

Tribunal Superior de Justicia

de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 153/2013 de 20 diciembre

[JUR\2013\55388](#)



Novación del contrato de trabajo.

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación 4205/2012

Ponente: Ilmo. Sr. D. Raquel María Naveiro Santos

T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIALA CORUÑA

SECRETARÍA D. FRANCISCO JAVIER GAMERO LOPEZ-PELAEZ-RF-

-

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 15030 44 4 2012 0000122

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPLICACION 0004205 /2012

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000021 /2012 JDO. DE LO SOCIAL nº 005 de A CORUÑA

Recurrente/s: Pascual Y OTROS

Abogado/a: JAIME FERNANDEZ LOPEZ

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: REAL SOCIEDAD HIPICA DEPORTIVA DE LA CORUÑA

Abogado/a: JOSE CARLOS TOME SANTIAGO

Procurador/a:

Graduado/a Social:

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS D./Dña.

EMILIO FERNANDEZ DE MATA

PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a veinte de Diciembre de dos mil doce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el [artículo 117.1](#) de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836 \)](#) ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0004205 /2012, formalizado por el/la D/Dª el letrado D. JAIME FERNANDEZ LOPEZ, en nombre y representación de Pascual , María Antonieta , Juan Luis , Alejo , Benigno , Cornelio , Eutimio , Heraclio , Concepción , Leon , Nicanor , Julieta , Luz , Segismundo , Jose Pedro , Jesús Ángel , Remedios , Amadeo , Braulio , Agustina , contra la sentencia dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de A CORUÑA en el procedimiento DEMANDA 0000021 /2012, seguidos a instancia de Pascual Y OTROS frente a REAL SOCIEDAD HIPICA DEPORTIVA DE LA CORUÑA, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª RAQUEL NAVEIRO SANTOS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Pascual Y OTROS presentaron demanda contra REAL SOCIEDAD HIPICA DEPORTIVA DE LA CORUÑA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha veintisiete de Abril de dos mil doce

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

PRIMERO.- Los demandantes han venido prestando servicios para la entidad demandada, Real Sociedad Deportiva Hípica de La Coruña, con las siguientes antigüedades, categoría profesional y salarios:

- don Pascual con la categoría profesional de portero con una antigüedad de 04-06-2005 y percibiendo salario según convenio.

- dña María Antonieta con la categoría profesional de limpiadora con una antigüedad de 01-08-1972 y percibiendo salario convenio.

- don Juan Luis con la categoría profesional de mozo de piscina con una antigüedad de 01-01-2004 y percibiendo salario convenio

- don Alejo con la categoría profesional de portero con una antigüedad de 01-06-1982 y percibiendo salario convenio

- don Benigno con la categoría profesional de mozo de piscina con una antigüedad de 29-03-1999 y percibiendo salario convenio

- don Cornelio con la categoría profesional de socorrista con una antigüedad de 01-06-2001 y percibiendo salario convenio
- don Eutimio con la categoría profesional de oficial 1ª con una antigüedad de 02-06-1993 y percibiendo salario convenio
- don Heraclio , con la categoría profesional de mozo con una antigüedad de 11-12-1990 y percibiendo salario convenio
- doña Concepción con la categoría profesional de limpiadora con una antigüedad de 03-09-2004 y percibiendo salario convenio
- don Leon con la categoría profesional de oficial 2ª administrativo con una antigüedad de 01-07-1084 y percibiendo salario convenio
- don Nicanor , con la categoría profesional de oficial 1º con una antigüedad de 03.05.1995 y percibiendo salario convenio
- doña Julieta con la categoría profesional de limpiadora con una antigüedad de 03-03-2003 y percibiendo salario convenio
- doña Luz , con la categoría profesional de limpiadora con una antigüedad de 21-11-2001 y percibiendo salario convenio
- don Segismundo , con la categoría profesional de portero con una antigüedad de 08-07-199 y percibiendo salario convenio
- don Jose Pedro con la categoría profesional de portero con una antigüedad de 08-07-1003 y percibiendo salario convenio
- don Jesús Ángel , con la categoría profesional de sereno con una antigüedad de 07-01-2000 y percibiendo salario convenio
- doña Remedios con la categoría profesional de conserje con una antigüedad de 20-11-2001 y percibiendo salario convenio
- don Amadeo , con la categoría profesional de mozo con una antigüedad de 02-11-2000 y percibiendo un salario según convenio
- don Braulio con la categoría profesional de mozo de cuadra con una antigüedad de 01-08-2005 y percibiendo salario convenio
- doña Agustina con la categoría profesional de auxiliar administrativo con una antigüedad de 01-12-2001 y percibiendo salario convenio

SEGUNDO.- -En el contrato de trabajo de cada uno de los demandantes se explicita que les será de aplicación el Convenio Colectivo de Hostelería.-**TERCERO.-** En el mes de diciembre de 2011 en escrito sin fechar la empresa procedió a notificar a sus trabajadores que con fecha uno de enero de 2012 todo el personal laboral perteneciente a esta empresa pasaría a integrarse en el Convenio Colectivo de Instalaciones Deportivas y Gimnasios de la comunidad Autónoma de Galicia. Comunicación del siguiente tenor literal:

"Le comunicamos, que con fecha del 1 de enero de 2012, todo el personal laboral perteneciente a esta empresa pasará a integrarse en el Convenio Colectivo de Instalaciones Deportivas y Gimnasios de la Comunidad autónoma de Galicia.

La modificación de convenio, no supondrá la pérdida de los derechos que venían disfrutando hasta el momento los trabajadores que se rigen por el convenio colectivo de Hostelería.

El 29 de julio de 2010, se publica el I Convenio de Instalaciones Deportivas de Galicia y debido a que la actividad de la empresase corresponde con este convenio,a partirdela fecha arriba indicada será de aplicación el mismo para todos los trabajadores de la Sociedad Deportiva Hípica."

CUARTO.- Desde la fecha de la citada comunicación los demandantes no han visto modificada ninguna de sus condiciones de trabajo (salario, jornada, funciones categoría, horario o turnos).-

QUINTO.- La asociación demandada está inscrita con el nº 532 en el Registro de Asociaciones Deportivas de Galicia

El artículo 1 de los Estatutos de la citada asociación presenta el siguiente tenor literal

"1- La Sociedad Deportiva Hípica de La Coruña, fundada el 1 de julio de 1957 por el Excmo. Señor D. Pio General Gobernador Militar de la Plaza y Provincia de La Coruña, es una asociación sin ningún matiz político ni confesional cuyo objeto es practicar como principal modalidad deportiva la equitación, así como todos los deportes que le permitan los medios con los que cuente, sin perjuicio proporcionar a sus socios fiestas, distracciones y comodidades, propias de los centros de reunión de su categoría y actividades sociales y recreativas, sin ánimo de lucro -dentro de sus posibilidades económicas.- En fecha 6 de junio de 2007 S.M el Rey tuvo a bien concederle el título de Real , pasando a denominarse Real Sociedad Deportiva Hípica de La Coruña"

SEXTO.- La asociación demandada para el cumplimiento de sus fines utiliza unas instalaciones ubicadas en la Avenida de Metrosidero s/n de A Coruña , las cuales ocupa en virtud de una concesión administrativa, del Ministerio de Defensa.- En dichas instalaciones han sido edificadas pistas de tenis, padel, fútbol baloncesto, piscinas , gimnasio, galería de tiro olímpico, sala de tenis de mesa y sus respectivos vestuarios y anexos, además hay instalaciones destinadas a oficina y a cafetería restaurante, servicio este último cuya explotación recae en una tercera empresa de hostelería, TERMO GALICIA CATERING, que cuenta con su propia plantilla de camareros y cocineros.-**SEPTIMO.-** La Asociación demandada ocupa en régimen de arrendamiento unas instalaciones hípicas en el municipio de Arteixo en las que desarrolla la principal modalidad deportiva de equitación, que anteriormente desarrollaba en las instalaciones de A Coruña.-**OCTAVO .-** La demandada figura en el archivo de la Tesorería con trabajadores en alta desde el año 1967 dedicada a actividades de gimnasio (CNAE 9313) y cuenta en el momento actual con una plantilla de cuarenta y tres trabajadores, de los que treinta y uno tienen contrato de duración indefinida.- **NO VENIO.-** No consta que los trabajadores demandantes ostenten ni hayan ostentado en el último año la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa, ni representante sindical.

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

Que desestimo la demanda interpuesta por don Pascual , doña María Antonieta , don Juan Luis , don Alejo , don Benigno , don Cornelio , don Eutimio Heraclio , doña Concepción , don Leon , don Nicanor , doña Julieta doña Luz don Segismundo , don Jose Pedro , don Jesús Ángel , doña Remedios , don Amadeo don Braulio y doña Agustina contra la entidad REAL SOCIEDAD HÍPICA DEPORTIVA DE LA CORUÑA, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Pascual formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIAL en fecha 9 de agosto de 2012.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 19 de diciembre de 2012 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

.- La sentencia de instancia desestima la demanda presentada por los trabajadores demandantes frente a la demandada, REAL SOCIEDAD HIPICA DEPORTIVA en ejercicio de acción de

modificación sustancial de las condiciones de trabajo, solicitando que se declare nula la decisión empresarial. Frente a dicho pronunciamiento se alzan los demandantes y formulan recurso de suplicación solicitando la estimación de la demanda presentada. El recurso ha sido impugnado de adverso.

SEGUNDO

- La parte recurrente expone tres motivos de recurso todos ellos fundamentados en el apartado c) del art 193 de la LRJS .

En el primero de ellos se denuncia la infracción por interpretación errónea de lo dispuesto en los artículos 82.3 y 83 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la indisponibilidad del Convenio Colectivo aplicable, así como de la STS de 1 de julio de 2010 .

En el segundo de ellos se denuncia la infracción de los artículos 1 y 2 del Convenio Colectivo de Instalaciones Deportivas y Gimnasios de Galicia (DOG de 20-09-2010) por indebida aplicación.

En el tercero de ellos se denuncia la infracción del art. 3.1.b) del [ET \(RCL 1995, 997 \)](#) en relación con el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores .

La pretensión objeto de debate entre los litigantes tiene su origen en la comunicación que la empresa demandada remite a los veinte actores (de un total de 43) en diciembre de 2011 conforme a la cual les indica que a partir del 1 de enero de 2012 todo el personal perteneciente a la empresa REAL SOCIEDAD HIPICA DEPORTIVA DE LA CORUÑA pasará a integrarse en el Convenio Colectivo de Instalaciones Deportivas y Gimnasios de la Comunidad Autónoma de Galicia, añadiendo que la modificación de convenio no supondrá la pérdida de los derechos que venían disfrutando hasta el momento los trabajadores que se rigen por el Convenio Colectivo de Hostelería. En el contrato de trabajo de los demandantes se establecía como Convenio Colectivo de aplicación el de Hostelería, siendo este el que regía sus relaciones laborales, por lo que los trabajadores entienden que ha habido una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo de carácter colectivo impuesta unilateralmente por el empresario, sin respetar el cauce formal establecido por el art. 41.4 del Estatuto de los Trabajadores por lo que ha de considerarse nula.

Siendo este el debate planteado en la instancia, y habiendo presentado los demandantes su pretensión por el cauce del art. 138 de la LRJS necesariamente hemos de pronunciarnos en primer lugar sobre el tercer motivo invocado por la recurrente, puesto que como acertadamente señala la empresa demandada en la impugnación del recurso la sentencia de instancia no se pronuncia sobre cual es el Convenio Colectivo de aplicación ya que este no era el objeto litigioso, sino si ha existido, o no, una modificación sustancial de carácter colectivo que obligara a seguir el cauce del art. 41.4 del ET . La sentencia estima que no ha habido tal modificación sustancial y por ello desestima la demanda, por lo que ha de empezarse a resolver por este último motivo de recurso.

El art. 41.4 del ET establece que "sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida en las empresas en que existan representantes legales de los trabajadores de un período de consultas con los mismos de duración no superior a quince días, que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados; se prevé además como en caso de no existir representación legal de los trabajadores éstos podrán atribuir su representación a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. De dicho precepto se concluye que para que sea necesario la formalidad del período de consultas es imprescindible la concurrencia de dos requisitos: que se trate de una modificación de carácter colectivo y que se trate de una modificación de carácter sustancial.

En cuanto al primer requisito, esto es la naturaleza colectiva de la modificación sustancial, es necesario acudir a la versión del art. 41 del ET vigente en el momento de la comunicación realizada

en diciembre de 2011, habida cuenta la modificación operada en este extremo por RD 3/2012 de 10 de febrero. Y en la versión vigente en diciembre de 2011 el art.41.2 del ET señalaba que se considera de carácter individual la modificación de aquellas condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores a título individual Véase [art. 66 Ley 22/2003, de 9 julio \(RCL 2003, 1748 \)](#) , Concursal ..

Se considera de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutado por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, no se considerarán en ningún caso de carácter colectivo a los efectos de lo dispuesto en el apartado 4 de este artículo las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que afecten, en un período de noventa días, a un número de trabajadores inferior a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

Partiendo de tales premisas es evidente que nos encontramos ante una modificación de carácter colectivo puesto que los trabajadores demandantes (20 de un total de 43 de la plantilla) veía sus relaciones laborales regulada por el Convenio Colectivo de Hostelería y ahora pasan a ser reguladas por el de Instalaciones Deportivas, sin que conste expresamente el porqué de tal vinculación convencional habida cuenta que de los hechos probados quinto, sexto, séptimo y octavo se aprecia que la actividad deportiva era algo presente en la demandada desde su constitución . Se superan además los umbrales previstos en el precepto indicado ya que alcanza a más de 10 trabajadores en una empresa con una plantilla de menos de 100.

En cuanto al segundo requisito, esto es, la sustancialidad de la modificación, necesariamente hemos de discrepar de lo argumentado por la sentencia de instancia quien señala que no se aprecia que tal modificación hubiera tenido una incidencia real y actual en las condiciones de trabajo de los demandantes habida cuenta que no se le ha cambiado el salario, jornada, funciones, categoría, horario o turnos; y no se comparte porque el examen de la sustancialidad de una modificación no puede verse limitada a las materias expresamente señaladas en la lista ejemplificativa del art. 41.1 del ET . Y así hemos de recordar como señala el TS en sentencia de 26 de abril de 2005 (rec. 2076/2005) que "... El art. 41ET regula específicamente las «modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», enumerando en lista abierta («entre otras», indica el precepto) las condiciones de trabajo que ex lege «tendrán la consideración» sustancial referida. Lista que la [STS de 03/04/95 \(RJ 1995, 2905 \)](#) [rec. 2252/94] califica -en efecto- de «ejemplificativa y no exhaustiva», en criterio que reitera la [sentencia de 09/04/01 \(RJ 2001, 5112 \)](#) [rec. 4166/00], al afirmar que el elenco de posibilidades que en el precepto se contemplan no está limitado a las expresamente tipificadas en su apartado primero. De esta forma es claro que la lista no comprende todas las modificaciones que son -pueden ser- sustanciales, pero también ha de afirmarse que tampoco atribuye carácter sustancial a toda modificación que afecte a las materias expresamente listadas. Y decíamos que las alteraciones en las materias enumeradas no necesariamente son sustanciales, sino que tan sólo «pueden» serlo, porque es unánime criterio de este Tribunal el de que la aplicación del art. 41ET no está «referida al hecho de que la condición sea sustancial, sino a la exigencia de que sea sustancial la propia modificación» (así, Sentencia 09/04/01 -rec. 4166/00). Con lo que podemos concluir, utilizando expresión del todo gráfica, que ni están todas las que son ni son todas las que están".

Por otro lado, también la doctrina jurisprudencial - SSTS/IV de 26/4/06 -rec. 2076/2005 , 22/09/03 -rec. 122/02 -, 11/11/97 -rec. 1281/97 -, 10/10/05 -rec. 183/04 y 3/04/95 -rec. 2252/94 , 17/07/86 y 03/12/87 - ha venido señalando 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 [en el mismo sentido, la [Sentencia de 22/06/98 \(RJ 1998, 5703 \)](#) -rec. 4539/97 -], 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»; doctrina que reitera también la STS de 15/11/05 [rec. 42/05]. Por otro lado, la citada [STS de 22/09/03 \(RJ 2003, 7308 \)](#) [rec. 122/02] señala que "para diferenciar entre sustancial y accidental es necesario tener en cuenta el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados", por lo que -como ya había sostenido la STCT de 17/03/86 - «hay que acudir a una interpretación racional y entender por tal aquella que no es baladí y que implica para los trabajadores una mayor onerosidad con un perjuicio comprobable».

Y en el presente caso, los cambios efectuados por la demandada deben ser calificados de sustanciales ya que como indica el recurrente el señalar que es otro el Convenio Colectivo aplicable a la relación laboral no solo implica la modificación de las materias indicadas en la lista del art. 41.1 del ET sino de todas las condiciones laborales excepto las fijadas particularmente en los respectivos contratos de trabajo o las mínimas de derecho necesario fijadas por el Estatuto de los Trabajadores o normativa estatal superior al Convenio Colectivo que se señala como el de aplicación. Y es más, comparando ambos Convenios, no se puede afirmar como señala la sentencia de instancia, que no se produzcan alteraciones en las materias señaladas en el art. 41.1 del ET ya que la jornada anual y semanal de trabajo es distinta en ambos convenios, como también lo es la compensación económica de las horas extras, el número y el importe de las pagas extraordinarias, así como otros elementos que no pueden considerarse como meramente accidentales como es un régimen de clasificación profesional diferente.

Por lo tanto hemos de entender que estamos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, y sin que sea posible la imposición unilateral del empresario, aun cuando le pudiera asistir la razón en cuanto al Convenio Colectivo de aplicación, y al respecto hemos de acudir a la STS de 1 de julio de 2010 invocada por la parte recurrente, que confirmando la de la Audiencia Nacional de 28-5-2009, declaró: "A este respecto debe recordarse que el artículo 83-1 del Estatuto de los Trabajadores establece que los convenios tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden, mientras que en el 82-3 del mismo texto legal se establece que los convenios colectivos obligan a todos los empresarios incluidos en su ámbito de aplicación. Esta regla, según esta Sala ([sentencia de 3 de mayo de 2006 \(RJ 2006, 3032 \)](#)) (Rec. 104/04) "no es incondicionada , sino que está sometida a determinadas limitaciones que se relacionan por una parte con exigencias de objetividad y estabilidad (S. 20-9-93, rec. 2724/91) y por otra con la propia representatividad de las organizaciones pactantes (S. 23-6-94, 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 art.41 EDL 1995/13475 art.82.3 EDL 1995/13475 ". Parece, pues, que las partes son libres de establecer el ámbito de aplicación del convenio, pero, aparte las limitaciones derivadas de la articulación entre convenios y de las reglas sobre legitimación del artículo 87 del E.T ., existe una limitación que, como señalamos en nuestra sentencia de 20 de septiembre de 1.991 , deriva de la necesidad de que el ámbito de aplicación de un convenio "se defina de acuerdo con criterios objetivos que permitan establecer con claridad y estabilidad el conjunto de las relaciones laborales reguladas por el convenio y su correspondencia con los niveles de estabilidad exigidos".

Partiendo de tales premisas, y como señalan las sentencias indicadas, y reitera la dictada por el TSJ de Andalucía (Sevilla) de 10 de mayo de 2012, rec. 600/2012 , la cuestión litigiosa no es tanto el carácter indisponible del Convenio Colectivo, sino si la empresa tiene potestad para modificar unilateralmente el Convenio (en este caso de Hostelería) que venía aplicando desde siempre a los trabajadores demandantes por otro Convenio (el de instalaciones deportivas) cuestión que ha de ser resuelta de forma negativa puesto que al no haberse acreditado que tal aplicación convencional inicial fuera fruto de un error (recordemos que desde su inicio la Sociedad Deportiva Hípica de La Coruña se dedicó a actividades deportivas y esta inscrita en el archivo de al TGSS con trabajadores de alta desde el año 1967 como dedicada a actividades de gimnasio) es claro que sin previa

negociación y acuerdo con los representantes de los trabajadores o en su defecto, sin acudir al procedimiento de modificación de condiciones sustanciales colectivas regulado en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores la empresa no puede modificar, sustituyendo de forma súbita, la normativa convencional que, desde siempre y pacíficamente, venía aplicando a sus trabajadores, por otra cuyo ámbito convencional no está acreditado coincida con su actividad preponderante.

Por lo tanto, habiendo aplicado la empresa demandada el Convenio Colectivo de Hostelería a los demandantes desde el inicio de su relación laboral (alguno de ellos con una antigüedad de más de 30 años) y no habiéndose producido una variación en la actividad de la empresa, hemos de entender que estamos ante una modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo, que no puede ser impuesta unilateralmente por el empresario, sino que ha de ser sometida al periodo de consultas del art. 41.4 del ET, trámite que no se ha respetado en el caso de autos lo que lleva a declarar la nulidad, por motivos formales, y ex art. 138.6 de la LRJS, de la modificación colectiva operada.

En consecuencia con todo lo dicho procede estimar el recurso presentado y declarar la nulidad de tal medida sin entrar a resolver sobre los dos primeros motivos de recurso ya que afectan a cuestiones que no han sido objeto de litigio; en todo caso la determinación del Convenio Colectivo aplicable es una cuestión de fondo y hasta que no exista una decisión empresarial adoptada conforme a las formalidades legales (esto es, respetando el cauce del art. 41.4 del ET) no procede efectuar pronunciamiento alguno al respecto.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

F A L L A M O S

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. Jaime Fernández López actuando en nombre y representación de D. Pascual, DÑA. María Antonieta, D. Juan Luis, D. Alejo, D. Benigno, D. Cornelio, D. Eutimio, D. Heraclio, DÑA. Concepción, D. Leon, D. Nicanor, DÑA. Julieta, DÑA. Luz, D. Segismundo, D. Jose Pedro, D. Jesús Ángel, DÑA. Remedios, D. Amadeo, D. Braulio, DÑA. Agustina contra la sentencia de fecha veintiocho de abril de dos mil doce, dictada por el Juzgado de lo Social número cinco de los de A Coruña, en autos 21/2012, seguidos a instancia de los recurrentes contra la empresa REAL SOCIEDAD HIPICA DEPORTIVA DE LA CORUÑA, sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo, debemos revocar la misma, y en su lugar, estimando la demanda rectora declaramos la nulidad de la medida empresarial adoptada

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que, contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Jurisdicción Social. Si la recurrente no estuviere exenta de depósito y consignación para recurrir, deberá ingresar:

-La cantidad objeto de condena en la c/c de esta Sala en el Banco Banesto, nº 1552 0000 80 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).

-El depósito de 600 euros en la c/c de esta Sala nº 1552 0000 37 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

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