



Roj: **STS 4782/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4782**

Id Cendoj: **28079140012016100759**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/09/2016**

Nº de Recurso: **246/2015**

Nº de Resolución: **717/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 5219/2015,**  
**STS 4782/2016**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 12 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F), representada y defendida por el Letrado Sr. Vázquez González, contra la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 2 de junio de 2015, en autos nº 15/2015, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la Axencia de Turismo de Galicia y los Sindicatos Comisiones Obreras de Galicia (CC.OO.), Unión General de Trabajadores de Galicia (UGT) y el Comité de Empresa de Turgalicia, sobre conflicto colectivo. Ha comparecido en concepto de recurrido la Axencia de Turismo de Galicia, representada y defendida por la Letrada Sra. Carballo Neira.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F) interpuso demanda de conflicto colectivo del que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: a) se declare nula, se anule y, en todo caso, se deje sin efecto la decisión de la Axencia de Turismo de Galicia del 25 de febrero de 2015, por la que se modificó el sistema de retribución de las indemnizaciones por razón del servicio, de los trabajadores procedentes de la Sociedad de Imagen y Promoción Turística de Galicia, S.A. (TURGALICIA) y se declare que los trabajadores afectados por el conflicto, tienen derecho a que la Axencia de Turismo de Galicia, les siga abonando las indemnizaciones por razón del servicio, en las mismas cuantías y demás condiciones que regían con anterioridad a la referida modificación adoptada el 25 de febrero de 2015 y a que les abone las cantidades que, como consecuencia de esa modificación, les haya dejado de abonar desde el 1 de enero de 2015; b) y se condene a la empresa demandada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda de conflicto colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

**TERCERO.-** Con fecha 2 de junio de 2015 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimamos la demanda de conflicto colectivo presentada por la CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE DE FUNCIONARIOS (CSIF-F), contra la empresa AXENCIA DE TURISMO DE GALICIA, CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG), la UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT) y el Comité de Empresa de la



antigua TURGALICIA, y SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBREAS DE GALICIA (CCOO), absolviendo a los demandados de las pretensiones frente a ellos formuladas».

**CUARTO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- El presente conflicto afecta la totalidad de los trabajadores que, procedentes de la extinguida SOCIEDADE DE IMAXE E PROMOCIÓN TURISTICA DE GALICIA S.A. (TURGALICIA), fueron integrados en la AXENCIA DE TURISMO DE GALICIA el día 1 de enero de 2014.

2º.- La AXENCIA DE TURISMO DE GALICIA fue creada por el Decreto 196/2012 de 27 de septiembre, iniciando su funcionamiento el 1 de marzo de 2013. En fecha 27 de diciembre de 2013 el Consello de la Xunta de Galicia acordó autorizar la disolución y el inicio de procedimiento de liquidación de TURGALICIA.

3º.- Las relaciones laborales de los trabajadores afectados por el presente conflicto se rigen por el Convenio de Oficinas y Despachos de la Provincia de A Coruña (en relación con los trabajadores de Promoción) y por el VII Convenio Colectivo de enseñanza y formación no reglada (en relación con los trabajadores del Centro Superior de Hostelería de Galicia).

4º.- Hasta el 31 de diciembre de 2013 el personal afectado por el presente conflicto percibía, en el caso de determinados desplazamientos (viaje fuera de la Comunidad Autónoma, o cuando realizándolo dentro de la Comunidad Autónoma pernoctaran fuera de su domicilio) los siguientes importes: el correspondiente al kilometraje así como los gastos de alojamiento (hotel u hospedaje) y manutención (desayuno, comida y cena) contra factura y sin límite; y una cantidad fija por importe diario de 60,10€ para trabajadores de dirección, jefaturas, subdirectores y coordinación, y 51,09€ para el resto del personal que se reflejan en la nómina mensual bajo el concepto de "dieta".

5º.- Y desde el 25 de febrero de 2015, comunicó a los trabajadores afectados por este conflicto, lo siguiente: *"desde el 1 de enero se aplicará al personal incorporado procedente de TURGALICIA las cuantías señaladas en el anexo I"*

#### **MANUTENCIÓN**

TERRITORIO NACIONAL ALOJAMIENTO ENTERA MEDIA DIETA

ENTERA

**Directora de promoción** 102,56€ 60,10€ 30,05€ 162,66€

Resto de

personal 65,97€ 51,09€ 25,55€ 117,06€

#### **MANUTENCIÓN**

EXTRANJERO ALOJAMIENTO ENTERA MEDIA DIETA

ENTERA

**Directora de promoción** 60,10€ 30,05€ Aloj+Man.E

Resto de

personal RD 462/2002

(según país) 51,09€ 25,55€ Aloj+Man.E

Esta decisión de la empresa supone una modificación del sistema de retribución de los trabajadores afectados por este conflicto, en relación con el abono de las indemnizaciones por razón del servicio, ya que:

1.- La indemnización por manutención en los desplazamientos al extranjero (en lugar de ser la establecida, en función del país al que se viaje, en el anexo III del RD 462/2002), pasa a ser una cantidad fija de 60,10€/día (para la Directora) y de 51,09€/día (para el resto del personal).

2.- No se prevé que los trabajadores que desempeñen jefaturas de área, continúen percibiendo la indemnización por manutención en la misma cuantía que la Directora, en los viajes dentro del territorio nacional».

**QUINTO.-** Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F). Su Letrada, Sra. Vázquez González, en escrito de fecha 14 de julio de 2015, formalizó el correspondiente recurso, basándose en el siguiente motivo: ÚNICO.- Al amparo del art. 207.e) de la LRJS, por infracción de los apartados 1, 4 y 5 del art. 41 del ET.



**SEXTO.-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

**SÉPTIMO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 8 de septiembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Términos del debate casacional.

#### 1. Antecedentes y hechos significativos.

Con fecha 24 de marzo de 2015 se presenta en el Registro del Tribunal Superior de Justicia de Galicia demanda de conflicto colectivo por parte de la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F). Afecta a los trabajadores procedentes de la Sociedad de Imagen y Promoción Turística de Galicia, S.A. (TURGALICIA), luego transformada en Axencia de Turismo de Galicia.

Solicita la nulidad de la decisión adoptada por la Axencia el 25 de febrero de 2015, modificativa de las indemnizaciones por razón del servicio. El cambio afecta al monto de las dietas por manutención para desplazamientos al extranjero, que pasa a ser una cantidad fija, en lugar de la antes abonada (la establecida en el Anexo III del RD 462/2002). Considera que se ha llevado a cabo una modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT) sin acreditar causa para ello ni seguir el oportuno procedimiento.

#### 2. Sentencia recurrida.

La STSJ Galicia de 2 junio 2015 (rec. 15/2015 ) pone fin al procedimiento en la instancia, rechaza que exista prejudicialidad respecto del conflicto 63/2014 y desestima la demanda por dos razones:

La decisión empresarial no es modificación sustancial de las condiciones de trabajo porque no afecta a las retribuciones de los trabajadores, sino a las dietas que no figuran entre las causas o supuestos recogidos en el artículo 41 ET como modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

La modificación operada no es sustancial y por ello se encuadra dentro del poder de dirección del empresario que regula el art. 20 ET , porque tal y como se certifica por la propia Agencia las cuantías son superiores a las del convenio colectivo de oficinas y despachos o al resto de los funcionarios y personal de la Xunta de Galicia.

#### 3. Recurso de casación y escritos concordantes.

A) Con fecha 14 de julio de 2015 se presenta recurso de casación por parte de CSI-F. Articula un único motivo de recurso y denuncia la infracción del art. 41 ET (en varios de sus números) así como de la jurisprudencia que lo interpreta, en especial la STS 22 julio 2013 (rec. 106/2012 ).

Expone que la decisión combatida ha supuesto una importante reducción de las indemnizaciones por manutención en los desplazamientos al extranjero; en el caso de algunos países la minoración ronda el 40%. Esos importes sensiblemente inferiores comportan una MSCT.

Además, se apunta hacia la falta de justificación de la medida y la incoherencia de que se abone el mismo importe por viajar a países con niveles de vida muy diversos.

B) El 3 de agosto de 2015 la Letrada de la Xunta de Galicia impugna el recurso de casación. Considera que el procedimiento del art. 41 ET no es aplicable puesto que no hay MSCT debido al carácter extrasalarial de la dieta.

Y aunque se incluyera la materia dentro del campo aplicativo del art. 41 ET no se ha producido un cambio sustancial sino "una leve minusvaloración de los importes".

C) En su Informe de 7 de enero de 2016 la representante del Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso. Considera que ninguna norma ampara la petición del sindicato demandante, admite que un cambio sustancial en el sistema de dietas debe seguir el procedimiento del art. 41 ET y concluye sosteniendo la accidentalidad de las variaciones introducidas en el caso.

#### 4. Estructura de nuestra sentencia.

Como queda advertido, el conflicto actual guarda relación con otro anteriormente suscitado entre las mismas partes procesales. En consecuencia, ya expuestos los datos principales del actual (Fundamento Primero), habremos de comenzar por identificar el modo en que ambos se conectan (Fundamento Segundo).

Acto seguido despejaremos el primero de los núcleos argumentales de la sentencia combatida y del recurso: la necesidad de que las alteraciones de una compensación extrasalarial se sometan a los trámites del artículo



4 1 ET (Fundamento Tercero). Tras ello, en un orden lógico, habremos de recordar los perfiles que legislación y jurisprudencia vienen atribuyendo a las MSCT (Fundamento Cuarto). A partir de esas premisas ya daremos respuesta directa al núcleo litigioso (Fundamento Quinto).

## **SEGUNDO.- El precedente de la STS 67/2016 .**

Los hechos sometidos a nuestra consideración son parcialmente coincidentes con los que dieron lugar a la STS 67/2016, de 3 de febrero . Tanto que, en la instancia, la empresa demandada instó la suspensión del presente procedimiento por entender que existía prejudicialidad.

La STSJ Galicia de 2 junio 2015 , ahora recurrida, sin embargo, entiende que no hay prejudicialidad "y en todo caso concurriría la cosa juzgada positiva, que en modo alguno es causa de suspensión".

### **1.Hechos relevantes para la STS 67/2016 .**

Los hitos sobre los que giraba todo el debate resuelto en la anterior ocasión son los siguientes:

*La entidad empleadora originaria es la Sociedade de Imaxe e Promocion Turistica de Galicia (Turgalicia), luego transformada en Axencia de Turismo de Galicia.*

El 8 de junio de 1993, el Consejo de Administración de la empresa aprobó el abono de "dietas" en diversa cuantía para el personal de la empresa.

El Informe de control financiero de la Intervención General de la Comunidad Autónoma (2012) advierte que bajo el concepto de dieta se está pagando una retribución no autorizada y se recomienda que se proceda a exigir su devolución.

*En el Diario Oficial de Galicia se publica el Decreto 196/2012, mediante el que se crea la Agencia de Turismo de Galicia y se aprueban sus Estatutos.*

*Hasta diciembre de 2013 los trabajadores que realizaban determinados desplazamientos percibían el importe correspondiente a los gastos generados (alojamiento, manutención) y también una cantidad diaria fija (60,10 €, 51,09 €) que la nómina identificaba como "dieta" .*

*Tras incorporarse a la Axencia de Turismo de Galicia, el personal procedente de Turgalicia percibe cuantías fijas por razón de dietas en territorio nacional, pero ya no el importe adicional.*

### **2. Alcance de lo resuelto en la STS 67/2016 .**

La resolución que venimos citando como antecedente resume su pronunciamiento del siguiente modo:

- a) *Las cantidades abonadas en concepto de "dieta" constituyen salario y derivan de un reconocimiento empresarial explícito incardinable en la figura del derecho adquirido o "condición más beneficiosa".*
- b) *La eliminación de su pago no se ha basado en norma coetánea y sobrevenida, ni ha seguido los trámites del artículo 41 ET .*
- c) *La eventual colisión de remuneraciones superiores a las convencionales con normas dirigidas al empleo público no basta para eliminar por completo el juego de las instituciones laborales.*
- d) *La entidad empleadora ha realizado actos expesos de reconocimiento y mantenimiento de las remuneraciones cuestionadas a lo largo de veinte años.*
- e) *Nuestra doctrina más reciente, que hemos de aplicar por razones de seguridad jurídica e igualdad, ha admitido la existencia de condiciones más beneficiosas en el ámbito del empleo público incluso cuando se oponen a prescripciones restrictivas.*

*Recalquemos, por último, que estamos ante surgimiento de un derecho de forma lícita, ante actos explícitos emanados de órgano competente; se está ante una CMB praeter legem (al margen de las previsiones legales) más que ante un derecho nacido contra legem (de manera contraria a lo querido por las normas); que ni siquiera se ha invocado una norma concreta que colisione con el derecho en cuestión; que tampoco se ha expuesto a partir de qué momento la condición se coinvierte en anómala; que no se ha seguido el camino novatorio (pactado o impuesto por la vía del art. 41 ET ); que en modo alguno estamos consagrando la validez de derechos surgidos de manera anómala e ilegal.*

*Por completo fuera de nuestro objeto material quedan las posibles consecuencias o responsabilidades exigibles a quienes han venido manteniendo una práctica que la Administración Autonómica considera contraria a Derecho o, en su caso, el modo en que la empleadora puede hacerla desaparecer.*

A la vista de todo ello, nuestra sentencia confirma la dictada previamente por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, cuyo fallo es el siguiente:



«Que estimando la demanda presentada por la CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE DE FUNCIONARIOS (CSIF-F), a la que se ha adherido la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG), la UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT) y el Comité de Empresa de la antigua TURGALICIA, contra la empresa AXENCIA DE TURISMO DE GALICIA, declaramos el derecho de los trabajadores afectados por el presente conflicto, a que se les siga abonando las cantidades salariales fijas (60,10 € para trabajadores de dirección, jefaturas, subdirectores y coordinación, y 51,09 € para el resto del personal) que se les abonaba como trabajadores de la Sociedad de Imagen e Promoción Turística de Galicia S.A. en las mismas condiciones que regían antes de su integración en la Axencia de Turismo de Galicia, y a que les sean abonadas las cantidades que, por tal concepto, les hayan sido dejadas de abonar, desde el 1 de enero de 2014.»

### 3. La conexión entre ambos procedimientos.

Las cuestiones debatidas en los dos procedimientos son diversas, por lo que la STSJ Galicia recurrida acierta cuando descarta suspender el procedimiento. En el conflicto primero se combate la eliminación de la "doble dieta" o cantidad adicional que los trabajadores venían cobrando como consecuencia de decisiones empresariales explícitas y sostenidas temporalmente. En el conflicto actual se cuestiona la decisión empresarial de ajustar el importe de las cantidades para manutención por salidas al extranjero.

Por todo ello, no existe relación de litispendencia entre el procedimiento finalizado con nuestra STS de 2 julio 2015 (rec. 1699/2014) y el presente. No concurren las identidades precisas al efecto. Cosa distinta es que la estrecha conexión entre ambos exija que deba tomarse en cuenta lo ya resuelto (mediante sentencia firme) en el primero de ellos cuando se aborda la solución del segundo (art. 222.4. LEC) y que así deba suceder aunque sea en el momento de resolver este recurso de casación. Queriendo destacar la conexión de referencia, en la síntesis de hechos probados que hemos realizado más arriba aparecen destacados (con texto subrayado) algunos de ellos.

Esa virtualidad no predetermina la respuesta que haya de darse al conflicto pero influye en el modo de abordarlo. Así, para valorar si estamos o no ante una MSCT hemos de partir del resultado del primer conflicto: los trabajadores perciben la cantidad por gastos del viaje (en cuantía ahora debatida) más otro monto adicional (resultado de la condición más beneficiosa que la STS 67/2016 declara indebidamente eliminada).

Tratándose de una sentencia dictada en procedimiento colectivo, todavía tiene más sentido que atendamos al efecto positivo de la cosa juzgada, en línea con lo que nuestras SSTs 16 (2) junio 2015 (rec. 608 y 609/2014) han sostenido, en parte apoyándose en el art. 160.5 LRJS :

*La sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o **en relación de directa conexidad** con aquél, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo. La suspensión se acordará aunque hubiere recaído sentencia de instancia y estuviere pendiente el recurso de suplicación y de casación, vinculando al tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo, incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiere invocado aquélla como sentencia contradictoria.*

### TERCERO.- La MSCT de compensaciones extrasalariales.

El artículo 41 ET sujeta determinadas decisiones empresariales de modificación del régimen contractual del trabajador a los límites causales, materiales y procedimentales que en dicho precepto se contemplan; pero tal previsión no agota las posibilidades modificativas del contrato a instancias del empresario, ya que el ordenamiento jurídico ( artículos. 5.c y 20.1 y 2 ET ) reconoce la capacidad empresarial de variar discrecionalmente las condiciones de trabajo, siempre que el cambio no haya de ser reputado sustancial. Como explica la STS 10 noviembre 2015 (rec. 261/2014), forma parte del poder de dirección empresarial un *ius variandi* o poder de modificación no sustancial del contrato, entendido como poder de especificación o concreción de la necesariamente genérica prestación laboral. El problema radica en determinar cuándo una modificación debe ser considerada como sustancial y, por tanto, debe seguir para su aplicación el régimen previsto en el artículo 41 ET y cuándo no ostenta tal carácter y puede ser llevada a cabo a través del ejercicio regular del poder de dirección empresarial.

#### 1. Regulación aplicable y dietas abonadas.

La tesis central del primer argumento acogido por la sentencia recurrida descarta la aplicación del régimen de la MSCT. Para comprender ese razonamiento ha de comenzar por recordarse el tenor del artículo 41.1 ET :

*La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.*



Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) **Sistema de remuneración y cuantía salarial.**
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.

Por otro lado, la dieta es una percepción económica, de naturaleza extrasalarial, que tiene por finalidad compensar al trabajador de los gastos que tiene que realizar (comidas, pernoctación, etc.) por desempeñar su trabajo, por cuenta de la empresa y de modo temporal, fuera del centro o lugar habitual de trabajo. El art. 26.2 ET explicita esa naturaleza de la dieta, lógicamente, siempre que se corresponda con la realidad del hecho que la motiva. El concepto de dieta lleva pues implícito el de desplazamiento temporal del lugar habitual de trabajo a otro distinto. Así lo explican numerosas sentencias de esta Sala Cuarta, como la de 16 septiembre 2013 (rec. 35/2013) y las en ella citadas.

## 2.Planteamiento.

A) Sobre la reseñada base normativa, un primer argumento que la sentencia de instancia acoge para desestimar la demanda se basa en la expuesta naturaleza (compensatoria, no salarial) de las dietas. Puesto que no forman parte del salario y el art. 41.1 ET contempla como una de las modificaciones sustanciales la afectación de la "cuantía salarial", debe concluirse que la empresa puede alterar el modo de compensar los gastos de manutención sin necesidad de acudir al cauce garantista y completo de la MSCT.

La Sala de lo Social gallega condensa esa idea explicando que " *la decisión de la empresa, modificando el importe de las dietas y adoptando otros parámetros, no es modificación sustancial de las condiciones de trabajo porque no afecta a las retribuciones de los trabajadores, sino a las dietas que no figuran entre las causas o supuestos recogidos en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores como modificación sustancial de las condiciones de trabajo* ".

B) La impugnación al recurso insiste en esa óptica, subrayando el carácter irregular del devengo y la exclusiva finalidad de compensar los gastos ocasionados por estancias fuera del propio domicilio.

C) El recurso sindical cuestiona ese razonamiento, habida cuenta de que la lista de materias del artículo 41 ET no es cerrada sino abierta, como se desprende de su literalidad y de la jurisprudencia ( SSTS 26 abril 2006, rec. 2076/2005 ; 22 julio 2013, rec. 106/2013 ).

D) El Ministerio Fiscal admite que la jurisprudencia no descarta la aplicación del art. 41 ET cuando estamos ante retribuciones de naturaleza extrasalarial.

## 3.Materias susceptibles de MSCT.

A) Debe censurarse la idea de descartar la aplicación del art. 41 ET por el hecho de que se altere el régimen aplicable a ciertos tipos de retribución que carezcan de naturaleza salarial.

El art. 41 ET enumera un listado de condiciones que son susceptibles de producir modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. No se trata de una lista cerrada, sino abierta, siendo su enumeración meramente ejemplificativa y no exhaustiva, ya que en el mismo precepto se precisa que tendrán la consideración de modificaciones sustanciales las que afecten a dichas materias "entre otras". Por modificación sustancial hay que entender aquella de tal naturaleza que altere o transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas las previstas en la lista "ad exemplum" del artículo 41.2 ET , pasando a ser otras distintas de un modo notorio, debido a la ausencia de una regla que nos diga cuándo una modificación es sustancial; el adjetivo implica un concepto jurídico indeterminado que habrá de ser valorado en cada caso concreto.

B) La propia sentencia recurrida recuerda varias sentencias de esta Sala Cuarta donde se pone de relieve que el artículo 41.1 ET no contiene una lista cerrada de materias susceptibles de MSCT, sino que la misma constituye un claro *numerus apertus*. De este modo:

Por MSCT hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista «ad exemplum» del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio [ STS 22 junio 1998, rec. 4539/1997 ].



La «aplicación del art. 41 ET no se halla referida al hecho de que la condición sea sustancial, sino a la exigencia de que sea sustancial la propia modificación, y a tal efecto se ha entendido tradicionalmente como tal aquella modificación que afecta a los aspectos fundamentales de la condición, de forma que con ella pasan a ser otros distintos de un modo notorio» ( STS 09 abril 2001, rec. 4166/2000 ).

«La lista no comprende todas las modificaciones que son -pueden ser, según veremos- sustanciales, pero también ha de afirmarse tampoco atribuye carácter sustancial a toda modificación que afecte a las materias expresamente listadas. Con lo que podemos concluir, utilizando expresión del todo gráfica, que ni están todas las que son ni son todas las que están» ( STS 26 abril 2006, rec. 2076/05 ).

La sentencia recurrida alude a la STS 22 julio 2013 (rec. 106/2012 ) como apoyo a su tesis, excluyendo la aplicación del procedimiento previsto en el art. 41 ET a los cambios en el sistema de dietas. Pero se trata de una interpretación errónea. La doctrina acuñada en tal ocasión se basa en el carácter accidental de los cambios introducidos por la empleadora, no en la índole de la materia. De hecho, al examinar si la modificación merece el calificativo de "sustancial" estamos admitiendo que la materia queda comprendida en el radio de acción del art. 41 ET .

C) El reiterado listado legal no es más que una lista ejemplificativa de la que no se deriva la sustancialidad de la modificación. La jurisprudencia de la Sala, desde antiguo, ha venido señalando que para determinar el carácter sustancial o no de la modificación no puede acudir simplemente a la lista que incorpora el apartado primero del artículo 41 ET dado que se trata de una lista ejemplificativa y no exhaustiva de suerte que el mencionado listado no incorpora todas las modificaciones que pueden ser sustanciales ni tampoco atribuye el carácter de sustancial a toda modificación que afecte a alguna de las condiciones listadas. En definitiva, la aplicación del artículo 41 ET no está referida al hecho de que la condición sea sustancial, sino a la necesidad de que sea sustancial la modificación. Entre otras muchas, puede verse las SSTS 3 de abril de 1995 (rec. 2252/1994 ) y 9 de abril de 2001 (rec. 4166/2000 ).

#### 4. Conclusión.

Tiene razón el recurso en este punto. No es admisible que una empresa altere la forma de compensar los gastos que su plantilla debe afrontar como consecuencia de los desplazamientos laborales y que descartemos la entrada en juego del régimen de la MSCT por el hecho de que se trate de compensar gastos y de prestaciones no salariales. Como ya dijera la STS 27 junio 2005 (rec. 9 4 /2004 ) nada impide que conceptos extrasalariales sean objeto de tales cambios que caigan dentro del régimen del artículo 41 ET :

El primer pilar argumental de la sentencia, por tanto, ha de eliminarse. El carácter extra salarial de la dieta en modo alguno descarta que los cambios introducidos respecto de su alcance hayan de tramitarse con arreglo al art. 41 ET y ajustarse a sus exigencias causales.

#### **CUARTO.- La sustancialidad de la modificación de condiciones laborales.**

##### **1. Concepto abierto.**

La modificación de las condiciones laborales que aparecen enumeradas en el art. 41 ET no acarrea irreversiblemente su consideración como sustancial, pues ello dependerá de la intensidad del cambio producido y de su proyección temporal. Es decir, no toda modificación realizada en cualquiera de las materias relacionadas en la citada lista merece necesariamente la consideración de sustancial, ya que la calificación de sustancial debe aplicarse a la modificación y no a la condición de trabajo.

La aplicación del art. 41 del ET se reserva para los supuestos en que el empresario introduce modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo de sus empleados, entendiéndose por tales las que sean de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral. Debe tenerse en cuenta que "la calificación de sustanciales de las modificaciones contractuales constituye un concepto jurídico indeterminado cuya precisa delimitación no está exenta de polémica", como dijera la STS 10 de octubre de 2005 (rec. 183/2004 ).

##### **2. Doctrina legal.**

En SSTS como las de 11 de diciembre de 1997 (rec. 1281/1997 ), 22 de septiembre de 2003 (rec. 122/2002 ), 10 de octubre de 2005 (rec. 183/2004 ), 26 de abril de 2006 (rec. 2076/2005 ), 17 abril 2012 (rec. 156/2011 ) o 25 noviembre 2015 (rec. 229/2014 ), entre otras muchas, se sienta doctrina de alcance general sobre qué significa que un cambio sea sustancial. Con arreglo a ella:

Por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista "ad exemplum» del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata



de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del "iusvariandi» empresarial.

Ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador, haya de ser calificado como sustancial o accidental, lo que conlleva que, en cada caso habrá que analizar las circunstancias concurrentes.

Se destaca la imposibilidad de trazar una noción dogmática de "modificación sustancial» y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo, sosteniéndose al efecto por autorizada doctrina que es sustancial la variación que conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea realmente o potencialmente dañosa para el trabajador.

Para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características, y ello desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones.

Para calificar una modificación como sustancial tendrá el intérprete que estudiar caso por caso, y su juicio deberá tener en cuenta siempre los elementos contextuales, así como "el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados".

### 3. Conclusión.

El segundo pilar argumental de la sentencia recurrida descarta el carácter sustancial de la modificación a la vista de que los trabajadores afectados por ella vienen percibiendo compensaciones por gastos que superan las previsiones del convenio colectivo sectorial aplicado y las percibidas por el resto de personal de la Xunta. Se trata de una argumentación errónea.

El nivel de derechos, por elevado que sea, no sirve para descartar que existe una MSCT. La determinación del carácter oneroso de los cambios ha de afrontarse por referencia a las alteraciones padecidas por los propios trabajadores de la Axencia y no mediante comparación con otros colectivos. Hay que examinar la entidad de los cambios, su duración, las eventuales compensaciones y cualesquiera otras circunstancias concurrentes.

## QUINTA.- Resolución.

### 1. Recapitulación.

Como queda expuesto, los trabajadores afectados por el conflicto, cuando realizan un viaje por razones profesionales, vienen percibiendo dos tipos de retribuciones: a) una cantidades fijas denominadas "dietas"; b) unas "indemnizaciones" por razón del servicio.

Las "dietas" constituyen el objeto del primer procedimiento. Con arreglo a la sentencia que le puso fin ( STS 67/2016 ) poseen naturaleza salarial, han generado una condición más beneficiosa y no pueden eliminarse unilateralmente. Su importe diario oscila entre los 51,09 € y los 60,10 €.

Las "indemnizaciones" van dirigidas a compensar los gastos de manutención o alojamiento; constituyen el actual objeto litigioso. Desde 2014 su cuantía se equipara con la contemplada en el RD 462/2002; sin embargo, el 25 de febrero de 2015 la Gerencia de la empresa comunica que las indemnizaciones por manutención en los desplazamientos, tanto dentro de España cuanto fuera, pasar a tener la misma cantidad: 51,09 € (25,55 € la media) con carácter general y 60,10 € (30,05 € la media) para la Directora de Promoción. Los gastos de alojamiento en el extranjero siguen ajustados a las cuantías del RD 462/2002 (según país).

A la vista de todo ello: a) la existencia de "dietas" adicionales y derivadas de una condición más beneficiosa no puede tomarse en cuenta para enjuiciar la validez del acuerdo de 25 febrero 2015 puesto que se trata de remuneración salarial; b) la validez de la alteración del modo en que se compensa el gasto por manutención ha de enjuiciarse en sí misma; c) la única forma de averiguar si la decisión recurrida es legal consiste en determinar si está alterando de modo "sustancial" las condiciones de trabajo.

### 2. Consideraciones específicas.

A) El RD 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio excluye expresamente de su ámbito aplicativo al personal laboral (art. 2.2); además, los empleados al servicio de Administraciones autonómicas tampoco están incluidos en su campo aplicativo ( art. 2.1 ).

Pese a esa doble expulsión, los empleados de la Axencia han venido percibiendo las dietas en el importe marcado por el citado Real Decreto hasta el 25 de febrero de 2015 (HP Quinto). Eso ha generado, sin duda, una condición más beneficiosa que la cuestionada decisión empresarial ha querido eliminar.





B) La decisión impugnada establece un importe unitario y homogéneo para la dieta (51,09 €) o media dieta (25,55 €) en el extranjero, con independencia del país al que se viaje.

Por su lado, el Anexo I del Real Decreto 462 clasifica al personal en tres grupos y el Anexo III establece el importe de la dieta combinando esa estratificación con el país concreto al que se viaje. De este modo aparecen dietas de 35 € (Grupo 3, Andorra) junto a otras de 68,52 € (Grupo 1, Alemania), de 75,13 € (Grupo 2, Suecia) de 97 € (Grupo 2, Japón) y de otros muy diversos importes.

C) Basta esa mera ilustración para comprobar cómo en algunos casos el cambio introducido puede ser muy sustancial en términos relativos. El recurso de casación contiene la tabla matemática que muestra la pérdida porcentual de ingreso que supone el viaje a los distintos países. Especialmente llamativos son las minoraciones que el Grupo 2 sufre al viajar a Bélgica (38%), Colombia (35%), Japón (47%) o Reino Unido (38%).

Es verdad que en algún caso excepcional (Andorra) no hay pérdida sino aumento de la compensación percibida. Pero recordemos que es la empleadora quien ha puesto en marcha una alteración colectiva del modo en que compensa el gasto de manutención, sin diferenciar por países, y que hemos de valorar ese ajuste a Derecho de manera asimismo global.

D) También es cierto que hay mucha diferencia entre afrontar gastos de manutención un solo día a lo largo del año o hacerlo en numerosas fechas dentro del mismo periodo.

Pero recordemos que es la empleadora la que ha introducido un sistema homogéneo y unitario de compensación de gastos, sin prever eventuales compensaciones cuando ello comportase, para determinadas personas, una importante reducción respecto de lo que venía percibiéndose. Por lo tanto, tampoco podemos enjuiciar los cambios introducidos desde una perspectiva relativizadora que atienda a la frecuencia de la eventual minoración patrimonial.

E) Las consecuencias de un cambio de condiciones de trabajo no poseen la misma entidad cuando éste se introduce para un breve arco temporal que cuando se hace sin previsión de término final. La onerosidad, claro, resulta menor cuanto más pequeña sea su proyección a lo largo del tiempo.

En el caso que examinamos es la propia entidad empleadora la que ha impuesto el nuevo régimen de compensación sin restricción cronológica alguna, de modo que tampoco puede utilizarse como paliativo de su trascendencia la predeterminación temporal.

F) El HP Quinto de la sentencia recurrida da cuenta también de que la impugnada decisión de 25 de febrero de 2015 no prevé "que los trabajadores que desempeñen jefaturas de área, *continúen percibiendo la indemnización por manutención en la misma cuantía que la Directora*, en los viajes dentro del territorio nacional".

Se trata de un hecho no impugnado, de modo que las consideraciones realizadas sobre el carácter sustancial de la modificación son trasladables a este aspecto del litigio.

G) Quedan por completo al margen de nuestra consideración las eventuales razones que puedan amparar la adopción de una decisión como la ahora cuestionada. El artículo 41 ET permite a la empresa articular una MSCT como la aquí considerada, pero sometiéndola a un procedimiento (causal, formalizado) que ha estado por completo ausente en nuestro caso.

La resolución del conflicto, en suma, no puede ni debe ir más allá de lo apuntado: a) afirmar el carácter sustancial de la modificación introducida; b) constatar que no se ha seguido el preceptivo cauce del artículo 41 ET ; c) extraer las consecuencias sustantivas y procesales de ello.

### 3. Alcance de nuestra sentencia.

A) El artículo 157.1.a) LRJS prescribe que *cuando se formulen pretensiones de condena que aunque referidas a un colectivo genérico, sean susceptibles de determinación individual ulterior sin necesidad de nuevo litigio, habrá de consignarse los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y el cumplimiento de la sentencia respecto de ellas.*

La demanda interpuesta en su día por CSI-F no contiene los datos necesarios como para que de nuestra sentencia pueda desprenderse una condena susceptible de ejecución individualizada. Por ello no es posible que demos cumplimiento al mandato del artículo 160.3 LRJS , conforme al cual " *de ser estimatoria de una pretensión de condena susceptible de ejecución individual, deberá contener, en su caso, la concreción de los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y beneficiados por la condena y especificar la repercusión directa sobre los mismos del pronunciamiento dictado. Asimismo deberá contener, en su caso, la declaración de que la condena ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente*" .



B) La estimación del recurso sí que comporta atender la principal petición de los demandantes: la declaración de nulidad de la decisión de la Axencia de Turismo de Galicia del 25 de febrero de 2015, por la que se modificó el sistema de retribución de las indemnizaciones por razón del servicio, de los trabajadores procedentes de la Sociedad de Imagen y Promoción Turística de Galicia, S.A. (TURGALICIA).

Se trata de la consecuencia lógica de que se haya prescindido por completo del procedimiento legalmente diseñado para implantar una MSCT; el art. 138.6 LRJS dispone que la sentencia declarará nula la decisión adoptada eludiendo las normas relativas al periodo de consultas establecido en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores. Se trata de previsión enmarcada en la modalidad procesal de carácter individual, pero que debemos extender a los casos en que se tramita como procedimiento de conflicto colectivo una demanda frente a "una decisión empresarial de carácter colectivo" como la del art. 41.2 ET ( art. 153.1 LRJS ).

C) La obligación de llevar a cabo un período de consultas, además de una previsión del referido art. 41.4 ET, es la concreción directa de la previsión general contenida en el art. 64.5 ET, según el cual los representantes de los trabajadores tienen derecho a ser informados y consultados, entre otras cuestiones, sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa, pues no cabe duda de que una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo constituye un cambio relevante en los contratos de trabajo (así lo hemos recordado en la STS de 13 octubre 2015 -rec. 306/2014 -).

Cuando ha existido un defectuoso cumplimiento de las exigencias del artículo 41 ET, como es el caso, nuestra doctrina viene proclamando la nulidad de la medida empresarial cuestionada. En tal sentido, por ejemplo SSTS<sup>a</sup> de 3 noviembre 2014 (rec. 272/2013), 10 diciembre 2014 (rec. 60/2014), 16 diciembre 2014 (rec. 263/2013), 13 octubre 2015 (rec. 306/2014) y 19 abril 2016 (rec. 116/2015).

La nulidad de la decisión empresarial cuestionada, por tanto, es petición del recurso a la que debemos acceder.

D) Consecuencia de ello es que declaremos que los trabajadores afectados por el conflicto tienen derecho a que la Axencia de Turismo de Galicia les siga abonando las indemnizaciones por razón del servicio, en las mismas cuantías y demás condiciones que regían con anterioridad a la referida modificación adoptada el 25 de febrero de 2015. Basta esa declaración para preservar el derecho de asimilación a que alude el HP quinto para quienes desempeñan jefaturas de área.

E) Asimismo, reconocemos el derecho de los trabajadores que hayan devengado dietas en el extranjero desde enero de 2015 a que les sean abonadas las diferencias que de todo lo anterior pudieren resultar a su favor.

Que no podamos realizar una condena en los términos requeridos por el sindicato recurrente en modo alguno priva a nuestra sentencia de los efectos que le son propios, en particular los del artículo 160.5 LRJS (" *la sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél* "), del mismo modo que la demanda interpuesta en su día activó los del art. 160.6 LRJS (" *La iniciación del proceso de conflicto colectivo interrumpirá la prescripción de las acciones individuales en igual relación con el objeto del referido conflicto* ").

F) Pese a lo manifestado por el Informe del Ministerio Fiscal, entendemos que el mantenimiento de las condiciones previas a su ilícita alteración en modo alguno colisiona con prescripciones de carácter imperativo. Al menos, a esta Sala no le consta norma alguna en que se considere contrario a Derecho mantener los términos de una condición más beneficiosa nacida de manera legal.

Tema diverso es el de la conveniencia, ejemplaridad o descontrol de costes que pudiera comportar la gestión de los recursos humanos por parte de la Axencia. Se trata de reflexiones a las que ya hicimos frente en nuestra anterior STS 67/2016 y que en modo alguno pueden alterar la resolución del presente conflicto.

G) Los términos en que se manifiesta el art. 235 LRJS, tanto en su número 1 cuanto en el 2, conducen a que no proceda la imposición de costas a ninguna de las partes litigantes.

## FALLO

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

1º) Estimar el recurso de casación interpuesto por la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F). 2º) Casar y anular la Sentencia de 2 de junio de 2015, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en autos nº 15/2015, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la Axencia de Turismo de Galicia y los Sindicatos Comisiones Obreras de Galicia (CC.OO.), Unión General de Trabajadores de Galicia (UGT) y el Comité de Empresa de Turgalicia, sobre conflicto colectivo. 3º) Declarar nula la decisión



de la Axencia de Turismo de Galicia del 25 de febrero de 2015, por la que se modificó el sistema de retribución de las indemnizaciones por razón del servicio, de los trabajadores procedentes de la Sociedad de Imagen y Promoción Turística de Galicia, S.A. (TURGALICIA). 4º) Declarar el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a que la Axencia de Turismo de Galicia les siga abonando las indemnizaciones por razón del servicio, en las mismas cuantías y demás condiciones que regían con anterioridad a la referida modificación adoptada el 25 de febrero de 2015. 5º) Declarar el derecho de los trabajadores que hayan realizado desplazamientos al extranjero desde el 1 de enero de 2015 a que se les abonen las eventuales diferencias que pudieran existir a su favor como consecuencia de lo ahora resuelto. 6º) No realizar imposición de costas, ni adoptar medidas especiales en materia de depósitos o consignaciones.

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

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJPOJ