



Roj: **STSJ ICAN 5247/2009 - ECLI: ES:TSJICAN:2009:5247**

Id Cendoj: **35016340012009101430**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **11/11/2009**

Nº de Recurso: **1169/2009**

Nº de Resolución: **1537/2009**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA JESUS GARCIA HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

En Las Palmas de Gran Canaria , a 11 de noviembre de 2009 La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la

Comunidad Autónoma de CANARIAS formada por los Iltmos. Sres D./Dña. Humberto Guadalupe Hernández Presidente, D./Dña. M^a Jesús García Hernández (Ponente) y D./Dña. Ignacio Duce Sánchez De Moya Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por RIU HOTELS, S.A. contra Sentencia nº 000139/2008 de fecha 13 de Marzo dictada en los autos de juicio nº 0001317/2008 en proceso sobre CONFLICTOS COLECTIVOS , y entablado por D./Dña. Amador Presidente del Comité de Empresa del Hotel Riu Oasis Maspalomas, DON Edmundo , D^a Rafaela , DON Isaac , DON Pedro , DON Jose Ángel , DON Anibal Y DON Emilio todos ellos miembro del Comité de Empresa , contra RIU HOTELS S.A .

El Ponente, el Iltmo./a Sr./a. D./Dña. M^a Jesús García Hernández , quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente

PRIMERO.- El presente conflicto colectivo afecta a todo el personal contratado a partir del mes de enero de 2008, siendo su modalidad contractual eventual por circunstancias de la producción.

SEGUNDO.- La empresa en las nuevas contrataciones desde enero de 2008, ha introducido una serie de cláusulas adicionales al Contrato de Trabajo, con el siguiente tenor:

"El trabajador al contratar con esta empresa (parte Grupo Riu Hotels & Resorts) conoce y acepta que puede ser trasladado, respetando sus condiciones laborales, a cualquier establecimiento hostelero que el grupo posea dentro del Área- Canarias (incluye en la distribución empresarial además de en las Islas Canarias, Cabo Verde, Madeira y Marruecos)".

TERCERO.- En la actualidad esta última cláusula ha sido sustituida por la siguiente: "El trabajador al contratar con esta empresa, parte del grupo que gira bajo la marca Riu Hotels & Resorts conoce y acepta que puede ser trasladado, respetando sus condiciones laborales, a cualquier establecimiento hostelero que el grupo posea en las Islas Canarias.

CUARTO.- Asimismo la empresa en las nuevas contrataciones desde enero de 2008, introducía la siguiente cláusula:



"Polivalencia Funcional de los Niveles/Grupos IV,IV bis-V y VI (Lpa) y IV-V(Tfe): de conformidad con el artículo 22.5 del Estatuto de los Trabajadores, se pacta expresamente que el trabajador podrá realizar trabajos de distinta categoría y/o nivel, según necesidades de la empresa y dentro de los niveles/grupos mencionados en este epígrafe. Las condiciones laborales se adecuarán en todo caso, siempre a las funciones de la categoría que resulte prevalente".

QUINTO.- En la actualidad esta última cláusula ha sido sustituida por la siguiente: "Polivalencia Funcional: de conformidad con el artículo 22.5 del Estatuto de los Trabajadores, se pacta expresamente que el trabajador podrá realizar trabajos de distinta categoría y/o nivel, según necesidades de la empresa y dentro de los niveles/grupos mencionados en este epígrafe. Para categorías de los Niveles IV,IV bis y V".

SEXTO.- Que desde marzo de 1999, la demandada introduce la siguiente cláusula:

"El trabajador es contratado en plaza sin derecho a transporte ni a su indemnización económica".

SEPTIMO.- Que el artículo 21 del Convenio Colectivo Provincial de las Palmas establece: "Transporte. En aquellas empresas donde los trabajadores y las trabajadoras vengán disfrutando de transporte mediante guagua propiedad o contratado por la empresa, se conservará esta condición, no pudiendo sustituir por voluntad unilateral de la empresa mediante compensación económica. En aquellos casos que se pacte de común acuerdo la sustitución en metálico esta no será inferior a la tarifa en vigor de los transportes regulares. Esta compensación económica no será absorbible ni compensable."

OCTAVO.- La demandada tiene contratada el servicio de una guagua para el transporte de los empleados.

NOVENO.- Que en fecha 28.02.08 por el Comité de Empresa se formuló denuncia ante la Inspección Provincial de Trabajo, denunciando que por al demandada no se estaba entregando a los representantes legales de los trabajadores las copias básicas de los contratos, así como la existencia de la cláusula de movilidad geográfica, polivalencia funcional y transporte.

Por la Inspección Provincial de Trabajo se giró visita a la empresa demandada en fecha 16.04.08, redactando el correspondiente informe en fecha 18.04.08 en el que concluye requerir a la demandada para que entregue a los representantes legales de los trabajadores las copias básicas de los contratos al propio tiempo que remite a la Jurisdicción social en lo relativo a la interpretación de las cláusulas de los contratos de trabajo, cuyo contenido se da íntegramente por reproducido, constanding unido a autos.

DÉCIMO.- Las categorías o niveles del personal IV, IV Bis V, según Anexo del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Las Palmas, son las siguientes:

Nivel IV: CAJERO/A DE COMEDOR O BAR; AYUDANTE DE RECEPCION / AYUDANTE DE RESERVAS; AYUDANTE DE CONSERJERIA; COCINERO/A, CAFETERO/A, BODEGUERO/A; JEFE DE PLATERIA O FREGADOR/A; CAMARERO/A; MECANICO/A; CALEFACTOR/A; OFICIAL DE FONTANERO/A, ELECTRICISTA, PINTOR/A, ALBAÑIL, CARPINTERO/A, EBANISTA; CONDUCTOR/A DE SEGUNDA Y RESTO; AYUDANTE DE SUPERVISION DE CATERING; DEPENDIENTE/A; AUXILIAR DE CAJA EN CAFETERÍA; PLANCHISTA; TAQUILLERO/A; AYUDANTE DE RELACIONES PUBLICAS; AYUDANTE DE MONITOR EDUCACION FISICA, DEPORTES Y ANIMACION; ENCARGADO/A DE SALA DE BILLARES; PORTERO/A DE SERVICIOS; AUXILIAR ADMINISTRATIVO; TELEFONISTA SEGUNDA; PISCINERO/A; SOCORRISTA; SUMILLER; OFICIAL DE MANTENIMIENTO; CAMARERO/A DE PISOS; ESPECIALISTA TERMAL; QUROMASAJISTA; ESTETICISTA; HDROTERAPEUTA.

Nivel IV Bis: MOZOS DE HABITACIÓN; LENCERAS.

Nivel V: ORDENANZA DE SALÓN; VIGILANTE DE NOCHE; PORTERO DE ACCESO; PORTERO/A DE DISCOTECAS Y SALA DE FIESTAS; ASCENSORISTA; MOSOS/AS DE EQUIPAJES; AYUDANTES NO INCLUIDOS EN EL NIVEL IV; MARMITON; PINCHE MAYOR DE 18 AÑOS; FREGADEROS Y PLATEROS; PLANCHADORAS, COSTURERAS Y LAVANDERAS; JARDINEROS/AS; MOZOS/AS DE LAVANDERIA; GUARDA DE EXTERIORES; PREPARADOR/A DE CATERING; MOZO/A DE ALMACÉN EN CAFETERÍA; ENCARGADO/A DE LAVABOS; DEPENDIENTE/A DE SEGUNDA; MOZO/A DE BILLAR; VIGILANTE DE ESTACIONAMIENTO DE VEHÍCULOS; BOTONES MAYORES DE 18 AÑOS; LIMPIADOR/A O FREGADOR/A EN CAFETERÍA; LIMPIADORES/AS; GUARDARROPA; DEPENDIENTES/AS DE AUTOSERVICIOS; AUXILIAR DE MANTENIMIENTO.

UNDECIMO.- En fecha 07.11.08 se celebró el acto de conciliación ante el TLC, concluyendo sin avenencia.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Amador , Presidente del Comité de Empresa del Hotel Riu Oasis Maspalomas, DON Edmundo , DOÑA Rafaela , DON Isaac , DON Pedro , DON Jose Ángel , DON Anibal Y DON Emilio , todo ellos miembros del Comité de Empresa, frente a RIU HOTELS, S.A. sobre CONFLICTO COLECTIVO debo declarar y declaro nulas las cláusulas adicionales impuestas a los contratos de trabajo desde enero de 2008 sobre



movilidad geográfica y polivalencia funcional, dejándolas sin efecto, debiendo condenar y condenando a la demandada a estar y pasar por la presente declaración. TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima en parte la demanda de conflicto colectivo interpuesto por el Comité de empresa del Hotel Riu Oasis Maspalomas contra Riu Hotels S.A. y declara nulos y sin efecto las cláusulas adicionales sobre movilidad geográfica y polivalencia funcional incluidas en los contratos concertados a partir de enero 2008.

Mostrando disconformidad la dirección legal de la empresa recurre en suplicación articulando un motivo único de censura, denunciando, por el cauce previsto en el ap. c/ artículo 191 LPL, infracción del artículo 19 del Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Sector de Hostelería, del artículo 37 del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería, y de los artículos 22, 39 y 40 ET y 1255 Código civil.

El recurso es impugnado por la dirección legal de la actora.

SEGUNDO.- Las cláusulas adicionales sobre las que se centra la controversia son las que aparecen reproducidas en los ordinales segundo a quinto del relato fáctico.

La Juzgadora razona que en el modo en que aparecen redactadas implican dejar al arbitrio de la empresa el cumplimiento del contrato y la renuncia anticipada de los trabajadores a derechos indisponibles.

La recurrente insiste en la validez del clausulado; para la empresa "no son mas que acuerdos entre las partes que recogen una posibilidad futura que puede o no materializarse" y que "no obstan al cumplimiento de los requisitos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores en cuanto al procedimiento a seguir llegado el caso, los plazos, tampoco implica la renuncia a los derechos del trabajador a impugnar la decisión empresarial ni se considera que no es ajustado a derecho".

El discurso no guarda coherencia con el alcance de las cláusulas cuestionadas.

El pacto de polivalencia funcional está expresamente reconocido en el artículo 22.5 p.2 ET, precepto que regula el sistema de clasificación profesional.

El Legislador exige en este caso la equiparación a categoría, grupo profesional o nivel retributivo y que tal equiparación se realice atendiendo a las funciones prevalentes.

La cláusula de polivalencia funcional inserta en las nuevas contrataciones no cubre tal exigencia. La clasificación profesional queda permanentemente abierta. La empresa goza de absoluta libertad para cambiar funciones dentro de los niveles/grupos que comprende bastándole con exigir el cumplimiento del contrato. No es ese el sentido del pacto contractual de polivalencia que el artículo 22.5.2 ET admite.

La equiparación es fundamental porque si el empresario modifica unilateralmente la distribución temporal de las funciones pactadas para que las prevalentes dejen de serlo y pasen a serlo otras, que hasta entonces, no lo eran, correspondientes, además, a otra categoría profesional distinta, entran en juego los límites del artículo 39 ET.

No es que las condiciones laborales hayan de adecuarse a las funciones de la categoría que en cada momento resulte prevalente, sino que, fijada la categoría conforme al criterio de prevalencia, a ella habrán de adaptarse los límites de la movilidad funcional, cuestión bien distinta, y este matiz diferencial, que es esencial, conlleva a ratificar la decisión de la Juzgadora de declarar la nulidad del clausulado adicional que versa sobre este extremo.

De otro lado, la cláusula de movilidad geográfica es de tal amplitud que desborda los límites del "ius variandi" empresarial abarcando supuestos de desplazamiento y traslado sin sujeción al régimen jurídico específico que para cada caso establece el artículo 40 ET, lo que vacía de contenido la exigencia legal de fijación del lugar de trabajo (artículos 8.5 ET y 2.2. C. RD 1659/1998, 24 Julio), quedando la concreción o determinación del lugar de trabajo al arbitrio de la empresa, razones estas que conducen a la ratificación de la conclusión alcanzada por la Juzgadora, pues indefectiblemente las cláusulas que dejan el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes son nulas (artículo 1256 Código Civil).

Se desestima el recurso.

TERCERO.- En aplicación de lo dispuesto en los artículos 201, 202.4 y 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, procede efectuar, con respecto al aseguramiento de la condena, el depósito efectuado para recurrir y las



costas causadas, los pronunciamientos pertinentes. Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso interpuesto por RIU HOTELS S.A. , contra la sentencia de fecha 13 de Marzo 2009 , dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de LAS PALMAS DE GRAN CANARIA de esta Provincia, que confirmamos.

Se decreta a la recurrente Riu Hotels S.A. a la pérdida del depósito efectuado para recurrir a los que se dará el destino legal pertinente.

Se condena en costas a la parte recurrente incluyendo los honorarios del Letrado de las parte recurrida que impugnó el recurso y que se calculan en 300 .

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de esta Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el BANESTO cta. número: 3537/000066 1169/2009 a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300 Euros en la entidad de crédito de BANESTO c/c 2410000066 1169/2009 , Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón de su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.