

Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Social, Sentencia 624/2021 de 4 Oct. 2021, Rec. 570/2021

Ponente: Pérez Pérez, Elena.

Nº de Sentencia: 624/2021

Nº de Recurso: 570/2021

Jurisdicción: SOCIAL

ECLI: ES:TSJCANT:2021:585

Una reducción de jornada superior al 20% permite al trabajador extinguir su contrato

MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES LABORALES. A la trabajadora se la desafecta de un ERTE y se le reduce la jornada de un 77,28% a un 51,21%, con horario partido. Esto supone una merma de su retribución muy importante. Una reducción de jornada que alcanza un porcentaje superior al 20% y que, lógicamente, lleva aparejada la correlativa reducción salarial, genera un evidente y claro perjuicio grave para el trabajador y le otorga derecho a extinguir su contrato de forma indemnizada.

El TSJ Cantabria desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa y confirma la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Santander que declaró extinguida la relación laboral condenando a la empresa al abono de la indemnización.

TEXTO

SENTENCIA nº 000624/2021

En Santander, a 4 de octubre del 2021.

PRESIDENTA

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

MAGISTRADAS

Ilma. Sra. D.^a M.^a Jesús Fernández García

Ilma. Sra. D.^a Elena Pérez Pérez (ponente)

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los/las Ilmos. /as. Sres./Sras. citados/as al margen ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por BPXPORT XXI, S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Santander, en el proc. núm. 651/2020, ha sido Ponente la Ilma. Sra. D.^a Elena Pérez Pérez, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó demanda en materia de despido por D. Borja, siendo demandadas BPXPORT KIROL ZERBITZUAK S.L. y BPXPORT XXI, S.L., siendo parte el Ministerio Fiscal y, en su día, se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 14 de mayo de 2021, en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- Como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- D. Borja ha venido prestando servicios en Solares para la empresa BPXPORT XXI S.L.U.-convenio colectivo de gimnasios e instalaciones deportivas- desde el día 15-2-18, teniendo reconocida la categoría profesional de Monitor y un salario de 32,41 €/día para una jornada de 31 horas semanales -77,28 %-.

2º.- El día 16-9-20 la empresa comunicó personalmente al trabajador la desafección del ERTE por Covid-19 con efectos del día 1-10-20, así como la siguiente modificación sustancial de las condiciones de trabajo, fijando el horario de 8:30 h. a 12:00 h. y 17,30 h. a 21:30 h. para los lunes y miércoles, y de 9:30 h. a 12:15 h. los martes y jueves -51,21 %- : "En Solares, a 16 de septiembre de 2020 Estimado/a trabajador/a:

Por medio de la presente, le comunicamos que, con el fin de lograr una mejor organización del servicio que contribuya a mejorar la eficiencia de la gestión que lleva esta empresa, la Dirección de BPXPORT XXI, SLU ha decidido, en aplicación de lo dispuesto en el [artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores \(LA LEY 16117/2015\)](#), reducir su actual jornada de trabajo, que es de un 77.28% a 69.34%, por causas organizativas y productivas por motivo de la actual situación derivada del Covid-19 y las medidas acordadas por las autoridades gubernativas, a partir del próximo 1 de octubre de 2020, en los términos que se exponen a continuación.

Las razones que motivan su reducción de jornada son estrictamente organizativas y productivas del servicio que se presta en el polideportivo de Solares. En concreto, su calendario y horario de trabajo que realmente ejecuta, es conforme a las necesidades del servicio que esta empresa presta para el Ayuntamiento Solares. Es decir, no existe ninguna hora adicional de servicio que se le pueda ofrecer dentro de las posibilidades de esta empresa, para que Usted pueda mantener la jornada del 77.28% actualmente.

Ante esta situación, la Dirección de esta empresa se ve en la necesidad de reducir su porcentaje de jornada en los términos expuestos.

Por lo expuesto, las razones que motivan la decisión de esta Empresa en llevar a cabo en estos momentos su reducción de jornada, se basan exclusivamente en razones organizativas y productivas del servicio que se han detallado, con el objetivo

de conseguir una mayor adecuación de la empresa a las necesidades del servicio, permitiendo una mejor optimización de sus recursos productivos, y lograr así una mayor eficiencia y más adecuado rendimiento de la organización empresarial.

Y es que en base al [artículo 41.1 a\) \(LA LEY 16117/2015\)](#) y [41.3 del Estatuto de los trabajadores \(LA LEY 16117/2015\)](#), el empresario puede acordar directamente modificaciones de carácter individual, sin otra exigencia que notificar su decisión al trabajador o trabajadores afectados y a los representantes legales y siempre que exista causa que justifique la modificación propuesta, como es el caso que nos ocupa.

Por lo expuesto, se le comunica que a partir del próximo 1 de octubre de 2020 Usted reducirá su jornada, pasando de un 77.28% a un 69.34%, el cual podrá variar según las necesidades del servicio y la actual situación derivada del Covid-19.

Sin otro particular, y rogándole firme un ejemplar a efectos de recibí y constancia, reciba un cordial saludo." (F. 82, 83 y 115)

3º.- Tras distintas conversaciones por "whatsapp" sobre la viabilidad del nuevo horario, finalmente el trabajador contestó en fecha 30-9-20 que optaba por la rescisión del contrato:

"Le comunico mediante el presente escrito y a la vista de la notificación recibida el pasado 18 de septiembre por la que se me informa de la decisión de proceder a la modificación sustancial de mis condiciones de trabajo en lo relativo a la reducción de mi jornada pasando, desde el 01-10-2020 de un 77,28% a un 69,34% del porcentaje anterior, es decir de 31h a 21,50h, que de conformidad con el [Art. 41.3 del Texto Refundido del Estatuto de los trabajadores \(LA LEY 16117/2015\)](#), opto por la extinción indemnizada de mi contrato de trabajo teniendo efectos dicha extinción en fecha 1 de octubre de 2020. Ruego me preparen la liquidación y el finiquito correspondiente." (F. 114 y 115)

4º.- Ante la no aceptación por parte de la empresa, que le recordó que debía continuar acudiendo al puesto de trabajo, el trabajador dejó de acudir el día siguiente de trabajo -lunes 5-, y presentó papeleta de conciliación en fecha 14-10-20, el cual se llevó ante el ORECLA el día 28-10-20 con el siguiente resultado:

"HECHOS DESCRITOS EN LA SOLICITUD DEL RECLAMANTE:

La parte solicitante presente en el Orecla solicitud de Mediación-Conciliación en materia Extinción de la relación laboral, según el escrito, con fecha 18 de septiembre la empresa le comunica una modificación de su jornada de trabajo. Considera que la mencionada decisión empresarial supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo por lo que solicita la rescisión de su contrato. DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN,

La parte solicitante se ratifica en el escrito de solicitud.

Intentada por el órgano mediador un acercamiento la parte no solicitante rechaza la reclamación efectuada, el acto se cierra SIN AVENENCIA." (F. 115, 124 y 5)

5º.- La empresa tenía conocimiento de que tras la firma de contrato -donde el demandante hizo constar su domicilio de entonces en Logroño-, el actor residía en Laredo. (Testifical Sr. Eusebio)

6º.- En fecha 3-11-20 el actor tuvo conocimiento de que la empresa había enviado distinta documentación al domicilio de Logroño:

A) Un burofax el día 2-10-20 indicando:

"Por la presente procedemos a comunicarle que la reducción de jornada que le fue comunicada por esta empresa en fecha 16 de septiembre de 2020, con fecha efectos 1 de octubre de 2020, no ha sido llevada efecto por la empresa, ni en Seguridad Social por haberse realizado una reorganización del servicio y no resultar necesaria, por lo que la misma queda anulada debiendo proceder Ud. A cumplir su jornada habitual."

B) Un burofax el día 20-10-20 indicando:

Por medio de la presente le solicitamos desde la Dirección de esta Empresa que en plazo de 24 horas justifique la falta de asistencia al trabajo, a partir del día 5 de octubre del presente.

Ciertamente, el 16 de septiembre de 2020 le fue comunicada por esta empresa, con fecha efectos para el 1 de octubre una reducción de jornada, no obstante, en fecha 2 de octubre se le comunicó por vía burofax que no había sido llevado a efecto dicha reducción ni por la empresa ni por la Seguridad Social, por haber realizado una reorganización del servicio y no resultar necesaria, por lo que la misma quedaba anulada, debiendo proceder Usted a cumplir su jornada habitual. A mayor abundamiento, su responsable directo. Eusebio, el día 1 de octubre por vía WhatsApp le recordaba que debía acudir a su puesto laboral en los términos comunicados por la empresa.

Sepa Usted que la conducta de la inasistencia al trabajo sin la debida autorización o causa justificada es constitutiva de una falta disciplinaria. Los hechos mencionados constan debidamente documentados.

No obstante lo anterior, la Dirección de esta Empresa insta que justifique dichas ausencias al trabajo en plazo de 24 horas.

Por todo ello, esta Empresa queda a la espera de su respuesta ya que lo contrario dicha conducta podría ser constitutiva de una falta disciplinaria.

Atentamente y rogándole firma el duplicado a efectos de recibí y constancia."

C) Un burofax el día 30-10-20 indicando:

Por medio del presente escrito y de conformidad con lo establecido en el [artículo 55.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre \(LA LEY 16117/2015\)](#), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del [Estatuto de los Trabajadores \(LA LEY 16117/2015\)](#) (en adelante, ET) la Dirección de BPXPORT XXI S.L.U ha tomado la decisión de prescindir de sus servicios y proceder a extinguir su contrato de trabajo, de manera unilateral y mediante decisión de despido disciplinario, con fecha efectos desde el 31 de de 2020.

En concreto, los hechos en que se sustenta la presente decisión y que motivan su despido por causas disciplinarias son los que se relacionan a continuación.

Según consta documentado en sendas Hojas de No Conformidad suscritas por su responsable directo, D. Eusebio no ha acudido a trabajar desde el pasado 5 de octubre sin causa que justifique sus ausencias.

El tenor literal de la primera No conformidad suscrita en fecha 5 de octubre es el siguiente:

"El trabajador Borja, no se ha presentado en su puesto de trabajo hoy día 05/11/2020 a las 8:45 perjudicando el servicio, ya que ha tenido que ser sustituido de urgencia por un compañero y alguna actividad programada ha tenido que suspenderse. Una vez contactado con él después de varias llamadas, no alega ningún motivo justificado para dicha ausencia"

Y es que con fecha 2 de octubre esta empresa le dirigió burofax por el que se dejaba sin efecto la reducción de jornada del 77,28% al 69,34% inicialmente prevista para el día 1 de octubre, por motivos organizativos, pero que no llegó a materializarse en el seno de la empresa, ni en Seguridad Social, comunicándole la empresa dichas circunstancias además de que Usted debía proceder cumplir su jornada habitual.

"Por la presente procedemos a comunicarle que la reducción de jornada que le fue comunicada por esta empresa en fecha 16 de septiembre de 2020, con fecha efectos de octubre de 2020, no ha sido llevada a efecto por la empresa, ni en Seguridad Social, por haberse realizado una reorganización del servicio y no resultar necesaria, por lo que la misma queda anulada debiendo proceder Ud. a cumplir su jornada habitual."

Sepa Usted que el hecho de haber solicitado por su parte en fecha 1 de octubre la extinción indemnizada de su contrato de trabajo, presumiblemente por el perjuicio que le ocasionaba la reducción de un 7% de su jornada que le fue notificada y posteriormente fue anulada, y sin perjuicio de su intención de causar baja voluntaria

en un futuro cercano trasladada a su responsable directo el pasado 28 de septiembre, no es motivo justificado para dejar de asistir al trabajo. Asimismo, comunicarle que a fecha del presente escrito Usted acumula 16 faltas de asistencia sin que en ningún momento avisara ni justificara sus ausencias, con el consiguiente perjuicio para el servicio.

A mayor abundamiento, la empresa le ha dado la oportunidad de que se explique y justifique sus ausencias, mediante escrito de 20 de octubre del presente, otorgándose un plazo de 24 horas para ello, sin que Usted haya alegado, ni justificado su reiterada falta de asistencia al trabajo. El escrito de 20 de octubre que le fue enviado tenía el siguiente tenor literal:

"Por medio de la presente le solicitamos desde la Dirección de esta Empresa que en plazo de 24 horas Justifique la falta de asistencia al trabajo, a partir del día 5 de octubre del presente.

Ciertamente, el 16 de septiembre de 2020 le fue comunicada por esta empresa, con fecha efectos para el 1 de octubre una reducción de Jornada, no obstante, en fecha 2 de octubre se le comunicó por vía burofax que no había sido llevado a efecto dicha reducción ni por la empresa ni por la Seguridad Social, por haber realizado una reorganización del servicio y no resultar necesaria, por lo que la misma quedaba anulada, debiendo proceder Usted a cumplir su jornada habitual. A mayor abundamiento, su responsable directo, Eusebio el día 1 de octubre por vía WhatsApp le recordaba que debía acudir a su puesto laboral en los términos comunicados por la empresa.

Sepa Usted que la conducta de la inasistencia al trabajo sin la debida autorización o causa justificada es constitutiva de una falta disciplinaria. Los hechos mencionados constan debidamente documentados.

No obstante lo anterior, la Dirección de esta Empresa insta que Justifique dichas ausencias al trabajo en plazo de 24 horas.

Por todo ello, esta Empresa queda a la espera de su respuesta ya que de lo contrario dicha conducta podría ser constitutiva de una falta disciplinaria."

Ni siquiera Usted ha cambiado de actitud después de haber recibido dicho escrito, habiéndole dado la empresa margen de tiempo suficiente para que recapitara y recondujera la situación. Lejos de un cambio de actitud, Usted ha continuado faltando al trabajo.

Por lo expuesto y con independencia de que hubiera solicitado a la empresa la extinción indemnizada de su contrato, la misma no es automática, sino que debe ser la empresa la que la reconozca y la conceda, por lo que hasta recibir una respuesta de la empresa debía seguir acudiendo a su trabajo. Era su obligación continuar

realizando su jornada laboral dado que esta empresa no llevó a cabo la reducción de jornada, y sus ausencias en el trabajo perjudicaron el servicio que debía de prestar esta empresa.

Sepa Usted que dichos hechos se encuentran debidamente documentados, por lo que esta empresa está en disposición de probar sus faltas de asistencia a su jornada laboral.

Tales hechos son constitutivos de una FALTA MUY GRAVE sancionable con la suspensión de empleo y sueldo de 30 a 60 días e incluso la extinción de su contrato de trabajo, al amparo del [artículo 54.2 a\) del Estatuto de los Trabajadores \(LA LEY 16117/2015\)](#), en relación con el artículo 43, apartado 1, correspondiente a faltas muy graves previstas en el Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios.

Dada la gravedad de los hechos y la falta de intención de trabajar, la Dirección de esta empresa ha decidido imponerle la máxima de las sanciones, consistente en el despido disciplinario, por la inasistencia al trabajo. Asimismo, se le informa que el despido surte sus efectos con fecha 31 de octubre de 2020, fecha a partir de la cual finalizará su relación laboral con esta empresa.

Se adjunta a la presente justificante de haberle efectuado la correspondiente liquidación de haberes pendientes, quedando Usted debidamente saldado y sin nada que reclamar a esta empresa.

Lamentando la decisión que ha adoptada por la Dirección de la Empresa, reciba un cordial saludo."

TERCERO.- En dicha sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Estimar la demanda interpuesta por D. Borja contra BPXPORT XXI S.L.U, y declarando conforme a derecho la extinción de la relación laboral efectuada el día 1-10-20, condenar a la empresa a abonar al trabajador la indemnización de 1.728,53 €, dejando imprejuzgada la acción de despido contenida en la demanda acumulada."

CUARTO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, BPXPORT XXI, S.L., siendo impugnado por la parte contraria, D. Borja, así como por el Ministerio Fiscal, pasándose los autos a la Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen del debate.

La sentencia de instancia estima la demanda formulada por el actor en la que solicitaba la validación de la extinción de la relación laboral con derecho a una indemnización de 20 días por año trabajado, al entender que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, notificada el día 16-9-20 y con efectos a día 1-10-20, suponía una reducción de la jornada del 77,28 % al 51,21 % con horario partido, que legitimaba la misma.

La sentencia declara conforme a derecho la referida extinción de la relación laboral, condenando a la empresa, BPXPORT XXI SLU a abonar al trabajador la indemnización de 1.728,53 euros. Considera probado que la reducción de horario no fue del 77,28 % al 69,34 %, sino del 77,28 % al 51,21 %, con horario partido y además también que la empresa notificó personalmente la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, con comunicación paralela por " *whatsapp*" y, en cambio, omitió estos canales -remitiendo burofaxes a Logroño- cuando le interesó dejar sin efecto la modificación, o cuando requirió al actor para que justificase las ausencias, o el propio despido.

Partiendo de tales datos declara que se produjo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que suponía una reducción de un tercio de la prestación laboral y de su correspondiente retribución, lo que perjudicaba claramente al trabajador en los términos establecidos en el [artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores \(LA LEY 16117/2015\)](#) -en adelante, [ET \(LA LEY 16117/2015\)](#)-.

Frente a esta resolución se alza la empresa demandada, BPXPORT XXI SLU en dos motivos.

En el motivo primero, con adecuado amparo procesal en el apartado b) del [artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#) -en adelante, LRJS-, insta la revisión del relato fáctico de la sentencia recurrida y en el motivo segundo, con base en el apartado c) del mismo [artículo 193 LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#), denuncia la infracción del [artículo 41.3 ET \(LA LEY 16117/2015\)](#) y de la jurisprudencia que lo interpreta.

El recurso ha sido impugnado de contrario por el trabajador.

SEGUNDO.- Revisión fáctica.

La revisión fáctica que solicita afecta al hecho probado segundo par el que propone la siguiente redacción alternativa: *"El día 16-9-20 la empresa comunicó personalmente al trabajador la desafección del ERTE por Covid?19 con efectos del día 1-10-20, así como la siguiente modificación sustancial de las condiciones de trabajo, -69,34 %-:*

"En Solares, a 16 de septiembre de 2020 Estimado/a trabajador/a: Por medio de la presente, le comunicamos que, con el fin de lograr una mejor organización del servicio que contribuya a mejorar la eficiencia de la gestión que lleva esta empresa, la Dirección de BPXPORT XXI, SLU ha decidido, en aplicación de lo dispuesto en el [artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores \(LA LEY 16117/2015\)](#) , reducir su actual jornada de trabajo, que es de un 77.28% a 69.34%, por causas organizativas y productivas por motivo de la actual situación derivada del Covid-19 y las medidas acordadas por las autoridades gubernativas, a partir del próximo 1 de octubre de 2020, en los términos que se exponen a continuación. Las razones que motivan su reducción de jornada son estrictamente organizativas y productivas del servicio que se presta en el polideportivo de Solares. En concreto, su calendario y horario de trabajo que realmente ejecuta, es conforme a las necesidades del servicio que esta empresa presta para el Ayuntamiento Solares. Es decir, no existe ninguna hora adicional de servicio que se le pueda ofrecer dentro de las posibilidades de esta empresa, para que Usted pueda mantener la jornada del 77.28% actualmente. Ante esta situación, la Dirección de esta empresa se ve en la necesidad de reducir su porcentaje de jornada en los términos expuestos. Por lo expuesto, las razones que motivan la decisión de esta Empresa en llevar a cabo en estos momentos su reducción de jornada, se basan exclusivamente en razones organizativas y productivas del servicio que se han detallado, con el objetivo de conseguir una mayor adecuación de la empresa a las necesidades del servicio, permitiendo una mejor optimización de sus recursos productivos, y lograr así una mayor eficiencia y más adecuado rendimiento de la organización empresarial. Y es que en base al [artículo 41.1 a \) y 41.3 del Estatuto de los trabajadores \(LA LEY 16117/2015\)](#) , el empresario puede acordar directamente modificaciones de carácter individual, sin otra exigencia que notificar su decisión al trabajador o trabajadores afectados y a los representantes legales y siempre que exista causa que justifique la modificación propuesta, como es el caso que nos ocupa. Por lo expuesto, se le comunica que a partir del próximo 1 de octubre de 2020 Usted reducirá su jornada, pasando de un 77.28% a un 69.34%, el cual podrá variar según las necesidades del servicio y la actual situación derivada del Covid19. Sin otro particular, y rogándole firme un ejemplar a efectos de recibí y constancia, reciba un cordial saludo." (F. 82, 83 y 115)."

Lo que pretende es eliminar la mención del horario que no aparece en la comunicación que dirige la empresa el 16 de septiembre y corregir el porcentaje resultante de la reducción. Para ello cita la comunicación de la empresa del día 16 de septiembre, en la que se indica una reducción de jornada del 77,28% al 69,34%, sin mención alguna al horario y el documento

unido al folio núm. 83, que es un documento interno de la empresa, que no se entrega a los trabajadores, en el que se alude al horario hasta el 31/12, pero que además recoge claramente el porcentaje de reducción de jornada.

La pretensión no puede prosperar. Como establece, entre otras, la STS de 17 de marzo de 2020 (Rec. 136/2018 (LA LEY 42942/2020)), la jurisprudencia viene exigiendo una serie de requisitos de cara a la prosperabilidad de las revisiones del relato fáctico de las sentencias de instancia, que son los siguientes: "a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos]. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia" (sentencia del TS de 19 de febrero de 2020, recurso 169/2018 (LA LEY 7744/2020), y las citadas en ella). Además, "la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento de que se trate tiene "una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas" [...] Por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor. En definitiva, no puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador a quo ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario [...] en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente".

Por tanto, de acuerdo con la doctrina unificada, las pruebas que pueden determinar la revisión de los hechos declarados probados han de ser periciales o documentos "que por sí mismos hagan prueba de su contenido", que estén incorporados y que sean fehacientes, esto es, que por su propia eficacia probatoria pongan de manifiesto el error que se denuncia sin necesidad de acudir a presunciones o conjeturas. La documental a la que la parte recurrente alude, en concreto, la propia comunicación empresarial, carece de tal carácter, pues se trata de un documento que ha sido redactado unilateralmente por la propia parte.

De otro lado, se excluye también la posibilidad de que la revisión se base en las mismas pruebas en que aquella se funda, ya ello equivaldría a sustituir la imparcial interpretación del órgano judicial, por la subjetiva apreciación de la parte y este motivo es el que permite excluir la eficacia revisoria del documento que obra unido al folio núm. 83, pues el mismo ha sido expresamente valorado por el magistrado de instancia, tal como consta en el fundamento de derecho tercero.

Por lo tanto, como se aprecia, la revisión del relato fáctico requiere la cita de documental idónea, suficiente o fehaciente y corresponde al órgano de suplicación la facultad de calificar dicha aptitud, si bien sometida a unas reglas como son que no se pueda efectuar una nueva valoración global de la prueba o que, ante documentos de los que se pueda obtener conclusiones contrarias, debe prevalecer la solución dada por el juez de instancia, ya que éste es "órgano soberano para la apreciación de la prueba" (SSTS de 10-3-1994 y STC 44/89, de 20 de febrero (LA LEY 553/1989)).

Solamente en los casos en los que concurren los referidos requisitos cabe acceder a una revisión fáctica. En el presente caso, se alude a la errónea interpretación de las pruebas que han sido expresamente valoradas y consideradas, en adecuada forma, por el Magistrado de instancia. Ello impide la prosperabilidad del motivo, pues no es posible basar un motivo de revisión fáctica en la misma documental en la que se ha basado el Magistrado que ha conocido del litigio en la fase de instancia.

Es conveniente recordar que el orden jurisdiccional social carece de doble instancia. A diferencia de otros órdenes, como ocurre en el civil, en el que las sentencias son recurribles en apelación, en el orden social rige un procedimiento de instancia única y recurso extraordinario de suplicación y casación.

La naturaleza extraordinaria del recurso, determina que el conocimiento del Tribunal "*ad quem*", sea limitado. El recurso solo puede interponerse por los motivos taxativamente establecidos por la ley y su objeto no es la cuestión de fondo, sino la sentencia de instancia.

De este modo, en el proceso social hay una única valoración de toda la prueba. Es el Magistrado del Juzgado de lo Social quien efectúa la valoración del conjunto de la prueba y dicta la correspondiente sentencia. Si se recurre en suplicación, el Tribunal Superior de Justicia no efectúa una nueva valoración de la prueba, con la salvedad de que se legue alguna cuestión, como la incompetencia de jurisdicción, que afecta al orden público procesal.

Por tanto, el objeto del recurso es limitado y se ciñe a examinar la concurrencia de defectos procedimentales determinantes de nulidad, según lo dispuesto en el [art. 193.a\) LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#); la corrección probatoria de la sentencia de instancia, en función de dos únicos medios de prueba, que son la documental fehaciente y la prueba pericial, de conformidad con

lo dispuesto en el [art. 193.b\) LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) o a examinar las posibles infracciones jurídicas de la sentencia de instancia, conforme a lo establecido en el [art. 193.c\) LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#).

Como se apuntó, la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación determina que la valoración de los medios probatorios corresponda, prácticamente en exclusiva, al Magistrado que conoce del litigio en la fase de instancia. De este modo, como recoge la STS de 15-11-2008, la valoración de la prueba es un cometido exclusivo del Juez o Tribunal que conoció del juicio en la instancia, a quien además le corresponde la determinación de los hechos acreditados, debiendo efectuar dicha valoración libremente, apreciando toda la prueba en su conjunto sin otras limitaciones que las derivadas de la "sana crítica", esto es, sin llegar a conclusiones totalmente ilógicas o absurdas.

La libre facultad del juzgador para valorar la prueba con arreglo a la "sana crítica", únicamente, se ve limitada por las reglas legales de valoración establecidas para pruebas concretas y debe efectuarse de conformidad con lo dispuesto en el apartado segundo del [art. 97 LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#), esto es, de forma conjunta.

De este modo, en el presente caso, no cabe estimar la pretensión de la parte recurrente. A diferencia de lo que se sostiene en el escrito de recurso, el Magistrado ha efectuado una valoración de la totalidad de la prueba practicada, plasmando a lo largo del relato fáctico, en concreto en el hecho probado segundo, el resultado de la valoración de la prueba la documental (documento obrante al folio núm. 83 junto a la comunicación empresarial y a la restante prueba practicada).

Dichas conclusiones han de mantenerse pues, como se ha dicho, la valoración de las pruebas practicadas, corresponde al Juzgador de instancia y, además, en el presente caso, la parte recurrente se limita a impugnar dicha valoración, sin alegar prueba documental fehaciente que permita considerar acreditadas las conclusiones que sostiene.

En definitiva, el relato fáctico permanece inalterado.

TERCERO.- Motivo de infracción jurídica.

En el motivo de infracción jurídica denuncia la vulneración del [artículo 41.3 ET \(LA LEY 16117/2015\)](#) y de la jurisprudencia que lo interpreta, citando la sentencia del TS de 23 de julio de 2020 (Rec. 822/2018 (LA LEY 87819/2020)).

En términos generales, sostiene que no consta probado que la modificación de condiciones de trabajo notificada al trabajador ocasione un perjuicio relevante al mismo, ya que no alcanza al 8%, además de que nunca se llevó a efecto, por lo que no pudo ocasionarle perjuicio efectivo alguno.

El examen de la cuestión planteada en el escrito de recurso exige recordar que efectivamente, en el pronunciamiento del Tribunal Supremo que se cita en el escrito de recurso, se considera que una modificación consistente en la reducción del salario en torno al 5% no supone un perjuicio grave que permita obtener la extinción indemnizada del contrato de trabajo. En concreto, la referida sentencia resume los requisitos que se vienen exigiendo jurisprudencialmente para poder aplicar lo dispuesto en el [artículo 41.3 ET \(LA LEY 16117/2015\)](#), tomando como base el pronunciamiento previo de la STS de 18 octubre de 2016 (Rec. 494/2015 (LA LEY 161315/2016)), de acuerdo con la cual, en términos generales, podría decirse que es necesario que la modificación haya causado un perjuicio al afectado, que además deberá probar tal extremo, sin que sea posible presumir la existencia del perjuicio alegado. Además, añade que es necesario que la modificación operada sea sustancial, ya que ello es consustancial a la existencia de un perjuicio relevante.

Por tanto, *el artículo 41.3 del ET (LA LEY 16117/2015) autoriza a los trabajadores a resolver el contrato siempre que la modificación le provoque un perjuicio relevante, tratando la acción resolutoria de paliar los efectos derivados de una alteración contractual especialmente gravosa para el trabajador. El alcance del concreto perjuicio económico que sufre la persona afectada por la reducción salarial que lleva aparejada la reducción de jornada es relevante, pues no es suficiente con que estemos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino que es necesario que la misma comporte dicho perjuicio adicional* [SSTS 18-10-2016 (Rec. 494/2015 (LA LEY 161315/2016)) y 17-6-2021 (Rec. 180/2019 (LA LEY 87127/2021))], entre otras).

En el presente caso, de acuerdo con el inmodificado relato fáctico, la reducción de jornada que la empresa pretendía imponer al actor alcanzaba el porcentaje del 26,07% y no, como sostiene la parte recurrente, un 7,94%. Como antes indicamos, la valoración judicial de la prueba lleva al Magistrado de instancia a considerar acreditado este concreto extremo, que además adquiere una singular relevancia de cara a la consideración de la efectiva causación del perjuicio especialmente grave que la jurisprudencia exige para activar el mecanismo resolutorio del [artículo 41.3 ET \(LA LEY 16117/2015\)](#).

Desde luego, entendemos que *una reducción de jornada que alcanza un porcentaje superior al 20% y que, lógicamente, lleva aparejada la correlativa reducción salarial, genera un evidente y claro perjuicio grave para el trabajador y es susceptible de habilitar al mismo para obtener la resolución indemnizada de su contrato de trabajo*, tal como la sentencia de instancia declara.

Situados en estos términos, debemos concluir que *estamos ante una modificación de condiciones de trabajo que merece la consideración de sustancial*. La desestimación del motivo de infracción jurídica es una obligada consecuencia de la desestimación de la revisión fáctica interesada. En este sentido, es conveniente recordar que en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de marzo de 2012 (Rec. 119/2010 (LA LEY 34761/2012)) se ha

establecido la doctrina jurisprudencial de que, si resulta "inalterado el relato fáctico impugnado, procede desestimar los recursos cuyo éxito venga ligado al triunfo de la revisión de los hechos que se ha desestimado, cual evidencian la alegaciones y argumentaciones contenidas en el motivo de los recursos dirigido al examen del derecho aplicado".

En definitiva, el motivo de recurso debe ser desestimado, procediendo así la íntegra confirmación de la sentencia de instancia.

CUARTO.- Costas.

Se imponen a la empresa recurrente las costas procesales dimanantes de su recurso en la cuantía de 850 euros -IVA incluido- en concepto de honorarios de la letrada impugnante del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LRSJ.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por BPXPORT XXI, S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Santander, de fecha 14 de mayo de 2021, en el proc. núm. 651/2020, tramitado a instancia de D. Borja frente a BPXPORT KIROL ZERBITZUAK S.L. y BPXPORT XXI, S.L., siendo parte el Ministerio Fiscal y, en consecuencia, confirmamos la sentencia de instancia en su integridad.

Se imponen costas a la empresa recurrente en la cuantía de 850 euros -IVA incluido-, en concepto de honorarios del letrado impugnante del recurso.

Pásense las actuaciones al Sr. Letrado de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito, suscrito por Letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social de Cantabria, dentro del improrrogable plazo de los **diez días** hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, con tantas copias como partes recurridas, y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.

Advertencias legales

Si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia y no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena. Pudiendo sustituir dicha **consignación**

metálico por el aseguramiento mediante 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 que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, deberá acreditar, mediante resguardo entregado en la secretaria 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 del siguiente modo:

a) Si se efectúa en una oficina del BANCO DE SANTANDER se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº 3874 0000 66 0570 21. Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta bancaria (ES55) 0049 3569 92 0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 3874 0000 66 0570 21.

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 régimen 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.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente que la suscribe, en la sala de audiencia de este Tribunal. Doy fe.

DILIGENCIA.- La pongo yo el/la Letrado/a de la Admón. de Justicia, para hacer constar que en la misma fecha se envía copia de la anterior sentencia, a efectos de notificación a la Fiscalía del Tribunal Superior. Doy fe.

OTRA.- Para hacer constar que en el mismo día de su fecha se incluye el original de la precedente resolución, una vez publicado, en el libro de sentencias de esta Sala de lo Social, poniendo en la pieza del recurso y en los autos certificación literal de la misma. Seguidamente se notifica en la oficina judicial a las partes que comparecen, y telemáticamente a la LDA. MARÍA ELENA BONAIL ACUÑA, LDA. MARÍA MARTA ALONSO GONZÁLEZ y MINISTERIO FISCAL copia de la sentencia dictada, de conformidad con lo establecido en los [artículos 56 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#). Doy fe.

De conformidad con lo dispuesto por la [Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales \(LA LEY 19303/2018\)](#) y la [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial \(LA LEY 1694/1985\)](#), los datos contenidos en la presente resolución solamente podrán ser tratados con la finalidad de su notificación y ejecución, así como de tramitación del procedimiento en que se ha dictado. El órgano judicial es el responsable del tratamiento y el Consejo General del Poder Judicial la autoridad de control en materia de protección de datos de naturaleza personal contenidos en ficheros jurisdiccionales.