



Roj: **STSJ PV 3916/2017 - ECLI:ES:TSJPV:2017:3916**

Id Cendoj: **48020340012017102333**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **28/11/2017**

Nº de Recurso: **2272/2017**

Nº de Resolución: **2352/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO N°: Suplicación 2272/2017

NIG PV 01.02.4-17/000323

NIG CGPJ 01059.34.4-2017/0000323

SENTENCIA N°: 2352/2017

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 28 de noviembre de 2017.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los lltmos. Sres. D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE y D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Andrés contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 1 de los de VITORIA-GASTEIZ de fecha 31 de julio de 2017, dictada en proceso sobre EXT, y entablado por Andrés frente a **CEGASA PORTABLE ENERGY S.L.U.**

Es Ponente el lltmo. Sr. Magistrado D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO.- El actor DON Andrés prestó servicios para la empresa CELAYA EMPARANZA Y GALDÓS INTERNACIONAL SA con antigüedad de 20 de enero de 1991, categoría profesional de licenciado, y salario bruto mensual con inclusión de la parte proporcional de pagas extras de 8.615,50 euros.

SEGUNDO.- La mercantil CELAYA EMPERANZA Y GALDOS INTERNACIONAL SA, y otras empresas del grupo fueron declaradas en concurso de acreedores. en fecha 13 de marzo de 2014 por auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Vitoria fueron declaradas

TERCERO.- La administración concursal propuso al Juzgado de lo mercantil la venta de las distintas unidades que conformaban la empresa CEGASA INTERNACIONAL, postulándose para su compra entre otras SHERPA CAPITAL ENTIDAD GESTORA, y en fecha 10 de octubre de 2014 la administración concursal de CELAYA EMPARANZA Y GALDOS SA solicitó al Juzgado de lo Mercantil autorización de venta en fase común de las



unidades de "manganeso" "sistemas de energía" y "comercializados de energía y luz" a favor de la empresa SHERPA CAPITAL ENTIDAD GESTORA.

CUARTO.- Para la ejecución de la transmisión con fecha 14 de noviembre de 2014 CEGASA INTERNACIONAL SA y la representación de los centros de trabajo afectados suscribieron acta de acuerdo por la que se establecieron los criterios para identificar el perímetro de las unidades productivas,

En el acta de ejecución del plan social de CELAYA EMPARANZA Y GALDÓS INTERNACIONAL SA de fecha 14 de noviembre de 2014 el actor figuraba como personal subrogable como director comercial de materias primas en la dirección comercial de sistemas de energía.

QUINTO.- Por auto del Juzgado de lo mercantil de fecha 28 de noviembre de 2014 se concede dicha autorización en los términos delimitados y definidos en la oferta presentada, a favor de SHERPA CAPITAL ENTIDAD GESTORA SGECR SA, por sí misma o a través de una sociedad designada por ésta al efecto, efectuándose la transmisión de los bienes y derechos libre de cargas y gravámenes, la transmisión de la unidad de negocio no implica sucesión ni continuidad de empresa más que a los efectos meramente laborales respecto de los trabajadores asumidos por la adquirente y en los términos pactados con los representantes de los trabajadores.

Dicho auto fue confirmado por auto de la audiencia provincial de 26 de marzo de 2015.

Obra copia de dichas resoluciones en las actuaciones, dándose su contenido por reproducido a efectos de su incorporación a los hechos probados.

SEXTO.- El 11 de diciembre de 2014 el actor remitió un correo electrónico a RRHH de la empresa indicándole que tras la revisión de pruebas de idiomas y corrección de un error en el anexo I de la anterior lista, Sherpa había elaborado nueva lista, y había sido eliminado de la lista inicial, que forma parte de las unidades productivas a ser enajenadas conforme art. 44 y 149.2 de la LC no entendiéndolo la causa de la eliminación.

SÉPTIMO.- El 27 de enero de 2015 se elevó acta de consultas previas a la transmisión de las unidades productivas de manganeso, sistemas de energía y comercializados del grupo CEGASA a SHERPA 2 INVESTMENTS 02 SLU y NOVATIUM SLU concurriendo la representación de los trabajadores de CEGASA de los centros de Vitoria y Oñata, en dicha acta se exponen las condiciones de la subrogación entre ellas reducción salarial fijándose las nuevas condiciones retributivas en el apartado 6, así como otras modificaciones, comprometiéndose las partes a suscribir en el momento inmediatamente posterior a la subrogación el correspondiente documento de acuerdo colectivo en el marco de lo dispuesto en los art. 41 , 87 , y 82.3 del ET .

Se da por reproducido a efectos de su incorporación a los hechos probados el contenido de dicha acta cuya copia obra en las actuaciones.

OCTAVO.- El 28 de enero de 2015 las partes ratifican íntegramente lo firmado en fecha 27 de enero de 2015 y recogido en el acta de consultas previa a la transmisión.

NOVENO.- En la misma fecha se elevó escritura pública de compraventa de las unidades productivas relacionadas a favor de las sociedades NOVATIUM SLU y SHERPA 2 INVESTMENTS 02 SLU.

DÉCIMO.- El actor a partir del 27 de enero de 2015 siguió prestando servicios en la empresa CEGASA.

UNDÉCIMO.- En fecha 6 de marzo de 2015 el actor presentó demanda de despido frente a las empresas que conformaban en grupo CELAYA INTERNACIONAL, administración concursal de la misma, comité de empresa, así como las empresa SHERPA 2 INVESTMENTS 02 SLU, NOVATIUM SLU, SHERPA ENTIDAD GESTORA SOCIEDAD GESTORA DE ENTIDADES DE CAPITAL RIESGO SA, SHERPA 2 INVESTMENTS 02 SLU, NOVATIUM SLU que fue desestimada por sentencia firme de 9 de junio de 2015 en la que se aprecia la excepción de falta de acción alegada por las codemandadas.

DUODÉCIMO.- El actor presenta el 1 de abril de 2015 demanda declarativa de derecho a su reincorporación y solicitud de daños y perjuicios frente a las empresas del Grupo CEGASA declaradas en concurso, administración concursal de la misma, comité de empresa, y frente a SHERPA 2 INVESTMENTS 02 SLU, NOVATIUM SLU, SHERPA ENTIDAD GESTORA SOCIEDAD GESTORA DE ENTIDADES DE CAPITAL RIESGO SA cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de lo Social nº 2 (autos nº 228/15) que en fecha 30 de diciembre de 2015 dictó sentencia firme, posteriormente aclarada por auto de fecha 5 de febrero de 2016 en la que se estima parcialmente la demanda declarando el derecho del actor a ser incorporado en la compañía NOVATIUM SLU o a las empresas definitivamente adjudicatarias de las unidades productivas de manganeso, sistemas de energía y comercializados de energía y luz adquiridas por la empresa SHERPA CAPITAL con fecha efectos 28/1/2015 debiendo estar y pasar los codemandados por esta declaración.



Obra copia de esta sentencia en las actuaciones dándose su contenido por reproducido a efectos de su incorporación a los hechos probados.

DECIMOTERCERO.- En fecha 4 de febrero de 2016 CEGASA PORTABLE ENERGY SLU (anteriormente NOVATIUM SLU) comunica al actor por escrito las condiciones de su reincorporación, siendo las mismas las siguientes: Centro de trabajo de Oñati, el 8 de febrero de 2016 para ocupar el puesto de responsable técnico manganeso, siendo la prestación de servicios de lunes a jueves de 8:30 a 18:10 horas y los viernes en horario de 8:00 a 14:00 horas, existiendo flexibilidad en la entrada salida conforme al calendario de jornada partida establecido para el año 2016. Solicitando al trabajador a efectos de realizar las gestiones oportunas ante la Seguridad Social les remita a la mayor brevedad la comunicación extintiva de su relación laboral con la anterior empleadora CELAYA EMPARANZA Y GALDÓS INTERNACIONAL SA.

DECIMOCUARTO.- En el momento de su incorporación a CEGASA PORTABLE ENERGY SLU se entrega al actor la ficha de descripción de puesto de trabajo, como responsable técnico manganeso, mando intermedio, nivel salarial grupo 1 titulado superior, salario bruto anual fijo 58.500 euros, salario bruto anual variable 10.000 euros, localización Oñati, con las funciones y responsabilidades y objetivos del puesto de trabajo, que fue recepcionado por el trabajador y firmado como no conforme.

DECIMOQUINTO.- El actor se incorpora el 4 de febrero de 2016 presentando burofax a la empresa en el que le indicaba que la reincorporación no era ajustada a derecho que las categorías profesionales son diferentes, que el puesto a desempeñar no es coincidente al que venía desarrollando en CELAYA EMPARANZA Y GALDOS INTERNACIONAL SA, la orden de mando/responsabilidad/jerarquía es otra, que se ha incorporado al centro de Oñati, cuando ha venido prestando servicios en Vitoria-Gasteiz, se modifica su horario de trabajo, que el espacio físico difiere sustancialmente del que venía ocupando en Celaya hasta el pasado 31-1-2016, las condiciones económicas son diferentes.

DECIMOSEXTO.- La empresa CEGASA PORTABLE ENERGY le responde por escrito indicándole que su incorporación obedece a su petición de ser subrogado en la empresa adjudicataria de las unidades de negocio que fueron adquiridos en su día por SHERPA CAPITAL previamente autorizado por el Juzgado de lo Mercantil de Vitoria. Que su interés por ser incorporado como trabajador adscrito a las unidades de negocio que han sido objeto de transmisión le hacen conocedor de las condiciones en las que se ha efectuado la transmisión y la consecuente modificación de las condiciones laborales aparejadas a dicho proceso y recogidas en las correspondientes actas de ejecución y seguimiento del plan social de CELAYA EMPARANZA Y GALDÓS SA, que dichas modificaciones que fueron pactadas en el seno de dicho procedimiento se establecían como condición necesaria para la viabilidad de la transmisión y tiene su amparo legal en la previsión del artículo 5.2b) de la Directiva 2001/23/CE . Las condiciones de trabajo que deben regir sobre la acción laboral son las que se han asignado de forma general a la unidad productiva debiendo ser consciente que se ha incorporado usted a una PYME tras haber cesado su actividad en una gran empresa multinacional y que tanto las estructuras organizativas como los espacios físicos de prestación de servicios difieren en tanto en cuanto se ha incorporado usted a una nueva realidad empresarial.

DECIMOSÉPTIMO.- El actor interpuso demanda en ejecución de la sentencia firme dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 en fecha 30 de diciembre de 2015 y que se declare que la subrogación llevada a cabo es irregular se proceda a la extinción de la relación laboral condenando al pago de la indemnización correspondiente al despido improcedente, más una indemnización adicional de 15 días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades, condenando a la ejecutada a abonar los salarios dejados de percibir si así fuera desde la fecha de la notificación de la sentencia incrementados en el 10%, subsidiariamente se requiera a Novatium SLU (actual Cegasa Portable Energy SLU) a llevar a cabo la subrogación con respeto a los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social existentes anteriores a la subrogación, y la condena en costas.

DECIMOCTAVO.- Por auto de fecha 3 de junio de 2016 del Juzgado de lo Social nº 2 de Vitoria-Gasteiz se desestimó íntegramente la demanda de ejecución, interpuesto recurso de reposición fue desestimado.

Obra copia de las referidas resoluciones en las actuaciones dándose su contenido por reproducido a efectos de su incorporación a los hechos probados.

DECIMONOVENO.- Interpuesto recurso de suplicación contra dicho auto por Don Andrés , se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 10 enero de 2017 desestimando el recurso y confirmando la resolución recurrida.

Obra copia de dicha sentencia en las actuaciones dándose su contenido por reproducido a efectos de su incorporación a los hechos probados.



VIGÉSIMO.- El actor interpuso demanda cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de lo Social nº 3 autos 231/16 solicitando la extinción indemnizada por incumplimiento empresarial (modificación sustancia injustificada) obrando copia de la demanda en las actuaciones, desistiendo de la demanda.

VIGÉSIMO PRIMERO.- En fecha 2 de febrero de 2017 el actor presentó escrito a la empresa en el que resumidamente indica que existen modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, resultando perjudicado en varios aspectos, entre ellos el salarial, que ello le concede derecho a rescindir la relación laboral y percibir la indemnización establecida, en consecuencia les comunica su voluntad de extinguir el contrato de trabajo vigente con efectos el día 3/02/2017 siempre y cuando acepten indemnizarle con la cantidad de 77.539,50 euros, resultado de hacer un cálculo a razón de 20 días por año de servicio sobre la retribución salarial bruta previa a las modificaciones planteadas y una antigüedad de 24-01-1991 con un máximo de 9 mensualidades. Que en caso de no reconocer el derecho a la extinción indemnizada la rescisión unilateral queda anulada y dejada sin efecto, continuando prestando servicios sin perjuicio de plantear la correspondiente acción.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- El actor ha presentado demanda de reclamación de cantidad frente a la empresa cuyo conocimiento ha correspondido al Juzgado de lo Social nº 4 de esta ciudad (autos nº 200/2017)."

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que debo desestimar la demanda interpuesta por DON Andrés , contra la empresa CEGASA PORTABLE ENERGY SLU absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra. "

TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso Recurso de Suplicación, por la parte demandante que fue impugnado por Cegasa Portable Energy S.L.U.

CUARTO.- El 13 de noviembre de 2017 se recibieron las actuaciones en esta Sala, deliberándose el recurso el día 28 del mismo mes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Andrés recurre en suplicación, ante esta Sala, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Vitoria/Gasteiz, de 31 de julio del año en curso, que ha desestimado la demanda que interpuso el 3 de febrero inmediato anterior pretendiendo que, al amparo de lo previsto en el art. 41.3 del vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET) en su segundo párrafo, declare la rescisión del contrato de trabajo que le vincula con la sociedad demandada, Cegasa Portable Energy SLU, a la firmeza de la sentencia que se dicte, con abono de una indemnización de 77.539,50 euros a cargo de ésta, más el interés legal desde la fecha de la demanda.

El Juzgado sustenta su decisión, en esencia, en entender que las nuevas condiciones laborales que tiene el demandante en la demandada, tras incorporarse a ésta en febrero de 2016 a consecuencia de lo resuelto en la sentencia firme dictada el 30 de diciembre de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Vitoria/Gasteiz, no constituye un cambio sustancial de sus condiciones laborales respecto a las que tenía en Celaya, Empanza y Galdós Internacional SA que le otorgue derecho a extinguir su contrato de trabajo al amparo del art. 41.3 ET , en línea con lo resuelto por esta Sala, en sentencia de 10 de enero de 2017 (rec. 65/2017), dictada en fase de ejecución de la anterior, toda vez que son las condiciones laborales pactadas en el acuerdo alcanzado en el ámbito del concurso de esta última sociedad el 28 de enero de 2015 con la representación legal de sus trabajadores para la transmisión de sus unidades productivas, dándose la circunstancia de que fue el propio demandante quien exigió judicialmente, con éxito en virtud de la citada sentencia del Juzgado nº 2 de Vitoria/Gasteiz, ser incluido como uno de los trabajadores subrogados por ser trabajador de una de las unidades productivas compradas por la demandada (a la sazón, denominada Novatium SLU) y sin que en ningún momento haya impugnado dicho acuerdo.

Su recurso pretende sustituir ese pronunciamiento por otro que estime su demanda, a cuyo fin articula cuatro motivos de revisión de los hechos probados y dos destinados a examinar el derecho aplicado en la sentencia respecto a la pretensión principal y subsidiaria de la demanda respectivamente.

Recurso impugnado por la parte demandada, que asume las razones del Juzgado.

SEGUNDO.- La Sala admite la modificación del hecho probado primero que se plantea en el motivo inicial del recurso, a fin de corregir lo que se revela como mero lapsus en la fecha de antigüedad del demandante en la empresa transmitente, que fue el 24 de enero de 1991 (y no el 20 de ese mes), como revelan las nóminas del trabajador que se invocan al efecto y acepta la demandada en su impugnación, si bien carece de toda relevancia en la resolución del litigio, como admite el propio recurrente.



TERCERO.- Igualmente admitimos la ampliación del hecho probado cuarto que se propone en el motivo segundo, en el sentido de precisar, en relación al acta de 27 de enero de 2015, que el demandante no figuraba en la lista de personal afectado, como expresamente se declara probado en la sentencia de 30 de diciembre de 2015, de la que obra en autos copia fehaciente e igualmente admite la demandada al impugnar el recurso.

CUARTO.- La Sala rechaza la revisión del ordinal decimocuarto, pues ya resulta de los términos de la comunicación remitida por la demanda el 4 de febrero de 2016 al demandante, relatada en el ordinal anterior, que la incorporación se haría el día 8.

QUINTO.- Sí aceptamos, en cambio, la modificación del ordinal decimoquinto, en el sentido de indicar que el burofax se remitió el día 11, como resulta del citado burofax aportado a los autos.

Respecto a que la incorporación fue el 8 de febrero (y no el día 4), tiene razón el demandante, como expresión de la fecha en que efectivamente acude a trabajar por vez primera, pero eso no quita para que la empresa cursara el alta suya con efectos del mismo día en que le comunicó que podía incorporarse.

SEXTO.- A) Se denuncia desde la vertiente jurídica, en el motivo quinto, que la desestimación de la pretensión principal de la demanda infringe el párrafo segundo del art. 41.3 ET, en relación con sus apartados 1.d) y f), puesto que las condiciones laborales que tiene en la demandada, a consecuencia del acuerdo alcanzado el 28 de enero de 2015, ha modificado de manera sustancial tanto sus funciones (pasa de director comercial de la unidad productiva sistemas de energía a responsable técnico de la unidad de manganeso, mando intermedio) como sus retribuciones (de un salario de 8.615,50 euros/mes a un salario fijo de 58.500 euros anuales más 10.000 euros en variable), lo que le otorga derecho a rescindir su contrato de trabajo al amparo del art. 41.3 ET y, por ello, con la indemnización máxima legal de nueve mensualidades de su salario en la empresa cedente, puesto que son condiciones laborales que se le han impuesto cuando se incorpora a la demandada, el 8 de febrero de 2016, ejercitando su acción rescisoria del contrato de trabajo dentro del año siguiente, sin que en ningún momento haya dado su conformidad a las mismas, no siendo esa la acción ejercitada en ejecución de la sentencia que reconoció su derecho a la incorporación a dicha empresa como trabajador de la unidad productiva transmitida a la misma y de la que se le había excluido indebidamente.

B) La razón jurídica ampara plenamente la pretensión del demandante conforme al hilo argumental que seguidamente desarrollamos.

Punto de partida del mismo es advertir que el art. 41.3 ET, en su segundo párrafo, reconoce a los trabajadores objeto de una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo el derecho, si optan por ello, a rescindir su contrato de trabajo con una indemnización de veinte días de su salario por cada año de servicio, prorrateándose por meses la fracción de año y con un máximo de nueve mensualidades de salario. Regla aplicable no sólo a las modificaciones adoptadas por el empresario de índole individual, sino también a las de carácter colectivo (dada la remisión del inciso último del apartado 4 de ese precepto), que desde luego también se aplican a los casos en que la modificación resulte de acuerdos alcanzados en sede concursal entre el cesionario y los representantes de los trabajadores al amparo de un precepto, como es el art. 149.4 de la Ley Concursal (LC), sin mandato alguno que excluya la aplicación del párrafo segundo del art. 41.3 ET a los mismos. Claro es que, respecto a éstos, han de tener la entidad propia de ese tipo de modificaciones, entre las que se incluyen las que afecten a la cuantía salarial y a las funciones (en este caso, siempre que excedan de los límites previstos para la movilidad funcional), tal y como lo contempla el art. 41.1.d) y f) ET, aunque la jurisprudencia exige que, dentro de esas materias, tenga también cierta entidad (no lo sería, por ejemplo, una reducción de diez euros en un salario mensual de mil euros).

El segundo paso de nuestro recorrido argumental radica en comprobar que el salario del demandante, a consecuencia de su subrogación por la demandada, ha experimentado una reducción muy notable, al pasar de un salario anual de 103.386 euros a otro de 68.500 euros, pues supone un 33% menos del que tenía, lo cual constituye una modificación que cabe calificar como sustancial. No tiene esa entidad, en cambio, la alteración sufrida en sus funciones, pues mantiene la categoría profesional y, en consecuencia, estamos ante una variación propia de las facultades empresariales de movilidad funcional que contempla el art. 39 ET.

Esa reducción sustancial del salario no es algo fruto de su voluntad sino de la decisión empresarial, con la aquiescencia de los representantes de los trabajadores (acuerdo de 28 de enero de 2015), a lo que el recurrente no ha dado su conformidad, pues no puede considerarse como tal que reclamara judicialmente su incorporación a la demandada, aunque tuviera conocimiento de los cambios que le iban a acarrear (que, por lo demás, no podían ser plenos, desde el momento en que no figuraba entre los trabajadores incluidos en el acuerdo de 28 de enero de 2015 y no es hasta el 8 de febrero de 2016 cuando se le entrega la ficha concreta con las condiciones laborales de su nuevo puesto de trabajo), pues con esa demanda lo que estaba exigiendo era únicamente que se reconociera su derecho a la integración en la demandada, como empresa sucesora de la suya en la titularidad de la unidad productiva transmitida, lo que se le había negado, dejándole en la empresa



concurada, en la que tuvo que seguir prestando sus servicios desde la transmisión (el 28 de enero de 2015) y hasta la incorporación efectuada el 8 de febrero de 2016 en cumplimiento de la sentencia que reconoció ese derecho suyo.

El demandante, con posterioridad a esa incorporación en que tiene ya conocimiento cabal de los cambios que la empresa le implanta conforme al acuerdo alcanzado en sede concursal con los representantes legales de los trabajadores, ha manifestado una contumaz postura de disconformidad con los mismos, que se inicia con el burofax del 11 de febrero de 2016 (tres días después de esa comunicación), y también su voluntad de extinguir el contrato de trabajo a causa de ellos, que queda de manifiesto con su solicitud de ejecución de la sentencia de 30 de diciembre de 2015, estimando que era irregular y procedía, por ello, que el Juzgado acordara extinguir su contrato de trabajo al amparo del art. 281 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), lo que no prosperó finalmente al confirmar nosotros, el 10 de enero del año en curso, la desestimación pronunciada por el Juzgado de lo Social, presentándose el 3 de febrero siguiente la demanda origen del actual litigio, tras haber entregado en la empresa el día anterior un escrito en el que le hacía la misma petición.

Lo hasta aquí expuesto revela que concurre el supuesto del párrafo segundo del art. 41.3 ET y, por ello, el derecho del demandante a rescindir su contrato de trabajo con la indemnización pretendida (la máxima posible, de nueve mensualidades de su salario anterior a la reducción experimentada), dados sus veinticinco años de antigüedad a la fecha del cambio de condiciones.

Conclusión a la que no obsta lo resuelto en ejecución de la referida sentencia, en contra de lo que sostienen la demandada y asume el Juzgado, que interpretan mal lo planteado y resuelto en esa ejecución, toda vez que: 1) si bien se pedía la extinción del contrato de trabajo por las condiciones en que la incorporación se produce, lo era por considerar que constituían un supuesto de readmisión irregular que, conforme al art. 281 LJS, amparaba la extinción del contrato de trabajo con la indemnización propia del despido improcedente y la adicional prevista en ese precepto, lo cual no es la acción que se ejercita en este litigio; 2) la desestimación judicial se asienta, esencialmente, en que la sentencia que se ejecutaba no se había dictado en un litigio por despido y, por ello, no era aplicable lo previsto en el art. 281 LJS, aunque ello no era obstáculo para examinar si se podía entender cumplido o no lo resuelto en ella, llegándose a la conclusión de que sí lo había sido, puesto que se había producido dentro de lo que en nuestra resolución denominamos como "normalidad contractual", entendiéndolo como tal que la incorporación a la demandada se había realizado en los términos resultantes del acuerdo de transmisión de enero de 2015, pero en ningún momento se examinó si éste introducía o no una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del demandante y si, por ello, tenía o no derecho a extinguir el contrato de trabajo al amparo del art. 41.3 ET.

En consecuencia, el Juzgado debió estimar la pretensión principal de la demanda interpuesta por el recurrente, como atinadamente defiende éste en el motivo quinto de su recurso.

SEPTIMO.- A) Resta por examinar el motivo último del recurso, en el que D. Andrés denuncia que la desestimación de la pretensión subsidiaria de la demanda vulnera lo dispuesto en el art. 1902 del Código Civil (CC), en relación con su art. 1108.

B) Infracción inexistente, dado el particular modo en que el demandante ha planteado el ejercicio de su acción rescisoria del contrato de trabajo prevista en el art. 41.3 ET, al condicionar la extinción del mismo al momento en que sea firme la sentencia que reconozca su derecho, por cuanto que el devengo del interés legal del dinero que contempla el art. 1108 CC es para el caso de las obligaciones consistentes en el pago de dinero y supeditado a que el deudor haya incurrido en mora, pero lo cierto es que la obligación de abonar la indemnización reclamada en el litigio sólo surge a partir del momento en que el contrato de trabajo se extinga, lo cual no se ha producido aún y, por ello, no cabe imputar a la demandada la condición de morosa en el cumplimiento de ese deber indemnizatorio.

Distinto habría sido, claro es, si el demandante se hubiera arriesgado a extinguir por sí mismo el contrato de trabajo al amparo del art. 41.3 ET, sin la previa conformidad empresarial, pues entonces la demandada sí se habría demorado en el cumplimiento de ese deber indemnizatorio. El recurrente optó por un planteamiento prudente, a fin de que, de no tener amparo jurídico su pretensión rescisoria, mantener el vínculo laboral, pero ese modo de proceder tiene el reverso de no generar derecho a la indemnización hasta tanto el contrato de trabajo no se extinga.

El recurso, por lo expuesto, merece parcial estimación.

OCTAVO.- No procede condena en costas, al no existir recurrente vencido carente del beneficio de justicia gratuita, como lo exige el art. 235.1 LJS.

FALLAMOS



Se estima, en lo sustancial, el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D. Andrés contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Vitoria/Gasteiz, de 31 de julio de 2017, dictada en sus autos nº 82/2017, seguidos a instancias del hoy recurrente, frente a Cegasa Portable Energy SLU, sobre rescisión del contrato de trabajo por modificación sustancial de condiciones de trabajo; en consecuencia, con revocación de su pronunciamiento relativo a la pretensión principal de la demanda, la estimamos, declarando la extinción de su contrato de trabajo a la firmeza de esta resolución, con derecho a una indemnización de 77.539,50 euros a cargo de la demandada, a la que condenamos a su pago, ratificando la desestimación de la pretensión relativa a los intereses por demora. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/ a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-2272-2017.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000- 66-2272-2017.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.