

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 1010/2018 de 4  
Dic. 2018, Rec. 470/2017**

**Ponente: Virolés Piñol, Rosa María.**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 470/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Rosa Maria Viroles Piñol

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**Sentencia núm. 1010/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D.<sup>a</sup>. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 4 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa EULEN, S.A. representada y asistida por el letrado D. Alejandro Méndez Orejón contra la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en recurso de suplicación nº 3714/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de marzo de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de Barcelona, en autos nº 477/2015, seguidos a instancias de D.<sup>a</sup>. Debora contra Eulen, S.A. y el Fondo de Garantía Salarial sobre despido.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida D.<sup>a</sup>. Debora representada y asistida por el letrado D. Ángel González Martínez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Rosa Maria Viroles Piñol.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de marzo de 2016, el Juzgado de lo Social nº 17 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"que, estimando totalmente la demanda interpuesta por Debora contra "Eulen SA" y el Fondo de Garantía Salarial,

1) debo declarar y declaro improcedente el despido efectuado por la empresa demandada a la parte demandante con efectos desde el día 21.4.15;

2) debo condenar y condeno a la expresada empresa demandada a que readmita a la parte demandante en el mismo puesto y condiciones de trabajo que regían antes del despido o la indemnice en la cantidad de 15.479,11 euros; dicha opción deberá ser ejercitada en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, mediante escrito presentado en este Juzgado o comparecencia; en caso de que la demandada no ejercite ningún tipo de opción de forma expresa, se entenderá que procede la readmisión;

3) en caso de que la empresa demandada opte por la readmisión, debo condenar y condeno a ésta a que, además; abone a la parte demandante los salarios de tramitación devengados desde el despido hasta el día en que se notifique esta sentencia, a razón de 35,10 euros brutos diarios;

4) debo absolver y absuelvo de las peticiones de la demanda al Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de sus responsabilidades legales."

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

1°- La demandante, Debora, estuvo trabajando por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada, "Eulen SA", en la actividad de contact-center (antiguamente telemarketing), con la categoría profesional de coordinadora, antigüedad desde 29.9.04, contrato indefinido, jornada parcial de 35 horas semanales y salario anual bruto de 12.812,44 euros por todos los conceptos, en el centro de trabajo de Barcelona, sin ostentar cargos de representación unitaria ni sindical.

2°- La demandante venía realizando el horario siguiente: lunes a viernes de 15,00 a 21,00 horas y fines de semana rotativos, según cuadrante, en horario de mañana (7,00 a 14,00 horas), si bien, en 2012, trabajó dos fines de semana en horario de tarde y, en 2014, trabajó un fin de semana en horario de tarde.

3°- A finales de febrero de 2015, la empresa comunicó verbalmente a varias trabajadoras, entre las que se encontraba la demandante, que, debido a que un trabajador que cubría el turno de tarde los fines de semana había causado baja voluntaria en la empresa, dichas trabajadoras, desde marzo de dicho año y hasta que se reorganizase definitivamente el servicio, pasarían a prestar servicios durante algunos fines de semana en horario de tarde, según cuadrante que se les entregaría.

4°- Mediante carta de 5.3.15, que se da por reproducida en su integridad (folios 166 y 167), el abogado de la demandante y de otras trabajadoras comunicó a la empresa la negativa de éstas a prestar servicios los fines de semana por la tarde, medida que el abogado consideraba constitutiva de una modificación sustancial de condiciones de trabajo adoptada sin cumplir los requisitos legales previstos para ello.

5°- Mediante carta de 10.3.15, que se da por reproducida en su integridad (folios 168 y 169), la empresa, tras afirmar que el trabajador Abilio, que cubría habitualmente las tardes de los fines de semana, había causado baja en la empresa el 23.2.15 y que ello, junto con otras circunstancias que señalaba, obligaba a reorganizar el servicio para cubrir el turno de mañana de fines de semana, comunicó a la demandante que *"nos vemos en la obligación de proceder a modificar de forma unilateral, y hasta fecha 30/06/2015, su sistema de trabajo, ello por las referidas razones organizativas, pasando a efectuar un horario laboral de lunes a viernes de 15:00h. a 21:00h., y fines de semana rotativos según cuadrante en horario de mañana, de 7:00h. a 14:00h, o de tarde de 14:00h. a 21:00h (con descanso compensatorio intersemanal cuando acaecen tales circunstancias), según programación que le anexamos"*, añadiendo que *"desde fecha 01/07/2015, salvo indicación en contrario, volverá Usted a su sistema de trabajo y horario actual, esto es, de lunes a viernes de 15:00h. a 21:00h., y fines de semana rotativos según cuadrante anual en horario de mañana, de 7:00h. a 14:00h. (con descanso compensatorio intersemanal cuando acaecen tal circunstancia)"*

La carta decía a continuación que si bien la empresa consideraba que dicho cambio no tenía entidad suficiente para ser considerado una modificación sustancial de condiciones de trabajo, *"en cumplimiento cautelar de lo establecido en el artículo 41.3 del ET , le notificamos que la citada modificación tendrá lugar desde fecha 25/03/2015, cumpliendo, por tanto, el preaviso de 15 días*

*establecido para estos casos", añadiendo que "asimismo e igualmente en cumplimiento cautelar de lo dispuesto en el artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores , le trasladamos que entregamos copia del presente a la representación de los trabajadores" y que, "por último, le recordamos que, de conformidad con lo establecido en el tan mentado artículo 41.3 del ET , si acreditara que la presente comunicación supone una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo actuales, y además acreditara que resulta Usted perjudicada por la medida, tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses". (negritas, en el original)*

Con la carta, la empresa anexaba un cuadrante del periodo enero-junio 2015. Conforme a dicho cuadrante, la demandante, en el periodo marzo-junio, debía prestar servicios dos fines de semana en horario de mañana y uno en horario de tarde.

Se da por reproducido el cuadrante en su integridad (folio 170).

6° - El 20.3.15, la demandante mandó a la empresa una carta con el siguiente texto (negritas, en el original):

*Yo Doña Debora de nif: NUM000, en respuesta al escrito de fecha 10 de marzo de 2015, en su referencia a la modificación del horario y ampliación del mismo a las tardes de los fines de semana entre las 14:00 y las 21:00 horas, con fundamento en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores , mediante la presente les comunicó que procedo a comunicarles mi firme, expresa e inequívoca decisión de rescindir el contrato laboral suscrito entre las partes, habida cuenta que la modificación sustancial informada e impuesta por parte de la empresa resultan perjudiciales para mí por tener un impacto muy negativo en mi vida personal, sin que legal ni jurídicamente esté en la obligación de detallarle el alcance de dicho perjuicio.*

*La fecha de efectos de la mencionada rescisión contractual será el próximo 25 de marzo de 2015, último día de trabajo efectivo en la empresa. En este sentido les solicito que ese mismo día pongan a mi disposición la indemnización que legalmente me corresponde, calculada a razón de 20 días de salario por año trabajado prorrateándose por meses los periodos inferiores al año y con el tope de nueve (9) mensualidades, además del salario correspondiente por los haberes devengados por los 25 días trabajados por durante el mes de marzo de 2015, con expresa inclusión de prorrata de pagas extras así como las vacaciones devengadas y no disfrutadas y todo ello junto con la documentación de saldo y finiquito.*

*Con la confianza de que la presente carta sirva para el propósito pretendido sin que para ejercitar este derecho tenga que acudir a la Jurisdicción social y/o a la Inspección de Trabajo, les agradecería se sirvan firmar duplicado de la presente comunicación.*

Se da por reproducida la carta en su integridad (folio 174).

7° - Mediante carta de 25.3.15, la empresa requirió a la demandante para que le acreditara los perjuicios que le comportaba la medida, antes de pronunciarse sobre la aceptación de su extinción de contrato.

La demandante contestó a dicha carta con otra, de 31.3.15, en la que hizo una serie de consideraciones sobre los perjuicios que le ocasionaba la medida, manifestando que instaba a la empresa a que no limitara la facultad que le confería la Ley de poner fin a la relación laboral y reconociera su derecho a percibir la indemnización de veinte días de salario por año de servicio con los límites previstos.

Se dan por reproducidas ambas cartas en su integridad (folios 175 a 177).

8° - El último día que la demandante acudió a trabajar a la empresa demandada fue el 25.3.15.

9° - Mediante carta de 2.4.15, que se da por reproducida en su integridad (folio 179), la empresa requirió a la demandante para que aclarase su situación laboral, dado que faltaba a la empresa desde el 26.3.15 y se había despedido de sus compañeros el 25.3.15.

10°- Mediante carta de 7.4.15, que se da por reproducida en su integridad (folio 204), la demandante requirió a la empresa para que no limitaran el ejercicio de su derecho a rescindir el contrato y le abonaran la indemnización correspondiente.

11°- Mediante carta de 10.4.15, que se da por reproducida en su integridad (folio 181 vto.), la empresa comunicó a la demandante que no había acreditado los perjuicios alegados. Además, la requirió nuevamente para que aclarara su situación laboral, apercibiéndola de que, *"en caso de no hacerlo en un plazo hasta las 12:00h. de fecha 15/04/2015, entenderemos que carece de justificación que cubra las mentadas ausencias, de lo cual deduciremos las responsabilidades laborales oportunas"*

12°- Mediante carta de 21.4.15, que se da por reproducida en su integridad (folios 184 vto. y 185), la empresa comunicó a la demandante su despido disciplinario con efectos al día de la fecha, por faltar injustificadamente al trabajo desde el 26.3.15

13°- El 19.5.15, la parte demandante presentó papeleta de conciliación en la SCI. El acto de conciliación se señaló para el 11.6.15."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, la representación letrada de la empresa Eulen, S.A. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dictó sentencia en fecha 28 de septiembre de 2016, en la que consta el siguiente fallo:

"Desestimamos el recurso de suplicación que formula EULEN S.A., contra la sentencia del juzgado social 17 de BARCELONA, autos 477/2015 de fecha 11 de marzo de 2016, seguidos a instancia de Debora, contra EULEN S.A., y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre despido, debemos de confirmar y confirmamos la citada resolución en todos sus pronunciamientos.

Se condena a la recurrente a la pérdida del depósito constituido y al mantenimiento del aseguramiento prestado, a cuyas cantidades se dará el destino legal una vez conste la firmeza de esta resolución, así como al pago de las costas causadas, entre las que se comprenderán los honorarios del Letrado impugnante que la Sala, fija en la suma de 250 euros."

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, la representación letrada de Eulen, S.A. interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (sede en Granada), de fecha 3 de marzo de 2010, rec. suplicación 68/2010.

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar que se "declare la IMPROCEDENCIA del recurso por incurrir en causa de inadmisión, y la PROCEDENCIA en el caso de que se analice el fondo del asunto, CASANDO Y ANULANDO la sentencia del TSJ de Cataluña".

Se señaló para la votación y fallo el día 27 de noviembre de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** 1.- Se cuestiona si las ausencias al trabajo como consecuencia de la resolución extrajudicial del contrato de trabajo por modificación sustancial de las condiciones de trabajo justifican o no el despido.

2.- En la sentencia objeto del presente procedimiento, se constata acreditado que la trabajadora prestaba servicios para la demandada Eulen, SA, desde el 29/09 (2004, como coordinadora, con sujeción al horario de lunes a viernes de 15 a 21 horas y fines de semana rotativos de 07:00 a 14:00 horas. En febrero de 2015 la empresa le comunicó verbalmente que, debido a la baja voluntaria del trabajador que cubría el turno de tarde los fines de semana, debía pasar a prestar servicios algunos fines de semana por la tarde en horario de 14:00 a 21:00 horas, según

cuadrante, lo que le fue formalmente notificado mediante carta de 10/03/2015 con efectos del 25/03/2015, cuyo contenido consta en el hecho probado quinto de la sentencia de instancia. Señalaba la empresa en la referida carta que si bien estimaba que dicho cambio no tenía entidad suficiente para ser considerado como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, daba cumplimiento a lo dispuesto en el art. 41 ET, y que de acreditar que existe tal modificación y que la misma le ha producido perjuicio, tendrá derecho a percibir la indemnización prevista en el mismo de "20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses".

En respuesta a dicho escrito, la trabajadora comunicó a la empresa su decisión de rescindir el contrato con base en el art. 41 ET, reclamando el pago de la indemnización prevista en el mismo, pero mediante escrito de 25/03/2015 la empresa requirió a la demandante para que acreditara los perjuicios que le ocasionaba la medida antes de pronunciarse sobre la aceptación de su extinción de contrato, a lo que la trabajadora contestó mediante carta de 31/03/2015 indicando los perjuicios que le ocasionaba el cambio acordado por la empresa, e instando a ésta para que no limitara la facultad que le confería la ley de poner fin a su relación laboral.

El último día que la actora acudió al trabajo fue el día 25/03/2015, y el día 02/04/2015 la empresa requirió a la demandante para que aclarara su situación laboral. El día 07/04/2015 la demandante volvió a solicitar a la empresa el abono de la indemnización, y el 10/04/2015 la empresa comunicó a la actora que no había acreditado los perjuicios alegados, requiriéndola de nuevo su situación laboral y la justificación de sus ausencias con apercibimientos legales de no hacerlo. Finalmente, el día 21/04/2015 la empresa le notificó a la trabajadora su despido por faltar injustificadamente al trabajo desde el día 26/03/2015.

3.- La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de los de Barcelona de 11 de marzo de 2016, estimó la demanda y declaró la improcedencia del despido, con las consecuencias legales derivadas de tal declaración.

4.- Recurrida dicha sentencia en suplicación, por la empresa Eulen SA, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 28 de septiembre de 2016 (Rec. 3714/2016), confirma dicha resolución por considerar que la trabajadora estaba legitimada para extinguir el contrato de forma unilateral, debido a la modificación sustancial acordada y que únicamente si la empresa niega la concurrencia de los perjuicios alegados por la trabajadora y se opone a la indemnización, cabe acudir a la vía judicial. Por lo que las ausencias al trabajo de la actora no pueden constituir causa de despido, al faltar la culpabilidad exigida para ello por el art. 54 ET.

5.- Contra la referida sentencia, la empresa demandada interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, en los términos que se dirán, interesando la revocación de la sentencia recurrida.

El recurso es impugnado por la demandante que interesa su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida.

El Ministerio Fiscal en su informe estima que concurre causa de inadmisión del recurso por falta de contradicción, si bien para el supuesto de entrar a examinar el mismo, estima que se ha producido por parte de la trabajadora un abandono de su puesto de trabajo, y en tal caso procedería casar y anular la sentencia recurrida.

**SEGUNDO.-** 1.- La empresa demandada Eulen SA, interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina cuestionando la facultad de la trabajadora de extinción unilateral por modificación sustancial de las condiciones de trabajo, señalando como contradictoria la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de 3 de marzo de 2010 (Rec. 68/2010).

En el caso resuelto por dicha resolución la actora venía prestando servicios para la empresa ISS Facility Services SA (en adelante, ISS), con la categoría de limpiadora a tiempo parcial en las oficinas de la entidad BBVA, con horario de 11:00 a 13.30 horas y además, realizaba la limpieza de otra empresa en horario de 07.00 a 10.30 horas, lo que era conocido por la demandada. El 24/03/2009 la empresa comunicó a la actora el cambio de horario con efectos desde el día

siguiente, debiendo entrar al trabajo a las 08:00 horas, por haberlo solicitado el BBVA. Mediante escrito de 03/04/2009, la actora optó por la rescisión del contrato de trabajo en aplicación de lo establecido en el art. 41.3 ET, lo que fue rechazado por la empresa. La trabajadora permaneció de baja médica hasta el 06/04/2009 y, una vez dada de alta, no se reincorporó al trabajo, por lo que la empresa le impuso una sanción de amonestación escrita por ausencias injustificadas los días 7, 8 y 13 de abril, siendo despedida el 18 de abril por ausencias injustificadas los días 14, 15, 16 y 17 de dicho mes y año. La actora había presentado demanda para impugnar la modificación sustancial de condiciones de trabajo, dictándose sentencia desestimatoria el 24 de abril de 2009.

La sentencia de contraste razona que la trabajadora no debe contravenir de forma unilateral las decisiones de la empresa y que, ante una modificación del horario, puede o bien solicitar la rescisión indemnizada de la relación laboral, o bien acatar la decisión empresarial e impugnarla judicialmente, pero no puede dejar de acudir al trabajo mientras no haya una decisión judicial firme que extinga la relación laboral. Y, habiéndose acreditado que la actora no asistió al trabajo en las fechas que constan en la carta de despido, estima el recurso de la empresa y declara procedente el despido impugnado.

2.- El art. 219 de la 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", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013) , 18/12/2014 ( R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

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, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

Entre las sentencias comparadas (la recurrida y la de contraste), a pesar de grandes diferencias fácticas existentes entre ellas, - y de que en el supuesto de la sentencia de contraste la trabajadora había presentado demanda de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cuyo juicio estaba pendiente de ser celebrado al ser despedida, lo cual no ocurre en iguales términos en el supuesto de la sentencia recurrida-, ha de estimarse que concurre la contradicción exigida por el art. 219 LRJS, por concurrir en ambas la cuestión relativa al debate principal, ya que en ambos casos el trabajador comunica a la empresa la rescisión del contrato por modificación sustancial de las condiciones de trabajo y las sentencias llegan a fallos distintos, pues la recurrida considera que la falta de asistencia al trabajo originada por esa causa está justificada y no es motivo de despido, porque el art. 41 ET faculta al trabajador para la resolución extrajudicial del contrato, mientras que la de contraste opina lo contrario.

**TERCERO.-** 1.- Por la empresa recurrente se formula un motivo único de censura jurídica, aunque amparado en erróneo precepto procesal (al referirse al art. 193 c) de la LRJS), en el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 41.3 del ET.

Conforme al apartado 3 del art. 41 del ET:

"La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad.

En los supuestos previstos en las letras a), b), c), d) y f) del apartado 1, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que, no habiendo optado por la rescisión de su contrato, se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones.

Cuando con objeto de eludir las previsiones contenidas en el apartado siguiente, la empresa realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en periodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales que establece el apartado 2 para las modificaciones colectivas, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas modificaciones se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto."

Concurre en el presente caso las circunstancias antes en síntesis referidas:

a) la trabajadora ha venido prestando servicios para la demandada Eulen, SA, desde el 29/09/2004, como coordinadora, con sujeción al horario de lunes a viernes de 15 a 21 horas y fines de semana rotativos de 07:00 a 14:00 horas.

b) En febrero de 2015 la empresa le comunicó verbalmente que, debido a la baja voluntaria del trabajador que cubría el turno de tarde los fines de semana, debía pasar a prestar servicios algunos fines de semana por la tarde en horario de 14:00 a 21:00 horas, según cuadrante, lo que le fue formalmente notificado mediante carta de 10/03/2015 con efectos del 25/03/2015, cuyo contenido consta en el hecho probado quinto de la sentencia de instancia. Señalaba la empresa en la referida carta que procede a modificar de forma unilateral el sistema de trabajo de la trabajadora por razones organizativas, añadiendo que si bien estimaba que dicho cambio no tenía entidad suficiente para ser considerado como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cautelarmente daba cumplimiento a lo dispuesto en el art. 41.3 ET, y que de acreditar que existe tal modificación sustancial y que la misma le ha producido perjuicio, tendrá derecho a percibir la indemnización prevista en el mismo de "20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses".

c) En respuesta a dicho escrito, la trabajadora comunicó a la empresa su decisión de rescindir el contrato con base en el art. 41 ET, reclamando el pago de la indemnización prevista en el mismo, pero mediante escrito de 25/03/2015 la empresa requirió a la demandante para que acreditara los perjuicios que le ocasionaba la medida antes de pronunciarse sobre la aceptación de su extinción de contrato, a lo que la trabajadora contestó mediante carta de 31/03/2015 indicando los perjuicios que le ocasionaba el cambio acordado por la empresa, e instando a ésta para que no limitara la facultad que le confería la ley de poner fin a su relación laboral.

d) El último día que la actora acudió al trabajo fue el día 25/03/2015, y el día 02/04/2015 la empresa requirió a la demandante para que aclarara su situación laboral. El día 07/04/2015 la demandante volvió a solicitar a la empresa el abono de la indemnización, y el 10/04/2015 la empresa comunicó a la actora que no había acreditado los perjuicios alegados, requiriéndola de nuevo su situación laboral y la justificación de sus ausencias con apercibimientos legales de no hacerlo.

e) Tras este intercambio de comunicaciones, en las que la trabajadora estimando que la modificación le producía un perjuicio solicitaba rescindir su contrato y la indemnización prevista en el art. 41.3 ET, sin necesidad de acudir a la vía judicial, y la empresa reiteraba la acreditación de

que la modificación fuera sustancial; finalmente, el día 21/04/2015 la empresa le notificó a la trabajadora su despido por faltar injustificadamente al trabajo desde el día 26/03/2015.

2.- Respecto a la facultad del trabajador de extinguir su contrato por una modificación sustancial que le perjudica, esta Sala IV/TS ha venido sosteniendo que el éxito de la pretensión resolutoria requiere probar la existencia de un perjuicio y que su entidad justifique la extinción (así en STS/IV de 18/10/2016 -rcud 494/2015-) si bien en relación a una disminución mínima del importe del salario.

Por otro lado, como señala la STS/IV de 18/09/2008 (rcud. 1875/2007), nadie puede ser obligado a trabajar de forma distinta a la pactada en el contrato, y "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".

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.

El recurrente alega que la trabajadora no podía calificar la modificación como sustancial a su antojo, sin acudir a la vía judicial. Se observa del relato de hechos probados que la trabajadora ha tratado de justificar que la modificación le producía un perjuicio personal, y su voluntad de extinguir el contrato de trabajo, sin que sea necesario para ello acudir a la vía judicial; y no obstante ello, la empresa después de un intercambio de comunicaciones dentro del procedimiento seguido al amparo de lo dispuesto en el art. 41 ET -como es de ver en la comunicación escrita notificada reproducida en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida-, aún siendo clara la postura de la trabajadora, le niega tal derecho, y procede a su despido, con base justamente en la falta de asistencia al trabajo los días que median entre tales comunicaciones, estando la trabajadora pendiente de que se le abonara la correspondiente indemnización no percibida.

No procede aquí examinar si la modificación contractual operada es o no sustancial, por cuanto la trabajadora no impugna la decisión unilateral de la empresa, sino el despido de que ha sido objeto.

Ahora bien, respecto al despido impugnado y su causa, nada señala el recurrente en su escrito de recurso, no dedica ningún motivo al mismo, ni ha aportado tampoco una sentencia referencial en su apoyo. El recurso se dedica exclusivamente a sostener que la modificación operada que no ha sido impugnada judicialmente por la trabajadora, no es sustancial. Y ello, no es objeto del presente procedimiento de despido por faltas de asistencia al trabajo, por lo que el mismo se limitó a enjuiciar la conducta de la demandante desde el punto de vista exclusivamente disciplinario, llegando a la conclusión de que las ausencias de la trabajadora del puesto de trabajo no adolecían de la nota de culpabilidad prevista en el art. 54.2 a), en relación con el art. 54.1, ambos del ET, por lo que el despido debía calificarse como improcedente; circunstancia ésta no combatida por la recurrente.

3.- Ello conduce necesariamente a la desestimación del recurso, oído el Ministerio Fiscal y a la confirmación de la sentencia recurrida.

**CUARTO.-** Por cuanto antecede, visto el informe del Ministerio Fiscal, se impone la desestimación del recurso formulado por Eulen SA, y la confirmación de la sentencia recurrida. Con imposición a la recurrente de las costas causadas ( art. 235-1 LRJS), y decretándose la pérdida del depósito constituido para recurrir.



## **FALLO**

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

:

- 1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Eulen S.A.
- 2) Declarar la firmeza de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 28 de septiembre de 2016, en el recurso de suplicación núm. 3714/2016, formulado frente a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 17 de Barcelona, de 11 de marzo de 2016, recaída en los autos núm. 477/2015, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Debora, contra la empresa Eulen SA y el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), sobre despido.
- 3) Declarar la pérdida del depósito constituido para recurrir.
- 4) Acordar que las consignaciones efectuadas se destinen al cumplimiento de la sentencia declarada firme.
- 5) Imponer las costas generadas por su recurso a la mercantil recurrente.

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

Así se acuerda y firma.