas de trabajo).

Centro de trabajo: Sede central de Ulma C y E S.Coop., sita en Oñati (Paseo Otadui 3).



Que D. Jose Ángel presta servicios para la empresa demandada con las siguientes circunstancias profesionales:

Antigüedad: 1 de septiembre de 2005.

Categoría profesional: Jefe del Departamento de Aplicaciones Técnicas.

Salario: 64.880 euros anuales brutos por todos los conceptos, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

Jornada Laboral: 8 horas y 5 minutos (1.729,83 horas/año, distribuidas en 214 jornadas efectivas de trabajo).

Centro de trabajo: Sede central de Ulma C y E S.Coop., sita en Oñati (Paseo Otadui 3).

**SEGUNDO.-** Que la relación profesional de D. Iván con la empresa demandada comenzó mediante contratación como trabajador por cuenta ajena, a través de la suscripción, el 1 de mayo del año 2001, de un contrato de trabajo de duración determinada por circunstancias de la producción. Posteriormente, el 3 de noviembre del mismo año 2001 pasó a ser socio-trabajador de la Cooperativa, con la asunción de todos los derechos y deberes aplicables conforme a los Estatutos Sociales, el Reglamento interno cooperativo y las Normativas y Acuerdos vigentes en Ulma C y E S.Coop.

Que la relación profesional de D. Jose Ángel con la empresa demandada comienza mediante contratación como trabajador por cuenta ajena el 1 de septiembre de 2005 como Jefe de Organización y Soporte. Posteriormente, el 1 de septiembre de 2006, pasó a ser socio-trabajador de Ulma C y E S.Coop. con el número NUM000 , con la asunción de todos los derechos y deberes aplicables conforme a los Estatutos Sociales, el Reglamento Interno Cooperativo y las Normativas y Acuerdos vigentes en Ulma C y E S.Coop. Finalmente, desde el 1 de marzo de 2010 ostenta el cargo de Jefe del Departamento de Aplicaciones Técnicas, puesto que ocupa actualmente.

**TERCERO.-** Que la empresa demandada se dedica a ofrecer soluciones de encofrados, sistemas trepantes, apeo y andamiaje, tanto en venta como en alquiler para edificación residencial, obra civil, edificación no residencial y rehabilitación. Forma parte del Gupo Ulma y a su vez, de la Corporación Mondragón.

Cuenta en la actualidad con más de 2000 trabajadores (entre socios-trabajadores y trabajadores por cuenta ajena), distribuidos en la sede central sita en Oñati y en las 25 filiales que están distribuidas por todo el mundo.

**CUARTO.-** Que desde el comienzo de la prestación de servicios para la empresa Ulma C y E S.Coop. el actor D. Iván ha desempeñado el puesto de Director del Área de Informática bajo la dependencia directa de la Gerencia de la empresa desempeñando funciones como:

- Organizar la estructura del área informática para servir al Plan Estratégico, al Plan de Gestión y a sus procesos.
- Dirección de Proyectos.
- Desarrollo del Plan Estratégico a nivel internacional.
- Definición y Desarrollo del Plan de Gestión.
- Elaborar y planificar la carta de proyectos.
- Participar en el desarrollo de los procesos de la empresa aportando recursos del área y adaptando las herramientas informáticas a la necesidad de los procesos.
- Crear equipos de proyecto interdisciplinar para implantar herramientas y procesos globales.
- Aportar y evolucionar las TIC que den soporte a los procesos de negocio y gestión de la empresa.
- Implementar sistemas de vigilancia tecnológica.
- Coordinar los proyectos de implantación del ERP y de infraestructura y sistemas, junto con los Jefes de Dpto.
- Seleccionar al personal del área.
- Elaborar y aplicar presupuestos de gastos, inversión y personal.
- Coordinar el plan de formación del personal del área.
- Preparar la factura a filiales en concepto de servicios TIC y proyectos de implantación.
- Organizar el soporte TIC a usuarios finales.

Que las funciones del demandante D. Jose Ángel como Jefe del Departamento de Aplicaciones Técnicas son dirigir, planificar, controlar y supervisar la implantación de las aplicaciones técnicas, según el plan estratégico



del área, para dar solución a las necesidades de cálculo y dibujando en las actividades de negocio, funciones como:

- Coordinar la gestión de los recursos informáticos a su disposición.
- Definir junto con el Director de Informática las políticas, directrices y procedimientos del Departamento.
- Organizar y liderar la implantación de nuevas aplicaciones y desarrollos.
- Gestionar y liderar los recursos humanos a su cargo.
- Colaborar en la elaboración del Plan de Formación para cubrir las necesidades formativas.
- Establecer junto con su equipo las pautas y normas generales de programación, pruebas y métodos de puesta en explotación de programas.
- Coordinación en la preparación y control del presupuesto informático-
- Administración de seguridad y contenidos de Intranet.
- Dar soporte interno de segundo nivel a los técnicos.

**QUINTO.-** Que la Dirección de Informática constaba hasta marzo de 2013 de una Dirección de Área y tres departamentos: Desarrollo Aplicaciones Técnicas, Sistemas y comunicaciones y Desarrollo y aplicaciones de Gestión; hasta mayo de 2013 constaba de Dirección de Área, Dirección de Informática que integraba los tres departamentos anteriores y Procesos y a partir de junio de 2013 consta de Dirección de Área, los tres departamentos anteriores y Procesos.

**SEXTO.-** Que por la empresa demandada se elabora el Plan de Mejora de Ulma Construcción 2012-2015 en el que se establecen 7 iniciativas propuestas tendentes a la mejora de la gestión, y entre ella la iniciativa 4 (apartados a, b y c), que tiene como objetivo la estandarización y mejora de los procesos, considerándose dicho aspecto clave para la mejora de la gestión de la Cooperativa.

**SEPTIMO.-** Que Ulma C y E S. Coop. elabora un Plan Estratégico para los años 2013-2015 en el que se establecen 13 estrategias, 6 de negocio y 7 de gestión y entre estas últimas mejorar el rendimiento de los procesos y mejorar la gestión de procesos.

**OCTAVO.-** Que en ambos procesos participó el demandante D. Iván a lo largo de todo 2012, en tanto miembro del consejo de Dirección.

**NOVENO.-** Que la empresa demandada adoptó la decisión de crear una dirección específica, que forme parte del Consejo de Dirección, que asuma la función de liderar y coordinar, con el necesario apoyo de cada una de las áreas, el proyecto de sistematización y optimización de los procesos productivos y de gestión, la Dirección de Organización.

**DECIMO.-** Que en la reunión del Consejo de Dirección de 15 de enero de 2013, en la que participa el demandante Sr. Iván, se abordó la necesidad de una Dirección específica de Organización, que englobara a la Dirección de Informática, decisión refrendada por el Consejo Rector estableciendo que el proceso de designación del nuevo Director de Organización se realizara mediante un proceso de selección objetivo.

**DECIMOPRIMERO.-** Que en reunión del Consejo Rector de 30 de octubre de 2012 se aprobó que para 2013 debía establecerse un proceso para seleccionar y evaluar periódicamente a personas en puesto de gestión.

**DECIMOSEGUNDO.-** Que la Dirección de Organización tiene como cometido esencial participar en la definición e implantación de los procesos, definiendo indicadores de procesos y estableciendo metodologías de mejora continua ad hoc y definir indicadores de proceso y establecer metodología de mejora continua.

**DECIMOTERCERO.-** Que la Relación nominativa de los trabajadores adscritos al Departamento de Informática es la siguiente:

Gumersindo

Leoncio

Melisa

Sofía

Roman

Almudena

Covadonga Carlos Jesús



Margarita Sagrario

Avelino

Adriana

Domingo

Jose Ángel

Eloisa

Leonor

Isaac

Matías

Rosendo

Santiagoa

Carlos Antonio

Victor Manuel

**DECIMOCUARTO.-** Que el proceso de designación del Director de Organización es efectuado por una consultora externa independiente, presentándose como candidatos al puesto de Director de Organización tres candidatos, entre ellos el actor Iván , siendo propuesto finalmente el Sr. Avelino .

**DECIMOQUINTO.-** Que en reunión del Consejo Rector de 27 de febrero de 2013, se señala que el proceso de evaluación de los candidatos a los puestos de Director Técnico de I+D y Director de Organización, ha sido llevado a cabo por la consultora independiente People Excellence, considerándose por el Consejo Rector el procedimiento como bueno, y "Se acuerda nombrar a Ernesto Director Técnico de I+D y a Avelino Director de Organización, en los términos propuestos por Gerencia, con efectos desde el 1 de abril de 2013" y el 28 de febrero de 2013 se comunica el resultado del proceso a los tres candidatos.

**DECIMOSEXTO.-** Que por el Departamento de RRHH de la Cooperativa se elabora una Descripción de los puestos de Director Organización, Director Técnico de I+D y Director de Marketing que es la siguiente:

- 1.- Diseñar la arquitectura organizativa de la empresa para que la misma responda de forma satisfactoria tanto a las necesidades del negocio como a las necesidades de la propia empresa, así como realizar los ajustes necesarios cuando estos se requieran.
- 2.- Coordinar las distintas áreas de la empresa (tanto en aspectos operativos como en aspectos de gestión) para conseguir un funcionamiento único, global y homogéneo y así evitar "microgestiones" autónomas basadas en áreas.
- 3.- Coordinar junto con el propietario en el diseño o rediseño de los procesos principales de la empresa, así como en su futura estandarización y evaluación tanto del nivel de implantación como del nivel de idoneidad de los mismos, definiendo indicadores para cada uno de los procesos.
- 4.- Supervisar y controlar el correcto y adecuado funcionamiento de los procesos definidos, para garantizar que los mismos se realizan en los términos definidos y en los casos en los que no se haga de la forma adecuada definir mecanismos correctores.
- 5.- Dirigir, controlar y supervisar los proyectos de implantación de TIC-s (ERP, otros programas y hardware) que soporten la gestión de la empresa, garantizando el correcto y satisfactorio funcionamiento de la empresa.
- 6.- Diseñar y ofrecer soporte tecnológico a los usuarios y mantener la estructura de TIC-s para el adecuado funcionamiento de la empresa.
- 7.- Liderar la mejora continua de la empresa, a través de la mejora e innovación de los procesos.
- 8.- Implementar sistema de vigilancia tecnológica de herramientas de gestión que puedan ser aplicadas para aumentar la eficiencia del sistema de gestión.
- 9.- Asegurar la consistencia entre los procesos intercompany.
- 10.- Coordinar junto con el Gerente de Área los proyectos de implantación de ERP que soporten la gestión de las filiales.



**DECIMOSEPTIMO.-** Que tras el nombramiento del nuevo Director de Organización, entre el 7 y el 11 de marzo el demandante Iván y el Sr. Justiniano , Gerente de la Cooperativa, cruzan emails a efectos de fijar una reunión para hablar sobre el futuro de aquel y el 11 de marzo fijan una reunión que el demandante cancela, e inicia un proceso de incapacidad temporal en el que se encuentra hasta el 10 de abril.

**DECIMOCTAVO.-** Que el 20 de marzo de 2013, es remitido email por Don. Justiniano al conjunto de los socios en el que se comunican los cambios que a nivel de Dirección se van a producir en el seno de la organización y cuyo contenido literal es el siguiente:

" Oñati, a 19 a marzo de 2013

Estimado compañer@:

Mediante este escrito te quiero informar sobre algunos cambios organizativos que se van a dar a nivel de Dirección en el seno de nuestra organización y que son consecuencia del proceso de reflexión llevado a cabo en los últimos meses:

El Marketing Estratégico, el Desarrollo de Producto y la Aplicación Técnica de los mismos han sido identificados como aspectos claves en el devenir de nuestro futuro. Por lo tanto deben ser áreas a reforzar. Para ello, la Dirección Técnica, que es la que aborda tanto el Desarrollo de Producto como su Aplicación, va a salir del ámbito de responsabilidad de la persona que ahora compagina dicha Dirección con la de Marketing. El nuevo Director Técnico será Ernesto , Director de Aplicación hasta la fecha. Jose María sigue con su labor de Director de Área de Marketing. Ambos dependerán de la Dirección General y formarán parte del Consejo de Dirección.

Durante la reflexión también se ha estimado conveniente dar un impulso a la gestión de los procesos en la empresa. Para ello se crea la Dirección de Organización, que será en área de apoyo cuyo principal fin será el de velar por la organización futura de la empresa, que deberá estar marcada por los principales procesos que caracterizan nuestra actividad. Esta Dirección abarcará también la labor que hasta la fecha es responsabilidad de la Dirección de Informática. La persona que va a dirigir dicha área será Avelino , Técnico Coordinador de Proyectos, que ha trabajado principalmente en la implantación de proyectos Baan dentro de nuestra organización. Avelino formará parte del Consejo de Dirección. Asimismo, como consecuencia de la reorganización, Iván , dejará de ser miembro del Consejo de Dirección.

Estos cambios organizativos entrarán en vigor el día 1 de Abril de 2013.

Aprovecho la ocasión para agradecerles a los cuatro la labor llevada a cabo en el cargo que ahora se disponen a dejar y les deseo la mayor de las suertes en sus nuevos puestos".

**DECIMONOVENO.-** Que el 04.03.2013 Avelino le plantea al demandante Iván como una posible opción que asuma el puesto de Jefe del Departamento de Desarrollo de Aplicaciones Técnicas, puesto ocupado por su hermano, que cuenta ya con cerca de 64 años de edad, siendo por tanto necesario ir llevando a cabo un proceso de traspaso de funciones al nuevo Jefe del referido departamento.

**VIGESIMO.-** Que el 10 de abril el Sr. Iván se reincorpora de la baja médica y Don. Justiniano propone al actor acercarse el sábado a Vitoria, donde reside el actor, para mantener una reunión en la que se reitera el planteamiento efectuado en su día por Avelino , de reubicarse como Jefe del Departamento de Desarrollo de Aplicaciones Técnicas, indicándole en cualquier caso que la Dirección está dispuesta a analizar cualquier propuesta que plantee el actor.

**VIGESIMOPRIMERO.-** Que el Sr. Iván , por su parte, manifiesta su interés en que se le efectúe alguna propuesta por escrito relacionada con los proyectos existentes en las filiales, destacando Perú.

**VIGESIMOSEGUNDO.-** Que el 22 de abril se le ofrece a Iván un puesto de adjunto a Gerencia de la Filial de Perú, con pertenencia al Consejo de Dirección de la misma, y el 23 de abril se le envían por escrito las funciones que desempeñaría y las condiciones en las que llevaría a cabo la expatriación y en concreto:

Se establece un plazo de 3 años prorrogable hasta 5.

Se duplica al actor la retribución (mantiene la retribución de la cooperativa y obtiene otra de igual cuantía en la filial).

Se le mantiene cotización a Lagun Aro, y se le garantiza seguro médico para él y su familia en destino.

La vivienda y el vehículo corren a cargo de la cooperativa.

Se le garantizan 2 viajes de ida y vuelta al año, para él, su cónyuge y familiares a cargo menores de 25 años, gastos de educación el 100% hasta 2.500 € y del 80% hasta 6.000 €.



A su repatriación, se le garantiza un puesto de gestor o equivalente, manteniéndole el índice de retribución actual.

**VIGESIMOTERCERO.-** Que en curso las referidas conversaciones, el actor interpone demanda frente a la cooperativa, teniendo conocimiento la Cooperativa de dicha interposición el día 29 de abril, misma fecha en la que la Sra. Constanza , Gerente de la filial en Perú, se reúne con Iván , sin que éste en ningún momento le haya manifestado dicha situación.

**VIGESIMOCUARTO.-** Que el 2 de mayo el Sr. Iván se reúne con el Gerente de la cooperativa, en la que realiza una contraoferta a la propuesta de Perú, no aceptada por la Cooperativa, rompiéndose la negociación.

**VIGESIMOQUINTO.-** Que el demandante Sr. Iván remitió un burofax a la empresa demandada el día 15 de abril de 2013, con el siguiente contenido:

"Estimado compañero:

En relación con tu correo de fecha 20/03/2013 -al que adjuntas la comunicación de fecha 19/03/2013, en la que informas al personal acerca de cambios organizativos- y también en relación con la entrevista mantenida el pasado sábado día 13, por medio de la presente solicito que me informes por conducto escrito sobre los siguientes extremos:

- Razones por las que se crea la Dirección de Organización. Su estructura organizativa (organigrama), personas que la integran y funciones que va a desarrollar.

- Razones por las que no se me ha designado para asumir la responsabilidad de dicha Dirección de Organización, máxime cuando la práctica totalidad de los trabajadores que integran dicha nueva Dirección ha estado bajo mi responsabilidad en la Dirección de Informática.

- Puesto de trabajo y funciones que se me encomiendan a partir de ahora. Índice del nuevo puesto. Retribución que percibiré en dicho nuevo puesto.

Te pido que esta información me la hagas llegar con la mayor prontitud.

Recibe un cordial saludo".

No recibió respuesta de la empresa.

**VIGESIMOSEXTO.-** Que el 22 de abril de 2013 el actor D. Iván procedió a impugnar la decisión empresarial ante la jurisdicción laboral mediante demanda turnada ante el Juzgado de lo Social, Autos de Modificación Sustancial de Condiciones de Trabajo 205/2013.

**VIGESIMOSEPTIMO.-** Que la medida de cesar al demandante Sr. Iván como Director de Informática, así como miembro del Consejo de Dirección se hizo efectiva el 1 de abril de 2013.

**VIGESIMOCTAVO.-** Que el demandante Sr. Iván remitió al nuevo Director de Organización y al Director Gerente correo electrónico el 26 de abril de 2013, y cuyo contenido es el siguiente:

"Estimados Carlos Antonio e Avelino ,

Avelino , aunque tan solo de palabra, me dijo el lunes 22 por la tarde que yo seguía siendo el Director de Informática, pero de hecho él venía ya antes y viene ahora, actuando como si tal, fuera él. Yo le veo participar en frecuentes reuniones donde adicionalmente asiste personal de departamentos bajo mi responsabilidad directa y no se me informa del contenido de las mismas, ni se me da la oportunidad de participar, ni se me informa de su resultado cuando finalizan. Por otra parte, veo que se dirige frecuentemente a los técnicos del Dpto de Aplicaciones de Gestión, que en teoría, a falta de su propio Jefe directo, deberían trabajar conmigo, ya que soy su inmediato superior. En estas condiciones, decir que sigo siendo el Director de Informática, parece responder más a razones más cercanas a la prevención legal que a la práctica laboral.

Sería muy conveniente que si esta situación organizativa fuera a durar o fuera la definitiva, se hiciera pública al colectivo de miembros del área y a toda la Organización de ULMA, clarificando además todos sus aspectos operativos. Además de que, en mi caso particular, se respondiera a mi burofax de inmediato.

Ahora bien, si estáis pensando que tan solo es una situación en precario, creo que todos, incluido yo deberíamos conocer este hecho y su previsible duración, por el bien del área.

Por otra parte, hay acciones que como Director de Informática, me correspondería ir moviendo, como es nombrar un nuevo Jefe de Proyecto BAAN para ULMA Polonia e iniciar el proceso de selección de un nuevo Jefe de Departamento de Aplicaciones de Gestión, entre otras, pero en esta situación que yo percibo como precario y confusa, no he empezado a moverlo por respeto y buena convivencia, hasta que me diga si este



puesto es el definitivo y cuáles son mis funciones. Pero no sé si hago bien, porque no recibo instrucciones vuestras al respecto.

Saludos,

Iván ."

**VIGESIMONOVENO.-** Que el día 9 de mayo de 2013 se comunico al demandante Iván su nueva posición en la empresa, así como las funciones y retribución asignadas al nuevo puesto y cuyo contenido literal es el siguiente:

"Estimado Iván :

Tras las últimas reuniones mantenidas y no habiendo llegado a un acuerdo respecto de la posibilidad de expatriación a Perú, vamos a proceder a reubicarte, a partir del próximo 1 de junio de 2013, en un ámbito de gestión donde tu experiencia laboral sea aprovechable. En ese sentido, dado que la nueva Área de Organización está en proceso de reestructuración, y dado que la persona que ocupa la Jefatura de Desarrollo de Aplicaciones Técnicas está próxima a la edad legal de jubilación, entiendo que sería interesante que ocuparas la indicada Jefatura que quedaría vacante, absorbiendo el conocimiento de esta persona que co- lideraría junto contigo dicha Jefatura hasta su jubilación. Asimismo, podrías colaborar con el Director de Organización en la configuración de esta nueva área, dada tu experiencia y conocimiento en la Gestión del Área de Informática.

Tus funciones como Jefe de Desarrollo de Aplicaciones, básicamente serían las siguientes:

Soporte funcional y técnico de las aplicaciones del Área Técnica en Matriz, España y Filiales.

Implantación en Matriz, España y Filiales de las aplicaciones técnicas corporativas.

Gestión y coordinación de la Intranet Corporativa, España y de Filiales (Campus).

Soporte funcional de la página Web de España, Corporativa y Filiales.

LOPD

Retribución (Anticipos):

Retribución correspondiente a tu índice actual:  $5.050+0.100$  Antigüedad= 5,150 (índice actual).

En cualquier caso, se te garantiza el mantenimiento de tu índice actual, por aplicación del Complemento de Compensación, todo ello según la normativa vigente en ULMA, estando sujeto a las actualizaciones futuras (NRN, IPC, antigüedad, etc.).

Quedo a tu disposición para cualquier aclaración.

Saludos,

Oñati, a 9 de mayo de 2013

Justiniano

Gerente de ULMA C y E, S. Coop."

**TRIGESIMO.-** Que la Jefatura de Aplicaciones de Gestión que era desempeñada hasta el 1 de enero de 2013 por D<sup>a</sup>. María Consuelo , está vacante en la actualidad.

**TRIGESIMOPRIMERO.-** Que el 30 y 31 de mayo de 2013 se ha enviado un comunicado a todos los miembros del área de Organización cuyo tenor literal es el siguiente:

"Oñati, a 30 de mayo de 2013

Estimado Compañero/a:

Mediante este escrito te quiero informar sobre un cambio de puesto que se va a dar en el corto plazo en el seno de nuestra organización:

La Dirección de Informática integrada en la actualidad en el área de Organización, desaparecerá como tal el 31 de mayo de 2013 y la persona que hasta la fecha ocupaba ese puesto, Iván , se encargará de co-liderar junto con el actual responsable, la Jefatura de Desarrollo de Aplicaciones Técnicas a partir del 1 de junio de 2013.

Quisiera agradecerle a Iván el esfuerzo y dedicación que ha destinado al cargo que ostenta hasta la fecha y desearle los mayores de los éxitos en su nuevo cometido.

Un saludo,



Justiniano

Director Gerente".

**TRIGESIMOSEGUNDO.**- Que la empresa no comunica la decisión de coliderazgo en la Jefatura de Desarrollo de Aplicaciones Técnicas de manera personal al Sr. Jose Ángel .

**TRIGESIMOTERCERO.**- Que el 17 de junio de 2013 el demandante D. Jose Ángel envió un burofax pidiendo explicaciones sobre su nueva situación, con el siguiente contenido literal:

"Oñati, a 17 de junio de 2013

Estimado compañero:

El jueves 30 de Mayo recibí en mi buzón de correo a las 15:01 el mensaje adjunto así como el documento/ comunicado que este mensaje lleva adjunto.

Cuatro horas antes, Avelino había estado en mi despacho con el único objeto de avisarme de la emisión de este comunicado. Me dijo que Iván (mi hermano) iba a venir a co-liderar conmigo el departamento que actualmente dirijo, Aplicaciones Técnicas. A mi pregunta de qué significa esto, me responde con imprecisiones y vaguedades para al final quedarme con la impresión de que no tiene nada claro que significa co-liderar. Le transmito que, en mi opinión, lo que se me va a comunicar supone un cambio sustancial de las condiciones de mi puesto de trabajo y le pido que cualquier cambio al respecto se me comunique por escrito.

Leído el comunicado, que no es personal sino que va dirigido a todos los integrantes de la Dirección de Informática y a Magdalena , no puedo menos que expresar mi asombro ante el contenido del mismo. Debo insistir en el aspecto de que nadie se ha dirigido a mí para darme ninguna información adicional a la contenida en el comunicado. En este, además de no referirse a mi persona en ningún momento, solo se trasluce que Iván se encargará de co-liderar junto con el actual responsable la Jefatura de Desarrollo de Aplicaciones Técnicas (su verdadero nombre según mi tarjeta de presentación de ULMA Construcción es de Jefe de Aplicaciones Técnicas) partir del 1 de Junio de 2013.

Debo manifestar mi más sentida protesta ante esta situación en la que mi puesto de trabajo resulta afectado (y no sé en qué) y tengo que enterarme de esta situación al mismo tiempo que mis compañeros de trabajo.

Debido a mi interés por la situación, he intentado enterarme de cual puede ser el significado de la palabra co-liderar y el alcance que puede tener sobre mi puesto de trabajo y he consultado con Iván por si él está en posesión de una información de la que yo carezco y su respuesta es que Avelino le ha dado una respuesta similar a la que me ha dado a mí, que aún no sabe qué hacer y que nos tendremos que sentar a hablar.

Por tanto, dada la indefinición en la que me encuentro, ruego hagan el favor de explicarme en qué consiste "co-liderar", en qué situación queda mi puesto de trabajo y cómo afecta a mis funciones.

Dado que no se me ha consultado ni informado en ningún momento acerca de los planes que había sobre mi puesto de trabajo, debo aclarar que no estoy en disposición de hacer dejación voluntaria, ni parcial ni total, de ninguna de las responsabilidades actuales que tengo atribuidas en mi puesto de trabajo, salvo que se definan y concreten detalladamente y por escrito.

Por otra parte, ruego se me informe de qué puesto de trabajo de gestor están siendo coliderados actualmente en ULMA Construcción o bien, qué puestos de trabajo en una historia reciente han sido gestionados mediante esta figura de co-liderazgo y cuanto tiempo ha durado esa situación.

No obstante y en aras de dar un enfoque positivo a esta situación, manifestar que no entiendo como se envía a mi hermano a co-liderar mi puesto de trabajo conmigo cuando en el área está vacante un puesto del mismo nivel (gestor) para el que considero que Iván está sobradamente cualificado y preparado ya que dicho puesto ha estado en dependencia directa suya hasta el 31 de mayo de 2013. Este puesto es el de Jefe de Aplicación de Gestión.

Atentamente,

Jose Ángel .

**TRIGESIMOCUARTO.**- Que obra en autos informe médico realizado el 3 de septiembre de 2013 por D. Benigno , colegiado NUM001 del Centro de Salud de San Martín en el que refiere que el demandante D. Iván es atendido en la consulta desde el 11 de marzo de 2013 por presentar un cuadro de ansiedad reactivo por problemas laborales, habiendo precisado baja médica el primer mes, continuando en la actualidad con tratamiento ansiolítico."

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





"Que desestimando la demanda interpuesta por Iván y Jose Ángel contra ULMA C Y E SOCIEDAD COOPERATIVA debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos contenidos en la demanda rectora de la presente litis."

**TERCERO** .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- D. Iván y D. Jose Ángel recurren en suplicación la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Eibar que desestima su demanda interpuesta contra la empresa ULMA C Y E SOCIEDAD COOPERATIVA en la que solicitan se declare que la modificación sustancial de condiciones de trabajo contenida en las comunicaciones escritas de fechas 20 de marzo de 2013, 9 de mayo y 30 de mayo son injustificadas, condenando a la empresa demandada a que reponga a los demandantes en sus anteriores condiciones así como al abono a los actores de las cantidades que concretan en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la vulneración de sus derechos fundamentales.

Basan su recurso en los tres motivos previstos en el artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

La mercantil demandada ha impugnado el recurso interpuesto solicitando su desestimación.

**SEGUNDO**.- En primer lugar invocan el artículo 193 a) de la LRJS para solicitar la nulidad de las actuaciones. Para el éxito del recurso de suplicación por quebrantamiento de forma contemplado en dicho precepto, es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

1º) Que en el procedimiento de instancia se haya infringido una norma procesal o una de las garantías procesales explícitas en la Constitución, sobre todo en el art. 24 , pero no basta con que el órgano judicial haya incurrido en una irregularidad formal, sino que es además necesario, que tal infracción determine la indefensión del afectado, ( STC 158/1989, de 5 de octubre ). Indefensión no en sentido puramente formal, sino también material, que suponga una vulneración del art. 24 de la Constitución ( STC 161/1985 de 29 de noviembre ); 158/1989 de 5 de octubre y 124/1994 de 25 de abril ). La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación en que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción ( STC 89/1986 de 1 de julio ).

2º) Que se cite por el recurrente la norma o garantía cuya infracción se denuncia, ( SS del tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1.988 y 6 de junio de 1.990 ).

3º) Que el defecto procesal sea invocado, por la parte que, sin haberlo provocado, haya resultado perjudicada por el mismo, ( sentencias del Tribunal Constitucional 159/1988 de 19 de septiembre y 48/1990 de 20 de marzo ).

4º) Que se haya formulado protesta en tiempo y forma.

**TERCERO**.- Con base en dicho artículo 193 a) los trabajadores solicitan la nulidad de actuaciones alegando la infracción del artículo 90.1 y 2 de la LRJS, en relación con el artículo 230.1 de la LOPJ y artículos 281.1 , 282.1 , 382 y 383 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Los actores solicitaron en la fase probatoria del juicio oral la prueba consistente en medios de reproducción de la palabra ( artículo 90.1 LRJS ) a los efectos de reproducir en el acto de la vista unas grabaciones (documento nº 44) cuya transcripción se aportaba (documento nº 43). Consistía en la grabación de conversaciones mantenidas entre Iván y D. Justiniano , Gerente de la Cooperativa y entre Iván e Avelino , que tuvieron lugar en diferentes días. Dicho medio de prueba fue inadmitido por la Juez de instancia argumentando que el formato en el que están recogidas las conversaciones permite la manipulación, selección, etc., de las partes a gusto del grabador y que si bien no es necesario pedir permiso a los sujetos intervinientes en la conversación para su grabación, no se acredita que en esa conversación no exista también parte privada de diálogos que afectaría a los derechos fundamentales del demandado.

La sentencia del TC 75/2010 es de gran ayuda, dada la evidente similitud que existe entre el problema jurídico en ella enjuiciado y el que concurre en el presente litigio.

El problema enjuiciado fue éste: "... debemos analizar, no obstante, la queja de carácter procesal que aduce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante desde la perspectiva del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa ( art. 24.2 CE ), en relación con la limitación impuesta en la instancia antes del acto del juicio por la Juez de lo Social respecto del número de testigos propuestos, que habría impedido la práctica de la totalidad de la prueba testifical propuesta por el actor,



así como por la denegación de la prueba consistente en una grabación magnetofónica que supuestamente contenía conversaciones mantenidas entre los trabajadores despedidos y representantes de ambas empresas afectadas".

Y el tratamiento jurídico de ese problema fue éste: " Como hemos señalado en numerosas ocasiones, la apreciación de la existencia de una vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa consagrado en el art. 24.2 CE está rigurosamente condicionada a la existencia de indefensión material. En efecto, este Tribunal ha destacado de manera reiterada que el alcance de dicha garantía queda condicionado por su carácter de derecho constitucional de naturaleza procedimental, lo que exige que, para apreciar su vulneración, quede acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante, resultando necesario demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, por ser potencialmente trascendente para el sentido de la resolución. Igualmente hemos sostenido que tal situación de indefensión debe ser justificada por el propio recurrente en amparo en su demanda, pues la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente trascendente, no puede ser emprendida por este Tribunal Constitucional mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, sino que exige que el solicitante de amparo haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la argumentación recae sobre el recurrente en amparo. Esta carga de la argumentación se traduce en la doble exigencia de que el demandante de amparo acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron, y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haberse admitido y practicado dichas pruebas , quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso. De no constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ya evidente ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, puesto que, como hemos señalado, el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (entre las últimas, SSTC 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2 ; y 258/2007, de 18 de diciembre , FJ 3)".

En iguales términos se pronuncia la STC de 16 de diciembre de 2013 dictada en el recurso de amparo 5790/2012 .

Así pues, los dos presupuestos que deben concurrir para apreciar que la inadmisión o denegación de práctica de una prueba por parte de un órgano judicial genera indefensión a la parte que pretendía valerse de aquélla son: 1) Conexión entre, por una parte, los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y, por otra, las pruebas inadmitidas o no practicadas. 2) Trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso.

Tomando como referencia la doctrina constitucional a la que se acaba de hacer mención, hemos de ver si la inadmisión de la prueba de grabación de sonido pueda determinar la nulidad de actuaciones que plantea el recurso.

Se apuntan en el recurso dos cuestiones relacionadas: la legalidad de tal prueba, inadmitida por la juzgadora de instancia, y la eventual indefensión que ha podido suponer esa negativa.

Nadie niega que las pruebas obtenidas ilícitamente o, si se quiere, con violación de derechos fundamentales y libertades públicas, carecen de cualquier eficacia probatoria, tal como dispone para todo tipo de procesos judiciales el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . El artículo 90.1 de la LRJS establece que: "Las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, admitiéndose como tales los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas", previsión normativa similar a la que se recoge en el artículo 382 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Es abundante la jurisprudencia que declara que la grabación de la conversación, en la que es parte el actor, no constituye una infracción del derecho al secreto de las comunicaciones. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el artículo 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución ; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado.

Conforme a la doctrina expuesta, dado que la grabación del sonido está reconocida legalmente como medio de prueba y no conculca derechos fundamentales, su inadmisión fue irregular.



Ahora bien, no por ello causó indefensión a la parte actora.

Al respecto hemos de decir que, según el propio recurso, lo que se pretendía acreditar mediante dicha prueba es que efectivamente ha tenido lugar una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo. Sin embargo lo que el Sr. Iván pretendía aportar eran las conversaciones mantenidas entre él mismo y el Gerente de la Cooperativa entre marzo y mayo de 2013, durante el proceso de reorganización de la estructura empresarial al amparo del Plan Estratégico 2013-2015, sobre todo lo referido al proceso de selección del nuevo Director de Organización y sobre el planteamiento que se hizo para que Iván pasara a formar parte de la Jefatura de Aplicaciones Técnicas. Sin embargo nada de esto es relevante para probar si ha habido una auténtica modificación sustancial de condiciones de trabajo, objeto del procedimiento, y sobre un posible cambio de categoría profesional, o de retribución nada aporta la grabación de referencia. Y por tanto entendemos en definitiva que ninguna indefensión se ocasionó a la parte con la inadmisión de este medio de prueba susceptible de dar lugar a la nulidad de actuaciones siendo que además tuvo la oportunidad de practicar la prueba de interrogatorio de parte en la persona del Sr. Justiniano, inicialmente solicitada, renunciando sin embargo luego a la misma.

Por todo ello desestimamos el motivo del recurso.

**CUARTO**, Los recurrentes solicitan en el segundo motivo de su recurso la revisión de los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida al amparo del artículo 193 b), pretensión que se desestima pues es bien sabido que dicho precepto está destinado a la modificación de los hechos probados, no así de los antecedentes de hecho que por otra parte no es otra cosa que el devenir procesal del procedimiento, que resulta de los autos y sin transcendencia en el fallo.

**QUINTO**. - A continuación los recurrentes solicitan la revisión de los hechos probados de la sentencia recurrida con base en el artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, pese a la expresión contenida en la Base 31-1 de la Ley de Bases 7/1989, y construyendo el Recurso de Suplicación como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional ( Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de Enero ).

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, entre los que se encuentra el de la revisión de los Hechos Probados.

De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente a través de este motivo, que exige, para su estimación:

- a.-) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;
- b.-) Que el error sea evidente;
- c.-) Que los errores denunciados tengan transcendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto;
- d.-) Que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,
- e.-) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige -como la Jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan "concluyente poder de convicción" o "decisivo valor probatorio" y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Respecto a la prueba pericial, cuando en el proceso se ha emitido un único Dictamen, el Magistrado lo aprecia libremente, pero aquél puede servir de base para el Recurso de Suplicación cuando el Juzgador lo desconoció



- o ignoró su existencia, y lo mismo puede predicarse del caso en que, habiéndose emitido varios Dictámenes, todos ellos lo hayan sido en el mismo sentido.
- a) Solicitan en primer lugar la modificación del hecho probado quinto para cambiar la denominación de la Dirección de Informática y de los tres Departamentos que comprendía señalando además que a partir del 1 de abril de 2013 se crea el Área de Organización cuya Dirección fue asumida por D. Avelino , que abarcaba la labor que hasta la fecha era responsabilidad de la Dirección de Informática. Sin embargo esta redacción no se desprende de la documental que invoca en apoyo de su pretensión, principalmente de la comunicación de fecha 20 de marzo de 2013, siendo que del resto de la documental obrante en autos se desprende que la Dirección de Informática quedó englobada en la Dirección de Organización tal y como además se refleja en el hecho probado décimo.
- b) En segundo lugar solicitan la adición de un nuevo hecho probado en el que se refleje que "en la reunión del Consejo Rector de ULMA CYE de 29 de enero de 2013 se adoptó el acuerdo 7/13 por el que se aceptaba la propuesta de que Avelino cubriese el puesto de Director de Organización, lo que implicaba la desaparición del Área de Informática", lo que entienden se desprende del Acta de dicha reunión (folios 350 a 371). No se admite tal revisión pues consta que dicha decisión fue revocada con posterioridad en la reunión del Consejo de Dirección de 21 de febrero de 2013.
- c) A continuación solicitan la adición de un nuevo párrafo al hecho probado sexto según el cual "para llevar a cabo esta iniciativa de mejora, presentada por la empresa en mayo de 2012, se planteó la necesidad de contar con colaboradores para desarrollar esta propuesta y de formar a los miembros de los equipos de proceso. No se hace mención a la creación de un nuevo Área de Organización". En primer lugar dicha revisión se desestima por su intranscendencia para alterar el sentido del fallo, pero es que además en el relato fáctico ya se indica que la decisión de crear una Dirección de Organización fue tomada por la propia empresa demandada y así se planteó en la reunión del Consejo de Dirección de 15 de enero de 2013, decisión que fue refrendada por el Consejo Rector. Por otra parte, de la documental aportada se desprende que Iván , en cuanto miembro del Consejo de Dirección, participó en este proceso de reorganización tal y como aparece en el acta de dicha reunión.
- d) Solicitan asimismo la adición de un nuevo párrafo al hecho probado séptimo según el cual se incorporen las mejoras propuestas para mejorar la gestión de los procesos y presentadas en febrero de 2013 y que nada se dice sobre la creación de un Área de Organización ni sobre la desaparición del Área de Informática. Debemos dar igual respuesta que a la revisión fáctica anterior pues ha quedado claro que Iván sí fue conocedor de la creación de una Dirección de Organización que iba a englobar la Dirección de Informática y así se planteó y debatió en numerosas reuniones celebradas en los años 2012 y 2013 a las que él asistió.
- e) En quinto lugar solicitan modificar el hecho probado décimo para señalar que en la reunión del Consejo Rector de 15 de enero de 2013 "se planteó la necesidad de una Dirección de organización que se encargase del tema de procesos y administrativo, siendo lo más probable que la Dirección de Informática quedase englobada dentro de esta nueva Dirección" y que "en el Consejo rector en la reunión de 29 de enero de 2013 se aceptó la propuesta de que el nuevo Director de Organización fuese Avelino y que el Área de Informática desaparecería". Los recurrentes pretenden dar una valoración propia de los documentos obrantes en autos siendo innecesario el cambio de redacción de "se abordó" a "se planteó la necesidad" y por otra parte respecto al proceso de designación del nuevo Director de Organización es el que se refleja en el Acuerdo 5/2013 de 27 de febrero.
- f) A continuación interesan la modificación del hecho probado undécimo para indicar ahora que "en reunión del Consejo rector de 30 de octubre de 2012 se estableció una directriz por parte del Consejo Rector a Gerencia para su inclusión en el PG 2013, para establecer un proceso para seleccionar y evaluar periódicamente a personas en puestos de gestión". Dicha pretensión revisora se desestima por su intranscendencia para resolver el procedimiento y además la redacción que se propone no indica error alguno en la valoración de la prueba por la Juez de instancia.
- g) En séptimo lugar solicitan la modificación del hecho probado duodécimo indicando que el mismo contiene duplicadas las funciones de la Dirección de Organización: ciertamente contiene la misma frase repetida: "definir indicadores de proceso y establecer metodología de mejora continua", sin que dicho error de redacción tenga importancia alguna en la resolución del asunto. Por otra parte, en el hecho probado decimosexto se contiene la descripción de los puestos de Director de organización, Director Técnico de I+D y Director de Marketing. La revisión se desestima.
- h) Respecto de la modificación instada del hecho probado decimotercero para sustituir la mención de Dirección de Informática por la de Área de Informática, cuestión que se desestima por su carácter puramente formal y sin relevancia.



- i) En noveno lugar se solicita la adición de un nuevo hecho probado a continuación del hecho probado decimotercero para incorporar la relación nominativa del personal adscrito al Área de Organización y ello con el objetivo de hacer constar que existe solo variación en una sola persona respecto de los trabajadores que integraban el Área de Informática. Es irrelevante para la alteración del sentido del fallo. Por otra parte, en ningún momento se ha tratado de una mera denominación del cambio de nombre del Departamento, sino de un cambio de estructura.
- j) A continuación solicitan la adición de un hecho probado nuevo que pasaría a ser el decimotercero ter para recoger la fecha concreta en la que D<sup>a</sup>. Magdalena pasó a formar parte del Área de Organización. No se indica cuál sea la importancia de tal adición, pero de todas formas la prueba obrante en autos muestra que la idea de crear el Departamento de Organización fue anterior lógicamente.
- i) Instan la modificación del hecho probado decimocuarto para hacer constar que primero fue nombrado D. Avelino como Director de Organización por acuerdo del Consejo Rector número 7/13, de 29 de enero de 2013 y que posteriormente se encargó a People Excellence la realización de un proceso de selección al que fueron presentados tres candidatos, teniendo lugar la entrevista con D. Iván el 14 de febrero de 2013, siendo propuesto finalmente el Sr. Avelino. Tampoco procede tal modificación por su falta de relevancia para saber si se ha dado en el caso concreto una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de los recurrentes, pero es que además consta el Acta del Consejo Rector de 27 de febrero de 2013 en la que figura el nombramiento del Sr. Avelino tras el proceso de selección.
- f) Se desestima también la siguiente revisión fáctica en la que los actores solicitan incorporar como hecho probado nuevo que los días 25, 26 y 29 de abril de 2013 Iván envió a D. Justiniano y a D. Avelino correos electrónicos en los que les informa del vaciamiento de su puesto de trabajo, los cuales se dan por reproducidos. No se accede a tal modificación por innecesaria pues tales correos no son prueba de que se estuviera produciendo un vaciamiento del puesto de trabajo del actor. Además tales comunicaciones tuvieron lugar tras interponerse por el actor la demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo.
- g) Ninguna relevancia tiene la siguiente revisión fáctica destinada a incorporar como hecho probado nuevo que no han existido nunca en la empresa demandada otras situaciones de coliderazgo, tratándose por otra parte de un hecho negativo que tampoco se ha probado.
- h) Se desestima la pretendida adición de un nuevo hecho probado que contenga las comunicaciones remitidas por Jose Ángel a Justiniano e Avelino en julio y agosto de 2013, después de haber interpuesto ya las demandas contra la empresa, y siendo que tales comunicaciones nada prueban.
- i) Ninguna relevancia tiene para el fondo del asunto las funciones del puesto que se había ofertado a Iván en Perú y por ello se desestima la pretendida adición de las mismas al relato fáctico. Y es que pretende demostrar que dicho puesto en Perú tenía un contenido igual al puesto de Director de Organización para el que sin embargo se designó al Sr. Avelino.
- j) También instan la adición de un hecho probado nuevo que sería el trigésimo quinto para hacer constar que pese a que los estatutos sociales de ULMA CYE S.COOP establecen que entre las facultades del Consejo Rector está la de nombrar al Gerente y a propuesta de éste a los Directores así como cesarles, el Consejo Rector no acordó el cese de D. Iván como Director del Área de Informática. Ninguna transcendencia práctica tiene la adición del hecho negativo que pretenden siendo que además, no ha habido una destitución como tal de D. Iván como Director de Informática sino que, como los propios recurrentes señalan en su escrito, lo que se acordó es integrar el Área de Informática en la Dirección de Organización y nombrar al Sr. Avelino como Director de Organización lo que no supuso el cese automático de D. Iván como Director de Informática, sino que como se ha probado se abrió un período de negociaciones para estudiar su nueva ubicación en la empresa. En definitiva como luego veremos lo que se ha producido es un cambio de puesto del actor amparado por el poder de dirección empresarial.
- k) Instan también la adición de otro hecho nuevo probado, trigésimo sexto, según el cual el día 8 de mayo de 2013, anterior a la comunicación del cese de D. Iván como Director de Informática, se le dieron a firmar las actas del Supervisory Board de ULMA Construcción Polska, al cual pertenece, las cuales tenían fecha posterior, del 15 y del 20 de mayo de 2013, pretensión que se desestima por no tener ninguna relevancia para la resolución del procedimiento.
- l) Se solicita la adición de otro nuevo hecho probado, que sería trigésimo séptimo, donde se recoja que en los calendarios de citas de los meses de abril y mayo de 2013 del Departamento de Organización el convocante es Avelino y no existe participación de D. Iván, lo que según el recurrente es muestra de que desde el 1 de abril de 2013, en que se puso en marcha la Dirección de Organización, el Sr. Iván ya no realizaba ninguna de las funciones que como Director de Organización tenía atribuidas. Se trata de una conclusión propia de



los recurrentes que en nada se desprende de la documental que invocan: si el Sr. Avelino era el Director de Organización resulta lógico que el convocante de las citas del departamento fuera él.

m) Por último, instan adicionar al relato fáctico que existía una mala relación de D<sup>a</sup> María Consuelo y D. Avelino con D. Iván, al menos desde el año 2009, situación conocida por la empresa, algo que desde luego no se desprende de la documental invocada ni guarda relación con este pleito por lo que se desestima.

**SEXTO-** A continuación los hermanos Iván José Ángel Roman basan su recurso de suplicación en el artículo 193 c) de la LRJS, en la denuncia de la infracción de la normativa y jurisprudencia de aplicación.

El artículo 193-c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social recoge, como motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, el examen de las normas sustantivas o de la Jurisprudencia, debiendo entenderse el término "norma" en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen de autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las "normas sustantivas", en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 193 de la ley procesal laboral, lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcarse también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación Jurídica, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo conculcado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, salvo error evidente, ya que su objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

**SEPTIMO.-** Con base en dicho precepto de la LRJS los recurrentes entienden que la sentencia de instancia infringe el artículo 41 del ET en relación con el artículo 138 LRJS.

D. Iván entiende que se ha producido una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo a través de las comunicaciones que ha remitido la empresa, concretamente: la de 20 de marzo de 2013, cuyos efectos se producen el 1 de abril de 2013; la de 9 de mayo de 2013, con efectos de 1 de junio de 2013; y la comunicación de 30 de mayo de 2013, con efectos de 1 de junio de 2013, que habría afectado a los recurrentes.

Para resolver la cuestión hay que empezar diciendo que el poder de dirección del empresario, plasmación legal de la libertad de empresa que el art.38 CE garantiza, tiene su reflejo en el art.5 del ET, en cuyo apartado c) impone al trabajador el deber de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas. En segundo lugar, el art.20 ET dispone que el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en que en éste delegue y que en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, trabajador y empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.

En el ámbito funcional (funciones que ha de desempeñar el trabajador) el poder de dirección del empresario encuentra su plasmación en el art.39.1 ET que dispone que la movilidad funcional en el seno de la empresa no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional. A falta de definición de grupos profesionales, la movilidad funcional podrá efectuarse entre categorías profesionales equivalentes. Es lo que se conoce como "iusvariandi", consistente en la facultad empresarial de especificar la prestación debida por el trabajador, dentro del grupo profesional y entre categorías equivalentes, no necesitada, en principio, de ningún tipo de justificación causal ni sujeta a límite temporal, lo que no impide que tal facultad sea modalizada por convenio colectivo (vid. STSJ Catalunya 30/11/2007 AS 2008,635) o bien por contrato de trabajo (art.3 ET). Este iusvariandi se ve limitado por la imposibilidad de adoptarse decisiones arbitrarias y por la buena fe contractual, que ha de inspirar la relación laboral, por lo que no se trata de un poder omnímodo o no sujeto a control alguno (STS 19 diciembre 2002 RJ 2003/2349, STS 27 noviembre 1989, RJ 1989/8264)

Por el Alto Tribunal se ha venido a indicar que por modificación sustancial se entenderá aquella que sea de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos más importantes de la relación laboral, pasando a ser otros distintos de modo notorio. La norma exige, como requisito indispensable para que el empresario



pueda modificar sustancialmente las condiciones de trabajo, que concurren razones organizativas probadas de carácter técnico, organizativo o de producción, y que concurren tales causas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuyan a mejorar la situación de la empresa, a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca la posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

La modificación sustancial es una facultad empresarial cuyo ejercicio está sujeto al principio de causalidad, es decir, tiene que darse una causa eficiente que afecte o pueda afectar al funcionamiento de la empresa y corresponde al empresario la prueba de la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa. En definitiva, para la viabilidad de la medida se exige que concorra una doble circunstancia: una causa legal (que debe ser probada por el empleador) y la conexión de esta causa con la medida adoptada de cambio, en orden a la finalidad requerida por el legislador.

**OCTAVO.-** La primera comunicación, la de 20 de marzo de 2013, la dirige el Sr. Justiniano al conjunto de los socios para informarles de los cambios que se van a producir a nivel de Dirección en la empresa, concretamente, la Dirección Técnica, hasta ahora bajo un mismo Director el de Marketing, se desdobra, y se anuncia la creación de una Dirección de Organización, en la que se integrará la Dirección de Informática, y se pondrá al frente de la misma a D. Avelino y como consecuencia de dicha reorganización D. Iván dejará de ser miembro del Consejo de Dirección.

Si analizamos tal comunicado no se aprecia en el mismo modificación sustancial alguna que afecte a las condiciones de trabajo, más allá de la pertenencia de la Dirección de Informática al Consejo de Dirección, sin que se describa alteración de su puesto de trabajo o de su salario. Esta comunicación se enmarca en un proceso de reorganización de la sociedad, que empezó en el año 2012, en el que participó el propio Iván en cuanto miembro del Consejo de Dirección, y en el que, entre otras medidas, se acordó crear una Dirección de Organización que englobara la Dirección de Informática, siendo refrendada por el Consejo Rector. Y en este momento el hecho de que el Sr. Iván deje de pertenecer al Consejo de Dirección no supone su cese automático como Director de Informática, ya que la pertenencia a dicho Consejo es una decisión de la Cooperativa.

En segundo lugar se indica que ha habido tal modificación sustancial a través de la comunicación de fecha 9 de mayo de 2013 remitida por el Sr. Justiniano a Iván. En dicha misiva se le indica que tras la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre su posible traslado a un puesto de trabajo a Perú se ha acordado reubicarle a partir del 1 de junio de 2013 en la Jefatura de Desarrollo de Aplicaciones Técnicas, dado que la persona que actualmente ocupa tal puesto, su hermano Jose Ángel, está en edad próxima a la jubilación. Se le mantiene su actual retribución y se le garantiza el mantenimiento del índice actual.

Vemos por tanto que en tal misiva se explican las razones del cambio, las funciones a realizar, la fecha de efectos y el mantenimiento de su índice laboral y por tanto el mantenimiento de sus condiciones retributivas. Entendemos por tanto que el cambio viene avalado por razones organizativas que justifican la decisión de crear una Dirección de Organización y se ha buscado por parte de la empresa reubicar a Iván en un puesto de trabajo acorde con su formación y conocimientos.

Por último y en relación a Jose Ángel se dice que la comunicación de fecha 30 de mayo de 2013 le ha supuesto una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo. Y ello porque su hermano Iván se integraba en la Jefatura del Departamento de Aplicaciones Técnicas que él ocupaba hasta su jubilación. Sin embargo no se ha acreditado ni probado que se haya producido cambio alguno en las funciones que Jose Ángel venía realizando, o que se haya afectado su retribución.

En definitiva, en el caso de autos estamos en el ámbito propio del art.39.1 ET, del iusvariandi, y no nos hallamos en lo que la doctrina denomina movilidad funcional ascendente ( art.39.2 ET ) que consisten en realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o categorías equivalentes, y que exige la justificación de razones técnicas u organizativas que la justifiquen, ni en el supuesto de movilidad descendente ( art.39.2 ET ). Mucho menos nos hallamos ante un supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo ( art.41.1f) ET )

Se desestima asimismo la pretensión de los actores de una indemnización por los daños y perjuicios que tales modificaciones les han ocasionado.

Por todo ello procede la desestimación del recurso de suplicación.

**NOVENO.-** No procede hacer declaración sobre costas, por gozar los recurrentes vencidos en esta instancia del beneficio de justicia gratuita ( artículos 235-1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y 2-2-d) de la Ley 1/1.996, de 10 de Enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita ).



## FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por D. Iván y D. Jose Ángel frente a la Sentencia de 25 de septiembre de 2013 del Juzgado de lo Social nº 1 de Eibar en autos nº 205/2013 frente a ULMA CYE SOCIEDAD COOPERATIVA, confirmando la sentencia de instancia, sin imposición de costas.

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

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

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

E/

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

### ADVERTENCIAS LEGALES.-

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

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

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

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

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0046/14.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0046/14.

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

Además, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 10/2012 de 20 de noviembre en sus artículos 2 y 5 apartado 3º, en relación con la Orden HAP/2262/2012 de 13 de diciembre que la desarrolla, será igualmente necesario para todo el que recurra en Casación para la Unificación de Doctrina haber ingresado, a través del modelo 696, la TASA en la cuantía correspondiente a que hace referencia el artículo 7 apartados 1 y 2 de la mencionada Ley. El justificante de pago deberá aportarse junto con el escrito de interposición del recurso (artículo 5 apartado 3º de la Ley).

Estarán exentos del abono de la TASA aquellos que se encuentren en alguna de las situaciones y reúnan los requisitos, que deberán acreditar en su caso, recogidos en el artículo 4 apartados 1 y 2 de la Ley.