



SENTENCIA nº 161/18

En Málaga a 18 de mayo de 2018

Vistos por el Ilmo. Sr. D. JOSÉ ENRIQUE MEDINA CASTILLO, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social número 2 de Málaga y su provincia, los autos de juicio nº 147/2018, seguidos a instancias de [redacted] asistido por el Letrado D. Victor Jesus Ramos Muñoz de Toro, contra BCM GESTION DE SERVICIOS, S.L. representado por el Graduado Social D. Manuel A. Navarro Maldonado, el AYUNTAMIENTO DE MALAGA, representado por el Letrado D. Juan Manuel Fernández Martínez, versando el proceso sobre Modificación sustancial de condiciones de trabajo y derechos fundamentales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora presentó demanda de MODIFICACION SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO Y DERECHOS FUNDAMENTALES contra la demandada que fue registrada en el Decanato, correspondiendo por reparto a este juzgado que la admitió a trámite, señalando el juicio oral para el día 10 de mayo de 2018. Llegada esta fecha se celebró el acto oral del juicio con el resultado que consta en el acta levantada.

SEGUNDO.- En los presentes autos se han cumplido todas las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- [redacted] con [redacted] presta servicios para la demandada BCM Gestión de Servicios, S.L. desde el 17/08/2013, con la categoría profesional de Técnico de Apoyo Participación, a jornada completa y por tiempo indefinido (f. 54 y ss.).

SEGUNDO.- El salario percibido asciende a la suma de 1.214,83 € mensuales, incluido el prorrateo de gratificaciones extraordinarias.

TERCERO.- La demandada BCM Gestión de Servicios, S.L. (en adelante BCM) realiza funciones de apoyo técnico al Ayuntamiento de Málaga conforme a las condiciones técnicas establecidas en el pliego correspondiente al objeto de la contratación con el Ayuntamiento de Málaga que obran incorporados a los folios 67 y ss. T. I de los autos, que se dan por reproducidos en aras a la brevedad.

CUARTO.- Las funciones que realiza el actor en el marco de las tareas contratadas

Table with 4 columns: FIRMADO POR, ID. FIRMA, FECHA, PÁGINA. Rows include Jose Enrique Medina Castillo and Concepcion Hervas del Valle.





son las referidas en el informe de la Inspección de Trabajo obrante a los folios 38 y ss de los autos, que se dan igualmente por reproducidas.

QUINTO.- Entre sus funciones, el actor participaba en la Plataforma Málaga Contesta. Esta plataforma se coordina desde el Negociado de Planificación y Calidad del Área de Participación Ciudadana, con la colaboración de Centro Municipal de Informática del Ayuntamiento de Málaga. Teniendo en cuenta que se trata de una plataforma online existe un equipo, compuesto actualmente por 3 personas del Área de Participación Ciudadana [REDACTED] que pueden realizar las tareas que requiere su revisión y mantenimiento, para los casos de ausencia de alguna de ellas.

SEXTO.- Las funciones realizadas por el actor en dicha Plataforma consistían en revisar si había peticiones en dicha Plataforma y los tramitaba coordinándose con las compañeras antes citada.

SEPTIMO.- El actor estuvo ausente de su trabajo los periodos que se refieren a continuación:

- Desde el 15/11/2017 al 12/12/2017: permiso por paternidad
- Desde el 13/12/2017 al 12/01/2018: periodo vacacional
- Desde el 13/01/2018 al 19/01/2018: permiso retribuido.

OCTAVO.- Durante su ausencia, sus funciones las realizaban sus compañeros técnicos contratados igualmente por BCM, dejando de realizarlas el actor al reducirse el volumen de trabajo generado por la plataforma, que no supera las 2 horas/semanales.

NOVENO.- Con fecha 02/11/2017, el Letrado D. Victor J. Ramos Muñoz de Toro, actuando en representación del actor y de otros 6 compañeros de trabajos (todos ellos trabajadores dados de alta por BCM) interpuso reclamación previa a la vía jurisdiccional laboral interesando su reconocimiento como trabajadores indefinidos del Ayuntamiento de Málaga (f. 296 a 303 T.I.).

DECIMO.- A los folios 204 a 208 del T. I. de los autos, obran incorporadas las actas de supervisión del seguimiento de los servicios contratados por el Ayuntamiento de Málaga y BCM, que se dan por reproducidas en aras a la brevedad.

Actas de fecha 13/07/2017 y 27/10/2017.

DECIMO PRIMERO.- El 08/02/2018 tuvo entrada en el Juzgado Decano la demanda que dio origen a las presentes actuaciones, interesando el dictado de sentencia por la que se declare la nulidad o, subsidiariamente, el carácter injustificado de las modificaciones por no resultar ajustado a derecho y ordene la reposición de su mandante a las condiciones de trabajo previas a la modificación llevada a cabo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos probados han sido obtenidos de la documental obrante en

Código Seguro de verificación: Z0wmJ59tIx156nj1U/mQQg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ENRIQUE MEDINA CASTILLO 18/05/2018 13:35:33	FECHA	21/05/2018
	CONCEPCION HERVAS DEL VALLE 21/05/2018 11:09:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Z0wmJ59tIx156nj1U/mQQg==	PÁGINA 2/11





autos que se ha ido refiriendo en cada uno de los correspondientes ordinales, así como de la testifical propuesta y practicada a instancias del actor en las personas de una directiva del Ayuntamiento codemandado [REDACTED] y una funcionaria municipal [REDACTED] con el resultado que consta en la video-grabación del plenario. Pruebas que han sido valoradas conforme a las reglas del art. 217 LEC y la sana crítica.

Ambas vinieron a ratificar que el actor presta sus servicios en distintas dependencias municipales, estando ubicado, ultimamente (desde el año 2014), en el edificio municipal de Tabacalera, realizando funciones de diseñador gráfico, sin que se hubieran modificado sus funciones esenciales, ya que las funciones que realizaba en la Plataforma Málaga Contesta, eran residuales, puesto que tan sólo le ocupaban unas dos horas semanales, realizándolas cualquiera de sus compañeras de trabajo ante la ausencia del actor. Ausencia que se prolongó desde el 15-11-2017 al 18-01-2018 por las causas referidas en el ordinal fáctico séptimo de la presente resolución.

Se opusieron los demandados a la pretensión actora alegando:

1.- El Ayuntamiento de Málaga.- La excepción de falta de legitimación pasiva y de acción frente a él. Excepciones que han de ser estimadas, ya que la relación contractual del actor es con la codemandada BCM, que es quien ejercita el poder de dirección empresarial, limitándose el Ayuntamiento de Málaga a ser receptor del servicio contratado con BCM, consistente en apoyo técnico al Ayuntamiento de Málaga conforme a las condiciones técnicas establecidas en el pliego correspondiente al objeto de la contratación. Siendo así, los conflictos derivados de tal relación contractual entre el actor y su empleadora han de ventilarse, exclusivamente, frente a la referida mercantil, careciendo de acción el actor frente a la Corporación municipal codemandada.

2.- BCM.- Negó la existencia de la modificación sustancial de condiciones de trabajo denunciada por el trabajador, que tampoco llegó a concretarlas en la demanda, sin que los pequeños cambios producidos en sus funciones (dejar de atender la Plataforma Málaga Contesta) que era meramente residual en el contexto de su jornada de trabajo y funciones, pueda tener la consideración de modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino expresión del ius variandi empresarial.

El Ministerio Fiscal manifestó estar a la prueba que se practicase respecto a la denuncia de vulneración de derechos fundamentales que refería el actor en su demanda.

SEGUNDO.- El objeto de la litis (modificación sustancial de condiciones de trabajo y vulneración de Derechos Fundamentales) lo concreta el actor en dos hechos (contenidos en el tercero y cuarto de la demanda), en los que se decía:

3º) *Que el trabajador ha sido apartado, de manera verbal, de las funciones que desarrollaba en la Plataforma Online "Malagacontesta" para consultas y propuestas por parte de la ciudadanía al Ayuntamiento, comunicándole por correo electrónico la revocación del acceso a la plataforma virtual.*

4º) *Entiende esta parte que la causa de las decisiones adoptadas por el Organismo Público como efectivo empleador se encuentra en las recientes reclamaciones formales presentadas.*

Esta situación de Acoso Laboral mediante la eliminación de funciones, la exclusión del acceso a recursos y la asignación de nuevos cometidos de menor responsabilidad constituye una Vulneración del derecho a la Indemnidad, de específica protección conforme a los términos contenidos en el art. 24 de la Constitución.

Siendo ello así, procede dar respuesta a las pretensiones del actor en el mismo orden

Código Seguro de verificación: 20wmJ59tIx156nj1U/mQQg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ENRIQUE MEDINA CASTILLO 18/05/2018 13:35:33	FECHA	21/05/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/11





que fueron planteadas, ya que, de ser negativa la respuesta a la primera (modificación sustancial de condiciones de trabajo) queda vacía de contenido la alegada vulneración del derecho a la garantía de indemnidad que denuncia igualmente el actor como causa de aquella.

TERCERO.- Acerca de la regulación legal de las modificaciones sustanciales de puestos de trabajo.

I.- El art. 41 del TRET establece la posibilidad de que la empresa pueda acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (individuales o colectivas), entre otras, las que afecten a la jornada, el horario, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración, de trabajo y rendimiento, y de funciones, pero siempre y cuando se acredite que existen razones técnicas, económicas, organizativas o de producción que las justifiquen. Es decir, la norma considera modificaciones sustanciales de trabajo todas aquellas modificaciones, o cambios objetivos, de la relación laboral, tanto individual como colectiva. Cambios que deben ser de importancia, en cuanto afecten a aspectos esenciales de la relación laboral como el tiempo de trabajo (jornada y horario), el sistema de remuneración o las funciones. Quiere ello decir que aquellas modificaciones funcionales que afectan al contrato de trabajo pero sin repercusión en los aspectos antes referidos de la relación laboral, no pueden tener encaje en el art. 41 TRET, sino en el supuesto de la movilidad funcional a que hace referencia el art. 39 TRET.

El dato referente a la condición que se trata de modificar no es para la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia determinante en orden a establecer el concepto de "modificación sustancial". En efecto, basándose en el hecho de que el término sustancial califica a la modificación y no a la condición (el precepto habla de modificación sustancial y no de modificación de condiciones sustanciales), se afirma que lo que realmente condiciona que la modificación sea sustancial radica en la entidad o importancia de la variación producida en la condición de que se trate, bien sea como dato exclusivo de calificación, bien sea como elemento añadido al del carácter principal de la condición afectada. De aquí que la variación de una misma condición pueda ser calificada como "modificación sustancial" o como "modificación no sustancial" dependiendo de la entidad o importancia de la alteración introducida (sin considerar o considerando, según autores, el dato del carácter principal o accidental de la condición modificada), creándose así dos categorías de modificación. Por eso, teniendo en cuenta, además, el carácter abierto del listado de materias contenido en el precepto, se ha afirmado que en la delimitación del concepto de modificación sustancial que lleva a cabo el precepto "*ni están todas las que son ni son todas las que están*" [STS de 3 de abril de 1.995].

II.- Rechazado el criterio de que el carácter principal de la condición modificada determina el carácter sustancial de la modificación pretendida sobre la misma, el término "modificación sustancial" se convierte así en un concepto jurídico indeterminado cuya concreción lógicamente tendrá que llevarla a cabo el juez caso por caso. En esa labor, la jurisprudencia del Tribunal Supremo a lo más que ha podido llegar, de forma ciertamente poco clarificadora, es al ya clásico y reiterado criterio siguiente: *modificación sustancial es "...aquella de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista ad exemplum del artículo 41.2 ET ,*

Código Seguro de verificación:Z0wmJ59tIx156nj1U/mQQg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ENRIQUE MEDINA CASTILLO 18/05/2018 13:35:33	FECHA	21/05/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/11





pasando a ser otras distintas de modo notorio” [por todas, SSTTS de 3 de diciembre de 1.987, 6 de febrero de 1.995, y 11 de diciembre de 1.997].

Pese a su inevitable imprecisión, de este criterio jurisprudencial pueden, sin embargo, extraerse las siguientes conclusiones:

1. No sólo es determinante la entidad o importancia de la alteración producida sino también la materia afectada [STS de 2 de febrero de 1.994]. Y es que la modificación sustancial, para serlo, debe, al menos, afectar a una condición calificable como principal [artículo 1.203 CC). Como dice el Tribunal Supremo, modificación sustancial es aquella “...que altere y transforme aspectos fundamentales de la relación laboral”. De aquí que, por ejemplo, las variaciones de la técnica o instrumentos a utilizar por el trabajador para ejecutar las funciones por él asumidas en el contrato nunca podrían suponer una modificación sustancial si tal circunstancia de la prestación, como es habitual, no hubiese sido objeto de determinación como condición principal al establecerse el contenido contractual.

2. La exigencia de que el cambio de la condición sea “notorio”, esto es, de que la variación tenga cierta entidad o importancia, deja en la mayor de las indefiniciones el concepto de modificación sustancial. En efecto, en ocasiones no son determinantes para calificar a una concreta modificación como sustancial, aun afectando ésta a condiciones listadas en el precepto, ni siquiera determinadas consecuencias negativas para el trabajador, tales como la mayor onerosidad de la prestación debida, o el desequilibrio que pueda originarse en las recíprocas obligaciones, pues la citada calificación se hace depender del grado de ese desequilibrio o de esa mayor onerosidad. De aquí que, para un sector de la doctrina, la “sustancialidad” de la modificación dependa de las características de la variación desde la triple perspectiva de su *importancia cualitativa, de su alcance temporal y de las eventuales compensaciones por la misma.*

Pero, siendo ello cierto, el dato verdaderamente determinante reside en la importancia cualitativa de la modificación (es decir, en la materia afectada) pues, como se pone de manifiesto al examinar la jurisprudencia, los otros dos datos no pueden determinar la calificación por separado.

3. Por último, la modificación, para calificarse como sustancial, ciertamente no tiene por qué implicar un perjuicio actual en los intereses del trabajador (así se deduce del artículo 41.3 ET, que admite la existencia de modificaciones sustanciales no perjudiciales). Esto no obstante, si de hecho éste se produjese, es evidente que la modificación deberá calificarse como sustancial.

III.- Como es sabido, la movilidad funcional de los trabajadores en el seno de la empresa, ex art. 39 TRET, no tiene otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas y/o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional. De tal modo que, cuando tal cambio funcional se produce sin afectar al contenido de la prestación laboral, no existe obstáculo alguno que impida tal posibilidad a la empresa.

El referido art. 41. 2 TRET manifiesta que se entenderá que concurren las causas que justifican tales modificaciones, cuando su adopción contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

Cuando las modificaciones son de carácter individual, el precepto estatutario no exige la existencia de un trámite previo a su adopción, como si ocurre con las

FIRMADO POR	JOSE ENRIQUE MEDINA CASTILLO 18/05/2018 13:35:33	FECHA	21/05/2018
	CONCEPCION HERVAS DEL VALLE 21/05/2018 11:09:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/11





modificaciones colectivas, a excepción de que han de ser notificadas al trabajador afectado y a sus representantes legales, con al menos una antelación de 15 días a la fecha de su efectividad. Cuando el trabajador muestre su disconformidad con las mismas, podrá optar por la rescisión de su contrato, o impugnar tal decisión ante la jurisdicción competente, tal y como así se prevé en el art. 41. 3. del TRET.

IV.- Por su parte, el art. 138 LRJS, regula el procedimiento a seguir en este tipo de litigios, debiendo la sentencia que ponga término al mismo declarar justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa. En similares términos se expresa el art. 41 TRET, señalando que, caso de declararse injustificada dicha medida, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo (art. 138. 5 LRJS).

V.- En el presente supuesto, las pruebas practicadas vinieron a poner de manifiesto que las funciones realizadas por el trabajador, acordes con su categoría profesional (Técnico de Apoyo) eran de un amplio contenido, constituyendo su función principal el diseño gráfico y, como actividad complementaria, residual, por el escaso tiempo de su jornada que debía dedicar a ello, era la de atender la "Plataforma Málaga Contesta", y consistía en revisar si había peticiones en dicha Plataforma y los tramitaba coordinándose con las compañeras antes citada. Tareas que no las realizaba en exclusiva el trabajador, sino en coordinación con el resto de sus compañeras (un equipo, compuesto por 3 personas del Área de Participación Ciudadana: [redacted] correspondiendo a cada una de ellas realizar las tareas que requerían su revisión y mantenimiento. De tal manera que cualquiera de ellas estaba capacitada para realizarlas, en los casos de ausencias de alguna de ellas.

Atendiendo a la naturaleza residual de tal actividad, que ocupaba tan sólo dos horas semanales, y que el actor no sufrió merma alguna en sus retribuciones, jornada ni condiciones de trabajo, continuando realizando lo que constituía su función principal (diseño gráfico), y a que el encargo de tales tareas a sus compañeras obedecía a que el actor estuvo ausente de su puesto de trabajo desde el 15-11-2017 al 18-01-2018, es lógico que tales funciones fueran desempeñadas por sus compañeras, plenamente capacitadas, como el propio actor, para atender la plataforma on line referida.

Conforme a lo razonado, no se aprecia que la decisión empresarial de apartar al actor de la atención de la referida plataforma on line, sin merma alguna de su jornada de trabajo, retribuciones ni funciones profesionales, constituyera una modificación sustancial de condiciones de trabajo, en tanto no afectaba a ninguno de los contenidos básicos de la prestación laboral a las que se refiere el art. 41 TRET, procede la desestimación de tal pretensión del trabajador, al no apreciarse la existencia de una importancia cualitativa de la modificación (es decir, en la materia afectada), ya que el trabajador continuó realizando, sin merma alguna, sus funciones profesionales esenciales (diseño gráfico y campañas publicitarias), sin modificación de su jornada de trabajo, ni sus retribuciones.

CUARTO.- Acerca de la alegada vulneración de la garantía de indemnidad, ex art.

24 CE.

Código Seguro de verificación: Z0wmJ59tIx156nj1U/mQQg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ENRIQUE MEDINA CASTILLO 18/05/2018 13:35:33	FECHA	21/05/2018
	CONCEPCION HERVAS DEL VALLE 21/05/2018 11:09:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	6/11





I.- Señala el art. 177 LRJS que cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios.

Acción que, como señala el art. 178 LRJS, queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad.

Preceptos que vienen a recoger la experiencia constitucional dictada sobre el particular y que se concreta en la STCo 37/1982, de 16 de junio, al referir que este procedimiento da lugar a un juicio de cognición limitado exclusivamente a la materia relativa a la libertad sindical, lo cual se explica por la prohibición de acumulación con acciones de otra naturaleza o de alegación de fundamentos distintos a la tutela del Derecho Fundamental (SSTS de 18-11-1991. Ar. 8245; 24-01-1996 y 16-12-1996. Ar. 193 y 9710). De tal manera que no pueden ser objeto de esta modalidad procesal especial aquellas cuestiones relativas a la interpretación de la legalidad ordinaria (STS de 24-09-1996. Ar. 6857), limitándose la sentencia que se dicte al examen de si ha existido o no violación de un derecho fundamental sin entrar a enjuiciar la alegación de una posible vulneración de una norma infraconstitucional (SSTS de 18-11-1991. Ar. 8245; 18-05-1992. Ar. 3562; 12-11-1996. Ar. 8557 y 14-01-1997. Ar. 24, entre otras), salvo la importante salvedad de que éstas normas hayan venido a integrar el contenido esencial del derecho fundamental presuntamente lesionado (SSTCo 61/1989, de 3 de abril, y SSTS de 18-05-1992. Ar. 3562 y 21-06-1994. Ar. 6315, entre otras).

Doctrina coherente con el art. 53.2 CE que prevé el amparo constitucional, exclusivamente, para la tutela de los derechos y libertades reconocidas en los arts. 14 a 30 CE, y el art. 41.3 LOTC, al manifestar que “...en el amparo constitucional no podrán hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de las cuales se formuló el recurso”.

II.- Nuestro ordenamiento jurídico, consciente de las dificultades que presenta la prueba de los hechos que motivan las denuncias de vulneración de derechos fundamentales, propicia que las reglas de carga probatoria no estén solamente matizadas por las peculiaridades propias del proceso laboral, o por la concurrencia de una mayor –o por contra, menor– sensibilización judicial, sino que se encuentren expresamente reguladas, mediante pautas de inversión, análogas a las que en la actualidad presiden los procesos de defensa de derechos fundamentales (artículo 181, en relación con el 179.2, de la Ley Procesal Laboral, recogida en la actual LRJS). Precepto que trae causa de la doctrina del Tribunal Constitucional desde la sentencia nº 38/1981, en el sentido de que “...cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental”.

Código Seguro de verificación: Z0wmJ59tIx156nj1U/mQQg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ENRIQUE MEDINA CASTILLO 18/05/2018 13:35:33	FECHA	21/05/2018
	CONCEPCION HERVAS DEL VALLE 21/05/2018 11:09:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/11





Pero para que opere este desplazamiento al demandado del “*onus probandi*” no basta que el actor la tilde de discriminatoria sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o aun sin justificar su licitud se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación–, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (SSTC 55/1983, 104/1987, 166/1988, 114/1989, 135/1989, 135/1990, 197/1990, 21/1992, 7/1993 y 266/1993). Doctrina de la que se hizo eco el legislador en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

III.- Es doctrina constitucional reiterada (SSTC, 21/1992; 266/1993 y 180/1994, entre otras) que la denominada garantía de indemnidad abarca el derecho de cualquier trabajador a no sufrir menoscabo en su situación profesional o económica dentro de la empresa por el ejercicio previo de sus derechos. Doctrina que razona acerca de que “...*el art. 24.1 CE reconoce el derecho de los titulares de derechos e intereses legítimos de acudir a los órganos jurisdiccionales a obtener una decisión fundada en Derecho, esto es, a una prestación que corresponde (proporcionar) al órgano jurisdiccional, de acuerdo con la naturaleza del proceso y la ordenación legal del mismo*” (SSTC 165/1988 y 151/1990). Pero ese derecho no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la *garantía de indemnidad*, y cuyo significado es que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza.

Así vino a reconocerlo el TC extendiendo el ámbito de protección de tal derecho incluso a la realización de actos preparatorios o previos necesarios para el mismo (incluso de intentos de solución extrajudicial de conflictos dirigidos a la evitación del proceso si del mismo se siguen consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (SSTC 55/2004, de 19 de abril, F. 2; 87/2004, de 10 de mayo [RTC 2004, 87], F. 2; 38/2005, de 28 de febrero [RTC 2005, 38], F. 3; 144/2005, de 6 de junio [RTC 2005, 144], F. 3; 16/2006, de 19 de enero [RTC 2006, 16], F. 2; 120/2006, de 24 de abril [RTC 2006, 120], F. 2; o 138/2006, de 8 de mayo [RTC 2006, 138], F. 5).

IV.- En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce, así pues, en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por haberse ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo. Esa garantía, como es sabido, no opera sólo frente al despido, haciéndose extensiva «a cualquier otra medida dirigida a impedir, coartar o represaliar el ejercicio de la tutela judicial» STC 14/1993, de 18 de enero [RTC 1993, 14], F. 2).

Código Seguro de verificación: Z0wmJ59tIx156nj1U/mQQg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ENRIQUE MEDINA CASTILLO 18/05/2018 13:35:33	FECHA	21/05/2018
	CONCEPCION HERVAS DEL VALLE 21/05/2018 11:09:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Z0wmJ59tIx156nj1U/mQQg==	PÁGINA 8/11





Proscripción recogida de forma expresa en el art. 5. c) del Convenio 158 OIT (“Boletín Oficial del Estado” de 29 junio 1985) en cuanto a la imposibilidad de adoptar una medida disciplinaria de despido como respuesta al ejercicio de acción judicial, al excluir de las causas válidas de terminación del contrato. *“El haber planteado una queja o haber participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes”*.

Restricción que se ha hecho extensiva a cualquier otra medida dirigida a impedir, coartar o represaliar el ejercicio de la tutela judicial, y ello por el respeto que merecen el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales, no pudiendo anudarse al ejercicio de uno de estos derechos otra consecuencia que la reparación “in natura” cuando ello sea posible, es decir, siempre que quepa rehabilitar al trabajador perjudicado en la integridad de su derecho (STSJ de Madrid, de 24-6-1999).

Por ello, y como expresa la STSJ de Navarra, de 24-05-1996, “...una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos, de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y nula por contraria a este mismo derecho fundamental (STC 7/1993), ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo (art. 4, núm. 2, ap. G, TRET), mientras que el Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo en su art. 5, ap. c), dispone que *“no podrá darse por terminada la realización de trabajo por haber presentado una queja o un procedimiento contra el empleador por vulneraciones legales, aun las supuestas o que no puedan ser comprobadas finalmente”*.

V.- En el presente supuesto, la inexistencia de la modificación sustancial de condiciones de trabajo denunciada por el actor, deja sin contenido la alegada vulneración de la garantía de indemnidad que, según el trabajador, era la causa determinante de aquella, ya que si no existió tal modificación, existe una evidente ruptura del nexo causal establecido por el actor entre los cambios funcionales y la reclamación realizada el 02/11/2017 por el Letrado D. Victor J. Ramos Muñoz de Toro, actuando en representación del actor y de otros 6 compañeros de trabajos (todos ellos trabajadores dados de alta por BCM) interesando su reconocimiento como trabajadores indefinidos del Ayuntamiento de Málaga, ya que el cambio funcional denunciado (apartarlo de la Plataforma online Málaga Contesta) en fecha que el actor no llegó a concretar en su demanda, coincide temporalmente con sus acreditadas ausencias al trabajo por parte del actor desde el 15-11-2017 al 18-01-2018, ya que la Plataforma on line debía continuar siendo atendida por el resto de sus compañeras habilitadas a tal efecto y así continuaron haciéndolo cuando el trabajador se reintegró a la actividad.

En definitiva, coincidiendo con el Ministerio Fiscal, no se aprecia que tal decisión de la mercantil BCM, que tiene encaje dentro del ius variando empresarial, constituyendo, en su caso, una expresión de la movilidad funcional, ex art. 39 TRET, obedeciera a una reacción vindicativa contra la reclamación previa formulada por el actor el 2-11-2017, ya que tales funciones las continuaron realizando otros compañer@s que también habían realizado idéntica reclamación que el hoy actor.

Código Seguro de verificación: Z0wmJ59tIx156nj1U/mQQg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ENRIQUE MEDINA CASTILLO 18/05/2018 13:35:33	FECHA	21/05/2018
	CONCEPCION HERVAS DEL VALLE 21/05/2018 11:09:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	9/11





QUINTO.- Establece el art. 97. 4 LRJS que al notificarse la Sentencia a las partes habrá de indicarse si contra la misma cabe Recurso alguno.

En el presente caso, al haberse acumulado dos acciones (modificación sustancial y derechos fundamentales) de las cuales, la primera de ellas no tiene acceso al recurso de suplicación, ex art. 138. 6 LRJS, pero si la segunda, procede conceder acceso al recurso de suplicación, exclusivamente en lo referente a la alegada vulneración de la garantía de indemnidad, no respecto a la modificación de condiciones de trabajo por motivos de legalidad ordinaria.

En su virtud, vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que, en la demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo y derechos fundamentales interpuesta por [REDACTED] contra BCM GESTION DE SERVICIOS, S.L. y el AYUNTAMIENTO DE MALAGA, se producen los siguientes pronunciamientos:

I.- Se estiman las excepciones de falta de legitimación pasiva y de acción formuladas por el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, absolviéndolo de las pretensiones deducidas en su contra.

II.- Se desestima la acción de modificación sustancial de condiciones de trabajo denunciada por el trabajador, por inexistente, absolviendo a la empresa BCM GESTION DE SERVICIOS, S.L. de las pretensiones deducidas en su contra.

III.- Se desestima la acción de vulneración de Derechos Fundamentales interpuesta por el actor, absolviendo a BCM GESTION DE SERVICIOS, S.L. de las pretensiones deducidas en su contra.

Notifíquese esta resolución a las partes, con entrega de copia, advirtiéndoseles que contra la misma cabe interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de cinco días hábiles siguientes a la notificación de la presente resolución, mediante escrito, comparecencia, o por simple manifestación ante este Juzgado de lo Social.

Advertir, que el recurso de suplicación cabe interponerlo, exclusivamente, respecto a la acción referida a la vulneración de la garantía de indemnidad, no respecto a la modificación de condiciones de trabajo por motivos de legalidad ordinaria, que es firme, ex art. 138. 6 LRJS.

Así por esta mi sentencia juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, en el mismo día de su fecha, estando celebrando audiencia

Código Seguro de verificación:Z0wmJ59tIx156nj1U/mQQg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ENRIQUE MEDINA CASTILLO 18/05/2018 13:35:33	FECHA	21/05/2018
	CONCEPCION HERVAS DEL VALLE 21/05/2018 11:09:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Z0wmJ59tIx156nj1U/mQQg==	PÁGINA 10/11





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA publica, doy fe.



Código Seguro de verificación: Z0wmJ59tIx156nj1U/mQQg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ENRIQUE MEDINA CASTILLO 18/05/2018 13:35:33	FECHA	21/05/2018
	CONCEPCION HERVAS DEL VALLE 21/05/2018 11:09:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	11/11



Z0wmJ59tIx156nj1U/mQQg==

