



Trabajo Fin de Máster

Dictamen elaborado por

DOÑA REBECA PASCUAL GARRIDO

Con el objeto de

**MODIFICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO,
DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD Y EXTINCIÓN
DEL CONTRATO.**

Director: D. ÁNGEL LUÍS DE VAL TENA

ÁREA DE DERECHO LABORAL

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
FACULTAD DE DERECHO

2017-2018

ÍNDICE

I. ABREVIATURAS.....	págs. 3.
II. PRESENTACIÓN.....	págs. 4.
III. ANTECEDENTES DE HECHO.....	págs. 5-9.
IV. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN.....	págs.10-11.
• Movilidad Funcional	
• Modificación Sustancial de las condiciones de trabajo	
• Discriminación por razón de edad.	
• Extinción de la relación laboral.	
V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	págs. 12-27.
VI. MEDIDAS QUE SE VAN ADOPTAR.....	págs. 28.
VII. CONCLUSIONES.....	págs.29-31.
VIII. BLIBLIOGRAFÍA.....	págs.32-34
IX. NORMATIVA APLICABLE.....	págs.35-36.

ABREVIATURAS

CE: Constitución Española.

ET: Estatuto de los Trabajadores.

LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

TRLISOS: Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

CDFUE: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

TC: Tribunal Constitucional.

MSCT: Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo.

PRESENTACIÓN DEL TRABAJO

Este Trabajo de Fin de Máster pretende llevar a cabo un estudio detallado sobre un caso real en materia de Derecho Laboral.

El caso versa sobre una comunicación a un trabajador altamente cualificado, quién realiza funciones directivas en la empresa, consistente en un cambio de funciones en base a una movilidad funcional al amparo del artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) cuando realmente se trata de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, regulada en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, si bien realmente nos encontramos ante una discriminación por razón de edad vulnerando así un Derecho Fundamental.

Para ello, cabe abordar como cuestiones que se plantean, la movilidad funcional superando los límites del artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores, produciéndose una degradación profesional por pérdida de responsabilidad, descenso de funciones y modificación de retribuciones, así como ausencia de causas técnicas u organizativas, llegando por tanto a la conclusión de que nos encontramos en realidad ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo por dos causas; en primer lugar, una modificación de las condiciones salariales y, en segundo lugar, una degradación profesional que además lleva aparejada el menoscabo de su dignidad.

En realidad, el supuesto de hecho trata de una modificación en las condiciones de trabajo, realizadas al margen de lo establecido en el artículo 41, y en menoscabo en la dignidad del trabajador, lo que supone una justa causa para la presente solicitud de extinción de la relación contractual, prevista en el artículo 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, con las consecuencias inherentes establecidas en el punto segundo del mismo artículo 50, al vulnerar los establecido en el artículo 10.1 de la Constitución Española y 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores, produciéndose una discriminación por razón de la edad y por consiguiente una vulneración de Derechos Fundamentales.

En cuanto a la metodología empleada, interesa destacar que el modo de abordar el tema ha sido a través de la búsqueda de legislación, bibliografía y jurisprudencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Don Manuel López López presta servicios para la empresa ABC S.L desde el 20 de Marzo de 1968, con categoría profesional de Exento Nivel A, como Director de Administración y Finanzas.

Las funciones inherentes a su cargo, son:

- Establecer y controlar los procesos administrativos que permitan la conversión de las ventas de la compañía en instrumentos monetarios negociables, respetando las Leyes en vigor y normas internas, consiguiendo al mismo tiempo la satisfacción de los clientes en las relaciones comerciales.
- Administrar los recursos monetarios de la sociedad en España, optimizando los costes por operación a través de la elección y negociación con proveedores de primera línea con un claro perfil comercial y con los costes más competitivos del mercado.
- Gestionar y administrar los riesgos de clientes de la empresa en España mediante el análisis y la evaluación individual de cada uno de ellos de acuerdo con las leyes, normas, procedimientos y sentido común que no ponga en riesgo la consecución de los objetivos de venta. Establecer en su caso las necesidades de coberturas de seguro o de garantías adicionales para conseguir que la inversión en clientes tenga la menor exposición al riesgo con el menor efecto posible en el volumen de ventas.
- Cumplir los compromisos de pago mediante el uso de vías eficientes, con el menor coste administrativo, con el objetivo de conseguir el mayor plazo posible teniendo en cuenta lo indicado en la Ley de Morosidad.
- Evaluar, prevenir y minimizar los riesgos de la empresa en España frente a pérdidas materiales, responsabilidad civil e insolvencias de clientes, de forma que éstos no afecten a los resultados económicos.
- Prestar un servicio eficaz de gestión de inmuebles no productivos para un correcto mantenimiento que permita su venta, así como la coordinación con el departamento de compras de activos inmuebles en renta.

- Impulsar esta misión de la manera más eficiente y competitiva.

Estas funciones, suponen administrar y dirigir un equipo conformado actualmente por 50 empleados, dependiendo el Director de Administración y Finanzas jerárquicamente únicamente del CFO, ejecutivo a cargo de la gestión financiera de la organización de la compañía, y con un presupuesto gestionable para el año 2017 de más de siete millones de euros.

La asunción de la citada responsabilidad, de máximo calado para la empresa, y que lleva desempeñando desde hace más de 30 años (en ese grado), ha supuesto en los últimos tiempos el encargo adicional de diversas Comisiones de Servicio de carácter internacional para algunas de las empresas del Grupo.

Y así, en los últimos cinco años, D. Manuel López López ha asumido las competencias que se detallan:

- Ejecutivo a cargo de la gestión financiera de la organización, responsable de la planificación, ejecución e información financieras, en la empresa en Argentina desde el 1 de Septiembre de 2012 hasta el 30 de Julio de 2013, con el objetivo de disolver la sociedad. Objetivo llevado a cabo con felicitaciones y pago de bonus.
- Miembro del Consejo de Administración y ejecutivo a cargo de la gestión financiera de la organización en la empresa en París (Francia) desde 10 de Diciembre de 2015 hasta el 15 de Marzo de 2016 en sustitución temporal. Con felicitaciones por el excelente resultado y pago de bonus.
- Miembro del Consejo de Administración y ejecutivo a cargo de la gestión financiera de la organización en la empresa en Italia en sustitución temporal. Con felicitaciones por el resultado y pago de bonus.

SEGUNDO.- La remuneración bruta percibida en el año 2016 asciende a la cantidad de 300.000 € brutos anuales, incluida la prorrata de pagas extras, a lo que resulta necesario adicionar el salario percibido en especie, coche de Renting y cuyo coste era asumido en más del 65% por la empresa, el 80 % del combustible

consumido sin restricciones, 100 % del coste del peaje en las autopistas para uso privado, Seguro de Vida y Accidentes, y Seguro de Accidente Sanitario Premier.

En consecuencia, el salario a computar a efectos indemnizatorios asciende a la cantidad de 318.000 €.

Resulta obligatorio reseñar que la estructura salarial del Don Manuel, se divide en salario bruto fijo anual, salario en especie y complemento por objetivos (Global Performance Bonus), que han sido percibidos al máximo permitido (200%) en los dos últimos ejercicios.

TERCERO.- Que tras su regreso de la última Comisión de Servicios en los meses de Agosto y Septiembre de 2016 en Italia, por parte del ejecutivo a cargo de la gestión financiera de la organización en España, D. Pablo Pérez Pérez, le manifestó el deseo de la compañía relativo a que D. Manuel procediera a su jubilación al cumplir los 65 años de edad.

Ante la negativa de Don Manuel a la propuesta lanzada por la Empresa, el Sr. Pablo Pérez Pérez remitió un mail por el que se le propuso una salida de la compañía indemnizada para Mayo del 2017, con una serie de compensaciones, la cual fue rechazada por el mismo, que manifestó una vez más su deseo de seguir trabajando.

CUARTO.- Ante esta negativa a rescindir su relación laboral, vía jubilación “voluntaria”, con fecha 28 de Febrero de 2017, se cita al demandante a las 13:00 horas en el despacho del Sr. Pablo Pérez Pérez, y se le entrega carta por la que se le comunica lo siguiente; “ En línea con las conversaciones mantenidas durante los pasados meses, por la presente le confirmamos y comunicamos una serie de cambios organizativos en la empresa tomados en relación con el impacto y los riesgos derivados de los proyectos A y B, lanzados por la Dirección General Corporativa de la multinacional de la empresa para todas sus filiales en Europa. Qué hasta la fecha, las medidas organizativas concretas de reducción de costes y obtención de sinergias organizativas que se han

producido en el Área Económica a raíz de los citados proyectos han consistido en una serie de cambios.

En concreto, los cambios organizativos con impacto en su área son los siguientes:

- Con fecha efectos 1 de abril de 2017, la Dirección de Administración y Finanzas de la empresa se disuelve. Los servicios que venían prestándose en la misma se integran por un lado en la Dirección de Contabilidad e Impuestos, en concreto el departamento de Administración de Clientes, y por otro en la Dirección Económica de la empresa, en concreto los de Tesorería, Seguros e Inmuebles.

- Desde esa misma fecha efectos 1 de abril de 2017, la Dirección de Administración y Finanzas deviene en redundante amortizándose con ello el puesto de trabajo de Director de Administración y Finanzas que venía usted desempeñando. Desde esa fecha usted seguirá desempeñando sus funciones actuales de Jefe de departamento de Tesorería y mantendrá también la misma responsabilidad sobre los de Seguros e Inmueble de la empresa. Asimismo seguirá reportando directamente a la Dirección Económica de dicha empresa tal y como ya venía haciendo.

- La función de Tesorería unifica en la misma fecha sus funciones con la de Bancos y se integran en una única función central con dependencia de la Dirección Económica de la empresa en España.

Tales cambios se enmarcan dentro de la movilidad funcional de grupos profesionales por lo que se le mantienen todas las condiciones salariales inherentes a su actual grupo y condición de personal exento del convenio colectivo, a excepción lógicamente de los atributos propios, inherentes y necesarios para puestos de trabajo de Director y que se fijan en cada momento la Gerencia y la Dirección Recursos Humanos en la política para personal exento de convenio. En concreto:

- Su salario fijo bruto anual se mantiene.
- Su salario variable bruto anual teórico se mantiene y la escala para su consecución deja de ser de un 0% al 200% máximo para pasar a ser del 50% garantizado

al 150% máximo, escala habitual del colectivo de exentos que no desempeñan puestos de Director.

- Su seguro individual de vida se mantiene y pasa a tener las condiciones inherentes a las del colectivo exentos que no desempeñan puestos de Director.

- Su seguro médico y reconocimientos médicos pasan a tener las condiciones inherentes a las del colectivo exentos que no desempeñan puestos de Director.

- Para la realización de viajes seguirá aplicándose la norma de viajes que tiene la empresa vigente en cada momento y para el renting de vehículos se le aplicarán las condiciones inherentes a las del colectivos exentos que no desempeñan puestos de Director. En este sentido, tiene usted la opción de adquirir su actual vehículo de renting por el valor residual del mismo. Si optase por esta última opción, rogamos nos lo comunique antes de la fecha del cambio organizativo descrito en este documento.

Por último, le solicitamos devolver antes del 1 de Abril de 2017:

- El dispositivo de pago automático en autopistas de peaje “Vía T”.
- El vehículo de renting actualmente en su poder, si no hace uso de la opción de compra del mismo.

Todo esto, al tratarse de herramientas de trabajo propiedad de la empresa que no inherentes exclusivamente al desempeño de las funciones/puestos de Director.”

El citado cambio, que se justifica por unas supuestas razones organizativas absolutamente inciertas, implica una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, que se intenta justificar por parte de la empresa dentro de una simple movilidad funcional.

CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

En relación con los antecedentes expuestos, se plantean las siguientes cuestiones jurídicas:

I. MOVILIDAD FUNCIONAL

La cuestión a resolver es si se trata realmente de movilidad funcional regulada en el artículo 39 del ET o supera los límites establecidos en el mismo, en los cuales la movilidad funcional deberá efectuarse conforme a las titulaciones profesionales para ejercer la prestación laboral y con respecto a la dignidad del trabajador. Así mismo, sólo será posible si existen razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible. De no ser así, nos encontraremos ante otra figura, como es el caso que nos ocupa.

II. MODIFICACION SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO, tendrán la consideración de modificaciones sustanciales las que afecten al horario y distribución del tiempo de trabajo, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, y las funciones cuando excedan de los límites que establecidos para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del ET, siendo que en el supuesto objeto de análisis se puede observar que existe:

II.A. MODIFICACIÓN DE LA ESCALA VARIABLE, MODIFICACIÓN SEGURO INDIVIDUAL Y MÉDICO Y CONDICIONES DE VIAJE Y RENTING.: En lo que concierne al salario, las modificaciones operadas que se reseñan en el cuerpo de la misiva entregada, suponen, por un lado, el mantenimiento del salario bruto fijo anual, pero por otro la disminución en el resto de las condiciones, y así, se le minoran los objetivos que pasan de un máximo del 200% a un máximo del 150%, se le modifica el seguro de vida, que se le mantiene, pero en peores condiciones a las ostentadas hasta la fecha, se le priva del seguro médico, se elimina el abono del Renting sobre el vehículo (que era asumido hasta el 65 % por la empresa hasta la fecha), no se le abona cantidad alguna por combustible consumido (hasta la fecha se le abonaba el 80 % sin restricciones), y no se le abona el coste de los peajes de autopistas para uso privado (como se hacía hasta la fecha).

II.B DEGRADACIÓN PROFESIONAL: En lo que concierne a la degradación profesional, la misma resulta evidente, por la pérdida de responsabilidad que la medida conlleva, por el vacío evidente de funciones (sólo realizará una pequeña parte de las que acomete hasta la fecha y solapadas con la actual responsable), y por la afectación a su dignidad, tanto en el plano personal, como en el profesional.

III. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA EDAD.

Represalia por no haber aceptado la jubilación voluntaria propuesta por la empresa, por lo que la misma, resulta nula, al constituir la misma una discriminación por razón de edad, vulnerando así el artículo 10.1 de la CE y 4.2.e) del ET, produciéndose así una vulneración de Derechos Fundamentales.

IV. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL.

Extinción contractual por Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo, regulado en el artículo 50 del ET, que serán causa justa para solicitar la extinción del contrato, la realización de modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 del ET y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- MOVILIDAD FUNCIONAL.

Respecto a la movilidad funcional, recogida en el artículo 39 del ET, queda decir que dicha movilidad implica un cambio en las funciones desempeñadas por el trabajador habitualmente y para las que fue en su día contratado.

Es así que existen dos tipos de movilidad funcional, ascendente o descendente, y en referencia al caso que nos ocupa, se ha producido una movilidad funcional descendente ya que el trabajador ha sufrido un cambio de funciones correspondientes a una categoría laboral o profesional inferior a las realizadas anteriormente.

El empresario deberá justificar esta movilidad en razones técnicas u organizativas y por el tiempo imprescindible para su atención, es decir, que tiene que tener carácter temporal por lo que sólo puede darse por el tiempo necesario para atender las razones técnicas u organizativas que justifiquen dicho cambio.

De no ser así, y el empresario pretendiese fijar nuevas funciones diferentes al grupo profesional que ostenta con carácter permanente o por tiempo superior al necesario para atender las razones técnicas u organizativas, entonces solo podría hacerlo por mutuo acuerdo con el trabajador afectado o por la vía de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, tal y como establece el vigente artículo 39.4 del ET, además de comunicar su decisión y las razones de esta a los representantes de los trabajadores.

Otro de los límites que establece la movilidad funcional es el respeto a la dignidad del trabajador, siendo los parámetros utilizados por la doctrina para calificar una situación contra la dignidad del trabajador (criterios que se elaboraron a la hora de examinar el límite de la dignidad en el "ius variandi in peius") los cuales pueden resultar plenamente válidos en la concepción actual. Por tanto, y pese a que nos encontramos ante un concepto jurídico de difícil configuración, serán criterios para la determinación de un posible perjuicio a la dignidad del trabajador:

- a) por un lado, la valoración comparativa de la entidad de las nuevas tareas encomendadas con las que tenía inicialmente asignadas el trabajador.

- b) por otro lado, el enjuiciamiento de la posición personal y profesional en la que ha quedado el trabajador con las nuevas funciones.
- c) y en tercer lugar, la presencia o no de una voluntad empresarial tendente a humillar, vejár u ofender, dado que la buena fe contractual ha sido exigida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como presupuesto para el ejercicio de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo.

Por tanto, toda movilidad que sobrepase el umbral necesario sobre la formación profesional del trabajador y los límites establecidos anteriormente, representará una modificación sustancial de condiciones de trabajo, siguiendo el empresario el procedimiento y límites establecidos en el artículo 41 del ET.

Es así que el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en su Sentencia 110/2012 de 23 de febrero de 2012 establece que “*...viene siendo corroborado por sentada doctrina, entre otras, Sala Social TSJ Extremadura, S. 10-12-2004: "En efecto, la facultad de movilidad funcional de los trabajadores otorgada al empresario en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores no es absoluta, sino que está sometida a diversas condiciones y limitaciones, establecidas en el mismo precepto y puestas de relieve por la jurisprudencia, de forma que cuando se exceden tales límites, estamos ante una de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo a las que se refiere el artículo 41, sometida, a su vez a otras condiciones y exigencias."*”

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4^a) de 31 de Octubre de 2005 concluye que “*como ha puesto de relieve doctrina científica autorizada, el límite de la equivalencia de las categorías -tal como ésta se define en el artículo 22.3 del Estatuto de los Trabajadores- no constituye en sí mismo una garantía suficiente para todos los casos de movilidad descendente -especialmente para los que tienen cierta permanencia en el tiempo-, por lo que habría que valorar también las restricciones que se establecen en el artículo 39.3 del Estatuto de los Trabajadores: el respeto a la dignidad, a la formación profesional y a la promoción profesional del trabajador ».*”

Por todo ello, la movilidad funcional realizada por la empresa, cuyo único fundamento es una represalia por no haber aceptado el trabajador la oferta de jubilación

voluntaria, excede significativamente de los límites del artículo 39 del ET ya que supone una degradación profesional por la pérdida de responsabilidad y decadencia de funciones, así como la inexistencia de causas técnicas u organizativas con carácter temporal y la ausencia de comunicación a los representantes de los trabajadores, por lo que queda suficientemente demostrado que la empresa realizada una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, recogida en el artículo 41 del ET.

SEGUNDO.- MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO: modificación de las condiciones salariales y degradación profesional.

Tras el cambio citado anteriormente respecto de las funciones realizadas por el trabajador, justificadas todas ellas por supuestas razones organizativas inciertas, cabe decir que nos encontramos ante un modificación sustancial de sus condiciones de trabajos, regulado todo ello en el artículo 41 del ET que establece que se entenderá que se ha producido una modificación de las condiciones de trabajo, entre otras, cuando afecten a materias como:

- 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.

En el caso que nos ocupa, se ha modificado el sistema de remuneración, en lo que concierne a la escala de variable, manteniendo su salario bruto fijo anual pero disminuyendo los objetivos que pasan de un máximo del 200% a un máximo del 150%, modificación sobre el seguro individual y médico y condiciones de viaje y renting que

anteriormente asumía la empresa hasta el 65%, y ahora no se le abona la cantidad de combustible así como tampoco los peajes de autopista, y además una modificación de funciones que exceden de los límites para la movilidad funcional, lo que supone una degradación profesional (menoscabo de su dignidad) por perdida de responsabilidad como consecuencia de un descenso de funciones importantes afectando todo ello tanto al plano profesional como personal.

Adicionalmente, la modificación de las condiciones referida, se construye sin justificación y sin respetar la forma y plazos establecidos en el artículo 41 del ET, ya que el procedimiento a seguir de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario con un plazo mínimo de antelación de 15 días, notificándoselo en la misma medida a los representantes legales de los trabajadores, y de no existir, tal y como establece San Martín Mazzucconi: “*atendiendo a que ello no es imputable al empresario y a la finalidad flexibilizadora del precepto, parece que este requisito debería dispensarse*”.

Además, cabe tener en cuenta que la ausencia de notificación a los representantes legales de los trabajadores, teniendo en cuenta que según la Sentencia del Tribunal Superior de 29 de Junio de 1995 estos son tanto los unitarios (Comité de Empresa y Delegados de Personal), como los sindicales (Delegados sindicales), se tipifica en el artículo 7.6 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (TRLISOS), lo que puede acarrear al empresario una sanción administrativa, conforme al artículo 40.1.b) TRLISOS.

Y, respecto a la notificación, la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto. Por un lado respecto a la forma, verbal o escrita, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Abril de 2006, se requiere que dicha notificación se realizará de forma escrita tomándose en consideración el artículo 8.5 del ET que establece la obligación del empresario de informar por escrito de los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de trabajo, y de no ser así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha de 18 Abril de 1996, concluye que a falta de comunicación escrita por parte del empresario, y con el fin de evitar la indefensión del trabajador, será el empresario quien deba aportar la carga de prueba en el acto de juicio, demostrando así que el trabajador fue notificado del inicio de la modificación

sustancial.

Por otro lado, respecto al contenido de la notificación, que deberá comprender según Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de Marzo de 1996, el nombre, la categoría profesional y la antigüedad del trabajador en la empresa, además de cuáles son las causas que motivan la modificación sustancial, y también la fecha en que se realiza la notificación, así como la fecha de efectos de la misma.

La modificación de las condiciones de trabajo, además de no seguir algunos de los requisitos estipulados anteriormente, implica una pérdida mayúscula en sus condiciones retributivas, un vacío de funciones y una degradación profesional, que como no puede ser de otra manera supone un flagrante menoscabo en la dignidad del trabajador que tras 48 años de servicio en la empresa, se queda sin su despacho, sin su equipo de trabajo (pasa de tener 50 personas a su cargo a tan sólo 5), con una responsabilidad infinitamente menor y con unas condiciones salariales inferiores a las ostentadas hasta la fecha, teniendo que fichar a la entrada y salida de su puesto de trabajo, con lo que ello implica desde el punto de vista emocional y profesional.

De este modo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 1^a) Sentencia núm. 302/2006 de 10 abril, establece que “....sobre el derecho a que le sea respetada su dignidad por parte de la empresa, así como su derecho a la no discriminación, habiéndose vulnerado ambos por haber sido sometido a una degradación profesional con objeto de obtener la extinción de su contrato de trabajo, llegando a tal conclusión porque la empresa venía felicitándole sucesivamente por su quehacer profesional hasta que en un determinado momento le rebajó en sus funciones y forma de ejecución de las mismas sin justificación alguna que fundamente tal proceder, lo que sólo puede entenderse desde la política empresarial de deshacerse de los trabajadores de cierta edad.”

Pero si a ello, consideramos que dichas modificaciones sustanciales tienen como único fundamento y sustento la represalia por no haber aceptado la jubilación “voluntaria” propuesta por la empresa, a la única conclusión a la que cabe llegar, es que la modificación realizada por la empresa se debe declarar nula a todos los efectos, al constituir la misma una discriminación por razón de edad, recogida tanto en los artículos artículo 10.1 y 14 de la CE. y art. 4.2.e) del ET, el cual establece que “Al

respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.”

Resulta evidente que la citada modificación, únicamente tiene por objeto sancionar a Don Manuel López por no aceptar la proposición de jubilarse a los 65 años, lo que supone una discriminación flagrante por razón de edad, vulnerando lo previsto en los artículos 10.1 y 14 de la CE y 4.2.e) del ET, mencionados anteriormente, y por lo que el trabajador tendría derecho a una indemnización por el daño ocasionado, utilizándose como parámetro razonable para determinar el alcance cuantitativo de la indemnización reparadora del daño producido la remisión a la escala sancionadora de la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social, que establece para la lesión producida de discriminación por razón de sexo en sus artículos 40.1.c en relación con el art. 8.12 de la misma.

Por ello, la indemnización en referencia a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo se justifica en base a los criterios establecidos en la normativa referida en el párrafo anterior, y teniendo en cuenta el perjuicio ocasionado tanto personal como profesional, el tamaño de la empresa, y la repercusión causada.

Y así, Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Social, Sección 1^a) Sentencia num. 834/2009 de 15 mayo, concluye que “.....*Sin que el motivo de la citada decisión empresarial, en consecuencia, se haya acreditado ajena al interés de la empresa de obligar a la jubilación anticipada de su trabajadores más longevos, y, ante la negativa del actor, castigar encubiertamente al mismo por ello, vulnerándose con ello su derecho fundamental a la no discriminación por razón de edad,....*”

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, núm. 472/2013, de 1 de marzo, señala que “*El principio jurídico de conservación del negocio fundamenta la facultad empresarial de modificar unilateralmente las condiciones de trabajo de sus empleados para adaptarse a los cambios. En aplicación de este principio, el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores ampara la modificación objetiva de la relación jurídica, estableciendo la posibilidad de*

que la dirección de la empresa acuerde modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Ahora bien, salvo para las modificaciones de carácter funcional (Art. 39 ET) o para la movilidad geográfica (Art. 40 ET), supuestos para los que el legislador ha precisado el alcance del ius variandi empresarial, en la generalidad de los supuestos contemplado en el Art. 41 no existen unas fronteras estatutariamente establecidas para lo que haya de entenderse por modificación sustancial.

Ha destacado en tal sentido la doctrina que "la calificación de sustanciales de las modificaciones contractuales constituye un concepto jurídico indeterminado cuya precisa delimitación no está exenta de polémica. El Tribunal Central de Trabajo estimó que una interpretación racional de tal expresión obligaba a concluir que una modificación de las condiciones del contrato adquiere la categoría de sustancial cuando objetivamente implica una mayor onerosidad de la prestación de los trabajadores. Esta Sala del Tribunal Supremo ha tenido pocas ocasiones de pronunciarse al respecto. La sentencia de 11 noviembre 1997 (rec. 1281/1997), invocando la doctrina de las anteriores de 17 julio 1986 y 3 diciembre 1987, volvió a declarar "que 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 "ius variandi" empresarial"(STS de 10 octubre 2005, rec. 183/2004).

TERCERO.- DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD.

El derecho a la igualdad y no discriminación prohíbe, antes que nada, la diferencia de trato basada en determinadas causas o motivos. Así lo hacer saber el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 253/2004, de 22 de diciembre de 2004, que establece que la discriminación se trata de una serie de diferenciaciones de trato que no están objetivamente justificadas por el fin lícito de la norma, produciéndose dos tipos de discriminación, directa e indirecta, tratándose la discriminación directa del

tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona, y la discriminación indirecta del tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que deriva un impacto adverso.

Lo que concierne a este tema en el ámbito laboral, la discriminación por razón de edad es una realidad que da lugar a una cierta preocupación en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales ya que surgen multitud de situaciones discriminatorias tanto en el momento de acceder a un puesto de trabajo como en el momento de extinguir la relación laboral.

Por ello, el derecho de igualdad y a la no discriminación por razón de edad es un elemento clave en el derecho al trabajo, reconocido así en instrumentos jurídicos nacionales e internacionales.

Respecto al ordenamiento jurídico español, nos encontramos normas que prohíben de forma expresa la discriminación por razón de edad, como la Constitución Española en su artículo 14 que no lo establece expresamente pero que se encuentra incluido en “cualquier otra condición o circunstancia personal”.

En el ámbito laboral, se hace referencia a este término en el artículo 17 del ET que establece que “se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad”, y en su artículo 4.2 e), en relación con la no discriminación en las relaciones laborales y de los cuales se analiza que no debe ser un criterio aceptable para elegir a un trabajador la edad del mismo.

Es así que la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 66/2015 de 13 abril, se pronuncia al respecto concluyendo que *“Por lo que se refiere en concreto a la edad como factor de discriminación, este Tribunal ha considerado que se trata de una de las condiciones o circunstancias incluidas en la fórmula abierta Tribunal Constitucional 15 de noviembre de 2017 con la que se cierra la regla de prohibición de discriminación establecida en el art. 14 CE, con la consecuencia de someter su utilización como factor de diferenciación al canon de constitucionalidad”*

más estricto, en aplicación del cual hemos llegado a soluciones diversas, en correspondencia con la heterogeneidad de los supuestos enjuiciados, tanto en procesos de amparo constitucional como de control de normas con rango de ley. Esta interpretación del Tribunal se ve reforzada, de acuerdo con lo previsto en el art. 10.2 CE por el tenor del art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prohíbe expresamente toda discriminación por razón de la edad, referencia expresa que ha llevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a reafirmar el carácter de «principio general del Derecho de la Unión» que alcanza esta concreta prohibición”.

Respecto al ámbito de la Unión Europea se hace especial referencia al término de la edad como un elemento discriminatorio, recogido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en su artículo 19, o en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), en su artículo 21 respecto al principio de no discriminación que prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual, y en su artículo 15 conectando la no discriminación con el derecho a trabajar en condiciones dignas, seguras y no discriminatorias.

A su vez, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, estableciendo de forma expresa la lucha contra la discriminación por razón de edad con el fin de que en los Estados Miembros se aplique el principio de igual de trato.

Esta Directiva lucha contra la discriminación haciendo referencia a que tal prohibición de discriminación por razón de edad no es absoluta y en esta línea, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1^a) Sentencia núm. 3339/2016 de 1 diciembre establece que, “el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado (STJUE de 21 de mayo de 2015, asunto C-262/14) sobre la aplicación de la Directiva 2000/78/CE y la prohibición de discriminación por razón de edad (art. 1), en el bien entendido que hay previamente que recordar que el

art. 6 permite a los Estados miembros establecer diferencias de trato por razón de la edad que no supondrán discriminación "si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios". El TJUE ha reconocido que la existencia de un principio de no discriminación por razón de la edad "debe considerarse un principio general del Derecho de la Unión", y que las diferencias permitidas por el citado art. 6 podrán dar lugar a la adopción de medidas que persigan objetivos legítimos y con medios "adecuados y necesarios" (vid por todas la STJUE de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07), y que para que el principio de no discriminación pueda aplicarse en un procedimiento del que conozca el TJUE "es preciso que éste se encuentre dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión"."

En el caso que nos ocupa, cabe decir que se trata de una discriminación por razón de edad encubierta en una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, produciendo, como hemos dicho anteriormente, una modificación salarial y una degradación profesional, deriva de una negativa de jubilación “voluntaria”.

La doctrina judicial se ha pronunciado respecto a este tema concluyendo que se considerará discriminatorio por razón de la edad ejercer por parte de la empresa represalias en las condiciones laborales del trabajadores ante la negativa del trabajador de aceptar la ofertar de prejubilación, concretamente en su Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 de Abril de 2006.

Es así que, en ocasiones, la edad que ostenta el trabajador es un factor determinante para la expulsión de su puesto de trabajo, normalmente de la mano de una jubilación forzosa regulada por el convenio colectivo aplicable o por la correspondiente ley, y a este respecto el Tribunal de Justicia ha recalcado el deber de atención a la participación de los trabajadores de edad avanzadas en la vida profesional, económica, social y cultural, ya que el mantenimiento activo de los mismos favorece en gran medida a la diversidad de empleo y calidad de vida de los afectados.

En base a ello, cabe hacer un inciso sobre la jubilación forzosa a los 65 años de un trabajador ya que vulnera el requisito establecido en la disposición adicional décima

del ET la cual establece que, se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas, es decir, que no se asociará la medida de jubilación forzosa con objetivos coherentes de la política de empleo y, de ser así, estaríamos ante un despido improcedente.

Así lo sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4º) de 20 de Noviembre de 2012, que establece “..... *siendo así que la DA 10.ª ET establece que la jubilación forzosa por edad «deberá vincularse a objetivos... expresados en el convenio colectivo», y el significado de la palabra vincular [«atar o fundar algo en otra cosa», en su primera acepción, conforme al DRAE] claramente apunta a que la sujeción ha de ser expresa y tener por sujetos a los firmante del Convenio. El precepto no dice que «estará justificada» o «habrá de justificarse» la medida, sino que utiliza una expresión [«deberá vincularse a objetivos... expresados»] que comporta un expreso enlace entre cese y metas explicitadas, excluyendo justificaciones tácitas y/o argumentables a posteriori en el proceso. En el bien entendido de que esa expresa «vinculación» no necesariamente habrá de ubicarse en el precepto que dispone la extinción del contrato por el cumplimiento de la edad de jubilación, sino que puede expresarse al regular las concretas medidas de política de empleo o en algún otro precepto; pero siempre de forma inequívoca y relacionada.”*

En todo caso, aun cuando entendiéramos que ese "favorecer" la sustitución supone efectivamente la obligación de sustituir al trabajador que se jubila por otro trabajador, no sería suficiente para considerar cumplido el requisito previsto en la Disposición Adicional Décima, apartado a) del Estatuto de los Trabajadores con el compromiso de no amortizar la plaza y contratar a otro trabajador que sustituya al jubilado, esta Sala en sentencia de 14 de octubre de 2009, recurso 3505/08 ha razonado: "Por otra parte, no basta para cumplir estos objetivos la previsión de que se procederá a la cobertura de la vacante producida por el cese del trabajador jubilado, pues con ello no se mejora, ni se aumenta el empleo, sino que simplemente se sustituyen unos trabajadores por otros, posiblemente con una reducción del coste final para el empleador."

CUARTO.- POSIBILIDAD DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL.

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo, realizadas al margen de lo establecido en el artículo 41 del ET, y en menoscabo en la dignidad del trabajador, supone una justa causa para la posible extinción de la relación contractual, con las consecuencias inherentes establecidas en el punto segundo del artículo 50 del ET, al vulnerar lo establecido en el artículo 10.1 de la CE y 4.2.e) del ET.

En base a ello, y de acuerdo con lo establecido en el art. 50.1. a) y c) del ET, los cuales establecen que serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato laboral: las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 del ET y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador, así como cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 del ET, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados, se podrá solicitar la rescisión de su relación laboral, con la indemnización prevista en el punto segundo del artículo referenciado.

Así ha sido entendido por nuestros Tribunales de Justicia, que consideran que la degradación profesional del trabajador, su movilidad funcional fuera de los límites del artículo 39 del ET y la modificación de las condiciones laborales sin respetar lo previsto en el artículo 41 del ET, faculta al mismo a extinguir su contrato de trabajo al amparo del artículo 50 del ET.

Concretamente en este sentido asiente la Sentencia del Tribunal Superior de Madrid de 10 de Enero de 2014 que, la principal causa de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador son las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo sin respetar lo previsto en el artículo 41 del ET y que provoquen un menoscabo de la dignidad del trabajador.

Cabe apreciar que este precepto exige que se ocasionen dos circunstancias además de no respetar el artículo 41 del ET y el menoscabo a la dignidad del trabajador, la sola y desnuda modificación sustancial de las condiciones de trabajo podrá dar lugar al

ejercicio de los derechos del art. 41.1 ET, pero no a la extinción del contrato. (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero 1993).

Por tanto, si la modificación se produce respetando lo previsto en el artículo 41 del ET y el trabajador resulta perjudicado, el mismo puede optar por:

1. Aceptar la modificación
2. Impugnar la decisión empresarial. En el supuesto de que el trabajador se mostrase disconforme con la decisión empresarial, podrá impugnarla ante la Jurisdicción Social, para lo que dispondrá de un plazo de 20 días. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones laborales.
3. Solicitar la extinción de su contrato de trabajo. En tal caso el trabajador dispone de dos vías:
 - a) En los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual (de jornada de trabajo, horario y régimen de trabajo a turnos) o de carácter colectivo en los que el trabajador resultase perjudicado por la modificación, tendrá derecho a rescindir su contrato de trabajo y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 9 mensualidades.
 - b) Si el trabajador consideraba que la modificación sustancial de condiciones de trabajo redundaba en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad personal podrá solicitar ante los Juzgados de lo Social la resolución de su contrato de trabajo amparándose en el artículo 50 del ET y, en caso de ser estimada su pretensión, el trabajador tendrá derecho a la indemnización señalada para el despido improcedente.

Pues bien, así como en este segundo supuesto, durante la tramitación del procedimiento judicial hasta que recaiga sentencia firme, el trabajador deberá permanecer en su puesto de trabajo.

Y así, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de Enero de 1990, concluye que “*la relegación del actor a visitador médico encaja -como en caso similar sentó la Sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1984, en el art. 50-1 a) del Estatuto de los Trabajadores, pues, en el fondo, el «reemplazo» de cargos y funciones no justificado en*

forma alguna, y solamente ordenado a través de los términos escuetos de una carta, que achica las facultades del Delegado hasta convertirle en un visitador médico, no cabe la menor duda que conlleva un notorio deterioro de prestigio personal, laboral, social y económico -al menos en perspectiva futura- de quien así se ve tratado por la empresa, a quien ha dedicado su vida profesional.”

En este mismo sentido, la Sala de lo Social del País Vasco en su Sentencia de 12/12/1995, señala que “*la medida en cuestión lesionan la dignidad de la demandante, por cuanto (...) le asignan el puesto desempeñado por uno con categoría inferior a la suya, formalmente adscrito a una sociedad filial del mismo grupo y con evidente intención de que esa situación resulte definitiva. A mayor abundamiento, perjudica su formación profesional, en la medida en que le asigna funciones que, lejos de potenciar sus cualidades profesionales, vienen a degradárselas, sin que sea preciso, a estos efectos, que los potenciales perjuicios que conlleva hayan quedado definitivamente consumados. La resolución contractual indemnizada persigue, precisamente, que no se llegue a esa situación, facilitando al trabajador medios con que poder afrontar su recolocación en otra empresa.*”

Por último, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de Julio de 1994, haciendo eco de la doctrina antes anunciada, refiere en este tenor que “*hay que tener en cuenta que «por lo que afecta al "ius variandi" este derecho que compete a la empresa como derivado de su poder de dirección en orden a adoptar las prestaciones laborales a sus cambios organizativos, está sujeto a determinados límites, entre ellos que se trate de modificaciones accidentales, no de modificaciones esenciales, entendiendo por tales aquellas que sean de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, pasando a ser otros distintos de un modo notorio, entre ellas las previstas "ad exemplum" en el art. 41.2 del Estatuto de los Trabajadores»* (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 noviembre 1989, habiendo señalado, y más casuísticamente, el Tribunal Supremo que pueden incardinarse en tal art. 50.1 del Estatuto de los Trabajadores «el Reemplazo de cargos y funciones no justificados en forma alguna, que achica las facultades del Demandante... lo que no cabe duda que lleva un notorio deterioro del prestigio personal, laboral, social y económico -al menos en perspectiva futura- de quien así se

ve tratado por la empresa, a quien ha dedicado su vida profesional» (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 enero 1990, supuesto que, salvadas las diferencias, puede invocarse analógicamente respecto al presente caso, en el que la fundamentación jurídica de la sentencia combatida ya señala, además de aspectos fácticos con valor de hecho probado, que se han modificado sustancialmente las condiciones de trabajo del actor «en perjuicio de su formación y en menoscabo de su dignidad», pues «en virtud de un acto unilateral de la empresa ha sido degradado, tras 20 años de trabajo, al puesto de trabajo inicial, a pesar de que había ido ascendiendo hasta llegar a ser Jefe de créditos y cobros, con puesto de responsabilidad, despacho propio y personal a su servicio, no tratándose una simple remodelación organizativa con cambio de Jefatura, sino una degradación en toda regla, pasando el actor a ser simple empleado de oficinas que gestiona impagados, vía telefónica, bajo las órdenes de otra persona que ocupa su puesto, volviendo a hacer las tareas que hacía en 1984». Y es inocultable que semejante actuación empresarial, satisface con creces las previsiones del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, en su viabilización de la extinción de la relación laboral por incumplimiento del empleador, por lo que, no habiendo infringido el juzgador de instancia ni dicho ordinal ni la Jurisprudencia invocada, ha de ver confirmada su sentencia, con perecimiento del recurso.”

En cuanto al fondo de la acción de extinción, el artículo 50.1.a) del ET establece que es causa justa para la extinción del contrato por voluntad del trabajador las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 del ET y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador.

La doctrina jurisprudencial y jurisdiccional que ha ido perfilando el incumplimiento empresarial consistente en la modificación unilateral peyorativa, en tanto que incumplimiento justificativo de la extinción indemnizada del contrato de trabajo a instancia del trabajador (artículo 50.1 a) del ET), la infracción del procedimiento establecido en el artículo 41 del ET como aquí ha sucedido. Doctrina recogida, por todas, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1984, y en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 septiembre de 2005, edificada a partir de los siguientes asertos fundamentales que se dan en este supuesto:

- 1) que la extinción puede pretenderse cuando la relación laboral está vigente fundada en un incumplimiento grave del empleador.
- 2) que la noción “menoscabo de la dignidad del trabajador”, amplía su proyección más allá de los límites que establecen los artículos 17 o 20.3 del ET (que además se cumplen en este caso), cuando se refieren a ese concepto y se extiende a todo ataque al respeto que merece el trabajador ante sus compañeros y ante sus jefes como profesional, no pudiéndosele situar en una posición en que por las circunstancias que se den en ella, se provoque un descrédito en este aspecto.

Por todo ello, el trabajador ante las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 del ET y produciendo un menoscabo de su dignidad, tendrá la opción de rescindir el contrato y así lo explica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 472/2013, de 1 de marzo que dada la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo notificada por el empresario al trabajador afectado con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad, el trabajador deberá asumir la modificación como una nueva condición de su relación laboral, con independencia de su derecho a impugnarla, aún en el caso de que ésta cuente con el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores.

MEDIDAS A ADOPTAR

- I. Acto de conciliación o mediación previas, regulado en el artículo 63 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, que establece como requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a los que se refiere el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En el supuesto que nos ocupa no sería de aplicación la exceptuación del requisito prevista en el artículo 64 de la Ley 36/2011 ya mencionada, referida a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, puesto que las demandas se plantean: una por indemnización de daños y perjuicios y otra por extinción contractual.

- II. Demandar a la empresa solicitando indemnización por la vulneración de Derechos Fundamentales, discriminación por razón de edad, encubierta por una modificación sustancial.

- III. Demandar a la empresa solicitando la rescisión del contrato laboral en base al artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores.

- IV. Denuncia en Inspección de Trabajo por incumplir los requisitos formales de la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La movilidad funcional, que supone un cambio en las funciones que desempeña el trabajador habitualmente, deberá estar justificada por el empresario, con carácter temporal y atendiendo a razones técnicas u organizativas que la justifiquen.

Además, dicha movilidad funcional deberá realizarse atendiendo a la dignidad del trabajador, no suponiendo un menoscabo en su dignidad, por lo que de no ser así, y como es el caso que nos ocupa, nos encontraríamos ante una modificación sustancial en las condiciones de trabajo derivado de una degradación profesional por pérdida de responsabilidad y descenso de funciones, así como ausencia significativa de causas técnicas u organizativas que lo justifiquen.

SEGUNDA.- Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, las cuales y según el caso que nos ocupa, afectan al horario y distribución del tiempo de trabajo, al sistema de remuneración y cuantía salarial, al sistema de trabajo y rendimiento, y a las funciones desempeñadas por el trabajador excediendo de los límites que establece la movilidad funcional, implica una pérdida de sus condiciones retributivas manteniendo su salario fijo bruto anual pero disminuyendo los objetivos que pasan de un máximo del 200% a un máximo del 150%, modificación a su vez sobre el seguro individual y médico y condiciones de viaje y renting que anteriormente asumía la empresa hasta el 65%, y ahora no se le abona la cantidad de combustible así como tampoco los peajes de autopista, y una degradación profesional derivado de una pérdida importante de funciones ya que tras muchos años al servicio de la empresa se queda sin su equipo de trabajo, con un responsabilidad de funciones mínimas.

A su vez, y tras la negativa del trabajador de aceptar la jubilación voluntaria propuesta por la empresa, dicha modificación tiene como fundamento una represalia, y por consiguiente, una vulneración de Derechos Fundamentales sustentada en una discriminación por razón de edad, al tener el trabajador la edad de 65 años.

TERCERA.- La discriminación por razón de edad es una realidad en el ámbito laboral, tanto en el momento de acceder a un puesto de trabajo como en el momento de extinción de la relación laboral, ya sea a nivel nacional como internacional, y así se recoge en la Constitución Española, en su artículo 14, como en el Estatuto de los Trabajadores en sus artículos 4.2 e) y 17, en los cuales queda establecido la prohibición de discriminación por cualquier condición o circunstancia personal, incluido el tema de la edad.

Así mismo, en el ámbito Europeo, se hace especial atención a la edad como elemento discriminatorio, recogido en el TFUE, CDFUE, y en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, en referencia a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, estableciendo de forma expresa la lucha contra la discriminación por razón de edad con el fin de que en los Estados Miembros se aplique el principio de igual de trato.

En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante una discriminación por razón de edad disfrazada en una modificación sustancial en las condiciones de trabajo derivada por una negativa de jubilación voluntaria, por lo que la empresa ejerce como represalia una modificación salarial y una degradación profesional por no aceptar el trabajador la oferta de prejubilación.

Además, cabe decir que el trabajador ostentaba la edad de 65 años, el cual no es motivo suficiente, ya que no da lugar la jubilación forzosa de un trabajador al cumplir la edad ordinaria de jubilación, y así lo recoge la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Ante esto, y haciendo referencia al caso concreto, se interpuso demandada en materia de impugnación de modificación sustancial de condiciones de trabajo solicitando la reposición a las condiciones anteriores y una indemnización por daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la vulneración de un Derecho Fundamental, la cual fue estimada en primera instancia por el Juzgado de lo Social número UNO de Zaragoza, ratificándose además en segunda instancia por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, declarando la nulidad de la decisión empresarial en tanto en cuanto tiene acreditada la existencia de discriminación por razón de edad hacia

el trabajador y condenando a la empresa a reponer a D. Manuel López a su anteriores condiciones de trabajo y al pago de indemnización en concepto de daños y perjuicios.

CUARTA.- Ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, realizadas al margen de lo establecido en el artículo 41 del ET, y ocasionando un menoscabo en la dignidad del trabajador, supone una justa causa para la posible extinción de la relación contractual, con las consecuencias inherentes que establece el punto segundo del artículo 50 del ET, al vulnerar lo establecido en el artículo 10.1 de la CE y 4.2.e) del ET.

Al encontrarnos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo que redunda en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad personal, el trabajador podrá solicitar ante los Juzgados de lo Social la resolución de su contrato de trabajo amparándose en el artículo 50 del ET y, en caso de ser estimada su pretensión, el trabajador tendrá derecho a la indemnización señalada para el despido improcedente.

En concordancia, el trabajador deberá efectuar su reclamación en contra de la decisión de la empresa en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo en el plazo de 20 días, y de ser así e impugnar tal decisión, como es el caso que no ocupa y del que hemos hecho referencia anteriormente, de la cual hay sentencia estimatoria en primera y ratificada en segunda instancia, se reconoce al trabajador el derecho a extinguir el contrato de trabajo en el plazo de 15 días hábiles desde la notificación de la sentencia.

Por ello, Don Manuel López López, optó por impugnar la decisión empresarial ante la Jurisdicción Social, solicitando rescindir la relación laboral por modificación sustancial de las condiciones de trabajo sin respetar lo previsto en el artículo 41 del ET, que redundan en menoscabo de la dignidad del trabajador, y con sentencia estimatoria acreditando la existencia de discriminación por razón de edad, y en consecuencia que se abone la indemnización correspondiente por despido improcedente, la cual fue estimada en primera instancia con sentencia firme.

Este es mi dictamen jurídico que se somete a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

BLIOGRAFÍA

DE LA MORA GÓMEZ, M., “*El derecho a la igualdad y a la no discriminación en la sociedad*”, coord. GONZÁLEZ LUNA CORVERA T.J, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 2013.

GARCÍA FERNÁNDEZ, M., “*Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y ascenso en la empresa*”, Editorial LA LEY, Barcelona, 1996, págs. 37-60.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “*Revista Española de Derecho del Trabajo num.191/2016 parte Estudio*”, Editorial Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor, 2016.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., “*Ajustes unilaterales en las condiciones económicas por excesiva onerosidad sobrevenida*”, *Revista de Justicia Laboral num.31/2007 parte Art. Doctrinal*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 1-23.

MÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “*El efecto directo horizontal de la Directiva 2000/78*”, Editorial LA LEY, 30 de Junio de 2016.

RODRIGUEZ- PIÑERO.M y BRAVO-FERRER, “*El cuestionado efecto directo en los litigios laborales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*”, *Relaciones Laborales, Nº 10*, Editorial LA LEY, 2014, págs. 1-23.

ROMÁN DE LA TORRE, M.D., “*Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Aspectos sustantivos y procesales*”, Editorial Comares, Granada, 2000.

SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS QUILES, A., “*La modificación e inaplicación de las condiciones de trabajo*”. Editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2013.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *La modificación de condiciones de trabajo tras el RD-Ley 10/2010, en “Reforma de 2010”*, Pamplona, 2010.

SAN MARTIN MAZZUCCONI, C., “*El Régimen Jurídico de la Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo (Estudio del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores)*”, Editorial Aranzadi, Madrid, 1999.

SÁNCHEZ URÁN-AZAÑA, Y., “*Trabajadores de edad avanzada: empleo y protección social*”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “*Primacía del principio de igualdad de trato sobre el principio de seguridad jurídica y confianza legítima*”, Editorial LA LEY, Septiembre de 2016.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “*Primacía del principio de igualdad de trato sobre el principio de seguridad jurídica y confianza legítima*” *Trabajo y Derecho, Nº 1, Sección Unión Europea y Agenda Internacional / Debates con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Editorial LA LEY, 2016, págs.. 1-5.

TOMÁS JIMÉNEZ, N., “*Discriminación por razón de edad y derecho al trabajo*”, Universidad de Granada, Granada, 2006.

TOVAR APARICIO, GASCÓN OLVO, A.M, “*La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*”, Albacete, 2007.

VALLE MUÑOZ, A., “*Movilidad Funcional del Trabajador en la Empresa*”, coord. ALARCÓN CARACUEL, M.R. y LÓPEZ LÓPEZ, J., Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2008.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

NAVARRO NIETO, F., “*Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo como instrumento de flexibilidad interna: luces y sombras en la doctrina judicial más reciente*” Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 190/2016, Editorial Aranzadi, 2016.

GALA DURAN, C., “*La modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la inaplicación del convenio colectivo como instrumento de mantenimiento del empleo tras la reforma laboral de 2012*”, Anuario IET, no 1 (2013), p. 51-63.

GARCÍA PAREDES, M.I., “*Glosa Judicial. Convenio Colectivo, Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Vacaciones. Comentario a la STS (Social) de 27 de mayo de 2013*”. Revista Actualidad Laboral, no 10 (Octubre 2013), págs. 1273-1276.

NORMATIVA APLICABLE

Para la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas se deberá acudir a la siguiente normativa y jurisprudencia que resulta de aplicación a las mismas.

I. Artículos de la Constitución.

- Aplicación del artículo 10.1 Constitución Española, conforme a Derechos y Deberes Fundamentales.
- Artículo 14 de la Constitución Española, respecto a Derechos y Libertades.

II. Artículos de las leyes que son de aplicación.

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET, concretamente en sus artículos:
 - Artículo 4.2.e) ET sobre Derechos Laborales.
 - Artículo 17 ET en relación con la no discriminación en las relaciones laborales.
 - Artículo 39 ET en referencia a la movilidad funcional.
 - Artículo 41 ET respecto a modificación sustancial.
 - Artículo 50 ET sobre extinción por voluntad del trabajador.
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

IV. Tratados internacionales aplicables.

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE.

- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 21.1 que prohíbe expresamente toda discriminación por razón de edad.
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de Noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y ocupación.

V. Jurisprudencia.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Social, Sección 1^a) Sentencia núm. 834/2009, de 15 mayo de 2009.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, núm. 472/2013, de 1 de marzo de 2013.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1^a) Sentencia núm. 2486/2010, de 28 septiembre de 2010.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1^a) Sentencia núm. 3339/2016 de 1 diciembre de 2016.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en su Sentencia 110/2012 de 23 de febrero de 2012.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 472/2013, de 1 de marzo de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1990.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4º) de 20 de Noviembre de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4^a) de 31 de Octubre de 2005.
- Sentencia de la Sala de lo Social del País Vasco de 12 de diciembre de 1995.
- Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 11 de julio de 1994.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 66/2015 de 13 abril de 2015.