

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA
Sentencia 8 de febrero de 2021
Sala de lo Social
Rec. n.º 4508/2020

SUMARIO:

ERTE suspensivo por fuerza mayor vinculada a la COVID-19. Actividad de agencia de viajes. Empresa que comunica a la trabajadora (con contrato de obra a jornada completa) que va a proceder a su reincorporación a tiempo parcial (17,5 horas semanales). Derecho de esta a la rescisión indemnizada de la relación laboral por modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Aunque el artículo 1.2 del RDL 18/2020, de medidas sociales en defensa del empleo, establezca que se encontrarán en situación de fuerza mayor parcial derivada del COVID-19 aquellas empresas y entidades que cuenten con un expediente de regulación temporal de empleo autorizado en base al artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, desde el momento en el que las causas reflejadas en dicho precepto permitan la recuperación parcial de su actividad, hasta el 30 de junio de 2020, y que estas empresas y entidades deberán proceder a reincorporar a las personas trabajadoras afectadas por medidas de regulación temporal de empleo, en la medida necesaria para el desarrollo de su actividad, primando los ajustes en términos de reducción de jornada, ello no significa que la reincorporación de la demandante a su puesto de trabajo, en dicho régimen de reducción de jornada, no entrañe modificación sustancial de las condiciones pactadas. Esta medida, que no tiene carácter imperativo, ni naturaleza obligatoria, no permite desconocer la normativa laboral de procedimiento. El hecho de que la norma contenga una regulación en términos generales de que se realice la reincorporación primando los ajustes de reducción de jornada, no implica que la empresa esté autorizada, sin más, a imponer tales ajustes, pues la legislación COVID no excluye la posibilidad, en los supuestos de recuperación parcial de la actividad establecidos para los supuestos de fuerza mayor, de acogerse a la extinción por perjuicios prevista en el artículo 41 del ET para los supuestos de modificación sustancial. En el caso analizado, prima la negativa de la trabajadora a la reincorporación en los términos comunicados por la empresa, -que suponían una conversión de su contrato de trabajo- y su voluntad, a tenor de lo establecido en el art 41.3 del ET, de proceder a la rescisión del contrato con abono de la indemnización de 20 días por año de servicio.

PRECEPTOS:

RDLeg 2/2015 (TRET), arts. 12.4 e) y 41.3.
RDL 18/2020 (Medidas sociales en defensa del empleo), art. 1.2.
RDL 8/2020 (Medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19), art. 22.

PONENTE:

Doña Beatriz Rama Insua.

SENTENCIA

TSJ SALA DO SOCIAL A CORUÑA

-

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

Correo electrónico:

NIG: 32054 44 4 2020 0001573

Equipo/usuario: MR

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0004508 /2020MRA

Procedimiento origen: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000391 /2020

Sobre: RESOLUCION CONTRATO

RECURRENTE/S D/ña Irene

ABOGADO/A: ANTONIO VALENCIA FIDALGO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Maite

ABOGADO/A: ROQUE MENDEZ ROBLEDA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMA SRª Dª BEATRIZ RAMA INSUA
ILMA SRª Dª MARIA TERESA CONDE-PUMPIDO TOURON
ILMO SR. D. CARLOS VILLARINO MOURE

En A CORUÑA, a ocho de febrero de dos mil veintiuno.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0004508/2020, formalizado por el Letrado DON ANTONIO VALENCIA FIDALGO, en nombre y representación de Irene, contra la sentencia número 302/20 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de OURENSE en el procedimiento PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000391/2020, seguidos a instancia de Irene frente a Maite, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª BEATRIZ RAMA INSUA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

D/Dª Irene presentó demanda contra Maite, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 302/20, de fecha dos de octubre de dos mil veinte

Segundo.

En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: .

PRIMERO.-La actora D^a Irene ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada "GEMMA FERNANDEZ BARRERA", dedicada a la actividad de Agencia de Viajes, mediante contrato de trabajo de duración determinada, a jornada completa con una antigüedad del 11-1-2016, ostentando la categoría profesional de Auxiliar Administrativa y percibiendo un salario mensual de 1.573 ,84 € incluido el prorrateo de las pagas extras./SEGUNDO.-La actora estuvo incluida en un ERTE suspensivo por motivos de fuerza mayor, vinculada a COVID-19, aprobado a la empresa demandada por Resolución de fecha de registro de salida 25-3-2020./TERCERO.-Mediante correos electrónicos de fechas 17 y 18 de Junio pasados la empresa comunica a la actora que se va a proceder a su reincorporación a tiempo parcial, 17,5 horas semanales con efectos del 3 de Julio 2020 con prestación de sus servicios en el centro de trabajo. En fecha 19-6-2020 la actora remite correo electrónico a la empresa manifestándole que no acepta la reducción de jornada comunicada. En fecha 8-7-20 la empresa remite Burofax a la actora indicándole que no ha acudido a su puesto de trabajo los días 3,6,7 y 8 de Julio, y que de persistir en su actitud se procederá a extinguir su relación laboral. Dichos correos y burofax figuran incorporados a autos teniendo aquí su integro contenido por reproducido./CUARTO.-Mediante burofax de fecha 15-7-20 la empresa demandada comunica a la actora carta de despido disciplinario con efectos de la citada fecha. La carta de despido figura incorporada a autos teniendo aquí igualmente su contenido por reproducido QUINTO.-La actora no acudió al trabajo los días 3,6,7,8,9,10,13 y 14 de Julio pasado./SEXTO.-La actora no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores./SEPTIMO.-En reclamación por rescisión de contrato la actora presentó papeleta de conciliación ante el SMAC el 29-6-20, celebrándose el acto sin avenencia el 16-7-20. Presentó demanda que fue turnada a este Juzgado el 16-7-20. En reclamación por despido presentó papeleta de conciliación el 11-8-20, celebrándose el acto sin avenencia el 21-8-20. Presentó demanda el 24-8-20, que fue acumulada a la anterior.

Tercero.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: .

Que desestimando las demandas acumuladas interpuestas por D^a Irene contra la empresa "GEMMA FERNANDEZ BARRERA", debo declarar y declaro procedente el despido de la actora llevado a cabo el 15-7-2020, declarando convalidada la extinción del contrato de trabajo que aquel produjo sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación y, en consecuencia, absuelvo a la demandada de las pretensiones en su contra esgrimidas.

Cuarto.

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Irene formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

Quinto.

Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 16-12-2020.

Sexto.

Admitido a trámite el recurso se señaló el día 8-2-2021 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

Se ejercitó en el procedimiento de que trae causa este recurso, una acción de rescisión de contrato y otra de despido acumuladas en base a lo dispuesto en el art. 32 de la LRJS. La sentencia recurrida rechazó la existencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, al efectuar la empresa una reducción de la jornada de trabajo de la demandante, desestimando la pretensión de rescindir el contrato y la indemnización de 20 días de salario por año de servicio conforme a lo dispuesto en el número 3 del citado art. 41. Y respecto de la acción de

despido, declaró procedente el despido de la actora, llevado a cabo el 15-7-2020, declarando convalidada la extinción del contrato de trabajo que aquel produjo.

Frente a dicha resolución la parte actora vencida en instancia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra c) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicada. En cuanto que alega el recurrente, que procede apreciar la modificación sustancial de condiciones de trabajo, habiéndose infringido el art 41.3 del Estatuto de los Trabajadores. Siendo la única cuestión controvertida en recurso. Solicitando se estime la pretensión de resolución de contrato, al amparo del precepto citado, con abono de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio.

El recurso ha sido impugnado por la demandada.

Las infracciones que se denuncian han de ser examinadas a partir de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, no impugnados en esta Suplicación por la obligada vía del art. 193 B y 194 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social; ciertamente y en todo caso fruto del imparcial y fundado criterio judicial de instancia, que ha valorado al efecto, la prueba practicada, facultad legal propia (art. 97.2 LJS) que en el proceso aparece ejercida de modo oportuno. Y del que se obtienen como circunstancias fácticas fundamentales a tener en cuenta que:

La actora D^a Irene ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada "GEMMA FERNANDEZ BARRERA", dedicada a la actividad de Agencia de Viajes, mediante contrato de trabajo de duración determinada, a jornada completa con una antigüedad del 11-1-2016, ostentando la categoría profesional de Auxiliar Administrativa y percibiendo un salario mensual de 1.573,84 € incluido el prorrateo de las pagas extras.

La actora estuvo incluida en un ERTE suspensivo por motivos de fuerza mayor, vinculada a COVID-19, aprobado a la empresa demandada por Resolución de fecha de registro de salida 25-3-2020.

Mediante correos electrónicos de fechas 17 y 18 de Junio pasados la empresa comunica a la actora que se va a proceder a su reincorporación a tiempo parcial, 17,5 horas semanales con efectos del 3 de Julio 2020 con prestación de sus servicios en el centro de trabajo. En fecha 19-6-2020 la actora remite correo electrónico a la empresa manifestándole que no acepta la reducción de jornada comunicada. En fecha 8-7-20 la empresa remite Burofax a la actora indicándole que no ha acudido a su puesto de trabajo los días 3,6,7 y 8 de Julio, y que de persistir en su actitud se procederá a extinguir su relación laboral. Dichos correos y burofax figuran incorporados a autos teniendo aquí su integro contenido por reproducido.

Mediante burofax de fecha 15-7-20 la empresa demandada comunica a la actora carta de despido disciplinario con efectos de la citada fecha. La carta de despido figura incorporada a autos teniendo aquí igualmente su contenido por reproducido.

La actora no acudió al trabajo los días 3,6,7,8,9,10,13 y 14 de Julio pasado

En reclamación por rescisión de contrato la actora presentó papeleta de conciliación ante el SMAC el 29-6-20, celebrándose el acto sin avenencia el 16-7-20. Presentó demanda que fue turnada al Juzgado el 16-7-20. En reclamación por despido presentó papeleta de conciliación el 11-8-20, celebrándose el acto sin avenencia el 21-8-20. Presentó demanda el 24-8-20, que fue acumulada

Segundo.

Para la solución de la controversia jurídica planteada hemos de partir de la circunstancia de que, consta acreditado en autos que la actora vino prestando servicios para la empresa demandada a tiempo completo y con una antigüedad de 11-1-2016. Asimismo consta acreditado que fue incluida en un ERTE suspensivo por motivos de fuerza mayor, vinculado a COVID-19, aprobado a la empresa demandada por Resolución de fecha de registro de salida 25-3-2020. Y que su contrato de trabajo a tiempo completo fue modificado en contrato de trabajo a tiempo parcial, cuando en fechas 17 y 18 de Junio la empresa comunica a la actora que se va a proceder a su reincorporación a tiempo parcial, 17,5 horas semanales con efectos del 3 de Julio 2020, con prestación de sus servicios en el centro de trabajo.

Conviene tener presente en este punto que como señala la STS, Social sección 1 del 30 de mayo de 2018 (ROJ: STS 2256/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2256) Sentencia: 576/2018 - Recurso: 2329/2016

".....el art. 12.4 e) ET establece que «La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.1.a). El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) de esta Ley , puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

Recordemos que en el recurso de casación para la unificación de doctrina que resolvemos no se plantea que existe las innegadas causas organizativas en el Colegio demandado para proceder a la extinción del contrato

de trabajo por causas organizativas o productivas, sino que partiendo de esa realidad, debemos decir sí, como afirma la sentencia de contraste, es preciso que antes de extinguir el contrato por esa causa, se lleve a cabo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo al amparo del art. 41 ET para adaptar la jornada a las reales necesidades empresariales.

La respuesta a tal cuestión la tenemos en el precepto transcrito, que es el que fue correctamente aplicado por la empresa demandada y por la sentencia ahora recurrida, pues no solo no existe esa obligación legal en las referidas normas, sino que, por el contrario, opera precisamente la prohibición legal expresa de que pueda convertirse un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial sin el expreso consentimiento del trabajador, de manera que si se produce esa negativa, cabe siempre que se lleve a cabo la extinción del contrato por esas causas objetivas, naturalmente cuando queden acreditadas, como es el caso...."

Y la STS, Social sección 1 del 18 de diciembre de 2013 (ROJ: STS 6541/2013 - ECLI:ES:TS:2013:6541) Recurso: 2566/2012, dice: ".....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....."

Y también es doctrina del Tribunal Supremo respecto a lo que constituye o no modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 del ET, como señala la STS 12-9-2016, R. 246/15 entre otras muchas, resumiendo así, la jurisprudencia de SSTs como las de 11 de diciembre de 1997 (rec. 1281/1997), 22 de septiembre de 2003 (rec. 122/2002), 10 de octubre de 2005 (rec. 183/2004), 26 de abril de 2006 (rec. 2076/2005), 17 abril 2012 (rec. 156/2011) o 25 noviembre 2015 (rec. 229/2014), entre otras muchas, en las que se sienta doctrina de alcance general sobre qué significa que un cambio sea sustancial. Y en la que se dice:

"... Por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista "ad exemplum" del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del "iusvariandi" empresarial. Ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador, haya de ser calificado como sustancial o accidental, lo que conlleva que, en cada caso habrá que analizar las circunstancias concurrentes. Se destaca la imposibilidad de trazar una noción dogmática de "modificación sustancial" y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo, sosteniéndose al efecto por autorizada doctrina que es sustancial la variación que conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea realmente o potencialmente dañosa para el trabajador. Para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características, y ello desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones. Para calificar una modificación como sustancial tendrá el intérprete que estudiar caso por caso, y su juicio deberá tener en cuenta siempre los elementos contextuales, así como "el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados"" (FJ 4º STS4ª 12-9- 2016, R. 246/15 ").

Tercero.

En el supuesto sometido a enjuiciamiento es un hecho conforme que la actora ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada "GEMMA FERNANDEZ BARRERA", dedicada a la actividad de Agencia de Viajes, mediante contrato de trabajo de duración determinada, a jornada completa con una antigüedad del 11-1-2016, ostentando la categoría profesional de Auxiliar Administrativa y percibiendo un salario mensual de 1.573,84 € incluido el prorrateo de las pagas extras. Y que la actora estuvo incluida en un ERTE suspensivo por motivos de fuerza mayor, vinculada a COVID-19, aprobado a la empresa demandada por Resolución de fecha de registro de salida 25-3-2020. Y que mediante correos electrónicos de fechas 17 y 18 de Junio pasados la empresa comunica a la actora que se va a proceder a su reincorporación a tiempo parcial, 17,5 horas semanales con efectos del 3 de Julio 2020. Por lo que sin duda en principio estamos ante una conversión del contrato de trabajo, que de ser a tiempo completo pasa a ser a tiempo parcial. De forma que también en principio a tenor del art 12.4 e) Estatuto de los Trabajadores, dicha conversión del trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial, tendrá carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.1.a).

Y que ha habido una modificación, y que la misma reviste el carácter de sustancial, tampoco ofrece duda, pues como expresamos, por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista "ad exemplum" del art. 41.2, y de conformidad con dicho precepto la modificación operada implica una reducción de jornada.

Cuarto.

Es cierto que en el caso concreto estudiado, tenemos una circunstancia añadida a lo anterior que merece detenernos sobre ella, en cuanto a su alcance y posible variación de lo razonado hasta ahora, y que consiste en que como se desprende de los hechos probados de la resolución recurrida, la actora estuvo incluida en un ERTE suspensivo por motivos de fuerza mayor, vinculada a COVID-19, aprobado a la empresa demandada por Resolución de fecha de registro de salida 25-3-2020. Y que mediante correos electrónicos de fechas 17 y 18 de Junio de 2020 la empresa comunica a la actora que se va a proceder a su reincorporación a tiempo parcial, 17,5 horas semanales con efectos del 3 de Julio 2020 con prestación de sus servicios en el centro de trabajo. Y que en respuesta a tales correos en fecha 19-6-2020 la actora, remite correo electrónico a la empresa, manifestándole que no acepta la reducción de jornada comunicada. Y posteriormente en reclamación por rescisión de contrato, la actora presentó papeleta de conciliación ante el SMAC el 29-6-20, celebrándose el acto sin avenencia el 16-7-20.

Y efectivamente, la exposición de motivos del RD 18/2020 señala en su antecedente III, lo siguiente. En situación de fuerza mayor parcial derivada del COVID-19 se consideran, por tanto, aquellas empresas y entidades que cuenten con un expediente de regulación temporal de empleo autorizado en base al artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, desde el momento en el que las causas descritas en dicho precepto, y por razón de las cuales se aplicaron las distintas medidas de flexibilidad en forma de suspensiones o reducciones de jornada, permitan la recuperación parcial de su actividad, hasta el 30 de junio de 2020. Estas empresas y entidades deberán proceder a reincorporar a las personas trabajadoras afectadas, en la medida necesaria para el desarrollo de su actividad, primando los ajustes en términos de reducción de jornada.

Y el objetivo es, como alega la empresa en su escrito de impugnación, facilitar el tránsito hacia las reducciones de jornada, que suponen un menor impacto económico sobre la persona trabajadora y que permitirán atender de manera paulatina a la oferta y demanda de productos y servicios de las empresas, en la medida en la que la actividad y estructura de personal lo permitan. Asimismo, lo anterior permite garantizar una mejor gestión del tiempo de trabajo, reduciendo los tiempos de exposición, de conformidad con la información actualizada por parte de las autoridades públicas sobre la prevalencia del COVID-19. El art.1, apartado 2.2 de dicha norma, es reproducción de la anterior exposición de motivos. "Estas empresas y entidades deberán proceder a reincorporar a las personas trabajadoras afectadas por medidas de regulación temporal de empleo, en la medida necesaria para el desarrollo de su actividad, primando los ajustes en términos de reducción de jornada"

Ahora bien, que la normativa dictada en esta materia como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por la Covid 19, contenga tal regulación, no significa que la reincorporación de la demandante a su puesto de trabajo en régimen de reducción de jornada, no entrañe modificación sustancial de las condiciones pactadas. Y que la empresa pueda sin más imponer a la trabajadora una conversión de su contrato, pues ya dijimos que el artículo el art. 12.4 e) ET establece que la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial, ha de ser de carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.1.a). Y además prohíbe que el trabajador pueda ser despedido, o sufrir otro tipo de sanción o efecto perjudicial, por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) de esta Ley, puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Y esto es precisamente lo que ocurre en el supuesto ahora contemplado en que la trabajadora, tras la comunicación de la empresa, y por el mismo conducto, mediante contestación a los correos electrónicos, al día

siguiente pone en conocimiento de la empresa, su negativa a tal modificación, es decir a la reincorporación en los términos comunicados por la empresa, -que suponían una conversión de su contrato de trabajo- y le participa a tenor de lo establecido en el art 41.3 del Estatuto de los Trabajadores, su deseo de proceder a la rescisión del contrato con abono de la indemnización de 20 días por año de servicio. Y unos días después, el 29-6-20, la actora presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose el acto sin avenencia el 16-7-20.

El art.1 apartado 2.2 del RD 18/2020 en que se basa la sentencia de instancia para justificar la inexistencia de modificación sustancial de condiciones de trabajo, en modo alguno permite llegar a tal conclusión. Pues la previsión que contiene el referido precepto, estableciendo que las empresas que se encuentren en un ERTE autorizado en base al art. 22 del Real Decreto-Ley 8/2020 de 17 de Marzo, como es el caso de la empresa demandada, deberán proceder a reincorporar a las personas trabajadoras afectadas por las medidas de regulación temporal de empleo, en la medida necesaria para el desarrollo de su actividad, primando los ajustes en términos de reducción de jornada, no contiene, contrariamente a lo resuelto por la resolución recurrida, una medida de carácter imperativo, ni naturaleza obligatoria, que permita desconocer la normativa laboral de procedimiento. Que la norma contenga una regulación en términos generales de que se realice la reincorporación primando los ajustes de reducción de jornada, no significa, que la empresa este autorizada sin más, a imponer tales ajustes, pues como señala la recurrente, la legislación COVID, no excluye la posibilidad, en los supuestos de recuperación parcial de la actividad establecidos para los supuestos de fuerza mayor, de acogerse a la extinción por perjuicios previstos por el art. 41 del ET para los supuestos de modificación sustancial.

Y a la vista de lo expuesto, que estamos en presencia de una modificación sustancial que afecta a las condiciones del contrato de trabajo de la demandante, y supone una conversión de contrato temporal en indefinido y de contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial, no ofrece duda. Y en consecuencia, al no haberse respetado el procedimiento previsto en el art 41.3 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, procede de conformidad con lo solicitado en recurso, haber lugar a la resolución del contrato en los términos solicitado en demanda, y la condena a la empresa de mandada a estar y pasar por la anterior declaración y al abono de la indemnización de 20 días de salario por año de servicio.

Pues el artículo 41.3, párrafo segundo del Estatuto de los Trabajadores citado, dispone que, notificada al trabajador la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo, "En los supuestos previstos en las letras a), b), c), d) y f) del apartado 1, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses". Ello significa que por cada mes de prestación de servicios laborales se devengan 1,66 días indemnizatorios (20 días de salario anuales divididos por los 12 meses del año), con el tope máximo de 270 días.

El cálculo de esta indemnización debe hacerse sobre la base del periodo en que la parte actora ha prestado servicios laborales para el empleador, tomando como fecha inicial el día 11/01/2016 correspondiente a la antigüedad reconocida en esta resolución y como fecha final el día de extinción del contrato de trabajo 04/02/2020. El prorrateo de los días que exceden de un mes completo se computa como si la prestación de servicios se hubiera efectuado durante toda la mensualidad: se considera como un mes completo (sentencias del TS de 20 de julio de 2009, recurso 2398/2008, ECLI:ES:TS:2009:5261; 20 de junio de 2012, recurso 2931/2011 ECLI:ES:TS:2012:4645; y 6 de mayo de 2014, recurso 562/2013, ECLI:ES:TS:2014:2125). Por consiguiente, debemos contabilizar 49 meses de prestación de servicios. Aplicando el referido criterio, la indemnización total asciende a 4.225,65 euros.

Y al no haberlo apreciado así, la juzgadora de instancia, su resolución es merecedora del reproche jurídico que en el recurso se le dirige, por lo que procede, con estimación de éste, dictar un pronunciamiento revocatorio del suplicado y, en definitiva, estimatorio de la pretensión deducida en la demanda. Y en consecuencia,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la demandante, contra la sentencia de fecha, dos de octubre de dos mil veinte, dictada por el Juzgado de lo Social núm.2 de Ourense, en autos nº 391/2020 y acumulado nº 484/2020, revocamos la sentencia recurrida, y declaramos extinguida la relación laboral que unía a la demandante con la demandada, condenando a la empresa GEMMA FERNANDEZ BARRERA, a estar y pasar por la anterior declaración, y al abono de la indemnización de 4.225,65 euros, en concepto de indemnización por rescisión de contrato.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 0000 80 ó 37 **** ++).

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.