



Roj: **STS 2603/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2603**

Id Cendoj: **28079140012020100594**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/07/2020**

Nº de Recurso: **822/2018**

Nº de Resolución: **720/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 822/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 720/2020

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 23 de julio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil HP Health Clubs Iberia, S.A., representada y defendida por la Letrada Sra. Mateo Ruiz, contra la sentencia nº 1126/2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de diciembre de 2017, en el recurso de suplicación nº 887/2017, interpuesto frente a la sentencia nº 431/2016 de 19 de octubre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 20 de Madrid, en los autos nº 256/2016, seguidos a instancia de D. Augusto contra dicha recurrente, sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Augusto, representado y defendido por la Letrada Sra. Lobo Nande.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 19 de octubre de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Estimo la demanda formulada por D. Augusto contra la mercantil HP HEALTH CLUBS IBERIA, S.A., y declaro extinguido a instancia del trabajador el contrato de trabajo de fecha 3 de mayo de 2011 con efectos desde la presente resolución, y la condeno a abonarle una indemnización de 1.889,97 euros".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:



1º.- D. Augusto prestó servicios para la mercantil HP HEALTH CLUBS IBERIA, S.A., en virtud de contrato indefinido de 3 de mayo de 2011, categoría profesional grupo 3, nivel 2, prestando sus servicios como "Gym instructor I", contrato de trabajo a tiempo parcial de 19 horas semanales y salario según convenio (Folios 56 a 60).

2º.- En fecha 5 de junio de 2013 se firma por los representantes de los trabajadores y los de la empresa acta final de periodo de consultas, con acuerdo, en el procedimiento de modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo. El citado acuerdo extiende sus efectos desde el mes de junio de 2013 al de diciembre de 2015, establece una reducción salarial de un 5% y el retraso el pago de las nóminas al día 10 del mes siguiente al del devengo. Se acuerda que los trabajadores cuyo salario base y complemento sea el establecido convencionalmente solo vean aplicada la reducción sobre el resto de conceptos (ejemplo sobre el salario variable). Se establecen cláusulas de recuperación salarial para los trabajadores cuyos centros de trabajo cumplan con los objetivos del EBITDA, o si se cumplen los objetivos del EBITDA del grupo. También se prevé el incremento salarial si la compañía obtuviere un determinado resultado positivo antes de impuestos. Se prevé el derecho de cada trabajador perjudicado a rescindir su contrato con arreglo al art. 41.3 ET. (Folios 79 a 88). D. Augusto no instó la extinción de su contrato (hecho no discutido).

3º.- En fecha 8 de enero de 2016 se firma por los representantes de los trabajadores y los de la empresa acta final de periodo de consultas, con acuerdo, en nuevo procedimiento de modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo iniciado en fecha 4 de diciembre de 2015. El citado acuerdo extiende sus efectos desde el 1 de enero de 2016 al 30 de junio de 2018. Dicho acuerdo, que se da expresamente por reproducido, entre otras medidas establece una reducción salarial de un 5% del salario bruto fijo anual y el retraso el pago de las nóminas al día 10 del mes siguiente al del devengo. Se establecen cláusulas de recuperación salarial con remisión al acuerdo del año 2013 para los trabajadores cuyos centros de trabajo cumplan con los objetivos del EBITDA, o si se cumplen los objetivos del EBITDA de los 9 clubes del grupo. Se establece una mejora en las indemnizaciones por despido objetivo. Se prevé que la empresa recepcionará las solicitudes de extinción contractual que al apareo del presente procedimiento pudieran formular los trabajadores, pero se reserva la facultad de valorar si las mismas tendrían o no encaje en el art. 41.3 ET. (Folios 89 a 107). Se establece una bolsa en virtud de la que trabajadores en determinadas condiciones (divorciados con pensiones alimenticias, abonos de hipoteca etc) pueden solicitar su inclusión para que se le abone la nóminas en el retraso estipulado. Don Cayetano no solicitó su inclusión (testifical). La empresa no ha accedido a ninguna de las solicitudes de extinción formulada por los trabajadores en invocación del art. 41.3 ET (hecho no controvertido).

4º.- La Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 19 de mayo de 2016 en procedimiento de conflicto colectivo, desestimando la demanda en estimación de las excepciones de variación sustancial de la demanda y de falta de legitimación activa (folios 108 a 114).

5º.- D. Augusto acordó con la empresa prestar servicios por las siguientes horas semanales al menos en los siguientes periodos:

-3 mayo de 2011: 19 horas.

-1 de febrero de 2012: 20,50 h.

-1 de febrero de 2013: 20,25 h.

-1 de junio de 2014: 23 h.

-1 de noviembre de 2014: 23 h.

-1 de febrero de 2015: 20 h.

-1 de mayo de 2015: 20 horas.

-1 de febrero de 2016: 16 horas.

-1 de junio de 2016: 6 horas.

(Folios 122 a 129).

6º.- El salario de D. Augusto pasó de ser de 6,72 euros/hora a 6,38 euros hora en virtud del acuerdo del año 2013. Con arreglo al acuerdo de 2016 quedé establecido en 6,41 euros/hora (folios 130 a 134, 182 y testifical).

7º.- En fecha 15 de enero de 2016 D. Augusto comunica a la empresa que no está conforme con la comunicación de la empresa de fecha 14 de enero y que, en virtud del art. 41.3 ET, y alegando grave perjuicio, ha decidido rescindir su contrato con fecha 31 de enero de 2016, solicitando su correspondiente indemnización de 20 días por año trabajado. La empresa contesta en fecha 26 de enero no atendiendo a la petición por no



tener encaje en el art. 41.3 ET ,señalando que la empresa ha adoptado una medida colectiva temporal con el fin de garantizar su viabilidad y los puestos de trabajo de sus empleados. (Folios 204 y 205).

8º.- El salario de don Cayetano a efectos del presente procedimiento es 556,38 euros (folios 62 a 74).

9º.- D. Augusto solicitó a la empresa una excedencia voluntaria con duración de 12 meses comenzando a partir de 30 de junio de 2016. D. Augusto fue dado de baja en la Seguridad Social en la citada fecha. D. Augusto solicita la reincorporación en fecha 30 de septiembre de 2016, siendo denegada por la empresa, que le comunica que debe permanecer en situación de excedencia voluntaria hasta el 29 de junio de 2017, y solicitar su reingreso 15 días antes de la citada fecha. (Folios 199 a 203).

10º.- El Convenio Colectivo de aplicación es el III Convenio Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios (BOE 2 de octubre de 2014).

11º.- En fecha 2 de marzo de 2016 se celebra el preceptivo acto previo de conciliación sin avenencia(folio 14)".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 15 de diciembre de 2017, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por HP HEALTH CLUBS IBERIA, S.A contra la sentencia de fecha 19 de octubre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social número 20 de Madrid, en sus autos número 256/16, seguidos a instancia de D. Augusto frente a la recurrente, en reclamación de resolución de contrato y, en su consecuencia, confirmamos la resolución judicial recurrida. Con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente fijándose los honorarios del letrado de la parte recurrida en quinientos euros".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, la Letrada Sra. Mateo Ruiz, en representación de la mercantil HP Health Clubs Iberia, S.A., mediante escrito de 5 de febrero de 2018, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alegan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de noviembre de 2017 (rec. 996/2017) y de Cataluña de 19 de abril de 2010 (rec. 7956/2009). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 41.3 ET.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 1 de junio de 2018 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 23 de julio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate.

Se discute sobre el derecho a percibir la indemnización legal (art. 41.3 ET) prevista para los supuestos de resolución causal como consecuencia del perjuicio experimentado tras una modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT) que viene a prorrogar la anterior. Ha habido una rebaja retributiva y el trabajador, tras meses soportándola y después de instar la acción resolutoria, solicita una excedencia voluntaria.

1. Hechos litigiosos.

Tanto para valorar la existencia de contradicción entre las sentencias comparadas cuanto para decidir, en su caso, sobre el fondo, aquí resulta muy importante atender a los hechos sobre los que debemos pronunciarnos. Fracasadas las numerosas correcciones interesadas en suplicación, debemos extraer los relevantes de la crónica judicial, ya reproducida más arriba. Ordenados cronológicamente, son los siguientes:

Desde enero de 2011 el actor presta sus servicios para la empresa.

En junio de 2013 la empleadora y la representación legal de los trabajadores (RLT) pactan una MSCT consistente en reducción salarial del 5% y retraso en el pago mensual al día 10 del mes siguiente al del devengo. Hay previsiones sobre posible recuperación salarial, así como reconocimiento del derecho a rescindir el contrato por parte de quien sufra perjuicio (art. 41.3). La MSCT se pacta para el periodo de junio de 2013 a diciembre de 2015.



El 8 de enero de 2016 se pacta una nueva MSCT, con efectos desde ese mes hasta 30 de junio de 2018. Establece una reducción salarial de un 5% del bruto fijo anual y el pago de las nóminas el día 10 del mes siguiente al del devengo, así como diversas cláusulas de recuperación salarial y una mejora en la indemnización por despido objetivo. Respecto de las posibles solicitudes de extinción contractual que puedan surgir como consecuencia de esta MSCT, la empresa se reserva la facultad de valorar si las mismas tienen encaje en el artículo 41.3 ET.

Con fecha 15 de enero de 2016 el actor comunica que no acepta la nueva MSCT y solicita la extinción y correspondiente indemnización.

Al igual que hizo con todas las demás solicitudes, la empresa (mediante escrito de 26 de enero) desestimó la del Sr. Augusto .

El 2 de marzo de 2016 se celebra el preceptivo acto de conciliación preprocesal, sin acuerdo, y el 4 de marzo presenta la demanda que origina las presentes actuaciones.

El Juzgado de lo Social convoca para conciliación y juicio oral para el 19 de mayo de 2016, suspendiendo la convocatoria con posterioridad.

El 30 de junio de 2016 el trabajador pasa a la situación de excedencia voluntaria por doce meses.

El 30 de septiembre de 2016 el trabajador solicita la reincorporación, recordándole la empresa que está en situación de excedencia y que deberá solicitar el reingreso 15 días antes de que finalice

El 14 de octubre de 2016 se celebra el juicio oral.

2. Sentencias recaídas en el procedimiento.

A) Mediante sentencia 431/2016 de 19 de octubre (proc. 256/2016) el Juzgado de lo Social nº 20 de Madrid estima la demanda del trabajador y condena a la empresa a abonarle una indemnización de 1889,97 euros.

Sus núcleos argumentales son los siguientes: 1) No se impugna la MSCT, por lo que la modalidad procesal ordinaria es la adecuada. 2) No hay falta de acción, pues incluso estando suspendido el contrato cabe que se inste la resolución. 3) Que haya aceptado trabajar varios meses bajo la vigencia del primer acuerdo no impide que pueda resolver el contrato cuando se adopta el segundo. 4) La MSCT que afecta al salario comporta un evidente perjuicio, agravado por el hecho de prolongarse la minoración cada vez durante más tiempo. 5) El salario aplicable para calcular la indemnización es el percibido en el momento en que insta la extinción (15 enero 2016).

B) Mediante sentencia 1126/2017 de 15 de diciembre la Sección Primera de la Sala de los Social del TSJ de Madrid desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa (rec. 887/2017). Revisemos sus núcleos argumentales.

No hay falta de acción porque desde la excedencia cabe instar la resolución del contrato, además de que el trabajador la solicitó en enero, meses antes de acceder a la excedencia voluntaria.

El perjuicio es evidente no solo por la minoración retributiva, sino porque se prorroga lo acordado años atrás, sin que ello se desvirtúe porque hubiera aceptado seguir trabajando durante todo el tiempo en que se aplicó la primera MSCT, frustrándose con la segunda sus expectativas de recuperar su salario inicial a partir de enero de 2016.

3. Recurso de casación unificadora y escritos concordantes.

A) Con fecha 5 de febrero de 2018 la Abogada y representante de la empresa formaliza su recurso de casación unificadora, estructurado en dos motivos y soportado en sendas sentencias referenciales.

En el primer motivo sostiene que si en el momento del juicio el contrato de trabajo se halla en situación de excedencia voluntaria, con una mera expectativa de reingreso, no es posible ejercer la acción resolutoria.

En el segundo expone que no puede entenderse concurrente un perjuicio grave, que justifique la indemnización del artículo 41.3 ET, por el hecho de que haya una reducción retributiva.

B) Con fecha 6 de julio de 2018 la Abogada y representante del Sr. Augusto desarrolla su impugnación al recurso.

Descarta que las sentencias comparadas en el primer motivo sean contradictorias, por su diversidad fáctica; argumenta, de manera subsidiaria, en favor de la doctrina que acoge la recurrida.



Combate la doctrina referencial del segundo motivo, porque vacía de contenido la posibilidad del artículo 41.3 ET e invoca la doctrina de la STS 12 junio 2013, conforme a la cual los incumplimientos en materia salarial afectan a la esencia del contrato.

C) Con fecha 13 de septiembre de 2018 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS.

Descarta que concurra la contradicción del artículo 219 LRJS entre las sentencias comparadas por el primer motivo, puesto que sus presupuestos fácticos son distintos.

Considera que el segundo motivo debiera prosperar: existe un perjuicio claro para el trabajador, pero no es grave; el principio de proporcionalidad aboca a que no deba admitirse la resolución indemnizada y así favorecer la viabilidad de la empresa, cuya situación empeoraría si todos los afectados activaran ese mecanismo.

4. Necesidad de contradicción entre las sentencias comparadas.

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

5. El artículo 41.3 ET .

Para una mejor comprensión de lo debatido interesa recordar que el artículo 41 ET permite que la dirección de la empresa introduzca una MSCT cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Entre las materias susceptibles de ser afectadas por tal tipo novatorio aparecen las referidas a sistema de remuneración y cuantía salarial (art. 41.1.d ET)

A su vez, el segundo párrafo del artículo 41.3 ET dispone que si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

SEGUNDO.- La rescisión indemnizada desde la situación de excedencia voluntaria (Motivo 1º del recurso).

1. Formulación del motivo.

Alega la recurrente que la sentencia recurrida infringe los arts. 46.2 y 46.5 ET en relación con el ejercicio procesal de una acción de extinción del contrato de trabajo (art. 50 ET en la sentencia de contraste y art. 41.3 ET en la recurrida).

A tal efecto entiende, en síntesis, que la excedencia voluntaria constituye, a tenor de su propia naturaleza jurídica, un supuesto de extinción del contrato de trabajo en que el trabajador solo conserva un derecho preferente al reingreso, por tanto, un trabajador en situación de excedencia voluntaria no tiene acción para instar la extinción indemnizada de su contrato al no estar el mismo vigente al tiempo de dictarse sentencia por el Juzgado de lo Social.

2. Sentencia referencial.

A efectos de contraste se ha invocado la de Cataluña de 19 de abril de 2010 (r. 7956/2009), a cuyo amparo se sostiene que no cabe que durante la excedencia se pueda solicitar la extinción contractual.

En ella tras una situación conflictiva derivada de una modificación horaria, el trabajador solicita excedencia el 20 de marzo de 2009. El 13 de febrero de 2009 presentó demanda de conciliación extrajudicial a tenor de lo dispuesto en el artículo 50 ET.

En esas condiciones, la sentencia considera que el trabajador en la situación de excedencia carece de acción.

3. Consideraciones específicas.

Las situaciones de hecho afrontadas en los dos casos son distintas, lo mismo que las pretensiones.



En la sentencia recurrida la pretensión es la extinción por la vía del artículo 41. 3 ET y deriva de que la medida de MSCT, lícita y no combatida, se considera objetivamente perjudicial. En la sentencia de contraste la pretensión se ampara en el artículo 50 ET y en los previos incumplimientos de la empresa, asociados al desarrollo de la actividad laboral.

En la sentencia recurrida el trabajador comunica a la empresa que activa la posibilidad del artículo 41.3 ET meses antes de instar la excedencia. En el caso referencial son casi simultáneos los acontecimientos examinados (excedencia y acción resolutoria).

4. Ausencia de contradicción.

A la vista de lo expuesto, coincidiendo con el parecer del Ministerio Fiscal y lo apuntado en la impugnación al recurso, consideramos que las sentencias opuestas no son contradictorias en los términos del artículo 219.1 LRJS.

Lo hasta aquí razonado conduce, en la actual fase procesal, a la desestimación del motivo primero. Recordemos que superada la fase de admisión del recurso, como en este caso sucede, cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso queda transformada en causa de desestimación, como reiteradamente viene sosteniendo nuestra doctrina. En tal sentido, por ejemplo, SSTs 4 noviembre 2014 (rec. 2679/2013) 11 noviembre 2014 (rec. 2246/2013) o 18 noviembre 2014 (rec. 1858/2013).

Si bien puede haber algún punto de divergencia doctrinal entre las resoluciones examinadas, la misma no surge en la exclusiva hipótesis que abre nuestra competencia.

TERCERO.- El perjuicio en la MSCT (Motivo 2º del recurso).

1. Formulación del recurso.

El segundo de los motivos sostiene que la sentencia recurrida infringe, por errónea interpretación a la luz del art. 1282 del CC, el art 41.3 E.T. Entiende el recurrente que no se ha causado al trabajador un perjuicio grave y de entidad suficiente que permita la extinción indemnizada del contrato de trabajo.

Constituye el núcleo de la contradicción determinar si las modificaciones salariales operadas a consecuencia de los acuerdos que despliegan sus efectos a partir del 1 de enero de 2016 al 30 de junio de 2018 constituyen una modificación sustancial y gravemente perjudicial para el trabajador que permitan la extinción indemnizada de la relación contractual.

2. Sentencia referencial.

Para el contraste se analiza la STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2017 (rec. 996/2017).

La sentencia de contraste ofrecida se refiere a un supuesto en el que un trabajador de la misma empresa y como consecuencia del mismo acuerdo ejercita la acción para la extinción indemnizada de la relación contractual.

Invocando la STS 18 octubre 2016 (rcud. 494/2015) explica que para que proceda la extinción contemplada en el artículo 41.3 ET es necesario que el trabajador sufra un perjuicio grave, siendo del 7% y del 3,87% las reducciones consideradas como no graves (al admitir su contraste). Puesto que desde junio de 2013 el actor viene percibiendo el mismo sueldo, la segunda MSCT no le causa perjuicio alguno.

Además, la sentencia calcula el monto global del perjuicio, extrapolando el número semanal de horas trabajadas (seis y media).

3. Consideraciones específicas.

Son análogos los supuestos de hecho y las pretensiones, y sin embargo las sentencias llegan a soluciones dispares por cuanto la ofrecida de contraste afirma, a diferencia de la recurrida, que no existe perjuicio relevante en el trabajador que permita tal extinción.

La sentencia comparada reproduce extensamente nuestra doctrina y basa en ella su decisión, por lo que, una vez aceptada la contradicción, debemos examinar de inmediato los términos exactos en que nos hemos pronunciado sobre el particular.

CUARTO.- Doctrina pertinente de la Sala.

Como hemos expuesto, la sentencia referencial basa su solución en la doctrina sentada por esta Sala Cuarta, por lo que debemos recapitular la misma, a efectos de resolver el supuesto respetando las exigencias de la seguridad jurídica (en cuanto predecibilidad del resultado de un litigio) y la igualdad en la aplicación de la ley, salvo que existieren razones para realizar un cambio de doctrina.

1. La construcción del artículo 41.3 ET .



Como señala la STS 18 septiembre 2008 (rcud. 1875/2007), nadie puede ser obligado a trabajar de forma distinta a la pactada en el contrato. Por eso, "el art. 41 ET, reconoce al trabajador que resulte perjudicado por la decisión patronal, el derecho a rescindir su contrato y a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, que es la que abonó la empresa en este caso, tanto si la modificación sustancial es de carácter individual (número 3) como si es colectiva (número 4). Y no condiciona dicho derecho a la previa impugnación de la decisión empresarial ante la jurisdicción competente, sino que habilita al trabajador a rescindir directamente su contrato sin necesidad de esperar la confirmación judicial de que la medida adoptada es correcta".

En este sentido, la STS 1010/2018 de 4 diciembre (rcud. 470/2017) expone que el art. 41.3 ET "autoriza a los trabajadores a resolver el contrato si una modificación sustancial de las condiciones de trabajo les produce un perjuicio. La acción resolutoria que se les reconoce, trata de paliar los efectos derivados de una alteración contractual que sobrepasa unos límites objetivos, evitando a su vez que las decisiones unilaterales de la empresa se fundamenten en valoraciones subjetivas".

2. La STS 853/2016 de 18 octubre (rcud. 494/2015).

La citada STS 853/2016 afronta el tema de si una reducción salarial del 3'87%, requiere probar que la modificación ha causado un perjuicio al afectado por ella o si esa prueba no es precisa porque la existencia del perjuicio deriva, se presume, por el simple hecho de la MSCT. En ella se sienta una importante y clara doctrina que es decisiva para el supuesto abordado:

1º) Para que proceda la rescisión indemnizada del contrato debe acreditarse la existencia de un perjuicio, prueba cuya carga incumbe a quien lo sufre por ser el elemento constitutivo de su pretensión y por ser la parte que mejor conoce el daño y puede probarlo (art. 217.1 LEC).

2º) Es imposible presumir la existencia del perjuicio, al no existir ninguna disposición legal que lo permita.

3º) La interpretación lógica, sistemática y finalista de los preceptos en presencia (art. 41.3 Et y art. 40.1 ET) muestra que en la MSCT la rescisión indemnizada del contrato se condiciona a la existencia de un perjuicio, lo que no hace en los supuestos de traslados forzados, lo que evidencia que en estos casos si da por probado el perjuicio.

4º) Que la modificación de las condiciones deba ser sustancial evidencia que el perjuicio debe ser relevante, pues en otro caso no se establecería la posibilidad de rescisión contractual que la ley reserva para los graves incumplimientos contractuales (art. 50 ET).

5º) No sería razonable, ni proporcional, sancionar con la rescisión contractual indemnizada cualquier modificación que ocasionara un perjuicio mínimo, al ser ello contrario al espíritu de la norma que persigue la supervivencia de la empresa en dificultades, económicas en este caso, que se agravarían si todos los afectados rescindiesen sus contratos.

3. La relevancia del concreto perjuicio económico.

Como acaba de verse, para nuestra doctrina es decisivo el alcance del concreto perjuicio económico que sufre la persona afectada por la reducción salarial. No basta con que estemos ante una MSCT tramitada como tal, sino que ha de compartir esa adicional consecuencia.

En concordancia, hemos descartado la posibilidad de trasladar la doctrina de referencia (al hilo de una rebaja en torno al 4% del salario) al caso en que su entidad es más del triple. Nuestro ATS de 13 junio 2019 (rcud. 1502/2018) traslada esa consideración al terreno procesal y descarta que las sentencias opuestas sean contradictorias:

"El porcentaje del salario afectado por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo analizada por la sentencia recurrida es muy superior (14,44%) al porcentaje barajado por la sentencia de contraste (3,87%), de ahí las diferentes calificaciones judiciales en torno a la existencia o no de perjuicio relevante para los respectivos trabajadores afectados por las modificaciones sustanciales proyectadas sobre el salario".

4. La importancia del comportamiento empresarial.

Razonando sobre el alcance de la expuesta doctrina, la STS 889/2017 de 15 noviembre (rcud. 3669/2015), advierte que cuando la empresa acepta la solicitud de extinción subsumida en el artículo 41.3 ET pero descarta el abono de la indemnización se está ante supuesto diverso al del resuelto por la STS 853/2016:

"En esta sentencia se discutió también acerca de la existencia de perjuicio para la viabilidad de la extinción indemnizada. Pero en ella, la empresa, si bien se mostró de acuerdo con la extinción y negó el derecho a la



indemnización, no dio por extinguida la relación laboral en ningún momento; lo que, al contrario, sí ocurre en el presente caso, lo cual revela la diferencia sustancial expuesta que impide la apreciación de la contradicción".

QUINTO.- Resolución.

1. Consideraciones específicas.

A) Debemos subrayar que en el presente caso no estamos discutiendo si la minoración retributiva pactada constituye una MSCT, puesto que la propia empresa ha canalizado a través del procedimiento específicamente previsto al afecto ese cambio.

De hecho, la demanda del trabajador no cuestiona ni la entidad del cambio, ni sus causas, ni el procedimiento. Presuponiendo su ajuste a Derecho se ha limitado a demandar al Juzgado que se le reconozca el derecho a extinguir el contrato y a ser indemnizado en los términos del artículo 43.1 ET. En correspondencia, no ha activado la modalidad procesal para impugnar esas alteraciones contractuales sino un procedimiento de carácter ordinario.

B) Si el legislador hubiera querido que toda MSCT comportara el derecho a que las personas afectadas pudieran extinguir su contrato con derecho al percibo de la indemnización expuesta (art. 41.3 ET) y acceder a la situación legal de desempleo (art. 267.1.5º LGSS) debiera haber redactado el artículo 41.3 ET en otros términos.

Porque en él no hay automatismo, sino supeditación de la facultad tipificada a que concurra una circunstancia adicional a la de haberse introducido un cambio relevante en las condiciones de empleo. Que el sujeto afectado "resultase perjudicado" significa que lo uno (introducción de una MSCT afectante a la remuneración) no comporta lo otro (perjuicio). La realidad ha mostrado casos de alteración del sistema remunerador (por ejemplo, método para satisfacer comisiones) carentes de consecuencias desfavorables para determinados trabajadores.

Cuando se trata de una rebaja retributiva (supuesto prototípico de MSCT en la materia) la existencia de perjuicio resulta difícil de negar. Lo que ha hecho nuestra doctrina, a la que debemos dar aplicación por las razones expuestas, es identificar esas desfavorables consecuencias (desde la perspectiva del artículo 41.3) con las de cierta enjundia.

C) Sin duda, la STS 853/2016 fue consciente de que la norma legal contiene una construcción algo paradójica. No somete al régimen de la MSCT cualquier cambio remunerativo, sino solo aquellos que posee relevancia, trascendencia. Sin embargo, considera que no basta esa importancia para que surja el perjuicio que abre las puertas a la extinción.

Nuestra doctrina ha intentado otorgar sentido y coherencia a esa regulación. Extrayendo las consecuencias lógicas de las reglas sobre carga probatoria (quien insta la resolución y afirma su perjuicio es quien debe acreditarlo, porque carecemos de una presunción legal de lesividad de la MSCT) y situando en un impreciso listón porcentual en torno al cinco/siete por cien el límite de lo que se considera constitutivo de perjuicio.

Corresponde, en su caso, al legislador introducir las innovaciones que considere adecuadas cuando desee alterar el expuesto esquema.

D) Advertimos también que en el caso la minoración viene acompañada de varias circunstancias que atenúan su perjuicio: 1º) Solo afecta a la parte fija de la remuneración. 2º) Hay cláusulas de recuperación relacionadas con la marcha de la empresa. 3º) Hay reglas sobre renegociación de la rebaja salarial para la hipótesis de descenso de los impuestos a cargo de la empresa. 4º) En caso de despidos objetivos, la indemnización legal se mejora y calcula sobre el salario sin reducción.

E) La aplicación de nuestra doctrina aboca a la estimación del recurso empresarial y a la censura de la sentada por la sentencia recurrida, que había entendido existente un perjuicio siempre que existe una MSCT referida a la remuneración.

2. Estimación del recurso.

Puesto que la sentencia recurrida contiene doctrina errónea, en cuanto contraria a la ya unificada, hemos de estimar el recurso interpuesto por la empresa, siguiendo el Informe del Ministerio Fiscal. Quien insta la extinción de su contrato tras una MSCT que afecta a la cuantía retributiva ha de acreditar que sufre un perjuicio, sin que una rebaja en torno al 5%, con ciertas compensaciones y posibilidades de reversión, pueda considerarse bastante al efecto.

El artículo 228.2 LRJS dispone que " Si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con



pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada". En el presente caso ello comporta resolver el debate suscitado en suplicación estimando el recurso de tal clase planteado por la empresa, revocando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social y desestimando la demanda.

Ese pronunciamiento principal debe acompañarse de los referidos a devolución de los depósitos constituidos para recurrir (arts. 228.2 y 229 LRJS) y de las cuantías consignadas o garantizadas (arts. 228.2 y 230 LRJS), sin que proceda imponer las costas derivadas de los recursos que ahora resolvemos (art. 235.1 LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

- 1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil HP Health Clubs Iberia, S.A., representada y defendida por la Letrada Sra. Mateo Ruiz.
- 2) Casar y anular la sentencia nº 1126/2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de diciembre de 2017.
- 3) Resolviendo el debate suscitado en suplicación (rec. nº 887/2017) resolver el recurso de tal índole interpuesto por la citada empresa.
- 4) Revocar la sentencia nº 431/2016 de 19 de octubre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 20 de Madrid, en los autos nº 256/2016, seguidos a instancia de D. Augusto contra dicha recurrente, desestimando la demanda y absolviendo a HP Health Clubs Iberia, S.A. de las pretensiones deducidas contra ella.
- 5) Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para recurrir tanto en suplicación cuanto en casación unificadora.
- 6) Acordar la devolución de las cantidades consignadas o de los avales constituidos.
- 7) No imponer las costas a las partes litigantes, debiendo asumir cada una las propias respecto de los dos recursos que ahora resolvemos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.