



Roj: **STSJ M 9955/2021 - ECLI:ES:TSJM:2021:9955**

Id Cendoj: **28079340012021100772**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/09/2021**

Nº de Recurso: **605/2021**

Nº de Resolución: **817/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ISIDRO MARIANO SAIZ DE MARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34016050

**NIG:** 28.079.00.4-2021/0001557

**Recurso número: 605/21**

**Sentencia número: 817/21**

**AS**

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MARÍA DEL ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ

Ilmo. Sr. D. ISIDRO MARIANO SAIZ DE MARCO

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de septiembre de dos mil veintiuno, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por la/los Ilma/os. Sra/es. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el recurso de suplicación número 605-21 interpuesto por la Letrada D<sup>ña</sup>. MARÍA CAROLINA LASPIUR TAILLADE en nombre y representación de D<sup>ña</sup>. Eva contra la sentencia de fecha 11-3-21, dictada por el Juzgado de lo Social número 9 de MADRID, en sus autos número 55-21 seguidos a instancia de la aquí recurrente frente a UNIDAD EDITORIAL SA, D. Amadeo , D. Juan Pedro , D. Anselmo , D. Avelino , D. Belarmino , D<sup>ña</sup>. Juana , D. Bernardo , D<sup>ña</sup>. Loreto , D<sup>ña</sup>. Maite , D. Cesareo , D. Claudio , D<sup>ña</sup>. Marisol y D. Cristobal , en reclamación de MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. ISIDRO MARIANO SAIZ DE MARCO, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos probados:

PRIMERO.- Dña. Eva con DNI nº : NUM000 , ha prestado sus servicios para la empresa demandada Unidad Editorial, S.A, desde el 13.10.2010, con la categoría profesional de Grupo 2 Nivel VII- Nivel I Comercial, y retribución mensual de 3.072,47 € brutos mensuales incluida prorrata de pagas extras.

(Folios 145 a 169, Contrato de trabajo y recibos de salarios y Comunicación cambio categoría).

SEGUNDO.- A la actora se le viene aplicando el acuerdo salarial alcanzado entre la representación legal de los trabajadores y la empresa el 18 de junio de 2015, por el que se acordó una modificación sustancial de las condiciones salariales de carácter colectivo que afectó a todo el departamento comercial, en donde se encuadra la actora y que fijó las condiciones siguientes para aplicar a la remuneración variable:

### 2ª REGLAS DEL SISTEMA DE INCENTIVOS DE PUBLICIDAD

1. El incentivo está referido a una cantidad objetivo individual para cada comercial que representará como mínimo el 30% del salario bruto anual.
2. El cobro es mensual con un mes de decaje respecto del cierre (ej. en febrero se abonan las comisiones correspondientes al cierre de enero).
3. El importe bruto del incentivo estará condicionado a la consecución de los objetivos. Cada equipo comercial tiene al menos dos objetivos, la suma de todos ellos es igual a 100%. Un objetivo puede estar referido a un soporte o a la suma de varios soportes. Y todos los equipos comparten un objetivo común en función de la importancia estratégica de algún soporte o línea de negocio (ej. Orbyt o móviles).
4. Criterios para el cálculo; Se tiene en consideración la producción facturada que es el resultante de la suma de todos los importes de órdenes publicadas en el mes para cada uno de los objetivos (Las órdenes deben estar facultadas para que se liquiden y las órdenes no liquidadas serán regularizadas en meses posteriores sumando el importe al mes de publicación) versus presupuesto para cada uno de los objetivos (si un objetivo está compuesto por varios soportes, el presupuesto es la suma de dichos soportes). Además se tendrá en cuenta el objetivo/meses de publicación y el peso de cada objetivo.

5. Fórmula para el cálculo:

Es una conversión de % de cumplimiento y tope en 100%, con un umbral del 79% de cumplimiento por debajo del cual el cobro es cero. A partir del 80% de cumplimiento el cobro es lineal y por tramos

80% 80%

90% 90%

95% 95%

100 % 100%

Cumplimiento Producción Facturada/Presupuesto.

Fórmula = (Producción Facturada/Presupuesto) \* (Target/nº de meses soporte) \* Peso de Objetivo.

Igualmente, hay que destacar que en el mencionado acuerdo firmado con el comité se acuerda en el punto 1º, sobre comunicación de incentivos, que:

- Los objetivos se deben entregar por escrito cada año.
- Los objetivos deben comunicarse al trabajador antes del 1 de marzo, y en el caso de no haber sido entregados los objetivos en fecha, dichos objetivos de ese comercial se tendrán por cumplidos en un 80% por el periodo fuera de plazo.
- Además, es necesario motivar o establecer los criterios de reparto y asignaciones de los objetivos, y en caso de ser modificados deben justificarse.

(Folios 173 a 177 cuyo contenido se da íntegramente por reproducido).



TERCERO.- La función laboral de la trabajadora, es la captación de clientes y venta a la cartera ya existente de publicidad para insertar en las publicaciones tanto en papel como digital del grupo UNIDAD EDITORIAL, S.A., igualmente la venta de publicidad para eventos.

Parte de su salario, lo viene percibiendo en comisiones/incentivos que supone un máximo del 30 % de su salario fijo.

En aplicación del acuerdo salarial expuesto en el Hecho anterior, hasta el mes de diciembre de 2019, la trabajadora ha venido percibiendo el salario variable (incentivos-comisiones), el último pago percibido fue en enero de 2020 correspondiente a las ventas de diciembre anterior (ya que las comisiones se perciben a mes vencido).

CUARTO.- La actora causa baja de IT desde el 5 marzo 2020 al 29 Agosto 2020.

(Doc.7 su ramo de prueba).

QUINTO.- El 28 de abril de 2020 se logra el Acuerdo de negociación de un ERTE, en el que además, se acometen otras medidas alternativas: Reducciones salariales (Cláusula Séptima) y otros Acuerdos (Cláusula Octava), destacando el punto 8.5 (A propuesta Representante Legal Trabajadores):

"Ambas partes acuerdan que el derecho al devengo de cualquier tipo de retribución variable estará vinculado a que se alcance en el presente año el EBITDA de 2019, después de gastos recurrentes.

En este sentido, las fichas relativas al sistema de retribución variable se entregarán con anterioridad al 30 de junio de 2020".

Cláusula Decimocuarta - Efectividad:

"El presente Acuerdo, se considerará acuerdo definitivo, desplegando plena eficacia, considerándose notificados los trabajadores destinatarios de las medidas desde la fecha de este documento, sin perjuicio de las notificaciones que la Empresa realizará a cada trabajador de la aplicación de la medida que le corresponda, en los términos establecidos en es este Acuerdo".

(Folios 241 a 251 por reproducidos9:

SEXTO.- Obra a los folios 369 a 388 cuyo contenido se da reproducido, el Informe Técnico abril 2020 que recoge las causas productivas.

El descenso de publicidad respecto al mes de marzo 2019 en relación al mes de marzo 2020 arroja un 28,4% (pérdidas en marzo 2019 de 2.165 y en marzo 2020 de 1.551).

Se pasa de unos ingresos en marzo de 2019 a 9,3 millones de €, a unos ingresos en marzo de 2020 de 6,7 millones de € (38,4% menor).

SEPTIMO.- En la Comunicación parte social Comisión Negociadora. En el dictado de afectados la actora aparece con una reducción del 70% de su jornada, si bien y a su petición se suspendió el 100% desde el 29.08.2020 hasta el 07.09.2020 en que finalizó el ERTE.

(Folios 359 a 369 y en concreto folio 360 y testifical Presidente Representante Legal Trabajadores).

OCTAVO.- El 30.06.2020 se comunica por Recursos Humanos a todos los comerciales, incluida la actora, la retribución variable 2020 que se pone a su disposición, y que las dos copias deben ser firmadas y devueltas antes del 15 julio.

(Folios 255 a 256 por reproducidos).

El 14 julio 2020 se remite a la actora el mismo correo, la carta de incentivos para que la envía lo antes posible firmada.

El 10 Diciembre 2020 le remiten el siguiente correo:

"Hola Eva , esta es la carta que te envíe y que ya necesito con urgencia firmada, la necesita ya.

Si no vas a venir. La firmas y la haces una foto con el móvil y me la envías".

El 15 Diciembre 2020 contesta la actora:

"Referente a este mail que me envías, en el que se señalan las nuevas condiciones para comisionar, y el resto de asuntos en ello indicados, debo comunicar que no estoy conforme al suponer una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.



Por ello, al no estar de acuerdo, no voy a firmarla y me reservo las acciones legales oportunas que me amparen llegado el momento".

(Folio 252 a 259 por reproducidos y testifical Dña. Tomasa Directora Departamento Publicidad Superiora de la actora).

NOVENO.- El 29 junio 2020 se comunicó a la actora el nuevo sistema de incentivos de 2020 (folio 260 a 262 por reproducido).

En la misma fecha se comunicó a otras personas incluidas en el sistema de incentivos comerciales (folios 263 a 265).

A los folios 357 y 358 cuyo contenido se da íntegramente por reproducido, obran los incentivos de la actora en 2020 que no alcanzan el 80%.

En el Departamento Comercial na han percibido incentivos 2020 ningún trabajador.

(Testificales Dña. Tomasa y Dña. Marí Jose ).

DECIMO.- El 24 marzo 2020 se remite correo (también a la actora) comunicando que el sistema de retribución variable quedaba congelado hasta abril 2020.

El 26 febrero 2021, por correo se comunica a todos los trabajadores del área comercial que se va a iniciar un procedimiento de negociación con la representación legal de los trabajadores de Unidad Editorial.

El 26 febrero 2021 se insta a la representación legal de los trabajadores a designar a la Comisión representativa para abordar la negociación de un nuevo sistema de incentivos.

(Folios 389 a final por reproducidos).

DECIMOPRIMERO.- La demanda judicial fue registrada el 15 de Enero 2021, suspendiéndose el juicio señalado para el 16.02.2021, a fin de ampliar la demanda frente a la comisión representativa de los trabajadores que suscriben el acuerdo.

**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que acogiendo la excepción de caducidad, debo desestimar y desestimo la demanda formulada por Dña. Eva frente UNIDAD EDITORIAL SA, D. Amadeo ,D. Juan Pedro ,D. Anselmo ,D. Avelino ,D. Belarmino , Dña. Juana ,D. Bernardo , Dña. Loreto ,Dña. Maite ,D. Cesareo ,D. Claudio ,Dña. Marisol y D. Cristobal , absolviendo a los demandados de los pedimentos de la demanda.

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDANTE, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte, UNIDAD EDITORIAL S.A.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 30-6- 21 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en 8-9-21 señalándose el día 22-9-21 para los actos de votación y fallo.

**SÉPTIMO:** En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se formula recurso de suplicación por la actora frente a sentencia del juzgado de lo social número 9 de Madrid que -en relación con su demanda en solicitud de que se declare la nulidad o en su caso improcedencia de la modificación sustancial de condiciones de trabajo operada en relación con la actora y se la reponga en sus condiciones salariales acordadas el 18 junio 2015 en lo relativo a su retribución variable, con abono de 5236,92 euros por las diferencias dejadas de percibir en el año 2020- apreció la concurrencia de caducidad y en consecuencia desestimó dicha solicitud.

La sentencia recurrida declara probado que la actora viene prestando servicios por cuenta de Unidad Editorial S. A. desde 13 octubre 2010.

A dicha actora viene aplicándosele el acuerdo salarial suscrito por la empresa y la representación legal de los trabajadores el 18 junio 2015 que figura recogido en el ordinal fáctico segundo.



En aplicación de dicho acuerdo salarial de 18 junio 2015 la actora ha percibido salario variable (incentivos-comisiones). El último pago percibido fue en enero de 2020, correspondiente a las ventas de diciembre de 2019.

La demandante pasó a situación de baja médica por incapacidad temporal, manteniéndose en tal situación entre 5 de marzo y 29 de agosto de 2020.

Mientras la demandante se encontraba en situación de incapacidad temporal, el 28 abril 2020 se suscribió el acuerdo de negociación de un "expediente de regulación temporal de empleo" en el que además se acordaron otras medidas alternativas como reducciones salariales y otros acuerdos, entre ellos el de que el derecho a devengar cualquier tipo de retribución variable estará vinculado a que se alcance en el año 2020 el EBITDA del año 2019, después de gastos recurrentes. En este sentido, las fichas relativas al sistema de retribución variable se entregarán con anterioridad al 30 junio 2020.

En la cláusula decimocuarta se disponía que "el presente acuerdo se considerará acuerdo definitivo, desplegando plena eficacia, considerándose notificados los trabajadores destinatarios de las medidas desde la fecha de este documento, sin perjuicio de las notificaciones que la empresa realizará a cada trabajador de la aplicación de la medida que le corresponda, en los términos establecidos en este acuerdo".

Según el ordinal fáctico sexto, el descenso de publicidad entre marzo de 2019 y marzo de 2020 fue del 28,4%. Se pasó de unos ingresos en marzo de 2019 de 9,3 millones de euros a unos ingresos en marzo de 2020 de 6,7 millones de euros.

Según el ordinal fáctico séptimo, en el listado de afectados la actora aparecía con una reducción del 70% de su jornada laboral, si bien y a su petición se suspendió el 100% desde 29 de agosto hasta 7 de septiembre de 2020 en que finalizó el "expediente de regulación temporal de empleo".

Según los ordinales octavo, noveno y décimo, se produjeron los siguientes hechos (cronológicamente ordenados):

- El 24 marzo 2020 se remitió correo electrónico a la actora comunicando que el sistema de retribución variable quedaba congelado hasta abril de 2020.
- El 30 junio 2020 se comunicó por Recursos Humanos a todos los comerciales, incluida la actora, la retribución variable del año 2020, que se ponía a su disposición debiendo ser firmadas y devueltas las copias antes del 15 de julio.
- El 14 julio 2020 se remitió a la actora la carta de incentivos para que la enviase firmada lo antes posible.
- El 10 diciembre 2020 se dirigió a la actora correo electrónico en el que se indicaba: "Esta es la carta que te envié y que ya necesito con urgencia firmada... Si no vas a venir la firmas y le haces una foto con el móvil y me la envías".
- El 15 diciembre 2020 la actora contestó que "referente a este mail que me envías, en el que se señalan las nuevas condiciones para comisionar, y el resto de asuntos indicados, debo comunicar que no estoy conforme al suponer una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Por ello, al no estar de acuerdo, no voy a firmarla y me reservo las acciones legales oportunas que me amparen llegado el momento".
- La demanda iniciadora de las presentes actuaciones se presentó el 12 enero 2021 (Antecedente de Hecho único).
- El 26 febrero 2021 se comunicó por correo electrónico a todos los trabajadores del área comercial que se va iniciar un procedimiento de negociación con la representación legal de los trabajadores, y ese mismo día se instó a dicha representación legal a designar la comisión representativa para abordar la negociación de un nuevo sistema de incentivos.

Los incentivos de la actora en el año 2020 no alcanzan el 80% (ordinal fáctico noveno).

**SEGUNDO.-** Como primer motivo de recurso, por la vía del apartado b) del art. 193 de la Ley procesal laboral se interesa que se revise el ordinal fáctico quinto para añadir que con fecha 14 abril 2020 y con motivo de la pandemia de covid- 19 la empresa convocó a la representación de los trabajadores para iniciar un procedimiento de suspensión de contratos y reducciones de jornada por causas productivas.

Asimismo se insta que se reseñe que el acuerdo de la empresa recogido en el punto 8-5 afectaba a los trabajadores con salario variable, es decir, 116 trabajadores, a quienes en ningún momento se informó sobre dicho cambio en su retribución variable.



Igualmente se solicita que se haga constar que la cláusula primera, punto 1-3, dispuso que "las medidas acordadas surtirán efectos desde el 7 mayo y finalizarán el 6 septiembre 2020, ambos incluidos".

Tales solicitudes se interesan con base en documentación obrante a folios 242 y 244 de las actuaciones.

Pues bien: a folio 242 consta, como "Antecedente primero", que "Unidad Editorial SA se ve en la necesidad de acometer una serie de medidas por las razones productivas expuestas tanto en la Memoria como en el Informe Técnico aportados al presente expediente de regulación temporal de empleo, que derivan de la situación extraordinaria provocada por la pandemia del covid19".

A folio 244 consta, en su punto 1-3, que "las medidas acordadas surtirán efectos desde el día 7 mayo 2020 y finalizarán el 6 septiembre 2020, ambos incluidos".

Tratándose del "acta final del período de consultas con acuerdo del expediente de suspensión de contratos, reducción de jornada y otras medidas complementarias de alcance temporal de la empresa Unidad Editorial SA" (folio 241), procede acoger estos extremos.

Sin embargo, lo relativo a que el acuerdo de la empresa recogido en el punto 8-5 afectaba a los trabajadores con salario variable, es decir, 116 trabajadores, a quienes en ningún momento se informó sobre dicho cambio en su retribución variable, es algo que no se desprende del documento invocado, por lo que en este extremo no procede acoger la solicitud.

Se interesa también dentro del mismo motivo que se revise el ordinal fáctico sexto para añadir que en el informe técnico a que dicho ordinal se refiere se puso en conocimiento de la comisión negociadora la suspensión de diversas publicaciones como "Fuera de serie", "Yo Dona", y "Eme".

Tal petición se funda en documentos obrantes a folios 381 y 233 a 237.

Lo que obra a folios 233 a 237 son documentos privados que carecen de fehaciencia.

En cuanto al documento obrante a folio 381, éste forma parte del informe técnico y se indica en él que se suspenden los suplementos de Motor y Viajes.

Así las cosas, procede acoger la solicitud parcialmente en este último extremo.

Se solicita asimismo que se revise el ordinal fáctico octavo para hacer constar que el 30 junio 2020 la empresa remitió un comunicado por correo electrónico a los mails corporativos de los trabajadores indicando que desde ese día tendrían a su disposición la información sobre la retribución variable de 2020, solicitándoseles que se pusieran en contacto con sus responsables para que se les entregasen las copias de la carta y se devolvieran firmadas antes del 15 julio. Y asimismo se haga constar que el 14 julio 2020 se remitió un correo electrónico a la actora, quien en esa fecha se hallaba de baja médica y además se encontraba incluida en el ERTE con suspensión total de su contrato de trabajo.

Pues bien: lo relativo a que el 14 julio 2020 la demandante se encontraba en situación de baja médica (concretamente estuvo en tal situación entre 5 de marzo y 29 de agosto de 2020) es algo que ya consta recogido en el ordinal fáctico cuarto de la sentencia, por lo que no es necesario añadirlo.

En cuanto a que la actora se encontraba suspendida al 100%, ello no es así, sino que lo estaba al 70% (al 100% lo fue desde el 29 agosto), pero en todo caso lo que ocurría en esa fecha es que la demandante se encontraba en situación de baja médica. Por todo ello, no se acoge la petición.

Se solicita asimismo que se revise el ordinal fáctico noveno para hacer constar que el sistema de incentivos de 2020 no se comunicó a la actora el 29 junio 2020, sino que le fue comunicado mediante correo electrónico de 10 diciembre 2020, al que se acompañó carta fechada de 29 junio 2020.

Pues bien: el órgano judicial de instancia considera probado que a la actora se le comunicó dicho sistema de incentivos de 2020 el 29 junio 2020 con base en documentación obrante a folios 260 a 262. Se trata de una carta en la que no figura firma alguna de la actora en señal de recepción de la misma. A folios 259 a 263 consta un correo electrónico de la empresa en que se indica "Hola, Eva, esta es la carta que te envié".

Por tanto, de esos documentos no se deduce que sea inexacto el ordinal fáctico cuando afirma que a la actora le fue comunicado el nuevo sistema de incentivos de 2020 el 29 junio 2020. Ello se entiende sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá sobre la incidencia de la baja médica de la actora en la validez de esa notificación.

Se interesa asimismo que se haga constar que los incentivos de la actora en el año 2020 alcanzaron el 84,75%, y ello con base en documentación obrante a folios 196 a 219.

Se trata de documentos privados y carentes de fehaciencia, que por tanto no demuestran la inexactitud de lo afirmado por la sentencia de instancia según la cual dichos incentivos no alcanzaron el 80%.



**TERCERO.-** Como segundo motivo de recurso, por la vía del apartado c) del art. 193 de la Ley procesal laboral se alega infracción de lo dispuesto en el artículo 59-4 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 138 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, así como en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Señala la recurrente que no procedería apreciar la concurrencia de caducidad, ya que el artículo 59-3 del Estatuto de los Trabajadores dispone que el plazo de veinte días se computará desde el día siguiente a la notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso, del período de consultas. Por tanto, no bastaría la mera adopción del acuerdo. Señala asimismo que en las notificaciones efectuadas a los trabajadores no se hacía referencia al acuerdo adoptado en el ERTE sobre modificación de la retribución variable.

Expone asimismo que a la actora le fue remitido correo electrónico a su dirección de e-mail de la empresa, cuando se hallaba en situación de baja médica e incluida en el ERTE. Señala que no está acreditado que la actora accediese a su correo corporativo, por lo que no cabe presumir que rehusase voluntariamente la notificación.

Expresa asimismo que se habría vulnerado el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, conforme al cual "1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin que de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. 2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. 3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas".

Pues bien: la sentencia recurrida considera que el "dies a quo" para el cómputo de plazo de caducidad sería el 30 junio 2020 (fecha en que se remitió por correo electrónico a todos los comerciales, incluida la actora, la comunicación obrante a folios 256, conforme a la cual "os informamos de que a partir de hoy tendréis a vuestra disposición la información sobre la retribución variable 2020, por lo que os pedimos que os pongáis en contacto con vuestros responsables, quienes os harán entrega de las dos copias de la carta correspondiente...") o el 14 julio 2020 (en que tal comunicación volvió a remitírsele a su correo electrónico), siendo que la demanda se presentó el 12 enero 2021.

La recurrente considera que el plazo de caducidad solamente puede computarse desde el 15 diciembre 2020, que es cuando la actora abrió el correo electrónico que le fue remitido el 10 diciembre 2020.

Pues bien: es notable que en las fechas indicadas por la sentencia recurrida (30 junio y 14 julio 2020) la demandante se encontraba en situación de baja médica (incapacidad temporal). Es reseñable asimismo en este punto que el órgano judicial de instancia no ha tenido por probada la efectiva recepción de esas comunicaciones por la actora, señalando que, conforme a la jurisprudencia que menciona, el rehúse de la comunicación debe equipararse a la notificación de ésta.

Sin embargo, en el presente caso concurre la circunstancia muy especial de que la demandante se encontraba en situación de baja médica, por lo que no venía obligada a abrir y leer las comunicaciones que por correo electrónico le dirigió la empleadora.

Así las cosas, hemos de llegar a la conclusión de que no concurre caducidad, pues la fecha de comunicación a la actora de la modificación afectante a su retribución variable debe entenderse que fue el 15 diciembre 2020 (fecha en que consta que, hallándose ya de alta médica, abrió el correo electrónico remitido el día 10 anterior). Y entre 15 diciembre 2020 y 12 enero 2021 (fecha de presentación de la demanda) transcurrieron solamente once días hábiles. Por tanto, se estima el motivo.

**CUARTO.-** Como tercer motivo de recurso, por la vía del apartado c) del art. 193 de la Ley procesal laboral se alega infracción de lo dispuesto en los artículos 41 y 47 del Estatuto de los trabajadores así como en los artículos 16 y siguientes del real decreto 1483/2012.

Señala que la empresa ha modificado el salario de la actora y de todo el departamento comercial (116 trabajadores) de forma unilateral, sin causa justificada y sin haber seguido el cauce del artículo 41 del Estatuto de los trabajadores.



Expresa que en la comunicación dirigida a la actora no se hacía ninguna referencia al acuerdo de 28 abril 2020.

Por otro lado, expone que no habría habido período de consultas en los términos establecidos por el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

Por todo ello, entiende que la modificación sustancial de condiciones de trabajo debería considerarse nula conforme al artículo 138-7 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Afirma asimismo que el expediente de regulación temporal de empleo contemplado en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores no puede suplir el procedimiento específico del artículo 41 del mismo texto legal.

Añade que la jurisprudencia sólo ha admitido que se acuerden otras medidas definitivas de acompañamiento en el marco de un despido colectivo, y para minimizar sus efectos negativos (ceses).

Apunta que la comunicación dirigida a la actora no contiene una limitación temporal, por lo que podría entenderse con efectos indefinidos.

Pues bien: la primera cuestión que debe plantearse es si en el marco de un ERTE regulado en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores es viable incrustar o embutir una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo ex art. 41 del mismo texto legal.

El art. 47 prevé que en los ERTEs exista un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a quince días durante el cual las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo, el cual requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

El art. 41, para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo, establece que habrá un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días, durante el cual las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

Así las cosas, y dada la homogeneidad reguladora existente entre ambas figuras jurídicas, parece que en principio no existe obstáculo legal que impida que en el marco de un ERTE puedan acordarse también medidas modificativas de condiciones de trabajo, si bien en todo caso parece exigible: a) que esas medidas modificativas guarden conexión con las causas motivadoras del ERTE, y b) que, del mismo modo que el ERTE por su propia naturaleza reviste un carácter temporal, las medidas modificativas que se acuerden tengan también ese carácter (temporal, y no definitivo).

Expuesto lo anterior, procede señalar que la actora (antes de la modificación aquí examinada, esto es, hasta el año 2019) tenía derecho a las condiciones fijadas el 18 junio 2015 en materia de retribución variable (básicamente el incentivo no inferior al 30% del salario bruto anual, el cobro mensual de lo correspondiente al mes anterior, los criterios de devengo que se especificaban -a partir de un 80% de cumplimiento-, la comunicación por escrito de los objetivos cada año antes del 1 de marzo, etcétera).

Lo acordado en el marco del ERTE consistió en que "el derecho al devengo de cualquier tipo de retribución variable estará vinculado a que se alcance en el presente año el EBITDA de 2019, después de gastos recurrentes" (folio 248).

La comunicación empresarial dispuso (folios 260 y 261) que en el año 2020 se aplicaría un sistema de incentivos comerciales condicionado al cumplimiento acumulado del EBITDA de 2019, que podrá abonarse en diferentes periodos del año. Se establecieron previsiones como las contenidas en los puntos 4 y 5, conforme a las cuales "tanto la regularización como el sobrecumplimiento sólo se podrá percibir permaneciendo en la compañía en el momento del pago del mismo, dentro del mes siguiente a la aprobación de las cuentas anuales por la junta general de accionistas de la compañía. La suspensión del contrato de trabajo por causa legal y por una duración total de más de dos meses consecutivos, conllevará la no generación y cobro de los incentivos comerciales. Sin perjuicio de lo anterior y de manera específica, se entenderá que la situación de baja por incapacidad temporal del trabajador por un periodo de dos meses dará lugar a la exclusión del sistema hasta su reincorporación al equipo comercial. La inclusión en este sistema para este año 2020 no constituye en modo alguno derecho adquirido o condición más beneficiosa y no se consolidará en tu retribución fija. En consecuencia, este incentivo comercial no influirá ni podrá ser computado a efectos de posibles y futuros incrementos salariales, ni en indemnizaciones por extinción del contrato ni en ninguna otra circunstancia" (folio 261).





Así pues, comparando lo acordado con la representación legal de los trabajadores en el marco del ERTE con la comunicación dirigida a la actora, se aprecia que dicha comunicación individual no se limita a reproducir lo acordado con la representación de los trabajadores, sino que contiene otra serie de añadidos o aditamentos que no fueron objeto de dicho acuerdo.

Por otro lado, se echa en falta que el texto literal de la comunicación dirigida a la actora sobre modificación de su retribución variable no se limite claramente al año 2020, siendo que no se dice que a partir de 2021 se reanuda el anterior sistema. Por tanto, podría interpretarse que se pretende instaurar una modificación de carácter indefinido o definitivo (esto es: para lo sucesivo).

Concurre, pues, un doble motivo para declarar injustificada, en relación con la actora, la modificación sustancial operada, ya que:

A) Los términos de la modificación comunicada a la actora no se ajustan ni limitan estrictamente a lo acordado con la representación legal de los trabajadores; y

B) La comunicación dirigida a la actora no deja claro que la modificación acordada se contraiga única y exclusivamente a la anualidad de 2020.

Así las cosas, procede estimar parcialmente la demanda, en el sentido de considerar injustificada la modificación de los criterios de devengo de retribución variable de la actora a partir del año 2020; declarándose el derecho de ésta a que se le mantengan los criterios de devengo de retribución variable pactados el 18 junio 2015.

Procede desestimar en lo demás la demanda, pues, en relación con la cantidad que se reclama, la actora no ha acreditado que, ni siquiera aplicándole los criterios de devengo pactados en el año 2015, hubiera devengado retribución variable en el año 2020.

**QUINTO.-** Conforme al artículo 235-1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, " *La sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social.*

*Las costas comprenderán los honorarios del abogado o del graduado social colegiado de la parte contraria que hubiera actuado en el recurso en defensa o en representación técnica de la parte, sin que la atribución en las costas de dichos honorarios puedan superar la cantidad de mil doscientos euros en recurso de suplicación...*"

En el presente caso, al haber prosperado el recurso de suplicación no procede imposición de costas. En tal sentido, el Tribunal Supremo tiene establecido -en, por ejemplo, sentencia de 17 julio 1996 (rec 98/1996)- que la cuestión "sobre la procedencia o no de la imposición de costas a la parte recurrida cuando se estima el recurso de suplicación... ha sido ya resuelta por la Sala en la sentencia de 18 de mayo de 1994 ... y en otras muchas entre las que pueden citarse las 12 de julio de 1993 y 26 de junio de 1994, que establecen que la parte vencida en el recurso a la que alude el artículo 232.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (actual art. 235-1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ) es exclusivamente aquélla que hubiera actuado como recurrente y cuya pretensión impugnatoria hubiese sido rechazada; no, por tanto, la que hubiera asumido en el recurso la posición de recurrida, defendiendo, sin éxito, el pronunciamiento impugnado".

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

## FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de suplicación formulado por Dña. Eva frente a la sentencia dictada por el juzgado de lo social nº 9 de Madrid de fecha 11 de marzo de 2021, en autos nº 55/2021 de dicho juzgado, siendo partes recurridas Unidad Editorial S.A., D. Amadeo , D. Juan Pedro , D. Anselmo , D. Avelino , D. Belarmino , Dña. Juana , D. Bernardo , Dña. Loreto , Dña. Maite , D. Cesareo , D. Claudio , Dña. Marisol y D. Cristobal , en materia de Modificación sustancial de condiciones de trabajo. En consecuencia, revocamos en parte la sentencia recurrida.

Y en su lugar, estimamos parcialmente la demanda y declaramos injustificada la modificación de los criterios de devengo de retribución variable de la actora a partir del año 2020; declarándose el derecho de ésta a que se le mantengan los criterios de devengo de retribución variable pactados el 18 de junio de 2015.

Desestimándose en lo demás dicha demanda.

Sin imposición de costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.



Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 060521 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid.

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento número 2826000000 060521.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.