

Roj: STS 6541/2013
Id Cendoj: 28079140012013100887
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2566/2012
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Diciembre de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado Sr. Echebarria López en nombre y representación de IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA S.A. OPERADORA contra la sentencia dictada el 17 de enero de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación nº 2940/11 , interpuesto contra la sentencia de fecha 6 de septiembre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Bilbao , en autos núm. 534/11, seguidos a instancias de Dña. Encarna contra la ahora recurrente sobre **modificación** de condiciones de trabajo.

Ha comparecido en concepto de recurrida Dña. Encarna representada por el procurador Sra. Martín Jaureguibeitia.

Es Ponente la Excm.a Sra. D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha el Juzgado de lo Social nº 4 de Bilbao dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º** .- La actora Dña. Encarna , presta servicios para la empresa demandada desde el 31/05/1982, con categoría profesional de agente administrativo, y salario mensual de 2.621,81 euros, con inclusión de la prorrata de pagas extras.

2º.- Que la trabajadora ha venido realizando sus servicios profesionales, como personal de tierra, consistiendo sus tareas de atención al público en el Aeropuerto de Loiu, y una jornada laboral sujeta a turnos de mañana y tarde, en un horario comprendido entre las 5.15 a.m. y las 0.00 p.m. Concretamente en turnos de 5.15-13.15; 6.00-14.00; 14.00-22.00, y 16.00-00.00, alternando mensualmente en los turnos, de acuerdo con una cartelera o calendario laboral que por la compañía se le facilitaba.

3º.- Que en fecha 11 de Febrero de 2011, recibe un aviso del médico de la Fraternidad Muprespa, entidad que: 1 realiza los reconocimientos médicos al personal de Iberia en Bilbao, comunicándole que la analítica que se le ha realizado ha dado una tasa de glucosa en sangre (glucemia) de 2,58 gr./litro y señalándose que dicha tasa supone de acuerdo con el protocolo de la compañía una dedicación al turno de mañana, es decir, de 6.00 a 14.00 horas. Que con posterioridad, el 3 de Marzo de 2011, se le realizó, a la demandante, una segunda analítica por la misma entidad, con una petición específica de glicohemoglobina, que dan como resultado 2,64 gr./litro de glucemia y glicohemoglobina (HbA1c) de 12,4 %. Se tienen por reproducidas las actas NUM000 y NUM001 de las reuniones del comité intercentros de seguridad y salud, y el manual para la vigilancia de la salud del personal de tierra, que contienen el protocolo mencionado.

4º.- Con fecha 14/05/2011 la empresa publicó la cartelera de trabajo de la trabajadora correspondiente al mes de junio de 2011, donde se limita el turno a la demandante al de mañana, con horario de 6:00 a 14:00 horas. Se tiene por reproducido dicho documento por obrar en la prueba documental.

5º.- Tras seguir una dieta prescrita por el especialista médico, los análisis efectuados a la actora arrojaron los siguientes resultados:

28/03/2011: glucosa 225 mg. d/L hemoglobina glicosilada 11,3%.

26/04/2011: glucosa 86 mg. d/L no se realiza prueba glicosilada por plazos de tiempo.

02/06/2011: glucosa 108 mg. d/L hemoglobina glicosilada 6,5%.

6º.- Con fecha 29/08/2011 se ha comunicado a la trabajadora la finalización de la limitación de turno fijo de mañana, tras valoración de los resultados de la analítica realizada el 29/07/2011, con hemoglobina glicosilada dentro de la normalidad.

7º.- El 25/02/2010 la analítica efectuada a la actora, arrojó un resultado de glucosa de 1,41 g/L, sin que la empresa limitara el turno a la actora ni realizara indicación alguna respecto de la necesidad de tratamiento medico."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por Dña. Encarna contra IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Dña. Encarna ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 17-01-2012 , en la que consta el siguiente fallo: "Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Dña. Encarna , frente a la sentencia de 6 de septiembre de 2011, del Juzgado de lo Social nº 4 de Bilbao , en autos nº 534/11, revocando la misma, estimando la demanda iniciadora de estas actuaciones dirigida por la trabajadora demandante frente a la empresa "IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA S.A.", declarando la nulidad de la medida de **modificación** del turno de trabajo de la demandante adoptada por la empresa en fecha de 14 de mayo de 2011 para su efectividad en el mes de junio, y condenamos a la demandada a reponer a la trabajadora en sus anteriores condiciones de trabajo y a reparar los efectos económicos negativos de dicha medida."

TERCERO.- Por la representación de IBERIA LAE se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 7-03-2012. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. de Madrid de 24 de marzo de 2006 (R-418/06)

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 12-03-2013 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente; e, instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11-12-2013, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 17 de enero de 2012 (rollo 2940/2011), estima el recurso de suplicación de la trabajadora y revoca la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de los de Bilbao de 6 de septiembre de 2011 (autos 534/2011). Declara así la nulidad de la decisión empresarial de **modificación** del turno de trabajo de la actora a partir de junio de 2011.

2. Se alza ahora la empresa en casación para unificación de doctrina y aporta, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de marzo de 2006 (rollo 418/2006), mencionando, asimismo, una sentencia reiterativa de la misma Sala madrileña de 14 de junio de 2006, rollo 1896/2006 .

Dado que solo se plantea una cuestión, basta con la aportación de una sola sentencia de contraste. Es ya criterio consolidado de esta Sala IV el que ha entendido que sólo cabe la designación como contradictoria de una sentencia por cada punto de contradicción. Esta interpretación fue aceptada por el Tribunal Constitucional en la STC 89/1998 , que declaró que este criterio no es contrario al art. 24 de la Constitución (doctrina que reiterada en las STC 131/1988 , 68/2000 y 226/2002). Tal doctrina jurisprudencial ha sido incorporada al art. 224.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). De ahí que, cuando no se haya elegido una sola de dichas resoluciones por parte del recurrente, vengamos considerando que procede tener por seleccionada la más moderna, si bien en el presente caso, las diferencias entre las dos sentencias seleccionadas son inexistentes.

3. La comparación entre la sentencia recurrida y la referencial arroja resultado favorable para la apreciación de contradicción, como admite la propia parte recurrida y sostiene también el Ministerio Fiscal.

4. En el presente caso la trabajadora venía prestando servicios para la demandada como personal de tierra, con tareas de atención al público en el aeropuerto de Loiu (Bilbao), en régimen de turnos a desarrollar entre las 5:00 y las 0:00 h., que se alternaban mensualmente de acuerdo con el calendario facilitado por la empresa. A raíz de los resultados del reconocimiento médico llevado a cabo por la Mutua y en atención al nivel de glucosa en sangre detectado, la empresa le asignó, a partir del mes de junio de 2011, el turno fijo de mañana, de conformidad con el protocolo médico que rige en la empresa. A partir de 29 de agosto de 2011, y tras una nueva analítica que arrojaba hemoglobina glicosilada dentro de la normalidad, la empresa restituyó a la trabajadora al turno alterno.

La sentencia recurrida entiende que se produjo una **modificación sustancial** de condiciones sin haberse seguido por parte de la empresa las formalidades del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores (ET), lo que la lleva a declarar la nulidad de la decisión.

5. En la sentencia de la Sala de Madrid de 14 de junio de 2006 se trataba de un trabajador de IBERIA que prestaba servicio en turnos alternos de mañana, tarde y noche y que, a consecuencia de un reconocimiento médico, es asignado al turno fijo de mañana. El trabajador alegaba en su demanda que la empresa había efectuado una modificación **sustancial** de condiciones sin seguir los trámites del art. 41 ET . Sin embargo la Sala de suplicación razona que no era aplicable el citado precepto porque no se trataba aquí de una **modificación** provocada por razones económicas, organizativas, técnicas o de producción, sino de la aplicación de medidas de prevención de riesgos laborales.

SEGUNDO.- 1. El recurso denuncia la infracción de los arts. 41.1 , 2 y 3 ET , y 14 y 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LRPL).

2. Antes de abordar el fondo de la cuestión controvertida conviene recordar que las reclamaciones frente a decisiones empresariales de **modificación sustancial** de condiciones de carácter individual se sustanciaban, en la fecha de la demanda, por el cauce del art. 138 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), sin que la sentencia dictada en la instancia fuera recurrible en suplicación.

El hoy vigente art. 138 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) avoca a la modalidad especial aun cuando la empresa no hubiere seguido los tramites del art. 41 ET ; pero antes de la entrada en vigor de esta norma procesal -no aplicable al presente caso-, las dificultades interpretativas, que se habían suscitado en los casos en que la empresa no hubiera seguido adecuadamente el procedimiento de dicho art. 41 ET , habían llevado a esta Sala IV a sostener que, si no se cumplían por el empleador las exigencias formales del precepto (apertura del período de consultas, acuerdo favorable de la mayoría de los representantes de los trabajadores y notificación a éstos de la medida aprobada con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad, en el caso de las **modificaciones** colectivas, o notificación de la medida a los trabajadores y sus representantes legales en el plazo citado cuando se trata de **modificaciones** individuales), no cabía entender que la medida se ajustara a lo establecido en el citado art. 41 del ET , siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a la medida -y no el especial del art. 138 LPL , o el de conflicto colectivo si es que se impugna la práctica empresarial por ese cauce-, pero en tal caso sin sometimiento a plazo de caducidad. El desconocimiento de las exigencias del art. 41 impedía calificar la medida de **modificación sustancial**, con independencia del contenido de la misma, es decir, aun cuando la medida sí pudiera implicarla en el fondo (así, entre otros, STS/4ª de 10 abril 2000 -rcud. 2646/1999 -, 18 septiembre 2000 -rcud. 4566/1999 -, 15 enero 2001 -rec. 228/2000-, 8 noviembre 2002- rcud. 967/2002-, 2 diciembre 2005 -rcud. 4206/2004-, 27 enero 2009 -rec. 108/2007-, 14 septiembre 2010 -rcud. 4392/2009- y 30 junio 2011 -rec. 173/2010 -).

De ahí que en el presente caso, la Sra. Magistrada de instancia razonara sobre la recurribilidad de la sentencia en esa línea y la Sala de suplicación aceptara la tramitación del recurso de suplicación, pues lo discutido es, precisamente, la naturaleza de la medida empresarial y, por ende, la necesidad o no de someterla al procedimiento del art. 41 ET .

3. Ocurre que, como se verá, en el presente caso lo que está en juego es la posibilidad de que la empresa altere el turno de la trabajadora por razones que se insertan en las obligaciones de naturaleza preventiva, lo que, de ser admitido, alejaría la controversia de los cauces procedimentales y procesales de la **modificación sustancial** de condiciones, abundando en la adecuación del proceso ordinario y, por ende, en la recurribilidad de la sentencia de instancia.

TERCERO.- 1. Las **modificaciones sustanciales** de condiciones de trabajo son aquellas que afectan a determinadas condiciones laborales y que solo se justifican por la concurrencia de alguna de las causas establecidas por el legislador.

Pero, en el decurso de la vida del contrato de trabajo, caracterizado por ser de tracto sucesivo, las **modificaciones** pueden sobrevenir por varias razones: porque cambie la norma aplicable; por acuerdo entre las partes; por voluntad unilateral de una de las partes -bien por la facultad del empresario de variarlas; bien por el ejercicio de un derecho del trabajador-. No toda decisión empresarial que altere la prestación de servicios del trabajador constituye una **modificación sustancial**. La configuración de lo que se configura por tal se fundamenta en la delimitación del poder de gestión y organización empresarial, por lo que la limitación a las facultades del empleador tiene en cuenta, tanto el tipo de condición laboral afectada (teniendo en cuenta que la relación de condiciones de trabajo del párrafo primero del art. 41 es meramente ejemplificativa y no exhaustiva - STS/4ª de 9 abril 2001, rec. 4166/2000 ; 9 diciembre 2003, rec. 88/2003; 26 abril 2006, rcud. 2076/2005 y 22 enero 2013, rec. 290/2011), como la intensidad de la misma del **modificación** (no cualquier **modificación** de una de esas condiciones ha de ser necesariamente **sustancial**, sino que en cada caso se entra a analizar la medida empresarial adoptada para definir su naturaleza **sustancial** o no. Y no lo es cuando "la medida adoptada no supuso alteración valorable de las condiciones de trabajo o de la remuneración" - STS/4ª 22 enero 2013, rec. 290/2011 -).

2. Ciertamente, la calificación de una medida empresarial como **modificación sustancial**, no se supedita a que el empresario invoque formalmente las causas económicas, técnicas, organizativa o de producción a las que el art. 41 ET se refiere.

La **modificación** será **sustancial** si, afectando a una de las condiciones que cabe incluir en dicho precepto, no está justificada por otra razón que no sea la que tales causas amparan.

3. En el presente caso, aun tratándose de una **modificación** del tiempo de trabajo de la actora y del sistema de turnos de la misma, no hay duda de que la medida no solo no obedecía a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sino que ni siquiera se hallaba dentro de la mera discrecionalidad empresarial en el margen de su poder de dirección.

Por el contrario, la medida adoptada respecto de la actora, además de tener un carácter temporal que la alejaba de la aplicación del régimen de la **modificación sustancial** de condiciones, se hallaba justificada en el cumplimiento de una obligación legal de ineludible cumplimiento para la empresa.

Y es que, a tenor de lo dispuesto en el art. 16 LPRL, la empresa esta obligada a efectuar una evaluación de riesgos de la que resulta, a su vez, la obligación de llevar a cabo las actividades preventivas necesarias respecto de los riesgos que en la evaluación se hayan puesto de manifiesto. De ahí que, establecido el plan de prevención, en atención a la previa evaluación, las medidas que en los protocolos de prevención se establecen devienen imperativas para la empresa. Por consiguiente, la adopción de una medida prevista, como puede ser el cambio de turnos para evitar el trabajo nocturno mientras persista el riesgo detectado en la evaluación, no constituye una **modificación sustancial** de condiciones de las que regula el art. 41 ET, ni exige, por consiguiente, el cumplimiento del procedimiento allí establecido.

4. Sin que quepa duda de que la decisión empresarial aquí controvertida no puede estar amparada por el ius variandi, no estaba sin embargo constreñida a los límites del citado art. 41 ET, sino, en su caso, a la regulación específica a la que se acogía. Quiere con ello decirse que, con independencia de la posibilidad de analizar la adecuación del cambio de turno y su acomodo a las medidas preventivas en las que se sustentaba, lo cierto es que no cabía imponer a la empresa el cauce de la **modificación sustancial** de condiciones.

CUARTO.- Todo lo dicho nos lleva a coincidir con el Ministerio Fiscal y estimar el recurso, lo que comporta que casemos y anulemos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimemos el recurso de igual clase interpuesto por la trabajadora, confirmando así la sentencia del Juzgado.

QUINTO.- No procede la condena en costas, debiendo procederse a la devolución del depósito dado para recurrir y dándose a la consignación, en su caso efectuada, el destino legal.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA S.A. OPERADORA frente a la sentencia dictada el 17 de enero de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación nº 2940/11, casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimamos el recurso de igual clase interpuesto por Dña. Encarna, confirmando así la sentencia del Juzgado de lo Social

nº 4 de Bilbao, autos núm. 534/11. Sin condena en costas, debiendo procederse a la devolución del depósito dado para recurrir y dándose a la consignación, en su caso efectuada, el destino legal que corresponda.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisprudencial de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Maria Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ