



Roj: STSJ AND 4895/2014 - ECLI:ES:TSJAND:2014:4895
Id Cendoj: 18087340012014100915

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Granada

Sección: 1

Nº de Recurso: 578/2014

Nº de Resolución: 938/2014

Procedimiento: SOCIAL

Ponente: RAFAELA HORCAS BALLESTEROS

Tipo de Resolución: Sentencia

1

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
CON SEDE EN GRANADA
SALA DE LO SOCIAL**

M.F.R.

SENT. NÚM. 938-2014

ILTMO. SR. D. JUAN CARLOS TERRÓN MONTERO

ILTMO. SR. D. RAFAEL PUYA JIMÉNEZ

ILTMA. SRA. D^a. RAFAELA HORCAS BALLESTEROS

MAGISTRADOS

En Granada, a 8 de mayo de 2014

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, compuesta por los Iltmos. Sres. Magistrados que al margen se indican, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación núm. **578-14** , interpuesto por ALMERIMAR, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. TRES DE ALMERÍA, en fecha 5 de junio de 2013 , en autos núm. **465-13** . Ha sido ponente la Iltma. Sra. Magistrado Doña **RAFAELA HORCAS BALLESTEROS** .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el juzgado de referencia tuvo entrada demanda presentada por D. Isaac y D. Lorenzo , sobre materias laborales individuales, contra ALMERIMAR, S.A.; y admitida a trámite y celebrado juicio, se dictó sentencia en fecha 5 de junio de 2013 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "**Que estimando parcialmente la demandas interpuesta por D. Isaac y D. Lorenzo frente a la empresa Almerimar SA debo declarar y declaro injustificada la decisión empresarial de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo de los actores con efectos de 8-3-13 y en consecuencia condeno a dicha empresa a estar y pasar por esta declaración y a reponer al trabajador en las mismas condiciones de trabajo que tenía con anterioridad a dicha fecha**" .

SEGUNDO.- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

1.- Los actores, D.^a Isaac y D. Lorenzo , cuyas demás circunstancias personales constan en autos, vienen prestando sus servicios en la localidad de Almerimar-El Ejido (Almería), para la empresa Almerimar SA, dedicada a la actividad de la Hostelería y explotación de campo de golf, con

la antigüedad, categoría profesional y salarios que para cada uno de ellos se encuentran reflejados en las respectivas demandas acumuladas en el presente procedimiento.

2.- Los demandantes trabajan como Oficiales Jardineros en el campo de golf "Almerimar" y las diferentes empresas que han explotado dicha instalación deportiva le han venido aplicando a los mismos y al resto del personal del campo de golf (20 trabajadores actualmente) los diferentes convenios colectivos de jardinería, siendo el último de ellos el Convenio Colectivo Estatal de Jardinería para el periodo 2010-2013 (BOE 19-8-11).

En el art 16 de dicho convenio se establece que la jornada anual máxima para cada uno de los años de vigencia del convenio será de 1.700 horas.

3.- La empresa demandada es titular de un establecimiento hotelero de cinco estrellas denominado "Hotel Gofl Almerimar" dentro del complejo "Golf Almerimar Resort" que incluye además del hotel propiamente dicho y el campo de golf antes referidos, otra serie de servicios relacionados como son restaurantes y bares, salas de reuniones, salones para bodas y celebraciones y un Spa & Wellness Center.

4.- Al resto del personal del centro de trabajo la empresa demandada le viene aplicando el Convenio Colectivo Provincial de Hostelería y Turismo (BOP 8-10-12) en cuyo art 20 se dispone que la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarentas horas semanales de trabajo efectivo.

5.- Los demandantes y el resto del personal que prestaba sus servicios en el campo de golf tenía una jornada laboral de lunes a viernes con un horario de trabajo de 7 a 14,30 horas, descansando los fines de semana, salvo cuando excepcionalmente se le llamaba a alguno de ello para realizar algún servicio durante un determinado fin de semana para lo cual se tenía establecido un sistema de guardias.

6.- En fecha 13-2-13 la empresa demandada decidió el cambio de todo el personal de la cuenta de cotización NUM000 a la cuenta de cotización NUM001 , aplicándole a todo el personal el Convenio Colectivo Provincial de Hostelería y Turismo de la provincia de Almería por entender que la actividad preponderante de la empresa era la hostelería.

7.- Posteriormente la empresa demandada comunicó de una forma individual a los 20 trabajadores afectados por el convenio de jardinería su cambio al convenio provincial de hostelería así como la intención de cambiar el horario del trabajo para unificar las condiciones de trabajo de todo el personal de la empresa bajo el mismo convenio colectivo que sería el de la hostelería al ser la actividad principal de la misma, para que no se produzca discriminación entre los trabajadores de la misma empresa con las misma funciones y porque al haber obtenido el hotel la calificación de 5 estrellas, se requiere un mayor grado de satisfacción a los clientes debiendo estar la instalaciones anexas al hotel en perfectas condiciones todos los días de la semana, oponiéndose a esos cambios los delegados de personal de la actividad de jardinería.

8.- Ante dicha situación la empresa demandada decidió abrir un periodo de consultas el 23-2-13 con los delegados de personal para modificar las condiciones de trabajo del personal que prestaba sus servicios en el campo de golf, consistente dicha modificación en cubrir las tareas de los fines de semana y tardes con tres trabajadores de forma rotativa, de tal manera que cada empleado trabajaría un fin de semana de cada cinco semanas aproximadamente, no superando las 40 horas semanales establecidas en convenio.

9.- A continuación y tras diversas reuniones con los trabajadores la empresa demandada entregó a los dos actores y al resto de los trabajadores afectados por la medida una carta de contenido idéntico el día 1-3-13 cuyo tenor literal es el siguiente: "Habiendo terminado el periodo de consultas el día 28 de Febrero de 2013, SIN ACUERDO por la mayoría de los delegados de personal, siendo CONFORME, D.. Victorino NO CONFORME, D. Luis Miguel y Lorenzo .

La empresa procede a comunicar a los trabajadores afectados, la modificación de las condiciones de trabajo que surtirá efectos en el plazo de siete días siguientes a ésta notificación.

Dichas modificaciones, consisten en cubrir las tareas de los fines de semana y las tardes, con tres trabajadores de forma rotativa. Dada la situación actual del campo y el número de trabajadores,

cada empleado trabajará un fin de semana, cada cinco semanas aproximadamente; no superando las 40 horas semanales establecidas en convenio.

Las causas que justifican esta medida son las siguientes; en primer lugar, para unificar las condiciones de todo el personal de la empresa bajo el mismo convenio colectivo aplicable según la actividad principal de la misma, que es la de Hostelería. En segundo lugar, para que no se produzca discriminación entre trabajadores de la misma empresa, con las mismas funciones o similares. En tercer lugar, porque al haber obtenido la calificación de 5 estrellas en el Hotel, eje central de la actividad de la empresa, se requiere ofrecer un mayor grado de satisfacción a los clientes, debiendo estar las instalaciones anexas al mismo en perfectas condiciones todos los días de la semana, para poder ser competitivos en el difícil momento que estamos atravesando."

10.- A partir del 8-3-13 la empresa demandada ha dividido a los trabajadores de jardinería en 6 grupos de trabajo de 3 o 4 personas con diferentes horarios y turnos de trabajo. Así en el primero de estos grupos se trabajaría de lunes a viernes de 11 a 19 horas y sábados y domingos de 7 a 15 horas y luego a la semana siguiente ese mismo grupo trabajaría de 7 a 15 horas de lunes a viernes y descansaría los jueves viernes, sábados y domingos, ya sí sucesivamente por el mismo sistema de turnos y rotativo para el resto de los grupos.

11.- La anterior decisión ha sido impugnada judicialmente por los dos actores de este procedimiento y por otros dos trabajadores, habiendo sido aceptada por los 16 trabajadores restantes afectados por la medida empresarial.

12.- El actor D. Lorenzo ostenta la condición de delegado de personal en la empresa demandada.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por ALMERIMAR, S.A., recurso que posteriormente formalizó, siendo en su momento impugnado por el contrario. Recibidos los Autos en este Tribunal, se acordó el pase de los mismos al Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Recurre la parte empresa demandada la sentencia de instancia en la que se estima la pretensión contenida en la demanda y declara injustificada la decisión empresarial de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo de los actores con efectos de 8.3.2013 y en consecuencia condena a dicha empresa a estar y pasar por esta declaración y a reponer al trabajador en las mismas condiciones de trabajo que tenía con anterioridad a dicha fecha, frente a la misma se alza alegando tanto revisión de los hechos declarados probados como infracción jurídica. El recurso ha sido impugnado de contrario.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso y con adecuado encaje procesal en el apartado b) del artículo 193 de la LRJS , se insta la adición de dos nuevos hechos probados que digan: "**Hecho probado trece.- La empresa tiene como actividad principal la de Hostelería al tratarse de un establecimiento hotelero y cuenta con un campo de golf. Sin embargo, el grueso de su facturación procede del alojamiento de huéspedes en el hotel y no de usuarios del campo de golf sin relación con el hotel. Además, la actividad de hostelería es la que se encuentra recogida en las inscripciones mercantiles y de la Seguridad Social**". Otro "**Hecho probado catorce.- El Convenio de Hostelería es lo suficientemente amplio y completo que comprendería las actividades de jardinería, mantenimiento y gestión de un campo de golf. Siendo esta una cuestión más que habitual en todos los establecimientos de esta índole y que cuentan con estos servicios**", pero sin cita de prueba documental en la que se base.

Por lo que se refiere a la forma de instrumentalizar la revisión es necesario precisar que a través de la misma según reiterada doctrina jurisprudencial: a) Se limitan doblemente los medios que pongan en evidencia el error del juzgador; por una parte, porque de los diversos medios probatorios existentes únicamente puede acudir a la prueba documental, sea ésta privada -siempre que tenga carácter indubitado- o pública, y a la prueba pericial; por otra parte, porque tales medios de prueba, como corresponde a un recurso extraordinario, sólo pueden obtenerse de los que obran en autos o que se hayan aportado conforme al art. 233 LRJS . b) No basta con que la revisión se base en documento o pericia, sino que es necesario señalar específicamente el documento objeto de la pretendida revisión. c) El error ha de evidenciarse esencialmente del documento alegado en el que se demuestre su existencia, sin necesidad de razonamientos, por ello mismo se impide la inclusión de afirmaciones, valoraciones o juicios críticos sobre la prueba practicada.

Esto significa que el error ha de ser evidente, evidencia que ha de destacarse por sí misma, superando la valoración conjunta de las pruebas practicadas que haya podido realizar el juzgador "a quo".

En base a la anterior doctrina y teniendo en cuenta que según se determina en el apartado b) del art. 193 de la LRJS , para proceder a la revisión de los hechos declarados probados es necesario determinar la prueba documental y/o pericial en la que se base la revisión interesada, y sin embargo la misma no ha sido ni citada ni indicada, ni tampoco se ha acreditado el error del juzgador de instancia en la valoración de la prueba, es por lo que se desestima el motivo del recurso.

TERCERO.- Por lo que se refiere a la infracción jurídica en que se fundamenta el recurso, al amparo del art. 193.c) de la LRJS , por entender que es preciso determinar en primer lugar el convenio colectivo aplicable y posteriormente incidir si dicha modificación tiene o no causa que lo justifica, todo ello por aplicación de la doctrina jurisprudencial que se cita así como del art. 82.2. del ET que determina el ámbito de aplicación de los convenios colectivos, siendo la actividad principal de la empresa la de hostelería.

Efectivamente la cuestión planteada son en primer lugar si es o no ajustada a derecho la modificación sustancial operada y en segundo lugar el convenio colectivo aplicable a los trabajadores accionantes .

Según el relato de hechos probados de la sentencia pone de manifiesto que el establecimiento hotelero en el que prestan servicios los dos trabajadores demandantes tiene cinco estrellas denominado "Hotel Golf Almerimar" dentro del complejo "Golf Almerimar Resort" que incluye además del hotel propiamente dicho y el campo de golf antes referido, otra serie de servicios relacionados como son restaurantes, bares, salas de reuniones, salones para bodas y celebraciones y un Spa. Se le comunica a los trabajadores afectados el cambio de convenio colectivo aplicable para unificar condiciones y evitar discriminaciones y dado que el hotel había obtenido la calificación de 5 estrellas se requiere mayor grado de satisfacción a los clientes debiendo estar las instalaciones anexas en perfectas condiciones todos los días de la semana. Las modificaciones consisten en cubrir tareas de los fines de semana y las tardes con tres trabajadores de forma rotativa, dada la situación del campo el número de trabajadores cada empleado trabajará un fin de semana cada cinco semanas aproximadamente no superando las 40 horas semanas establecidas en el convenio de la hostelería.

Respecto de la modificación se ha de considerar sustancial en la medida en que afecta a la jornada, horario y turnos de trabajo, todo ello de conformidad con el art. 41 del ET según el cual **"...1. La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias: a) Jornada de trabajo. b) Horario y distribución del tiempo de trabajo. c) Régimen de trabajo a turnos. d) Sistema de remuneración y cuantía salarial. e) Sistema de trabajo y rendimiento. f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 de esta Ley "** . Teniendo en cuenta que dicha modificación afecta a la totalidad de la plantilla es por que se considera que tiene un carácter colectivo, de conformidad con el mismo precepto.

Respecto a si se encuentra o no justificada la medida, entendiendo el juzgador de instancia que no es suficiente dicha justificación la dada por la empresa, al respecto debemos remitirnos a lo que dice el T. Supremo en sentencia de 27.1.2014 rec. 100/2013 "....no es preciso que las modificaciones tengan el objetivo acreditado -en conexión de funcionalidad o instrumentalidad- de «prevenir» una evolución negativa o «mejorar» la situación y perspectivas de la empresa, sino que basta con que las medidas estén «relacionadas» con la competitividad, productividad u organización técnica. Lo que nos sitúa ya en la cuestión realmente decisiva, cual es la del alcance que pueda tener el control judicial de la medida empresarial adoptada. 3.- Sobre tal extremo hemos de indicar que la alusión legal a conceptos macroeconómicos (competitividad; productividad) o de simple gestión empresarial (organización técnica o del trabajo), y la supresión de las referencias valorativas existentes hasta la reforma («prevenir»; y «mejorar»), no solamente inducen a pensar que el legislador orientó su reforma a potenciar la libertad de empresa y el «ius variandi» empresarial, en términos tales que dejan sin efecto nuestra jurisprudencia en torno a la restringidísima aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» en materia de obligaciones colectivas (SSTS 19/03/01 -rcud 1573/00 - y 12/03/13 - rco 30/12 -), sino que la novedosa redacción legal incluso pudiera llevar a entender -equivocadamente, a nuestro juicio- la eliminación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicialmente exigibles hasta la reforma, de manera que en la actual redacción de la norma el control judicial se encontraría limitado a verificar que las «razones» -y las modificaciones- guarden relación con la «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa». Pero contrariamente a esta última posibilidad entendemos, que aunque a la Sala no le correspondan juicios de «oportunidad» que indudablemente pertenecen ahora -lo mismo que antes de la reforma- a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta (art. 24.1 CE), determinan que el acceso a la

jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales. Razonabilidad que no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella (lo que es privativo de la dirección empresarial, como ya hemos dicho), sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo (juicio de idoneidad), excluyendo en todo caso que a través de la degradación de las condiciones de trabajo pueda llegarse -incluso- a lo que se ha llamado «dumping» social, habida cuenta de que si bien toda rebaja salarial implica una mayor competitividad, tampoco puede -sin más y por elemental justicia- ser admisible en cualesquiera términos. Con mayor motivo cuando el art. 151 del Tratado Fundacional de la UE establece como objetivo de la misma y de los Estados miembros «la mejora de las condiciones de... trabajo», a la que incluso se subordina «la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión»; y no cabe olvidar la primacía del Derecho Comunitario y la obligada interpretación pro communitate que incluso se llega a predicar respecto de la propia Constitución, en aplicación del art. 10.2 CE EDL1978/3879 (SSTC 28/1991, de 14/Febrero, FJ 5 ; 64/1991, de 22/Marzo, FJ 4 ; y 13/1998, de 22/Enero , FJ 3. STS 24/06/09 -rcud 1542/08 -)..."

En consecuencia de la anterior doctrina debemos entender que efectivamente el que dicho complejo hotelero tenga la calificación de cinco estrellas repercute en el servicio que ofrece a sus clientes para ser merecedor de dicha calificación lo que en definitiva debe repercutir necesariamente sobre sus trabajadores en cuenta a tener las instalaciones en perfectas condiciones y la distribución horaria para llevar a cabo las mismas.

Por ello se entiende que las razones dadas por la empresa para proceder a la modificación horaria de jornadas, así como la distribución de los trabajadores a turnos con dicha medida aplicable a la totalidad de los mismos distribuyendo en grupos a estos se evita discriminaciones se unifica el convenio colectivo aplicable señalándose que de manera única la jornada no supera las cuarenta horas como al efecto señala el convenio colectivo de hostelería, y con ello en definitiva repercute en la gestión hotelera porque se da mayor satisfacción a los clientes. Se entiende por lo tanto que la medida se encuentra perfectamente justificada y ajustada a derecho.

Por lo que respecta al Convenio Colectivo aplicable, entendiendo la empresa que dado el objeto y actividad a la que se dedica la misma debe ser el de hostelería, entendiendo los trabajadores afectados que debe ser el de jardinería.

Ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo definidora del ámbito de aplicación de los convenios que declara que "el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores establece el principio general de que los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerde, pero esa regla «no es incondicionada, sino que está sometida a determinadas limitaciones que se relacionan por una parte con exigencias de objetividad y estabilidad (sentencia de 20 de septiembre de 1.993, rec. 2724/91) y por otra con la propia representatividad de las organizaciones pactantes (sentencia de 23 de junio de 1.994, rec. 3968/92), aparte de las que derivan de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores sobre concurrencia y articulación de convenios. Desde esta perspectiva hay que señalar (...) que la unidad apropiada de negociación suele construirse a partir de criterios de cierta homogeneidad que permitan establecer una regulación uniforme de condiciones de trabajo, sin perjuicio del juego de otros mecanismos excepcionales de corrección, como los que hoy contemplan los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores ". (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1995 (recurso 34/95), 28 de octubre de 1996 (recurso 566/1996) y 2 de diciembre de 1996 (recurso 1149/96), 3 de mayo de 2006 (recurso 104/04).

Como se recuerda por la doctrina jurisprudencial para que se aplique el Convenio Colectivo de Estatal de Jardinería" sería necesario, conforme a su artículo 2º que regula su ámbito funcional, que esta entidad fuera una empresa que se dedicara a la "realización, diseño, conservación y mantenimiento de jardinería en todas sus modalidades, ya sean públicas o privadas. Así como aquellas empresas que con independencia de las distintas actividades que pudiera desarrollar, realicen trabajos propios de diseño, construcción, conservación y/o mantenimiento de jardinería en todas sus modalidades", actividad ajena al objeto social del "Hotel Golf Resort" que se dedica, como disponen sus Estatutos, a construcciones, instalaciones, servicios y actividades relacionadas con el turismo (Registro Mercantil), por lo que es evidente que no desarrolla una actividad económica vinculada al sector de la jardinería, al ser una entidad dirigida al esparcimiento y recreo de turistas, así como a organizar actividades relacionadas con los mismos, y no a diseñar, construir, conservar o mantener

jardines, aparte de los que le son propios, y nunca como actividad diferenciada de la actividad principal del Hotel Resort.

En consecuencia, no se puede obligar a una empresa que no ha estado representada en la negociación de un convenio y que por tanto no está incluida en su ámbito de aplicación a que se le aplique el Convenio Colectivo Estatal de jardinería, norma que se aplica exclusivamente a las empresas que tienen como objeto principal desarrollar actividades relacionadas con la jardinería.

A mayor abundamiento todos los trabajadores de la empresa Hotel Golf Almerimar (Almerimar SA) deben regirse por el mismo Convenio Colectivo por razones de equidad y de no discriminación sobre todo teniendo en cuenta las jornadas laborales semanales y anuales que existen de manera diferenciada en cada uno de los Convenios Colectivos.

En consecuencia de lo cual, se estima el motivo del recurso, se revoca la sentencia, se declara ajustada a derecho la modificación sustancial de las condiciones de trabajo efectuada por la misma a los trabajadores declarando además que el Convenio colectivo de aplicación a todos los trabajadores de dicha empresa es el Convenio colectivo Provincial de Hostelería y Turismo.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

Que **estimando el Recurso de Suplicación** interpuesto por ALMERIMAR, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. TRES DE ALMERÍA, en fecha 5 de junio de 2013, en autos nº 465-13, seguidos a instancia de D. Isaac y D. Lorenzo, sobre materias laborales individuales, contra la referida entidad, **debemos revocar y revocamos dicha sentencia** por lo que se declara ajustada a derecho la modificación sustancial de las condiciones de trabajo efectuada por la empresa el 8.3.13 a los trabajadores, declarando además que el Convenio colectivo de aplicación a todos los trabajadores de dicha entidad es el Convenio colectivo Provincial de Hostelería y Turismo.

Asimismo, se decreta la devolución de las consignaciones y depósitos a la empresa recurrente, efectuados por ésta como requisito previo para la interposición del presente recurso de suplicación.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, con advertencia de que contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que previene el artículo 218 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los DIEZ DÍAS siguientes al de su notificación.

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