



**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL
OVIEDO**

SENTENCIA: 01097/2023

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN N° 10
Tfno: 985 22 81 82
Fax: 985 20 06 59
Correo electrónico:
NIG: 33024 44 4 2023 0000038
Equipo/usuario: MGZ
Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000914 /2023

Procedimiento origen: CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000009 /2023
Sobre: CONFLICTO COLECTIVO

RECURRENTE/S D/ña PERFORMANCE SPECIALTY PRODUCTS ASTURIAS, S.L.
ABOGADO/A: ARMANDO DIAZ GARCIA

RECURRIDO/S D/ña: SINDICATO LIDA, COMITÉ DE EMPRESA DE PERFORMANCE SPECIALTY PRODUCTS
ASTURIAS S.L. , UNION GENERAL DE TRABAJADORES UNION REGIONAL DE ASTURIAS
ABOGADO/A: , , DAVID DIEGO RUIZ

Sentencia nº 1097/23

En OVIEDO, a veintiséis de septiembre de dos mil veintitrés.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Iltmos Sres D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO, Presidente, D^a. MARIA VIDAU ARGÜELLES, y D^a. MARIA CRISTINA GARCIA FERNANDEZ, Magistrados, 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

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0000914/2023, formalizado por el Letrado D ARMANDO DÍAZ GARCÍA, en nombre y representación de PERFORMANCE SPECIALTY PRODUCTS ASTURIAS, S.L., contra la sentencia número 70/2023 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Firmado por: MARIA CRISTINA GARCIA
FERNANDEZ
26/09/2023 10:31

Firmado por: MARIA VIDAU ARGUELLES
26/09/2023 13:16

Firmado por: JESUS MARIA MARTIN
MORILLO
27/09/2023 10:22

GIJON en el procedimiento CONFLICTOS COLECTIVOS 0000009/2023, seguidos a instancia de UNION GENERAL DE TRABAJADORES UNION REGIONAL DE ASTURIAS frente a PERFORMANCE SPECIALTY PRODUCTS ASTURIAS, S.L., SINDICATO LIDA, COMITÉ DE EMPRESA DE PERFORMANCE SPECIALTY PRODUCTS ASTURIAS S.L., siendo Magistrada-Ponente la Ilma Sra D^a MARIA CRISTINA GARCIA FERNANDEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: UNION GENERAL DE TRABAJADORES UNION REGIONAL DE ASTURIAS presentó demanda contra PERFORMANCE SPECIALTY PRODUCTS ASTURIAS, S.L., SINDICATO LIDA, COMITÉ DE EMPRESA DE PERFORMANCE SPECIALTY PRODUCTS ASTURIAS S.L., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 70/2023, de fecha diecisiete de abril de dos mil veintitrés.

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

"PRIMERO.- La empresa demandada cuenta en Asturias con unos seiscientos cincuenta trabajadores, trabajando en el turno del departamento de NOMEX unos ciento veinticinco, aproximadamente, ubicado en Tamón. Rige las relaciones laborales el Convenio Colectivo General de la Industria Química.

SEGUNDO.- La empresa demandada aplica una guía orientativa de gestión de equipos operativos para gestionar ausencias de personal en la organización de NOMEX. En la misma se prevé:

"2.2 SEMANAS A DÍAS Y DÍAS DE LIBRE DISPOSICIÓN

2.2.1 A principios de año, deberán fijarse los días a trabajar en las semanas a días tal que queden en todos los turnos como máximo 12 días de libre disposición sin tener en cuenta los días a disfrutar del año anterior.

2.2.2 6 de esos días (equivalentes a 6 jornadas de 8 horas) pueden fijarse (independientemente de que posteriormente surjan imprevistos como bajas o permisos) de antemano, con la antelación que se quiera y quedarán reflejados en el calendario como "Preferentes" con el mismo tratamiento de vacaciones siempre que: En el momento de fijarlos en el calendario NO se baje de mínimos de operación.

Pueden solicitarse días preferentes en el periodo central siempre que se cumplan los requisitos de no bajar de mínimos de operación.

2.2.3 Los otros 6 días restantes de libre disposición se considerarán días solicitados, estarán condicionados a la situación del turno (bajas o permisos), plan de producción (1-2 líneas, entrenamientos críticos, etc). y sólo se podrán confirmar el último día que la persona esté en planta puesto que la situación de planta puede variar en cualquier momento".

2.2.4 Si la aplicación de los apartados 2.2.1, 2.2.2 y 2.2.3 (relativos a contar con 12 días de libre disposición, que 6 de ellos se traten como preferentes, llevasen consigo un aumento de las incidencias en los EEOO ocasionadas por estos motivos, se revisarán de nuevo estos criterios para reducir el riesgo.

.....
2.2.8 Una vez distribuidas las semanas de vacaciones a días, solamente se podrá cambiar un bloque de días de UNA de las semanas a días por un bloque de días equivalentes, en una ÚNICA semana de operación. El bloque puede cubrir al completo una rotación de operación o bien completar el hueco existente en una rotación de operación. En el período al que se cambien estos días, solamente podrá haber dos personas como máximo, que fijen sus vacaciones con esta opción. Este cambio tendría que ser realizado antes del inicio del período central de cada año.

TERCERO.- Con fecha 16 de diciembre la empresa publicó en la aplicación de gestión para empleados una modificación en la guía de gestión de equipos operativos Nomex, como sigue:

ANEXO 2: Apéndice a la gestión de las guías para el año 2023.

El año 2023 será un año atípico en lo que se refiere a gestión de la operación de la planta, motivado esto, por la baja demanda de pedidos y los altos costes energéticos.

Anexonamos los criterios para realizar esta gestión de operación de manera que podamos encajar todas las necesidades, tanto las de producción como las de personal.

-.....
-Los 12 días de libre disposición se deben marcar en periodos de no operación. Se repartirán como cada turno considere adecuado asegurando cada una de las personas a finales de Junio tendrán como máximo 6 días de libre disposición para consumir en la 2º parte del año.

CUARTO.- El 28 de diciembre de 2022 se celebró entre las partes, acto de mediación en el SASEC, que terminó con el resultado de SIN AVENENCIA."

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

"Que estimando la demanda presentada por UGT frente a PERFORMANCE SPECIALITY PRODUCTS ASTURIAS, debo declarar y declaro la nulidad de la decisión unilateral adoptada por la empresa de modificar el régimen de disfrute de los días de

libre disposición, reponiendo a los trabajadores en las condiciones de disfrute establecidas en el en el punto 2.2 de la guía de gestión de equipos operativos Nomex previa a su modificación, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a adoptar las medidas necesarias para su efectividad."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por PERFORMANCE SPECIALTY PRODUCTS ASTURIAS, S.L. 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 fecha 19 de julio de 2023.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 14 de septiembre de 2023 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.- La sentencia de instancia estimó la demanda y declaro la nulidad de la decisión unilateral adoptada por la empresa de modificar el régimen de disfrute de los días de libre disposición, reponiendo a los trabajadores en las condiciones de disfrute establecidas en el en el punto 2.2 de la Guía de gestión de equipos operativos Nomex previa a su modificación, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a adoptar las medidas necesarias para su efectividad.

Recorre en suplicación Performance Speciality Products Asturias S.L. al amparo del artículo 193.c) de la LJS alegando la infracción de los artículos 41.1 y 4 del Estatuto de los trabajadores en relación con el artículo 28.5 del convenio colectivo de la Industria Química, y de la jurisprudencia sobre la condición más beneficiosa, por todas, las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 25 de julio de 2007(rec. N° 3115/2006), y de 20 de mayo de 2002(rec. n° 1235/2001). Razona que no se trata de una modificación sustancial sino de una modificación accidental en base a los hechos probados 2° y 3° de la sentencia, entendiendo ésta que se trata de una mejora de las condiciones laborales, cuestión de la que discrepa la recurrente al amparo de la jurisprudencia que cita.

Entiende que la Guía, en su apartado 2.2.2 establece los días de libre disposición con la limitación de que se cumplan los mínimos de operación, lo que les priva de la característica de condición más beneficiosa; no puede ni debe entenderse una voluntad empresarial de atribuir a los trabajadores de NOMEX, una facultad inequívoca y absoluta de decidir cuándo pueden disfrutar de los días de libre disposición, pues la misma queda limitada, cuanto menos, por los períodos de baja operación. Por ello el empresario está amparado en el ius variandi para establecer que los días de libre disposición se disfruten en periodos de no operación como hizo la Guía para el año 2023. A ello añade que en materia de vacaciones, no existe la condición más beneficiosa como razona la jurisprudencia, siendo de planificación anual y con un ámbito temporal limitado, no siendo concesiones que por su reiteración y repetición, se incorporan a la relación contractual, sin que pueda fijarse ni extenderse una condición más beneficiosa, más allá de los límites fijados por la voluntad de las partes, que, en este caso, es anual. Se refiere también a que no se trata de una modificación sustancial acudiendo a la jurisprudencia de la que cita las sentencias de 3 de abril de 2018(rec.106/2017), de 22 de enero de 2013(rec. 290/2011) y de 29 de noviembre de 2017(rec. 23/2017), sino una modificación accidental porque no afecta al horario de trabajo, ni a la jornada, ni a la distribución del tiempo de trabajo, ni al régimen de trabajo a turnos, ni al sistema de remuneración y cuantía salarial, ni al sistema de rendimiento y trabajo, ni a las funciones.

Suplica la estimación del recurso de suplicación declarando que la medida adoptada por la empresa no es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Lo impugna el sindicato actor UGT en base a lo razonado en la sentencia sobre la valoración de las condiciones establecidas en la Guía que se modificó para el año 2023, que limita el disfrute de los días de libre designación a los días de no operación, siendo la Guía una norma que rige el disfrute de esos días elaborada por la empresa, que puede ser revisable, lo que no excluye su naturaleza de mejora. Niega que se trate de una medida accidental porque los 12 días de libre disposición sólo pueden disfrutarse en días de no operación y 6 de ellos se deben disfrutar en el segundo semestre del año, con lo que se elimina la posibilidad de elección de las fechas no sólo de 6 de los días sino de los 12. Añade que la alteración unilateral de la libre elección por los trabajadores de las fechas de disfrute de las vacaciones es considerada una condición más beneficiosa, si se acredita, y su alteración requiere de un procedimiento de MSCT en los términos establecidos en el art.41 del E.T. Así lo ha

dispuesto el TS en sentencia núm. 1/2020 de 7 enero, confirmando la Sentencia de la sala de lo social del TSJ de Andalucía (Málaga) en Sentencia núm. 538/2017 de 22 marzo, suplicando la desestimación del recurso de suplicación.

SEGUNDO.- En relación con la censura realizada se hace preciso recordar que el recurso de suplicación no es una apelación o segunda instancia, sino un recurso extraordinario sujeto a motivos tasados de suerte que, en relación con los basados en el apartado c) del Art. 193 de la LRJS, que se destinan a la impugnación del fallo por error in iudicando, el recurrente tiene la carga de: a) citar debidamente el precepto o preceptos sustantivos y en su caso la jurisprudencia que, a su juicio, han sido vulnerados por el fallo de la sentencia, articulando motivos separados para cada precepto o grupo de preceptos que guarden unidad temática; b) y además razonar la pertinencia y fundamentación de los motivos (Art. 196.2 de la LRJS), lo cual exige argumentar la conexión entre el contenido normativo de las normas o jurisprudencia citadas y el litigio, mostrando cómo su correcta aplicación debería haber llevado a dar distinta solución al debate. Incluso declara la jurisprudencia que no basta que el recurso cite la disposición legal conculcada si contiene diversos artículos, sino que es preciso que se señale el específico precepto que se entiende vulnerado, y si el precepto contiene varios apartados resulta igualmente indispensable señalar expresamente cuál de ellos se reputa infringido. La invocación de la jurisprudencia se refiere al concepto estricto, entendiendo que la producen sólo dos sentencias del Tribunal Supremo con fallo reiterado, o una en unificación de doctrina, lo que priva de esa naturaleza a las sentencia de las salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia. Puede admitirse el amparo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero debe unirse al precepto de la Constitución interpretado. Si se exige que la jurisprudencia invocada como único motivo, sea actualizada.

Así mismo es de destacar que la respuesta a la crítica jurídica exige partir del relato fáctico de la sentencia combatida, lo que supone que no pueden ser tenidos en cuenta hechos o datos fácticos que alegados por la parte recurrente en el motivo, no se encuentran sin embargo incluidos entre los que se declaran probados por el Juzgador de instancia en dicho relato fáctico, y que por lo tanto no pueden tener trascendencia alguna a los fines del recurso, siendo al Juez de instancia (cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral) a quien corresponde apreciar los elementos de convicción para establecer la verdad procesal, intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y

según las reglas de la sana crítica, la prueba practicada en Autos conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la LJS, en relación con el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, siendo el recurso de Suplicación de carácter extraordinario, el Tribunal Superior no está facultado para efectuar una nueva ponderación de la prueba practicada, sino que su labor procesal se restringe a realizar un control de legalidad de la Sentencia de instancia recurrida, en la medida que le sea pedido, y sólo de excepcional manera puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas; facultad reservada para cuando se ponga de manifiesto, de manera patente y evidente, que el Juzgador ha cometido un error en la valoración de la prueba practicada o cuando los razonamientos que le han llevado a éste a su conclusión fáctica carezcan de la más elemental lógica, premisas jurídicas que no acontecen en el presente supuesto, al haber sido ejercitada la soberana facultad de valoración de la totalidad de la prueba que recae en el órgano judicial en la instancia con corrección y dentro de las pautas que el ordenamiento jurídico le exige para cumplir con la misión que tienen encomendada.

El recurso de suplicación argumenta que no se trata de una condición más beneficiosa el disfrute establecido en la Guía para los días de libre disposición porque está sometida la elección a que no se baje de los mínimos de operación, ni es una modificación sustancial sino accidental porque no afecta a las condiciones fundamentales de la relación laboral y es temporal.

La jurisprudencia requiere, para que pueda hablarse de condición más beneficiosa, que *"ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión (sentencia de 16 de septiembre de 1992, 20 de diciembre de 1993, 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996), de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual "en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho" (sentencias de 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996) y se pruebe, en fin, "la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo" (sentencia de 25 de enero, 31 de mayo y 8 de julio de 1996)"*.

Como sostienen sentencias posteriores que acogen esta valoración (Ss TS de 12 de julio de 2011(r. 4568/2010) y 29 de marzo de 2000(r. 3590/1999) y de 7 de enero de 2020(r. para la unificación de doctrina nº 2162/2017):

"La doctrina de esta Sala es concluyente en el sentido de entender que reconocida una condición más beneficiosa esta condición se incorpora al nexo contractual y ello impide poder extraerlo del mismo por decisión del empresario, pues la condición en cuanto tal es calificable como un acuerdo contractual tácito (art. 3.1.c)ET) y por lo tanto mantiene su vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable siendo de aplicación en el caso las previsiones del art. 1091 del CC acerca de la fuerza de obligar de los contratos y el art. 1256 CC acerca de la imposibilidad de modificar de forma unilateral. En este sentido se ha pronunciado de forma reiterada esta Sala en diversas sentencias entre las que pueden citarse como más recientes las SSTs de 29-3-2000, 21-11-2006 y 12-5-2008."

La sentencia de 4 de abril de 2007(r. para la unificación de doctrina nº 5/2006) resumió la doctrina:" ...para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual "en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho" y se pruebe, en fin, "la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo"...

Conforme a doctrina jurisprudencial consolidada, la condición más beneficiosa no puede confundirse con las situaciones de mera tolerancia o liberalidad empresarial, por muy duraderas que éstas se presenten en el tiempo. Para que el beneficio ingrese en el patrimonio jurídico del trabajador no basta- la persistencia o repetición en su disfrute; es preciso, que la ventaja concedida responda inequívocamente a la voluntad empresarial de mejorar lo dispuesto en las normas legales y/o convencionales.

Aunque el objeto de debate se refiere a los días de libre disposición, a la vista del argumento del recurso de que no cabe entender que existe condición más beneficiosa cuando se trate de vacaciones, debe desestimarse el mismo en cuanto la jurisprudencia, por todas las sentencia dictada el 7 de enero de 2020 (rcud nº 2162/2017) califica como condición más beneficiosa la práctica sobre la fecha del disfrute de las vacaciones.

El convenio colectivo de la Industria Química de 7 de julio de 2021, establece en su artículo 46, la Bolsa individual de tiempo disponible conformada por todas las horas de descanso obligatorio, ya derivadas de la recuperación ya por compensación de horas flexibles, extraordinarias o prolongaciones de jornada, y permite el pacto con la empresa sobre el reconocimiento de los días de libre disposición que forman parte de esta bolsa en cuanto horas que se pueden disfrutar mediante acuerdo con la empresa y en su defecto, en la fecha elegida por el trabajador con un preaviso de 7 días. No establece otra norma sobre el número de días de libre disposición ni su disfrute.

Por otro lado, el artículo 49 del convenio colectivo se refiere a las vacaciones y su régimen.

Es la empresa recurrente quien en la Guía orientativa de la gestión de los equipos operativos en relación con la ausencias del personal, reconoce 12 días de libre disposición como máximo, al año, que se fijan a principios del periodo, de los cuales 6, calificados como preferentes, con el mismo tratamiento que las vacaciones, son elegidos por los trabajadores respetando que no se bajen los mínimos de operación; los 6 restantes están condicionados a la situación del turno, plan de producción, etc. La Guía data de antes del 10 de octubre de 2017, visto que en el epígrafe 41 del expediente, que es la Guía que incluye la modificación para el año 2023, se incluye una referencia sobre las fechas de las modificaciones, siendo la primera la del 10 de octubre de 2017 y ni esa ni las siguientes afectaron a los apartados que aquí se discuten del artículo 2.2.

Por tanto es la recurrente quien reconoció a los trabajadores, con voluntad de permanencia, esos días y en esas condiciones, frente al silencio del convenio colectivo, del que resulta en la regulación sobre la jornada, flexibilidad horaria, trabajo en fines de semana, etc una prevalencia del acuerdo entre empresa y los representantes de los trabajadores o con el trabajador individual, de forma que la Guía sólo puede calificarse como mejora de las condiciones de trabajo que se incorporan a la relación laboral, teniendo en cuenta que las razones contenidas en el recurso se limitan a la invocación de dos sentencias para negar que se trate de una condición más beneficiosa, cuando ya se examinó en esta resolución los pronunciamientos de la jurisprudencia más reciente que no es contradictoria con la invocada. En todo caso, el objeto del procedimiento es la omisión del trámite para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

TERCERO.- El artículo 41 del Estatuto de los trabajadores regula las modificaciones sustanciales cuando concurren

probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y , establece en el apartado 1 las materias cuya modificación se considera sustancial, entre las que figura el horario y distribución del tiempo de trabajo, si bien es claro que no se trata de una enumeración exhaustiva sino ejemplificativo como reconoce la jurisprudencia; requiere una negociación colectiva y la debida notificación. El artículo 41.4 del mismo cuerpo legal establece el procedimiento de negociación.

La jurisprudencia entiende por modificación sustancial de las condiciones de trabajo aquéllas medidas 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 "ius variandi" 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 ").

La sentencia invocada en el recurso de suplicación dictada por el Tribunal Supremo el 29 de noviembre de 2017(r. 23/2017), acude a la jurisprudencia para delimitar el concepto

de modificación sustancial y razona: "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 "ius variandi" 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.

B) En esas sentencias 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 versee, 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.

C) Modificaciones sustanciales son aquellas de tal naturaleza que alteran y transforman los aspectos fundamentales de la relación laboral, en términos tales que pasan a ser otros de modo notorio.

D) El supuesto del artículo 41 ET, en suma, solo contempla los casos en que la MSCT se produce por iniciativa unilateral de la empresa pero al amparo de causas determinadas. "La norma facilita, entonces, el ajuste racional de las estructuras productivas a las sobrevenidas circunstancias del mercado, fruto de la variable situación económica, con el objetivo de procurar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción, atendiendo así a fines constitucionalmente legítimos, como son garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE), mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo (art.40.1 de la Constitución Española) así como la libertad de empresa y

la defensa de la productividad (art. 38 CE)", por asumir los términos de la STC 8/2015, de 22 de enero."

La recurrente niega que se trate de circunstancias laborales cuya modificación pueda calificarse de sustancial porque no figuran en el enunciado del artículo 41 del Estatuto de los trabajadores, razón que no puede estimarse no sólo porque es una cuestión nueva y porque es pacífica la jurisprudencia que entiende que se trata de una relación a título de ejemplo, sino porque la disposición legal incluye la distribución del tiempo de trabajo de la que forma parte el tiempo de descanso.

Como razona la sentencia sobre los hechos que se declaran probados y que no se discuten en el recurso, la Guía establecía 12 días de libre disposición de los que diferencia dos grupos: 6, calificados como preferentes y asimilados a las vacaciones, son de libre elección por el trabajador con el único límite de que no se bajen los mínimos de operación, y otros 6 condicionados a diversas circunstancias que suponen mayor limitación, siendo en todo caso su disfrute anual sin predeterminación del periodo.

Para el año 2023 se equiparan todos los días de libre disposición y deben disfrutarse en periodos de no operación, situación distinta del respeto a los mínimos de operación que en todo caso afectaban a la mitad de los días. A ello se añade que 6 de ellos deben consumirse en un periodo concreto, la segunda parte del año. Con ello se modifica de una de las condiciones de trabajo previstas en la disposición legal y que afecta al tiempo de descanso, de forma unilateral por la empresa, aunque sea con carácter temporal.

La ponderación de las circunstancias concurrentes, previstas en el artículo 41 del Estatuto de los trabajadores, y que no resultan probadas, como también razona la sentencia, deben ser planteadas en el proceso negociador previsto en el artículo 41.4 del Estatuto de los trabajadores y 28.5 del convenio colectivo de la Industria Química, ambos alegados como infringidos en el recurso.

Por todo ello se desestima el recurso de suplicación, imponiendo las costas a la recurrente conforme con el artículo 235 de la LJS.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

F A L L A M O S

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de PERFORMANCE SPECILTY PRODUCTS ASTURIAS S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, dictada el 17 de abril de 2023, en los autos nº 9/2023 seguidos a su instancia contra, sobre conflicto colectivo, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

Dese a los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir el destino legal, y con imposición a la recurrente de las costas del presente recurso, entre las que se incluyen los honorarios del letrado de la parte recurrida e impugnante en la cuantía de 500 euros más IVA.

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 dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercibimientos en él contenidos.

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €)**, estando exento el recurrente que: fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguidos de otros 6: los cuatro primeros conforman el nº de rollo -empezando por ceros si es preciso-, y después otros 2, que corresponden a las dos últimas cifras del año del rollo. Es obligado indicar en el campo concepto: **"37 Social Casación Ley 36-2011"**.

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo

imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho, y rellenar al campo concepto aludido.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta, se deberá especificar un ingreso por cada concepto, cuando obedezcan a otros recursos de la misma o distinta clase, debe contar -en el campo de observaciones- la fecha de la resolución recurrida el formato dd/mm/aaaa.

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

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.