



Recurso nº 4484/21-C, sentencia nº 307/22

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, MELILLA, CEUTA**  
**SALA DE LO SOCIAL**  
**SEVILLA**

**ILTMOS. SRES.:**

**D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. ELENA DÍAZ ALONSO**

**D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ-BENEYTO ABAD**

**D. CARLOS MANCHO SÁNCHEZ**

En Sevilla, a tres de Febrero de dos mil veintidós.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía,  
compuesta por los Iltmos. Sres. citados al margen.

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente



Recurso nº 4484/21-C, sentencia nº 307/22

### **SENTENCIA NÚMERO 307/22**

En el recurso de suplicación interpuesto por D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, representado por la Sra. Letrada D<sup>a</sup>. YYYYYYYYYYYYYYYY, contra la sentencia de 16 de junio de 2021, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Sevilla en sus autos núm. 0655/21; ha sido **Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ-BENEYTO ABAD, Magistrado**, quien expresa el parecer de esta Sala sobre la resolución que merece el presente recurso.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Según consta en autos, el recurrente fue demandante contra CISTERNAS AMARILLO S.L. y emplazado el M<sup>o</sup>. FISCAL, en demanda de tutela de derechos fundamentales, se celebró el juicio y el 16 de junio de 2021 se dictó sentencia por el referido Juzgado, desestimando la pretensión.



Recurso nº 4484/21-C, sentencia nº 307/22

**SEGUNDO.-** En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

“PRIMERO: El actor, XXXXXXXXXXXXXXXX, mayor de edad y con DNI -----, viene prestando servicios para la demandada, Cisternas Amarillo, S.L., desde el 25 de marzo de 2.019, fecha en la que se subrogó en la relación laboral que el trabajador mantenía con Translipul, S.L., con una antigüedad reconocida de 4 de enero de 2.001, y categoría profesional de conductor especial.

Es de aplicación a la relación laboral el Convenio Colectivo de ámbito provincial de Sevilla para el sector de transportes de mercancías por carretera.

SEGUNDO: El salario del actor se compone de salario base diario; promoción económica; incentivos 12-2019; plus de asistencia; plus de transporte; parte proporcional de pagas de verano, navidad y marzo; incentivos; y manutención y estancia.

El salario diario a efectos de despido asciende a la suma 49,99€ brutos.

Se dan por reproducidas las nóminas que constan a los folios 79 a 95, correspondiente al periodos mayo de 2020 a mayo de 2021.



Recurso nº 4484/21-C, sentencia nº 307/22

TERCERO: La empresa, mediante misiva fechada el 17 de abril de 2021, comunicó al Delegado de Personal de la empresa su intención, conforme a lo previsto en el artículo 41 del ET, de iniciar un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo que afectaría a toda la plantilla, y convocó una reunión el día 21 de abril de 2020, poniendo en su conocimiento la cuenta de pérdidas y ganancia de 2019, con un resultado de las pérdidas ascendente a 228.567,06.-€; la cuenta de pérdidas y ganancias de 2020, a fecha 31/03/2020, con un resultado de pérdidas ascendente a 48.671,59.-€; así como previsión de cuenta de pérdidas y ganancias a fecha 31/12/2020, con un resultado de pérdidas ascendente a 102.311,59.-€.

Consta a los folios 58 a 61 dichas comunicaciones que se dan por reproducidas.

CUARTO: El día 21 de abril de 2020 se constituyó la mesa negociadora, poniendo de manifiesto la empresa la necesidad de acometer la modificación del sistema retributivo o salarial de los trabajadores para sanear cuentas, e informando de las medidas que se han ido adoptando, y realizando una propuesta sobre las modificaciones salariales, manifestando su disconformidad los representantes de los trabajadores.



Recurso nº 4484/21-C, sentencia nº 307/22

En una segunda reunión celebrada el día 23 de abril de 2020, la empresa realizó una nueva propuesta, que tampoco fue aceptada por los trabajadores. En reunión celebrada el 4 de mayo de 2020, ante la falta de acuerdo por la representación de los trabajadores se puso de manifiesto que si la empresa decide seguir adelante con la modificación salarial que pretende, la plantilla de conductores en pleno, optará por la extinción de la relación laboral, con la indemnización legal de 20 días y tope de 9 mensualidades; y al no haber propuesta de nuevas ofertas se dió por finalizado el periodo de consultas.

Consta las actas de dichas reuniones a los folios 62 a 75, que se dan por reproducidos.

QUINTO: La empresa dirigió comunicación fechada el 11 de mayo de 2020 al Delegado de Personal, con el siguiente tenor literal:

“CISTERNAS AMARILLO SL

Carmona (Sevilla), a once de mayo de 2020

Sr. D. ZZZZZZZZZZZZZZZZ

Delegado de Personal

Muy Sr. nuestro:



Recurso nº 4484/21-C, sentencia nº 307/22

Como usted sabe, ha finalizado el periodo de consultas seguido en esta empresa sobre modificación de la retribución de los conductores, habiendo finalizado sin acuerdo entre las partes, periodo de consultas que ha sido seguido de conformidad con lo establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

Sirva la presente para informarle que esta empresa tiene que adoptar la decisión de llevar adelante la modificación de las cuantías abonadas hasta la fecha, a pesar de no haber habido acuerdo con la parte trabajadora. Nos vemos obligados a adoptarla, como medida necesaria para superar la situación económica negativa, debido a la existencia de elevadas cifras de pérdidas en la cuenta de explotación y dado que la previsión para el ejercicio 2020, sigue siendo muy negativa. Como ya se le han facilitado las cuentas de pérdidas y ganancias y la previsión de 2020, no insistiremos en las cifras en cuestión por ser conocidas por usted.

Respecto a la modificación que vamos a aplicar, como hemos venido informando durante el periodo de consultas, será en los siguientes términos:

- A. - Se realizará un cálculo consistente en multiplicar el número de kilómetros mensuales realizados por los conductores por la cantidad de 0.08 €/km.
- B. - Por los días desplazados se abonará la siguiente cantidad:



Recurso nº 4484/21-C, sentencia nº 307/22

Por los días que el conductor esté desplazado parado en domingo o festivo, se abonará un importe de 60 € brutos.

Por los días que el conductor esté desplazado parado en día laborable, se abonará un importe de 30 € brutos.

C. - Del resultado de dicho cálculo, sumadas las cantidades referidas en las letras A y B, se detraerá o descontará el importe correspondiente a las dietas devengadas por los trabajadores.

La diferencia a favor del trabajador, si la hubiere, se abonará como complemento salarial. En caso de que dicho cálculo no cubriera el importe de dietas devengadas por el conductor, la empresa habrá de abonar en todo caso el importe de dichas dietas devengadas.

El cálculo de las dietas devengadas por los trabajadores se realizará en la cuantía que resulte de acuerdo con lo establecido en el Convenio Colectivo aplicable a la empresa (Convenio Colectivo de ámbito provincial de Sevilla de transportes de mercancía por carretera -BOP Sevilla 17-05-2019). Por consiguiente, no se aplicarán las mejoras que han estado aplicándose hasta la presente.



Recurso nº 4484/21-C, sentencia nº 307/22

El importe de la dieta internacional se abonará en las siguientes cuantías, que fueron ofertadas por la parte trabajadora:

.- Dieta internacional 50 €.

.- Dieta Mixta Francia y Portugal 40 € (devengadas aquellos días en los que se coincide en ese mismo día en España y en alguno de estos dos países).

Por lo demás, el sistema retributivo existente hasta la fecha no se modifica, aplicándose el mismo, salvo en los importes referidos en las letras anteriores. No se modifica el sistema retributivo, sino las cuantías conforme a lo explicado.

La empresa se reserva la posibilidad de no aplicar la medida referida a aquellos trabajadores, que estando cercanos a su edad de jubilación pudieran ver afectada su base de cotización a la baja. Por otra parte, dada la difícil situación económica de la empresa, la misma habrá de valorar desde el punto de vista financiero, si es más favorable para la cuenta de explotación, no modificar las condiciones a estos trabajadores, manteniendo las existentes, en lugar de abonarles el importe de la indemnización establecida en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, dado que usted nos ha manifestado, que los conductores, en su totalidad, optarán por la extinción de su relación laboral.



Recurso nº 4484/21-C, sentencia nº 307/22

Por otra parte, a la vista de la referida manifestación por su parte, realizada en su calidad de Delegado de Personal, de que la totalidad de los conductores optarán por la extinción de los contratos, solicitando la indemnización prevista en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. La empresa irá notificando la aplicación de la medida adoptada a los trabajadores afectados de manera escalonada. La intención es que las extinciones se realicen de forma ordenada y no todas a la vez. Si todos los conductores extinguieran sus contratos de forma simultánea o en un plazo muy corto de tiempo, la actividad de la empresa y atención a sus clientes se vería gravemente perjudicada.

De conformidad con lo establecido en el artículo 41.5 del Estatuto de los Trabajadores, la empresa hará la correspondiente comunicación individualizada a cada uno de los trabajadores afectados. Por lo que la presente, se le realiza a título informativo, no sustituyendo la misma de ninguna manera, a la comunicación personal e individualizada que como decimos habrá de realizarse a los conductores afectados por la modificación.

Rogamos firme el duplicado de la presente a los solos efectos de dejar constancia de su recepción”.



Recurso nº 4484/21-C, sentencia nº 307/22

SEXTO: La decisión de la empresa de reservarse la posibilidad de no aplicar las modificaciones de medidas retributivas afectaba al actor y a otros cuatro trabajadores de la misma categoría profesional del actor, con edades próximas a la jubilación: P P P P P P P P P P; F F F F F F F F F F, T T T T T T T T T T, y R R R R R R R R R R. Este último trabajador se dio de baja voluntaria en la empresa el 02/09/2020.

SEPTIMO: El actor no ostenta ni ha ostentado la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores.“

**TERCERO.-** El demandante recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnado.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia desestimatoria de la pretensión de tutela de derechos fundamentales -“*se acuerde declarar que la actuación efectuada por la mercantil CISTERNAS AMARILLO, S.L., en cuanto a la decisión arbitraria de no*



Recurso nº 4484/21-C, sentencia nº 307/22

*aplicar modificación sustancial sobre las condiciones de trabajo del Sr. Moya Martín, han constituido una vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas que se ostentan como trabajador, habiendo resultado acreditada la infracción del Principio de Igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución Española, dada la discriminación por razón de edad cometida por la empresa demandada; y en su virtud se acuerde condenar a la empresa CISTERNAS AMARILLO, S.L. al correspondiente abono de la indemnización que hay resultado provisionalmente fijada por tales vulneraciones, en la suma de veinte mil novecientos noventa y dos euros con cincuenta y nueve céntimos (20.992,59€) de principal, más las cantidades que se devenguen en concepto de intereses y costas”- se alza el demandante por el cauce del apartado c) del art 193 LRJS denunciando la infracción del art. 14 CE arguyendo que se le discrimina al no poder optar por la extinción ex art. 41.3 ET ante la modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva al excluirse de tal modificación por razón de edad.*

El motivo fracasa dado que concurre un manifiesto abuso del Derecho, en la vertiente de “abuso del Derecho y derecho a litigar”, y que se puede definir como aquel aspecto del abuso del Derecho relativo a aquella persona que dentro de una



Recurso nº 4484/21-C, sentencia nº 307/22

contienda judicial mantiene pretensiones manifiestamente indefinidas u orientadas a finalidades distintas a las naturales en la función social del proceso o del llamado derecho a litigar pues lo aquí pretendido es obtener una indemnización exactamente igual a la del art. 41.3 ET sin ninguna de las consecuencias ex art. 182 LRJS y obviando el art. 183, como su apartado nº 3, LRJS.

Además el recurso fracasa por lo que sigue.

**SEGUNDO.-** La exclusión, en la modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva reseñada en el HP 5º, con la no selección de trabajadores con una edad próxima a la jubilación, es un criterio adecuado y proporcionado pues se adopta para garantizar medidas efectivas que evitan los daños que la modificación sustancial de condiciones de trabajo que afecta al sistema retributivo produce en los afectados: se evita la disminución retributiva y la de las bases de cotización.

La utilización de este criterio tiene una justificación objetiva y no supone un sacrificio desproporcionado para el personal mayor, ya que no se les priva de trabajo y se evita una cobertura limitada de desempleo a una edad en que sus perspectivas de ocupación son notablemente peores que las de los trabajadores más jóvenes, evitando un gasto en prestaciones públicas.



Recurso nº 4484/21-C, sentencia nº 307/22

Es cierto que la selección de los trabajadores afectados por una modificación sustancial de condiciones de trabajo constituye una facultad del empresario que, aunque inscrita en sus poderes de organización, debe ejercerse respetando la preferencia legal de los representantes de los trabajadores, las garantías que el ordenamiento jurídico otorga a los trabajadores en general y los condicionantes establecidos en el convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas, sin que en ningún caso pueda incurrirse en fraude de ley o abuso de derecho y sin que la actuación empresarial pueda estar guiada por móviles discriminatorios.

**La edad, como factor al que alcanza la prohibición constitucional de discriminación**, sólo puede fundar un tratamiento diferenciado cuando se cumplen rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad, luego si los argumentos principales alegados por la empresa para justificar el criterio referente a la edad no constituyen un sacrificio desproporcionado pues la permanencia de los trabajadores más próximos a la edad de jubilación no le es más gravosa, pues lo contrario, ser seleccionados y poder cesar antes en su actividad laboral ex art. 41.3 ET supondría un incremento de costes, dada la crisis empresarial no discutida, y además, esta



Recurso nº 4484/21-C, sentencia nº 307/22

medida es la que menos perjuicio puede ocasionar a los propios trabajadores al mantener íntegros sus sueldos y las bases de cotización, más se evita el perjuicio que la situación de desempleo supondría para los trabajadores afectados, con lo que entendemos que sí puede convertir la edad próxima a la jubilación en un factor objetivo y no arbitrario de la no selección de los trabajadores afectados por la modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva del HP 5º –a sensu contrario la STC 22/1981-.

Así, la no selección de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación es un criterio adecuado y proporcionado pues se evitan los daños que la extinción de los contratos de trabajo ex art. 41.3 ET produciría en los afectados y en la empresa que podría ir abocada al despido colectivo por agravamiento de la crisis económica, y esto sí afectaría a toda la plantilla.

No sostenemos esta regla en un argumento estrictamente eficientista en el sentido de establecer una regla en las que el beneficio de los ganadores sea suficiente para compensar, hipotéticamente, el perjuicio de los perdedores pues la regla de permanencia de los trabajadores de mayor edad debe prevalecer porque, a pesar de que perjudica a los de menos edad, el beneficio que se obtiene es



Recurso nº 4484/21-C, sentencia nº 307/22

suficiente para compensar sus costes personales sino que la fundamos en la dogmática de las categorías que son objeto de controversia (trabajadores de mayor/menor edad) y en el juicio que exige el marco constitucional al evitar el hecho de no lanzar a los trabajadores a la jubilación, lo que implica per se que la decisión es menos gravosa si tenemos en cuenta otros muchos costes/gravámenes: de los propios trabajadores afectados y de su familia; pero también de la sociedad en su conjunto, y no sólo de la Seguridad Social.

La medida enjuiciada supera el canon de constitucionalidad pues la decisión empresarial tiene en cuenta tanto los intereses de los directamente afectados, trabajadores y empresarios, como del resto de operadores afectados, por ejemplo, la Seguridad Social, y está facilitando que en la decisión definitiva se internalicen externalidades presentes en este conflicto, luego la decisión responde a un criterio de proporcionalidad/eficiencia o de afectación menor en términos de coste/gravamen, por resultar menos costosa que su alternativa.

En fin, consideramos que no es nula la regla de permanencia de los trabajadores más próximos a la edad de jubilación.

Fracasado el motivo del recurso, se confirma la sentencia por argumentos



Recurso nº 4484/21-C, sentencia nº 307/22

diversos a los en ella expuestos.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

### **FALLAMOS**

Con **desestimación del recurso** de suplicación interpuesto por D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, contra la sentencia de 16 de junio de 2021, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Sevilla en sus autos núm. 0655/21, en los que el recurrente fue demandante contra CISTERNAS AMARILLO S.L., y emplazado el Mº. FISCAL, en demanda de tutela de derechos fundamentales, y como consecuencia **confirmamos dicha sentencia.**

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el



Recurso nº 4484/21-C, sentencia nº 307/22

propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos"; b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción"; c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la



Recurso nº 4484/21-C, sentencia nº 307/22

misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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