

**Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia  
1336/2021 de 3 Mar. 2021, Rec. 5061/2020**

**Ponente: Soler Ferrer, Felipe**

**Ponente: Soler Ferrer, Felipe.**

**LA LEY 58144/2021**

ECLI: ES:TSJCAT:2021:2588

MODIFICACIÓN SUSTANCIAL CONDICIONES TRABAJO. Se declara nula la modificación de funciones de un responsable de departamento de administración que, tras haber estado de baja médica por ansiedad y demandar a la empresa por acoso, le cambian al puesto de vendedor. Además, le imponen la presencialidad total cuando antes de la baja su trabajo era semipresencial (con varios días de teletrabajo). Discriminación y vulneración de la indemnidad. No concurre ninguna causa económica, organizativa o de producción. Si bien durante la baja se pueden redistribuir sus funciones a los compañeros, a su regreso tiene derecho a incorporarse a su puesto.

*El TSJ Cataluña desestima el recurso de suplicación interpuesto y reitera la nulidad de la MSCT.*

**A Favor: TRABAJADOR.**

**En Contra: EMPRESA.**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG : 08019 - 34 - 4 - 2020 - 0005273**

EMA

**Recurso de Suplicación: 5061/2020**

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 3 de marzo de 2021

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

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA núm. 1336/2021**

En el recurso de suplicación interpuesto por BIDAIK BANOA, S.L. frente a la Sentencia del Juzgado Social 31 Barcelona de fecha 23 de junio de 2020, dictada en el procedimiento nº 277/2020 y siendo recurrido MINISTERIO FISCAL y Ángel, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Felipe Soler Ferrer.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Tutela de derechos fundamentales, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 23 de junio de 2020, que contenía el siguiente Fallo:

"Que **ESTIMO EN PARTE** la demanda promovida por Ángel frente a BIDAIK BANOA, S.L., con citación del Ministerio Fiscal, sobre impugnación de modificación sustancial de condiciones de trabajo con vulneración de derechos fundamentales, **DECLARO NULA**, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, vertiente garantía de indemnidad, la modificación sustancial de condiciones de trabajo operada respecto del demandante y comunicada por carta de 27/03/2020 y **CONDENO** a la citada empresa a reponer al actor en las condiciones de trabajo que regían con anterioridad a la citada modificación sustancial así como a abonar al demandante la suma de **3.125 euros** en concepto de indemnización por daños y perjuicios derivados de aquélla."

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

" **PRIMERO.-** El demandante es socio de la mercantil demandada y presta servicios para ella desde 1992, haciéndolo a jornada completa. Hasta febrero de 2019 prestaba sus servicios tanto de forma telemática desde su domicilio, como presencial en la oficina.

Sus funciones eran las que constan en el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuyo íntegro contenido se da por reproducido, y consistían básica y sintéticamente en funciones de programación de viajes, responsable del departamento de operaciones y asistencia técnica en la operativa de salidas y regresos así como responsable del desarrollo de bases de datos de los clientes, siendo el organigrama en aquel momento el aportado por la empresa, cuyo contenido también se da por reproducido. (informe ITSS, organigrama)

**SEGUNDO.-** El día 12/02/2019 el demandante inició un proceso de incapacidad temporal, calificado en el parte como derivado de enfermedad común, con el diagnóstico de "trastorno de ansiedad". (parte de baja)

**TERCERO.-** El actor formuló contra la empresa en 2019 demanda en materia de tutela de derechos fundamentales, correspondiendo su conocimiento al Juzgado Social nº 28 de Barcelona, denunciando la existencia de acoso moral y la condena a una indemnización derivada de los perjuicios en la salud que decía se le habían irrogado. La sentencia fue desestimatoria y pende de recurso de suplicación. (documento de recurso de suplicación)

**CUARTO.-** Se interpuso por el demandante también en 2019 demanda en impugnación de la contingencia aludida en el hecho probado anterior, correspondiendo su conocimiento al Juzgado Social nº 20 de Barcelona, en el que pende de juicio. (acta)

**QUINTO.-** En diciembre de 2019 el demandante formuló querrela frente a los demandados. (querrela)

**SEXTO.-** En fecha 26/02/2020 el INSS resolvió extender el alta respecto del proceso de IT antes aludido, ello con efectos de 4/03/2020. El demandante formuló reclamación previa que fue

resuelta el 10/03/2020 en sentido desestimatorio. Se interpuso demanda, cuyo conocimiento correspondió a este juzgado. (documental actor)

**SÉPTIMO.-** Por carta de 10/03/2020 la empresa reconoció al actor su derecho a disfrutar de vacaciones desde el día 4/03/2020. El actor le remitió una carta a la mercantil, cuyo contenido se da por reproducido, señalando que las vacaciones debería iniciarse el día 11/03/2020. (documental actor)

**OCTAVO.-** El día 27/03/2020 el demandante recibió una carta de la empresa demandada por la que le comunicaba que con efectos de su reincorporación al trabajo el día 14/04/2020 sus funciones serían las que se relacionaban en la propia carta, cuyo íntegro contenido se da aquí por reproducido, explicándose en la misma que las causas para la modificación sustancial eran *"la necesidad de adaptar los recursos a la transformación organizacional que ha sufrido en el último año" ya que debido al a IT del actor la empresa había "tenido que asumir y distribuir las funciones que usted venía realizando por lo que su puesto de trabajo ha desaparecido, en consecuencia para la asignación de sus nuevas funciones es imprescindible que su puesto de trabajo se ubique en el centro de trabajo". De acuerdo con la comunicación el trabajo del actor pasaría a ser exclusivamente presencial en las oficinas, e incluiría trabajar los viernes por la tarde y respecto de sus funciones se le retiraban las funciones de programación de viajes, se le asignaban tareas de vendedor, atención comercial y administrativas, propias del día a día de una agencia de viajes, se le asignaban las funciones de gestión de visados, tarea de la que se encargaba antes de la IT la Sra. Cristina y se le retiran las funciones de responsable de operaciones y se asignan a la Sra. Cristina, que era quien antes le correspondían las funciones de gestión de visados que ahora se han asignado al actor. (carta e informe ITSS)*

**NOVENO.-** Desde 2020 el organigrama de la empresa es el aportado por la demandada, cuyo contenido se da por reproducido. (organigrama)

**DÉCIMO.-** Se emitió informe por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuyo íntegro contenido se da por reproducido, en el que se concluye que *" la modificación sustancial producida por la empresa conlleva no sólo el ejercicio de funciones totalmente diferentes a las que ya venía ejerciendo el socio trabajador D. Ángel sino también la modificación de la modalidad de trabajo, requiriéndole al trabajador una modalidad exclusivamente presencial " y " no se entienden probadas las causas organizativas alegadas por la empresa" sino que " parece más bien una represalia al trabajador por la baja de incapacidad temporal de larga duración" puesto que de los organigramas lo que resulta es que lo que ha existido es un " ajuste de responsabilidades de carácter subjetivo efectuado por la dirección de la misma". (informe ITSS)"*

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado, impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La empresa demandada recurre en suplicación la sentencia del Juzgado de lo Social, que declaró la nulidad de la modificación sustancial de condiciones de trabajo del actor notificada por carta de 27-3-2020, por vulneración de la garantía de indemnidad, condenando a la recurrente a que reponga al demandante en las condiciones de trabajo que regían con anterioridad a la citada modificación sustancial, así como a indemnizarle en la suma de 3.125 euros por los daños y perjuicios derivados de aquélla.

El recurso de la empresa, impugnado de contrario, tiene por objeto, al correcto amparo del apdo. c) del art. 193 LRJS, el examen del Derecho aplicado en dicha resolución judicial, a la que se imputa infracción del art. 41 ET en relación con el art. 24 CE.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo la Sala debe dejar claro que la censura jurídica se ha de examinar a la vista de los inalterados, por no combatidos, hechos que declara probados la

sentencia recurrida, sin que la Sala pueda entrar a valorar la cuestión planteada al margen de dichas objetivaciones y sin que pueda analizar manifestaciones, alegaciones o consideraciones que puedan verterse en el recurso ajenas a dicho relato histórico o que cuestionen por esta vía la valoración probatoria realizada en la instancia.

**TERCERO.-** La sentencia recurrida afirma que la parte actora ha acreditado la existencia de indicios respecto a la vulneración de la garantía de indemnidad. Y tal conclusión es acertada a la vista de las acciones judiciales, en vía laboral y penal, entabladas por el actor contra la empresa y pendientes todavía de resolución definitiva. El demandante ha aportado pues indicios suficientes que generan una fundada sospecha, apariencia o presunción de que la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo constituye un acto de represalia empresarial. Esa aportación permite invertir la carga de la prueba, obligando al empresario a probar la existencia de un motivo razonable de la decisión empresarial ajena a aquella intención (por todas, STC 7/1993, de 18 de enero). De modo que recae sobre la empresa demandada la carga de probar plenamente el carácter objetivo, razonable y proporcional de la medida modificativa adoptada.

**CUARTO.-** En el presente caso no se acredita una causa justificadora suficiente. Cierto es que la empresa recurrente, ante la baja médica del actor, no está obligada a contratar un trabajador que lo sustituya durante la situación de IT. Pudiendo en tal caso redistribuir sus funciones entre otros trabajadores. Pero este reajuste no puede ir en perjuicio del demandante, que tiene derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo en las mismas condiciones que le correspondían antes de iniciarse el proceso de IT. Como bien dice el Juzgador de instancia los derechos del actor solo podrían verse alterados si concurrieran las causas ETOP que define el art. 41 ET, pero la decisión unilateral de reorganizar un departamento u oficina no justifica una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Se trataría de una decisión basada en la simple voluntad o conveniencia de la empresa, no en una necesidad empresarial.

**QUINTO.-** Dice la recurrente que las funciones asignadas al actor tras la carta modificativa encajan en las funciones propias de su categoría profesional de "administración". De esta forma parece alegarse que la modificación de condiciones laborales no sería sustancial y quedaría amparada por el "ius variandi" empresarial. Pero tal alegación no casa bien con el hecho de que la empresa acuda al procedimiento del art. 41 ET para llevar a cabo el cambio de funciones. Además, la categoría profesional del demandante no se ha concretado debidamente, como tampoco su inclusión en alguno de los grupos profesionales del convenio colectivo de aplicación.

La sustancialidad de la medida modificativa no ofrece duda. Para llegar a esta conclusión basta atenderse al informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, según el cual la decisión empresarial comporta la atribución de funciones totalmente diferentes a las que ya venía ejerciendo el actor, modificándole además la modalidad de trabajo, imponiéndole una modalidad exclusivamente presencial, cuando antes desarrollaba su trabajo, al menos en parte, de forma telemática, en la modalidad de teletrabajo.

**SEXTO.-** Por lo expuesto la modificación de condiciones de trabajo operada tiene con toda evidencia carácter sustancial. Para su justificación se exigiría la concurrencia de causas ETOP, que como dijimos no se acreditan en el presente caso. Por ello solo cabe encontrar un fondo discriminatorio en la injustificada medida empresarial, confirmándose por tanto la calificación de nulidad realizada por la sentencia recurrida, que confirmamos en todas sus partes, con imposición de las costas del recurso a la empresa recurrente.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa BIDAIK BANO S.L. contra la Sentencia de 23 de junio de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 31 de los de

Barcelona en autos núm. 277/2020, promovidos por D. Ángel contra dicha empresa, con citación del Ministerio Fiscal, en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo y tutela de derechos fundamentales, y en su consecuencia confirmamos en todas sus partes dicha resolución, condenando a la recurrente al pago de las costas del recurso, que incluirán los honorarios del Letrado de la parte actora por su escrito de impugnación del recurso, que se fijan en 250 euros, decretándose la pérdida del depósito constituido para recurrir, debiendo darse a las consignaciones o afianzamientos prestados a tal fin el destino legalmente previsto.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

**Publicación.-** La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

