



**JDO. DE LO SOCIAL N. 1
CIUDAD REAL**

SENTENCIA: 00558/2015

COPY

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

C/ ERAS DEL CERRILLO N° 3 PLANTA 4ª

Tfno: 926 27.89.29.

Fax: 926 27.88.46.

MCA

NIG: 13034 44 4 2015 0005392

N02700

IMC IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000697 /2015

Procedimiento origen: /

Sobre: IMPUG.CONVENIOS

DEMANDANTE/S D/ña: CONSEJERIA DE ECONOMIA, EMPRESAS Y EMPLEO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES

ABOGADO/A: LETRADO COMUNIDAD

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

DEMANDADO/S D/ña: CCOO SERVICIOS, SMC UGT , ASOCIACION PROVINCIAL DE EMPRESARIOS DE
HOSTELERIA Y TURISMO DE CIUDAD REAL

ABOGADO/A: , ,

PROCURADOR: , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , ,

En CIUDAD REAL a veintitrés de diciembre de 2015.

101/2016
D/ña. Montserrat Contento Asensio, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social nº 1 del Juzgado y provincia CIUDAD REAL tras haber visto los presentes autos sobre demanda de IMPUGNACIÓN DE OFICIO DE CONVENIO COLECTIVO, por la posible existencia de violación de la legalidad vigente en los artículos 38 y 20.m) del texto del convenio presentado a Registro, Depósito y Publicación; entre partes, de una y como demandante D. AGUSTÍN ESPINOSA ROMERO, en calidad de Director Provincial de la Consejería de Economía, Empresas y Empleo de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha en Ciudad Real, defendido por la letrada Dª Elena Villén Gómez; siendo parte ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE EMPRESARIOS DE HOSTELERÍA Y TURISMO DE Ciudad Real (APEHT), que comparece representada por su Presidente D. José Crespo García, asistido de la Graduado Social Dª Patricia Plaza Martín; CCOO Servicios representado y asistido por la letrada Dª Sandra Jiménez Sebastián; SMC UGT representado y asistido por el letrado D. Antonio González Gallego; es parte el Ministerio Fiscal, que ha sido citado en legal forma, sin que compareciera al acto del juicio.

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Presentada la demanda en fecha 28 de septiembre de 2015, correspondió su conocimiento a este Juzgado de lo Social, registrándose con el n° 697/15, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, terminó suplicando al Juzgado que tras los trámites oportunos, se dictará sentencia por la que se pronuncie sobre la contravención de la legalidad vigente de determinados preceptos del Convenio Colectivo del Sector de la Hostelería, Periodo 2015/2017.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la parte demandada y citando a las partes para la celebración del correspondiente juicio oral, solicitando ambas partes sentencia de acuerdo a sus intereses, practicándose las pruebas que fueron declaradas pertinentes, y elevando finalmente a definitivas sus conclusiones.

TERCERO: En el presente procedimiento se han cumplido las formalidades legales exigibles, salvo los plazos procesales debido al número de asuntos que se tramitan en el Juzgado.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 19 de junio de 2015, D. Antonio Cervantes Jiménez, en virtud de autorización de la mesa negociadora del Convenio Colectivo de Hostelería, presentó ante la Autoridad Laboral, el texto acordado para su Registro, Depósito y Publicación.

SEGUNDO: Una vez revisado el texto, se procede por el Jefe de Servicio de Trabajo de la Dirección Provincial de Ciudad Real de la Consejería de Economía, a requerir la subsanación del texto presentado, en los términos que constan en dicho requerimiento, cuyo contenido, por su extensión se da por reproducido, al obrar en actuaciones, y transcrito en la demanda.

TERCERO: Con fecha 14 de julio D. Antonio Cervantes Jiménez, presenta nuevamente el Convenio en el que se han integrado las correcciones propuestas por la Autoridad Laboral, excepto las indicadas en el punto 6, relativas al trabajo nocturno.

CUARTO: El día 21 de julio, se envía por la Autoridad Laboral, nuevo requerimiento, en el que se reitera lo que el Estatuto de los Trabajadores considera horario nocturno.

El día 29 de julio, se amplía el requerimiento efectuado, incluyendo la siguiente observación: En el apartado m) del art.20 se establece derecho a asistir a consulta médica acompañando a hijos menores de 12 años, cuando el código civil establece la mayoría de edad a los 18. (La asistencia al médico con un menor de edad se trata de un deber inexcusable relacionado con la conciliación de la vida familiar y laboral,

por lo que el precepto del convenio es contrario al art.37.3 del E.T.

QUINTO: La mesa negociadora con fecha 10 de agosto de 2015, registra acta de subsanación en los siguientes términos: "La patronal manifiesta que no procede subsanación alguna. Con remisión al procedimiento previsto en el art.90.5 del E.T., caso de que por esa Autoridad se estime que el contenido de los artículos 38 y 20.m), conculcan la legalidad vigente o lesionan gravemente el interés de terceros. Debiendo de mantenerse dichos artículos del convenio conforme su redacción acordada y su contenido fijado en el texto convencional aportada el 14 de julio de 2015". La parte social manifestó al respecto lo siguiente: " La parte social en base a los requerimientos por la Autoridad Laboral, acta de 6 de mayo de 2015 (negociación del convenio colectivo del Sector de la Hostelería) y sentencias del Tribunal Supremo..., el art.36 del E.T. es suficientemente explícito al respecto cuando distingue entre trabajo nocturno. Al igual el " plus de nocturnidad, es un complemento funcional de puesto de trabajo, no retribuye una jornada nocturna, sino las horas trabajadas durante el periodo legalmente calificado como nocturno. La regulación especial del trabajo nocturno, motivada por su mayor penosidad, se regula en el nº2 del art.36 del E.T., donde la retribución no se condiciona al hecho de ser trabajador nocturno, sino a la circunstancia de trabajar horas nocturnas. Por tanto, las hora trabajadas en horario nocturno (de diez de la noche a seis de la mañana) deben retribuirse con el plus de nocturnidad que establezca el Convenio Colectivo, cualquiera que sea su número y la hora de inicio o finalización de la jornada laboral. Es por lo que entendemos que los trabajadores y las trabajadoras de la hostelería de Ciudad Real, deben de percibir un plus de nocturnidad sobre el salario base del 15%, en el periodo comprendido de nocturnidad, de 22 a 6.00

Con respecto al requerimiento del art.20.m) por parte de la Autoridad Laboral, la parte social está de acuerdo con la subsanación planteada por este organismo".

SEXTO: Se celebró acto de mediación ante el Jurado Arbitral de Castilla la Mancha el 27 de septiembre pasado, a instancia del sindicato UGT.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Los hechos que se declaran probados se obtienen de los documentos aportados al expediente, y los presentados por las partes, sin que exista discrepancia fáctica, tratándose de una cuestión de interpretación jurídica.

La Consejería de Economía, ante la negativa de la patronal, a rectificar el texto del Convenio presentado, al entender que es correcto, plantea demanda de oficio, puesto que entiende que dos de los preceptos incluidos en su redacción conculcan y vulneran la legalidad vigente, en concreto el art.38, referido al trabajo nocturno, que colisiona con el art.36.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que se limita el horario de trabajo nocturno al tramo horario de 3 a 6 horas, cuando el Estatuto considera trabajo nocturno el efectuado entre las 10 de la noche y las 6 de la madrugada; y el artículo 20 en su apartado

m), que vulnera el art.37.3.d) del Estatuto de los Trabajadores, pues la licencia para acudir al médico con los hijos menores de edad, no puede limitarse a los 12 años, puesto que dicha asistencia es un deber inexcusable de carácter público y personal, que justifica la ausencia al trabajo, desde el momento que los padres tienen la obligación de velar por sus hijos menores de edad art.110 y 315 del Código Civil.

SEGUNDO: El cauce procesal de la impugnación de convenio colectivo, que necesariamente ha de seguirse por exigencia del artículo 165 LJS no conlleva un pronunciamiento de condena, salvo en lo que a la legalidad o ilegalidad de los preceptos en cuestión se refiere, se postula la nulidad de varios de tales preceptos del Convenio, y la referida nulidad puede basarse en cualesquiera infracciones de normas, de legalidad ordinaria o constitucional.

En el proceso de impugnación de convenio, en principio y salvo supuestos excepcionales, el contenido necesario y único de la pretensión ha de ser la nulidad de los preceptos cuya ilegalidad se denuncia, con independencia de la naturaleza de la infracción legal, ordinaria o constitucional, pues las consecuencias anudadas son contenidos propios y característicos, de las acciones nacidas en el ámbito de los derechos que se pueden entender conculcados.

Se trata por tanto de un proceso cuyo objeto ha de ser limitado al análisis de la legalidad -ordinaria o constitucional- de los preceptos pactados, reservando en consecuencia a las partes negociadoras la posibilidad de recomponer la legalidad en la forma que tuviesen por conveniente, aunque siempre con respeto a esos principios de proporcionalidad fijados jurisdiccionalmente.

TERCERO: Respecto a la legalidad del texto que se pretende introducir en el art.38 del Convenio que se somete a impugnación, en los términos en que aparece redactado, y cuyo mantenimiento sostiene la parte empresarial; en efecto, como denuncia la Autoridad Laboral, se limita a establecer un plus de nocturnidad en una franja horaria menor a la estipulada en el E.T., sin hacer mención del resto del horario nocturno y cual sería la remuneración específica para el mismo, teniendo en cuenta que el art.36 del E.T., da amplia libertad a la negociación colectiva, imponiéndoles la obligación de que consideren horario nocturno al menos el comprendido entre las 10 de la noche y las 6 de la mañana, y que para el mismo establezcan una retribución específica, que en ningún caso dice que haya de ser uniforme para todo el periodo, ni establece una cuantía mínima, ni un porcentaje mínimo de incremento respecto a la hora diurna.

En cuanto al último párrafo del art.38 del Convenio, igualmente es atendible el criterio expuesto por la Autoridad Laboral, al indicar que supone una incongruencia, ya que implicaría que el plus de nocturnidad regulado en el art.38 solo lo cobrarían los contratados en jornada diurna que trabajen más allá de las 3:00 horas (o las 12:000 en caso de personal de recepción o conserjería), para los cuales no se prevé un sueldo distinto de los que son contratados para realizar trabajos nocturnos, produciéndose una nueva vulneración del art.36 del ET en cuanto a la franja horario nocturno, porque el trabajador diurno debería empezar a cobrar el complemento a partir de las 22 horas, así como una discriminación, dado que el trabajador "nocturno" teniendo el mismo sueldo que el "diurno" no cobraría nuna el plus de nocturnidad.

Tal interpretación, se considera obviamente acertada, y en consonancia con la doctrina establecida al respecto por el Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección1ª), siendo ilustrativa la Sentencia de 18 junio 2012. RJ 2012\8124.

"...3. Entrando a conocer del fondo del asunto, se hace preciso recordar que esta Sala interpretando el artículo 36 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) tiene señalado (S.TS. de 10 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 585) (RCO 63/2004) y de 23 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4987) (RCO 126/2010) que: "El artículo 36 del Estatuto de los Trabajadoreses suficientemente explícito al respecto cuando distingue entre trabajo nocturno, que es, según su número 1, "el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana", y trabajador nocturno, que es "aquel que realice normalmente en período nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como aquel que se prevea que puede realizar en tal período una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual".

De esta diferenciación legal entre trabajo nocturno y trabajador nocturno ya se hizo eco nuestra sentencia de 1 de diciembre de 1997 (RCO. 1709/1996 (RJ 1996, 8921)) en la que se resolvió un caso parecido al que nos ocupa entendiendo que "El plus de nocturnidad - complemento funcional de puesto de trabajo, no consolidable- no retribuye una jornada nocturna, sino las horas trabajadas durante el periodo legalmente calificado como nocturno", afirmación que reitera nuestra ya citada sentencia de 10 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 585) . Y es que una cosa es el trabajo nocturno y su retribución y otra la calificación del trabajador como nocturno, calificación que se hace, como de la literalidad del párrafo tercero del artículo 36-1 del Estatuto de los Trabajadores se deriva, a efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, esto es a los solos efectos de determinar la jornada laboral máxima de los trabajadores nocturnos y de prohibir que estos trabajadores puedan realizar horas extras. La retribución

especial del trabajo nocturno, motivada por su mayor penosidad, se regula en el nº 2 del artículo 36 del E.T., donde la retribución no se condiciona al hecho de ser trabajador nocturno, sino a la circunstancia de trabajar en horas nocturnas, sin que esa retribución se pueda excluir por razones distintas a las que el precepto contempla, esto es que exista descanso compensatorio o que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza, lo que supone que su retribución ya contempla la mayor penosidad del trabajo nocturno.

De lo razonado hasta ahora, se deriva que las horas trabajadas en horario nocturno (de diez de la noche a seis de la mañana) deben retribuirse con el plus de nocturnidad que establezca el Convenio Colectivo, cualquiera que sea su número y la hora de inicio o finalización de la jornada laboral. ...".

Por tanto se ha de concluir, conforme indica la Autoridad Laboral, que la redacción del art.38, conculca lo dispuesto en el art.36 del E.T., a cuyo texto deberán adaptar las partes negociadoras el precepto del Convenio Colectivo, para su aprobación y publicación.

El hecho de que se haya mantenido la redacción vulneradora en convenios precedentes, no puede sin más, justificar su continuidad tras haber sido denunciado su contenido.

Y con respecto a la comparativa que se establece con otros convenios, de la simple lectura de la mayoría de ellos, se observa que cumplen con lo establecido en el art.36 del E.T., sin que mantengan la redacción que la parte empresarial propone en el que nos ocupa.

CUARTO: En cuanto a la licencia recogida en el art.20 apartado m) "Permiso retribuido para acompañar a consulta médica a hijos menores de 12 años, previa justificación de esas circunstancias. Este permiso se disfrutará siempre y cuando ambos cónyuges trabajen".

Los argumentos expuestos por la patronal, para negarse a efectuar la modificación que apunta la Autoridad Laboral, carecen de fundamento. No se esgrime razón fundada en normativa legal alguna, que justifique la limitación de esa licencia para acompañar a un hijo menor a consulta médica, a la edad de 12 años, cuando la mayoría de edad se sitúa en nuestra legislación a los 18 años, salvo excepciones para el caso de emancipación a los 16 años, que como tal excepción se podría contemplar; pero al margen de esta, se desconoce el motivo por el cual se entiende admisible como permiso retribuido, esa licencia cuando el hijo menor cuenta 12 años de edad, y sin embargo no cuando alcanza los 13 y sucesivos años hasta los 18. Argumento que choca frontalmente con la conciliación de la vida laboral y personal.

Obviamente la previsión que contempla y pretende mantener la parte empresarial, supone una colisión y contravención con lo dispuesto en los arts.110,142, y 315 del Código Civil, como acertadamente hace ver la Autoridad Laboral; y en consecuencia la consideración como un deber inexcusable y personal acudir al médico con los hijos menores, como permiso retribuido, encuentra amparo en el art.37.3.d) del Estatuto de los Trabajadores, por lo que la previsión del apartado m) del art.20 cuestionado, deberá ajustarse al contenido del precepto estatutario.

QUINTO: Contra la presente resolución cabe interponer recurso de suplicación de conformidad con lo previsto en el art.191.3.F) LJS.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que estimando la demanda deducida por D. AGUSTÍN ESPINOSA ROMERO, en calidad de Director Provincial de la Consejería de Economía, Empresas y Empleo de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha en Ciudad Real, a la que se adhirieron los sindicatos CCOO Y UGT; declaro nulos y sin efecto, los artículos 38 y 20 en su punto m) del Convenio Colectivo del Sector de Hostelería de la provincia de Ciudad Real periodo 2015/2017, presentado ante la Autoridad Laboral, por violentar la legalidad ordinaria de necesaria observancia; condenando a la parte empresarial a estar y pasar por este pronunciamiento.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que en aplicación del mandato contenido en el artículo 53.2 de la LJS, en el primer escrito o comparecencia ante el órgano judicial, las partes o interesados, y en su caso los profesionales designados, señalarán un domicilio y datos completos para la práctica de actos de comunicación. El domicilio y los datos de localización facilitados con tal fin, surtirán plenos efectos y las notificaciones en ellos intentadas sin efecto serán válidas hasta tanto no sean facilitados otros datos alternativos, siendo **carga procesal de las partes** y de sus representantes **mantenerlos actualizados**. Asimismo deberán comunicar los cambios relativos a su número de teléfono, fax, dirección electrónica o similares, siempre que estos últimos estén siendo utilizados como instrumentos de comunicación con el Tribunal.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se advierte a las partes que contra la presente resolución podrán interponer Recurso de Suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia que deberá ser anunciado por comparecencia, o mediante escrito presentado en la Oficina Judicial dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se le practique la notificación. Adviértase igualmente al recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del Régimen público de Seguridad Social, o



causahabiente suyos, o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 300 euros en la cuenta abierta en BANESTO a nombre de esta Oficina Judicial con el núm. 1381 0000, debiendo indicar en el campo concepto "recurso" seguido del código "34 Social Suplicación", acreditando mediante la presentación del justificante de ingreso en el periodo comprendido hasta la formalización del recurso así como; en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, deberá consignar en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta la cantidad objeto de condena, o formalizar aval bancario a primer requerimiento indefinido por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a esta Oficina Judicial con el anuncio de recurso. En todo caso, el recurrente deberá designar Letrado para la tramitación del recurso, al momento de anunciarlo.

Así por esta Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.