



Roj: **STS 2386/2024 - ECLI:ES:TS:2024:2386**

Id Cendoj: **28079140012024100576**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/04/2024**

Nº de Recurso: **4536/2022**

Nº de Resolución: **608/2024**

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

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4536/2022

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Social**

##### **Sentencia núm. 608/2024**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Antonio V. Sempere Navarro

D.ª María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio García-Perrote Escartín

En Madrid, a 26 de abril de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Calixto , representado y defendido por el letrado Sr. Escobar Esteban, contra la sentencia nº 1322/2022 dictada el 14 de julio de 2022 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), en el recurso de suplicación nº 2759/2021, formulado contra la sentencia nº 216/2021 del Juzgado de lo Social nº 5 de Almería, de fecha 6 de septiembre de 2021 y el auto de aclaración de 8 de septiembre de 2021, autos nº 688/2021, que resolvió la demanda interpuesta por D. Calixto frente al Grupo Hoteles Playa SA, en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Ha comparecido en concepto de recurrida Grupo Hoteles Playa SA, representada y asistida por el letrado Sr. Milán Criado.

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

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 6 de septiembre de 2021, el Juzgado de lo Social nº 5 de Almería, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta D. Calixto frente a la empresa HOTELES PLAYA S.A. debo declarar y declaro la nulidad se la modificación operada consistente en la supresión del "Plus Vol. Absorb.", condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a repone al actor en las mismas condiciones de trabajo que tenia con anterioridad a la fecha de la decisión adoptada".



Por auto de aclaración de 8 de septiembre de 2021 el Juzgado de lo Social nº 5 de Almería resuelve lo siguiente en su parte dispositiva: "Acuerda: Estimar la pretensión de la parte sobre corrección de error recaída, cuyo fallo quedará redactado de la siguiente forma:" *Que estimando íntegramente la demanda interpuesta D. Calixto frente a la empresa HOTELES PLAYA S.A. debo declarar y declaro la nulidad se la modificación operada consistente en la supresión del "Plus Vol. Absorb.", condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a repone al actor en las mismas condiciones de trabajo que tenia con anterioridad a la fecha de la decisión adoptada "*

**SEGUNDO.**- 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.- La parte actora, D. Calixto , mayor de edad, con DNI nº NUM000 , viene prestando sus servicios para la empresa GRUPO HOTELES PLAYA S.A., en el centro de trabajo "Hotel Playa-Dulce" sito en Paseo del Palmeral s/nº de la localidad de Aguadulce-Roquetas de Mar (Almería), desde el 06-10-06 y con categoría profesional Pintor.

2.- Desde el inicio de la relación laboral y hasta el mes de mayo del año 2021 el demandante venía percibiendo entre sus retribuciones un concepto denominado "Plus Vol. Absorb." cuya cuantía ascendía a 210 € mensuales y que se ha mantenido inalterable desde el mes de octubre del año 2016 y ello con independencia de los incrementos salariales de los otros conceptos retributivos que cobraba el actor.

3.- Dicho complemento salarial lo abonaba la empresa HOTELES PLAYA S.A. a la mayoría de los trabajadores fijos de su centro de trabajo "Hotel Playa-Dulce" (60 o 70% de la plantilla).

4.- Tras un periodo de ERTE motivado por la crisis económica provocada por el COVID-19 y tras reincorporarse los trabajadores a su puestos de trabajo la empresa dejó de pagar al demandante el "Plus Vol. Absorb." e igualmente hizo con el resto de los trabajadores que cobraban dicho complemento salarial.

5.- Con anterioridad al ERTE los trabajadores del centro de trabajo "Hotel Playa Dulce" descansaban un día y medio a la semana y con posterioridad al ERTE descansan dos días a la semana.

6.- A la relación laboral entre las partes le es de aplicación el Convenio Colectivo Provincial de Hostelería y Turismo (BOJA 4-12-18).

En el art 22 de dicho convenio se dispone con respecto al descanso semanal lo siguiente:

"El descanso semanal será de dos días ininterrumpidos que se disfrutarán de forma rotativa.

"No obstante, el descanso semanal establecido podrá disfrutarse de forma no rotativa, siempre que medie pacto expreso en este sentido entre la empresa y los trabajadores afectados, teniendo dicho pacto carácter revocable a instancia del trabajador, previo aviso de, al menos, un mes a la fecha de sus efectos, no afectando en ningún caso a los derechos de rotación de los otros trabajadores.

Con independencia de lo anteriormente establecido, se respetará cualquiera otra fórmula a la que, sin detrimento del descanso mínimo establecido, prestase su consentimiento el trabajador, quién podrá contar con la asistencia de los representantes legales de los trabajadores en la empresa. La fórmula que se pactase lo sería en relación con el medio día mas de descanso establecido en el presente Convenio, respetándose, en todo caso, el descanso mínimo semanal.

A efectos de lo previsto en el párrafo anterior, se entenderá que el descanso mínimo semanal será de un día y medio a la semana, o un día en una semana y dos días la siguiente, de mutuo acuerdo entre empresa y trabajador, respetándose, en todo caso, las actuales condiciones de cada una de las empresas".

7.- A lo largo de la relación laboral entre las partes el Sr. Calixto ha prestado servicios en hoteles de la cadena demandada que no eran el "Hotel Playa-Dulce" puesto que ha estado adscrito a los servicios centrales pudiendos desplazado temporalmente a realizar labores de mantenimiento en cualquier establecimiento hotelero de la cadena e incluso ha realizado funicones no propias de su caterogía profesional como piscinero, socorrita, o vigilante de noche, sin que nunca haya dejado de percibir el "Plus Vol. Absorb."

8.- En fecha 25-4-19 la IPT levantó acta de infracción contra la empresa demandada porque a los trabajadores de HOTEL SUITS PUERTO MARINA no sele repetaba el descanso minimo semanal de dos día ininterrumpidos establecido en el art. 22 Convenio Colectivo Provincial de Hostelería y Turismo (BOJA 4-12-18) proponiendo que se le impusiera a dicha empresa la imposición de una sanción de 626 € por la comisión de una infracción grave tipificada en el art 7.5 de la LISOS."

**TERCERO.**- Interpuesto recurso de suplicación por Grupo Hoteles Playa SA contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), dictó sentencia con fecha 14 de julio



de 2022, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Grupo Hoteles Playa S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Almería de 6/9/21, en los autos nº 688/21 seguidos en su contra por don Calixto por modificación sustancial de condiciones laborales, debemos revocar y revocamos dicha resolución, absolviendo a la citada empresa de las pretensiones formuladas en su contra, sin imposición de costas y con devolución a la demandada del depósito para recurrir".

**CUARTO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación por la representación de D. Calixto, mediante escrito de 22 de septiembre de 2022, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, sobre la base de dos motivos: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 24 de febrero de 2005 (rec. 2609/2004); alega la infracción del art. 97.2 LRJS y el art. 24.1 CE; SEGUNDO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de abril de 2019 (rec. 522/2019). Defiende la infracción del art. 41 ET en relación con el art. 3.1 letra c) de la misma norma sustantiva.

**QUINTO.-** Por Providencia de esta Sala de 17 de mayo de 2023 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Asimismo, a tenor de lo dispuesto en el art. 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 5.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, ante la

posible falta de competencia funcional de esta Sala para conocer del recurso interpuesto, con las correspondientes consecuencias sobre el recurso de suplicación tramitado, en la misma Providencia se acuerda dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para que, en el plazo común de tres días presenten alegaciones sobre dicha cuestión y la posible nulidad de lo actuado a partir de la notificación de la sentencia de instancia.

**SEXTO.-** Evacuado el traslado a las partes, por la representación letrada de la empresa Grupo Hoteles Playa SA se sostiene que estamos ante una modificación sustancial de carácter colectivo, por lo que no concurre la falta de competencia funcional. Por la representación de la parte actora, en su escrito de 22 de mayo de 2023, alega que no era recurrible la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Almería. Por el Ministerio Público en su informe sostiene la falta de competencia funcional.

**SÉPTIMO.-** Por la representación de la parte demandada se interpone en fecha 7 de junio de 2023 escrito de impugnación contra el recurso.

**OCTAVO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 24 de abril actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Términos del debate casacional.

En el presente caso, son dos los motivos de debate a tenor del recurso de casación para unificación de doctrina formulado por el trabajador. El primero, sobre si la Sala de suplicación ha realizado una nueva valoración de la prueba conculcando los artículos 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) y art 24.1 de la Constitución española (CE) y contrariando la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación. En segundo lugar, sobre si el denominado plus voluntario absorbible (PVA) tiene la consideración de complemento salarial y su origen procede de una condición más beneficiosa, por lo que su supresión o modificación debe tramitarse por el procedimiento del art. 41 ET para la modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT).

#### 1. El litigio suscitado.

El accionante se queja de que con fecha 1 de junio de 2021, la empresa le ha eliminado de su recibo de salarios el "PVA" que venía percibiendo a título de condición más beneficiosa.

Con fecha 17 de junio de 2021 interpuso demanda solicitando que se declare "la NULIDAD O IMPROCEDENCIA de la modificación operada, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a reponerme en las mismas condiciones de trabajo que tenía con anterioridad a la fecha de la decisión de modificación, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos", por no cumplirse las formas y no concurrir razones que justifiquen la medida.

#### 2. Sentencias recaídas en el procedimiento.

A) Mediante su sentencia 216/2021 de 6 de septiembre el Juzgado de lo Social nº 5 de Almería, con la aclaración del fallo por auto de 8 de septiembre, estima la demanda.



Argumenta que "la empresa demandada ha suprimido un complemento salarial que cobraba el actor desde el inicio de la relación laboral sin haber justificado el motivo por el que lo ha hecho dicha decisión ha de considerarse como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que debe de declararse como nula de conformidad con lo dispuesto en el párrafo cuarto art 138.7 de la LRJS puesto que esta medida es de carácter colectivo al no haber afectado al demandante sino a todos aquellos trabajadores del "Hotel Playa-Dulce" que cobraban el "Plus Vol. Absorb.", esto es un 60% o 70% de los trabajadores fijos (unos 20 trabajadores)".

B) Mediante su sentencia nº 1322/2022 de 14 de julio, la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Granada) estima el recurso de suplicación de la empresa demandada, revoca la sentencia de instancia y absuelve a Grupo Hoteles Playa SA.

Argumenta la Sala de suplicación que no estamos ante una MSCT sino ante una medida simultánea a la decisión de incrementar el descanso semanal a dos días, como consecuencia de la correcta interpretación del convenio colectivo de aplicación, en concreto en su artículo 21, norma que conforme al principio de legalidad, regula la relación laboral por encima de los pactos individuales, conforme a los artículos 9.3 y 37.1 de la Constitución Española, en relación con el artículo 3.1.b) del Estatuto de los Trabajadores. Y ello, por cuanto lo que acaecido es una adecuación salarial y debe descartarse "...que en el presente caso se hubiera establecido una condición más beneficiosa por parte de la empresa en aras a la mejora de la situación laboral de sus trabajadores, por cuanto la decisión de abono de un plus salarial se adoptó a cambio del disfrute de un menor descanso semanal, lo que no obstante contraviene expresamente lo dispuesto en el artículo 21 del convenio colectivo de aplicación, que establece con carácter general que el descanso semanal será de dos días ininterrumpidos".

### **3. Recurso de casación para unificación de doctrina y escritos concordantes.**

A) Por la representación de D. Calixto, mediante escrito de 22 de septiembre de 2022, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, sobre la base de dos motivos: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 24 de febrero de 2005 (rec. 2609/2004); denuncia la infracción del art 97.2 LRJS y el art. 24.1 CE; SEGUNDO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de abril de 2019 (rec. 522/2019). Defiende la infracción del art. 41 ET en relación con el art. 3.1 letra c) de la misma norma sustantiva.

B) Por la representación de la empresa demandada impugna los dos motivos. El primero, por no concurrir la infracción denunciada y ser correcta la actuación resolutoria de la sentencia de suplicación recurrida; respecto al segundo motivo, alega la falta de contradicción.

C) El Ministerio Público, en su informe de 15 de junio de 2023, sostiene que la sentencia de instancia incurre en una desafortunada fundamentación lo que no es óbice para declarar que, en efecto, dicha sentencia era irrecurrible por resolver una demanda individual de MSCT, conforme dispone el art. 138.6 LRJS, no una demanda de conflicto colectivo presentado por las partes legitimadas previstas en el art. 154 LRJS.

### **SEGUNDO.- Examen de la competencia funcional.**

#### **1. La competencia funcional como cuestión de orden público.**

A) Aunque según proclama el art. 219.1 LRJS, la contradicción es un presupuesto del recurso de casación para la unificación de doctrina de obligada observancia, es criterio constante de esta Sala que el acceso al recurso de suplicación por razón de la cuantía o de la modalidad procesal puede ser examinado incluso de oficio en el trámite de dictar sentencia, antes de comprobar si concurre el requisito que permite entrar a conocer la cuestión de fondo.

B) La razón estriba en que el tema no afecta sólo a ese medio de impugnación, sino que se proyecta sobre la competencia funcional de esta Sala, de carácter improrrogable e indisponible, que sólo lo es para conocer de los recursos frente a las sentencias dictadas en suplicación con arreglo a los presupuestos procesales impuestos por la Ley, lo que supone que la viabilidad del recurso de casación unificadora se condiciona a que la sentencia de instancia fuera, a su vez, recurrible en suplicación. El control de la competencia funcional de la Sala - que pertenece al orden público procesal, cual se deriva de los arts. 238.1 y 240.1 LOPJ -, supone el examen sobre la procedencia o improcedencia de la suplicación, sin que en esa labor este Tribunal quede vinculado por la decisión que se haya adoptado a tal efecto en trámite de suplicación. Así lo hemos mantenido de forma reiterada, según puede apreciarse, entre otras, en SSTSS 31 enero 2017 (rec. 2147/2015), 16 junio 2017 (rec. 1825/2015), 24 octubre 2017 (2) (rec. 692/2016 y 2931/2016), 761 y 771/2018 de 17 julio (rcud 1799/2017 y 1176/2017) y 1075/2020 de 2 diciembre (rcud. 3112/2018), entre otras.



C) El análisis de la competencia se realiza sin necesidad de sometimiento a la literalidad del recurso, ni a los resultados fácticos de la sentencia recurrida, tal como se deriva de los artículos 9.6 y 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Dicho examen se efectúa con independencia de lo que las partes hayan podido alegar y sin que la Sala quede vinculada por la decisión que se haya adoptado por la sentencia de suplicación, porque tal decisión no afecta sólo a aquel recurso, sino que se proyecta, como ya se ha dicho, sobre la competencia de esta Sala.

D) En definitiva, la cuestión de competencia funcional, aunque no hubiera sido planteada por las partes, puede resolverse de oficio; su análisis es previo, de manera que ha de realizarse "antes de llevar a cabo cualquier pronunciamiento sobre la contradicción o sobre el fondo del asunto" ( STS 11 de mayo de 2018, Pleno, rcud 1800/2016, ya citada y reiterada por otras posteriores) y, como igualmente se ha dicho, no se encuentra condicionado por el presupuesto de la contradicción.

## 2. Principales preceptos aplicables.

Para adoptar una decisión sobre la recurribilidad de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social hemos de atender a varios preceptos de la LRJS.

A) El artículo 138 LRJS, incluido en la Sección dedicada a disciplinar la modalidad procesal que ahora interesa ("Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor", en la dicción vigente al dictarse la sentencia del Juzgado) en sus apartados 6º y 7º dispone:

- El artículo 138.6 LRJS "La sentencia deberá ser dictada en el plazo de cinco días y será inmediatamente ejecutiva. Contra la misma no procederá ulterior recurso, salvo en los supuestos de movilidad geográfica previstos en el apartado 2 del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores , en los de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 4 del artículo 41 del referido Estatuto, y en las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores " .

- El artículo 138.4 LRJS precisa que Si una vez iniciado el proceso se plantease demanda de conflicto colectivo contra la decisión empresarial, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda de conflicto colectivo.

- El artículo 138.7 LRJS último párrafo "Se declarará nula la decisión adoptada en fraude de Ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas establecido en los artículos 40.2, 41.4 y 47 del Estatuto de los Trabajadores, así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos, en su caso, los demás supuestos que comportan la declaración de nulidad del despido en el apartado 2 del artículo 108"

B) El artículo 153 LRJS fija que demandas deben articularse a través del "proceso de conflictos colectivos" y, para nuestro recurso, interesa el tenor de su apartado 1º "1. Se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas las que regulan el apartado 2 del artículo 40, el apartado 2 del artículo 41, y las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, o de una práctica de empresa y de los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, así como la impugnación directa de los convenios o pactos colectivos no comprendidos en el artículo 163 de esta Ley. Las decisiones empresariales de despidos colectivos se tramitarán de conformidad con lo previsto en el artículo 124 de esta Ley"

C) El artículo 191.2 LRJS incorpora un listado de asuntos en los que no es posible recurrir la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social. En lo que ahora interesa, su apartado e) prevé para "Procesos de movilidad geográfica distintos de los previstos en el apartado 2 del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores; en los de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, salvo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 2 del artículo 41 del referido Estatuto; y en los de cambio de puesto o movilidad funcional, salvo cuando fuera posible acumular a estos otra acción susceptible de recurso de suplicación; y en las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que



afecten a un número de trabajadores inferior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores".

### 3. Clarificación de lo debatido.

Para despejar la presente cuestión debemos destacar los siguientes aspectos relevantes:

\* El suplico de la demanda individual solicita nulidad o, subsidiariamente, la improcedencia de la conducta de la empresa que es calificada por la parte actora como una MSCT. Razona que incumple el 41.4 ET por razones de forma (no se ha llevado a cabo el periodo de consultas) y fondo (no se ha concretado la causa).

\* El Juzgado de lo Social nº 5 de Almería, estima la demanda; argumenta que se trata de una MSCT que debe declararse nula de conformidad con el art 138.7.4º LRJS al ser de carácter colectivo, pues no ha afectado sólo al demandante sino a todos aquellos trabajadores de la empresa (60% o 70% de los trabajadores fijos, unos 20 trabajadores) en las mismas condiciones que el actor. En la misma sentencia de primer grado se refleja que no se han cuantificado los daños y perjuicios reclamados.

### 4. Doctrina pertinente.

La STS (Pleno) 556/2023 de 14 de septiembre de 2023 (rcud. 2589/2020) analiza la posibilidad de acceder a la suplicación contra sentencias que resuelvan una impugnación individual de MSCT. Sienta como regla general la irrecurribilidad y añade tres excepciones. Entre éstas aparece expresamente establecida la referida a las sentencias dictadas en supuestos "De modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 4 del artículo 41 del referido Estatuto". Por tanto, no cabe pensar en ambigüedad o desliz legislativo de ninguna clase: la norma ha querido excepcionar de la regla general solo determinado tipo de asuntos cuando se litiga al hilo de una MSCT.

Y los términos del art. 138.4 LRJS confirman que si la MSCT es colectiva la sentencia dictada por el Juzgado se abre a la suplicación aunque quien demanda sea una de las personas afectadas y no los sujetos colectivos.

### 5. Decisión.

A la vista de cuanto acabamos de exponer, habida cuenta de que os encontramos ante una MSCT identificada como colectiva, resulta obligado concluir que nos encontramos ante una de las situaciones excepcionales en las que cabe suplicación contra una sentencia instancia que resuelve la demanda individual de MSCT de cualidad colectiva, precisamente porque así se ha planteado por la parte actora y resuelto en sentido favorable en la sentencia de primer grado cuando declara la nulidad de la decisión de la empresa por no seguir los trámites del art. 41.4 ET.

Refuerzo de ello se encuentra en los hechos probados 3º y 4º de la sentencia de primer grado, cuando referencia el número de trabajadores que como el actor percibían el plus reclamado, el porcentaje que suponen de la plantilla y la supresión acaecida.

## TERCERO.- Sobre la valoración de la prueba (Motivo 1º del recurso).

### 1. Sentencia referencial.

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".

A tales efectos referenciales la recurrente ha identificado la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 24 de febrero de 2005 (rec. 2609/2004), donde, en lo que es relevante para nuestro recurso, se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada en un proceso de reclamación de cantidad por horas extraordinarias y se confirma la sentencia de instancia estimatoria de la pretensión del trabajador.

En esta sentencia de contraste se desestima el motivo de censura jurídica pues la empleadora recurrente sólo se dedica a realizar alegaciones y manifestaciones de lo tratado en la vista, y resaltar que por el actor no se desplegó prueba alguna, resolviendo en cuanto a esto el Tribunal que, conforme al art. 97.2 LRJS y Jurisprudencia de la Sala IV, la facultad valorativa de la prueba corresponde al Juzgador de instancia.



## 2. Ausencia de contradicción.

En el presente caso consideramos quiebra la preceptiva contradicción, no cumpliéndose las exigencias de los arts. 219 y 221 de la LRJS, pues no basta la coincidencia del precepto procesal denunciado para su apreciación.

La sentencia recurrida no altera la libertad y facultad que en la valoración de la prueba realiza el Magistrado de primer grado, sino que respeta la misma. Sobre la base de los mismos hechos declarados probados llega a una solución jurídica diferente por la que concluye que no se está ante una MSCT. Por su parte, la sentencia de contraste viene a mantener la misma línea de razonamiento en cuanto a la soberanía de los Juzgados de lo Social de primer nivel en el examen de los elementos de prueba, no observando, por tanto, contradicción sino igualdad en los razonamientos.

Además, el motivo debe ser inadmitido por falta de contenido casacional, por cuanto lo que se pretende es una nueva valoración de la prueba y la finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina conlleva que no sea posible revisar los hechos probados de la sentencia recurrida, ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba. Así lo indica el art. 224.2 LRJS, que excluye expresamente el error de hecho como motivo que pueda fundamentar este recurso, y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho, como si de forma indirecta, tal como señalan entre otras, las SSTS 03/02/2014 (R. 1012/2013), 17/06/2014 (R. 1057/13) y 01/12/2017 (R. 4086/2015).

### CUARTO.- Sobre la existencia de condición más beneficiosa (Motivo 2º del recurso)

#### 1. Sentencia referencial

El segundo motivo de recurso invoca la sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 12 de abril de 2019 (rec. 522/2019).

En el caso, la trabajadora viene percibiendo en los años 2015 y 2016 un salario mensual integrado por salario base y plus vinculación y dos pagas extraordinarias integradas por los mismos conceptos. En el año 2017 la actora percibe salario base, plus de vinculación y plus convenio además de las dos pagas extras por iguales conceptos. En el año 2018 abona la empresa bajo la denominación de complemento personal, el importe del plus convenio y plus vinculación. La medida afectó al menos a 11 trabajadores incluida la actora, teniendo la empresa menos de 100 trabajadores. Se cuestiona en suplicación si la actuación de la empresa al excluir de los conceptos que integran la nómina, el plus de vinculación constituye o no una modificación sustancial.

La Sala estima el recurso de la trabajadora al considerar que se trata de un concepto que la misma viene percibiendo, al menos desde 2016 consolidándose en la nómina de la trabajadora sin que conste que la empresa hubiera demostrado que concurra óbice alguno que desvirtúe la consideración de que se trata de una decisión empresarial, con voluntad de permanencia, de conceder dicho beneficio, máxime cuando el plus controvertido no se deriva de lo establecido en convenios colectivos que sucesivamente han estado vigentes en el sector productivo en que se incardina la mercantil empleadora. Tratándose por ello de una modificación sustancial, concluye la sentencia que debió adoptarse la medida en el ámbito de lo establecido en el artículo 41 del ET, siguiéndose el procedimiento establecido al efecto y debiendo acreditar la empleadora razones económicas, técnicas, organizativas o de producción.

#### 2. Ausencia de contradicción

Tampoco concurre aquí la preceptiva contradicción, no cumpliéndose las exigencias de los arts. 219 y 221 de la LRJS.

En la sentencia de contraste el abono del plus de vinculación, cuya supresión afectó al menos a 11 trabajadores en una empresa de menos de 100, era un concepto que se venía percibiendo desde al menos 2016, constando probado que no se trataba de un plus que viniera reconocido en convenio colectivo alguno y sin que la empresa haya demostrado razones que justifiquen la supresión, por lo que la Sala concluye en considerar que se trata de una modificación sustancial, cuya decisión debió seguir los trámites previstos en el artículo 41 del ET.

Por el contrario, en la sentencia recurrida los trabajadores con anterioridad al ERTE descansaban semanalmente día y medio y percibían el plus de vinculación y, una vez reincorporados a su puesto de trabajo, dejaron de percibir el citado concepto y pasaron a descansar dos días por semana, considerando la Sala que no se trata de una condición más beneficiosa, por cuanto la decisión de abono de un plus salarial se adoptó a cambio del disfrute de un menor descanso semanal, lo que no contraviene expresamente lo dispuesto en el artículo 21 del convenio colectivo de aplicación, que establece con carácter general que el descanso semanal será de dos días ininterrumpidos.

Los hechos, y por tanto las razones de decidir, son diversos, sin que pueda entenderse que estamos ante doctrinas discrepantes que deban ser armonizadas.

**QUINTO.- Resolución.**

A) Por cuanto hemos venido exponiendo, vamos a desestimar el recurso de casación unificadora, sin que ello comporte que deba considerarse errónea la doctrina de las sentencias referenciales, por cuanto están afrontando unos supuestos en que concurren singularidades ausentes del actual. Además, el recurso, al forzar esa comparación, lleva a cabo una indirecta revisión de la realidad que la resolución recurrida toma como cierta.

B) La posibilidad de que un recurso admitido a trámite finalice con una resolución mediante la cual se concluye que concurre una causa de inadmisión es acorde con nuestra jurisprudencia. Recordemos que cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (por todas, SSTS 1036/2016 de 2 diciembre; 107/2017 de 8 febrero; 123/2017 de 14 febrero; 346/2017, de 25 abril; 434/2017 de 16 mayo).

Se trata de una consecuencia que no puede considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. Con arreglo a reiterada jurisprudencia constitucional "La comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos" (Por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero y 200/2012, de 12 de noviembre).

C) El artículo 235.1 LRJS prescribe que "*La sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita*". La desestimación del recurso de casación unificadora del trabajador, por tanto, no ha de comportar la condena en costas al trabajador recurrente.

D) El artículo 228.3 LRJS prescribe que "La sentencia desestimatoria por considerar que la sentencia recurrida contiene la doctrina ajustada acarreará la pérdida del depósito para recurrir. El fallo dispondrá la cancelación o el mantenimiento total o parcial, en su caso, de las consignaciones o aseguramientos prestados, de acuerdo con sus pronunciamientos". En nuestro caso es innecesario que adoptemos decisiones de este orden.

**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 D. Calixto, representado y asistido por el letrado Sr. Escobar Esteban.

2.- Declarar firme la sentencia nº 1322/2022 de 14 de julio de 2022, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), en el recurso de suplicación nº 2759/2021, formulado contra la sentencia nº 216/2021 del Juzgado de lo Social nº 5 de Almería, de fecha 6 de septiembre de 2021, autos nº 688/2021, que resolvió la demanda interpuesta por D. Calixto frente al Grupo Hoteles Playa SA, en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

3.-No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

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

Así se acuerda y firma.