



Roj: **STS 2280/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2280**

Id Cendoj: **28079140012022100457**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/06/2022**

Nº de Recurso: **2834/2019**

Nº de Resolución: **520/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2834/2019

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Social**

##### **Sentencia núm. 520/2022**

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.<sup>a</sup> María Luz García Paredes

D.<sup>a</sup> Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 7 de junio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D.<sup>a</sup> Agatha Mur Minguell, en nombre y representación de Serveis Municipals de Neteja de Girona SA, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 23 de abril de 2019, recaída en el recurso de suplicación núm. 416/2019, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Girona, dictada el 20 de septiembre de 2018, en los autos de juicio núm. 1072/2017, iniciados en virtud de demanda presentada por Comissió Obrera Nacional de Catalunya a Serveis Municipals de Neteja de Girona SA, contra Serveis Municipals de Neteja de Girona SA, sobre conflicto colectivo.

Ha sido parte recurrida D. José, Delegado de la Sección Sindical de CC.OO., en la empresa Serveis Municipals de Neteja de Girona SA, representado por el letrado D. Manuel Falgueras Coll.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 20 de septiembre de 2018, el Juzgado de lo Social nº 1 de Girona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Comissió Obrera Nacional de Catalunya en Serveis Municipals de Neteja de Girona SA frente a la empresa Serveis Municipals de Neteja de Girona SA, declaro que el porcentaje de absentismo previsto en el art. 40, párrafo segundo, del convenio colectivo de empresa, referido al complemento de IT derivada de enfermedad común, debe calcularse poniendo en relación los días de absentismo con el número de días cotizados



(incluidos sábados, domingos y festivos intersemanales) con la única exclusión en el denominador de los días correspondientes a períodos vacacionales. Asimismo declaro que, a efectos del referido cálculo, de los días de ausencia que integran el numerador únicamente procede excluir las siguientes situaciones: Matrimonio/ Nacimiento de Hijo o enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad/Traslado de Domicilio Habitual/Por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber de carácter público o personal/ Realización de funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente/Las trabajadoras por lactancia de un hijo/ Las ausencias ocasionadas por la suspensión de la actividad en caso de riesgo de accidente, cuando así se decrete por la Autoridad Laboral o lo decida el propio empresario, sea o no a instancias de los representantes legales de los trabajadores./Los permisos de maternidad y paternidad/Los supuestos de suspensión de contratos de trabajo por causas legales establecidas salvo en el supuesto 1º del Artículo 45.1º.c del Estatuto de los Trabajadores con la única excepción, en este último caso, de los primeros 30 días de períodos de IT derivados de contingencias laborales, que también deben ser excluidos."

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- El presente conflicto colectivo afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa demandada que presta servicios en un único centro de trabajo ubicado en Girona (hecho primero de la demanda, no controvertido).

SEGUNDO.- Dispone el art. 40 del Convenio colectivo de trabajo de la empresa Serveis Municipals de Neteja de Girona, SA (Girona + Neta), para los años 2015 - 2018: " Quan el treballador pateixi un accident, tant dins de la jornada de treball com en itineraris, i hagi d'estar de Baixa o hospitalitzat, percebrà el cent per cent del seu sou base de cotització mentre duri aquesta situació. Igualment, percebrà el 85% de la seva base de cotització a partir del primer dia d'Incapacitat Temporal, sempre que no sobrepassi el límit d'absentisme, fixat en un 15% del total de la plantilla anualment. També es percebrà el 100 % de la base de cotització en els processos d'incapacitat temporal amb hospitalització superior a 24 hores; s'abonarà durant 90 dies continuats a partir de l'inici de l'hospitalització. Els períodes d'incapacitat temporal no repercutiran en la percepció de les pagues extraordinàries o en el temps proporcional de la permanència a l'empresa. Mantenint l'exclusiva competència de la mútua d'accidents de treball per al reconeixement dels mateixos, en els accidents "in itinere" l'empresa haurà de complimentar la comunicació d'accident a la mútua. quan aquest accident s'hagi produït en el marge de temps d'una hora abans o després del treball " (folio 28).

TERCERO.- La empresa demandada, en fecha 1/06/2017, comunicó al Presidente de Comité de Empresa que las ausencias del personal relativas al año 2016 habían excedido el 15% que prevé como máximo el art. 40 de Convenio colectivo vigente, por lo que la empresa anuncia que a partir de dicha notificación procederá a abonar las incapacidades temporales derivadas de enfermedad común en los términos previstos en la legislación vigente en materia de abono de las prestaciones de IT derivadas de enfermedad común.

Los datos relativos a la obtención del porcentaje de absentismo que se sitúa en el 15,44 % referido a la totalidad de la plantilla durante el año 2016 son los siguientes: - 69.383 días cotizados por la totalidad de la plantilla - 5.066 días deducidos por vacaciones de los trabajadores - 456 días de baja por accidente laboral - 567 días de baja por accidente no laboral - 6.961 días de baja por enfermedad común - 41 días de baja por enfermedad profesional - 578 días de ausencia (folio 27).

CUARTO.- Previo requerimiento, en julio de 2017 la empresa facilitó a la representación de los trabajadores el listado de los días de ausencia de los trabajadores de la empresa en 2016, en el que se computan 537 días de ausencia, de los cuales 193 se corresponden a ausencia injustificada no cotizada del trabajador Paulino . Este trabajador fue despedido por la empresa por carta de 17/02/2016. Incoado procedimiento de despido, concluyó con avenencia en virtud de la cual las partes convinieron la permuta de la sanción de despido por la de suspensión de empleo y sueldo por tiempo de 30 días, que comprendía desde el 17/02/2016 hasta el 17/03/2016. Asimismo, se pactó que el período de tiempo entre el 18/03/2016 y el 25/09/2016 (193 días) se le consideraría como licencia no retribuida (folios 37 a 45).

QUINTO.- El intento de conciliación que tuvo lugar ante el Tribunal Laboral de Catalunya concluyó sin acuerdo (folios 46 a 50).".

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, el Serveis Municipals de Neteja de Girona SA formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia en fecha 23 de abril de 2019, recurso de suplicación nº 416/2019, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación formulado por SERVEIS MUNICIPALS DE NETEJA DE GIRONA S.A. y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Girona, de 20 de septiembre de 2018 , en el procedimiento nº 1072/2017. Sin costas."



**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el Serveis Municipals de Neteja de Girona SA, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en fecha 6 de julio de 2016 (RS 446/2016).

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida Sección Sindical de CC.OO. en la empresa Serveis Municipals de Neteja de Girona SA, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar el recurso improcedente.

**SEXTO.-** Se señaló para la votación y fallo el día 7 de junio de 2022, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** La cuestión que se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar como se calcula el absentismo en la empresa, que conceptos han de tomarse en consideración en el numerador y en el denominador, para determinar si se alcanza el umbral que fija el Convenio Colectivo a partir del cual no se abona el complemento por IT a cargo de la empresa.

**2.-** El Juzgado de lo Social número 1 de Girona dictó sentencia el 20 de septiembre de 2018, autos número 1072/2017, estimando en parte la demanda de CONFLICTO COLECTIVO formulada por el Letrado D. Manel Falgueras Coll, designado por D. José , Delegado Sindical de CCOO en la empresa Servei Municipal de Neteja de Girona SA, contra SERVEI MUNICIPAL DE NETEJA DE GIRONA SA, declarando que el porcentaje de absentismo previsto en el artículo 40, párrafo segundo del Convenio Colectivo de empresa, referido al complemento de IT derivada de enfermedad común, debe calcularse poniendo en relación los días de absentismo con el número de días cotizados (incluidos sábados, domingos y festivos intersemanales) con la única exclusión en el denominador de los días correspondientes a periodos vacacionales. A efectos del citado cálculo se ha de excluir del numerador las siguientes situaciones: Matrimonio/nacimiento de hijo o enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad/. Traslado de domicilio habitual/. /Por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber de carácter público o personal/ Realización de funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente/Las trabajadoras por lactancia de un hijo/Las ausencias ocasionadas por la suspensión de la actividad en caso de riesgo de accidente, cuando así se decreta por la Autoridad Laboral o lo decida el propio empresario, sea o no a instancias de los representantes legales de los trabajadores./ Los permisos de maternidad y paternidad/Los supuestos de suspensión de contratos de trabajo por causas legales establecidas salvo en el supuesto 1º del Artículo 45.1º.c del Estatuto de los Trabajadores con la única excepción, en este último caso, de los primeros 30 días de periodos de IT derivados de contingencias laborales, que también deben ser excluidos.

Tal y como resulta de dicha sentencia, la empresa demandada, en fecha 1/06/2017, comunicó al Presidente de Comité de Empresa que las ausencias del personal relativas al año 2016 habían excedido el 15% que prevé como máximo el art. 40 del Convenio colectivo vigente, por lo que la empresa anuncia que a partir de dicha notificación procederá a abonar las incapacidades temporales derivadas de enfermedad común en los términos previstos en la legislación vigente en materia de abono de las prestaciones de IT derivadas de enfermedad común.

Los datos relativos a la obtención del porcentaje de absentismo que se sitúa en el 15,44 % referido a la totalidad de la plantilla durante el año 2016 son los siguientes:

- 69.383 días cotizados por la totalidad de la plantilla
- 5.066 días deducidos por vacaciones de los trabajadores
- 456 días de baja por accidente laboral
- 567 días de baja por accidente no laboral
- 6.961 días de baja por enfermedad común
- 41 días de baja por enfermedad profesional
- 578 días de ausencia



Previo requerimiento, en julio de 2017 la empresa facilitó a la representación de los trabajadores el listado de los días de ausencia de los trabajadores de la empresa en 2016, en el que se computan 537 días de ausencia, de los cuales 193 se corresponden a ausencia injustificada no cotizada del trabajador Paulino .

Este trabajador fue despedido por la empresa por carta de 17/02/2016. Incoado procedimiento de despido, concluyó con avenencia en virtud de la cual las partes convinieron la permuta de la sanción de despido por la de suspensión de empleo y sueldo por tiempo de 30 días, que comprendía desde el 17/02/2016 hasta el 17/03/2016. Asimismo, se pactó que el período de tiempo entre el 18/03/2016 y el 25/09/2016 (193 días) se le consideraría como licencia no retribuida.

El Convenio Colectivo de la empresa para los años 2015-2018 establece:

Artículo 40. Enfermedad o accidente.

"Cuando el trabajador sufra un accidente, tanto dentro de la jornada de trabajo, como en itinerarios, y deba estar de baja u hospitalizado, percibirá el 100% de su sueldo base de cotización mientras dure esa situación.

Igualmente, percibirá el 85% de su base de cotización a partir del primer día de incapacidad temporal, siempre que no sobrepase el límite de absentismo, fijado en un 15% del total de la plantilla anualmente.

También se percibirá el 100% de la base de cotización en los procesos de incapacidad temporal con hospitalización superior a 24 horas; se abonará durante 90 días continuados a partir del inicio de la hospitalización.

Los períodos de incapacidad temporal no repercutirán en la percepción de las pagas extraordinarias o en el tiempo proporcional de la permanencia de la empresa"

**3.-** Recurrida en suplicación por la Letrada Doña Agatha Mur Minguell, en representación de SERVEI MUNICIPAL DE NETEJA DE GIRONA SA, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó sentencia el 23 de abril de 2019, recurso número 416/2019, desestimando el recurso formulado.

La sentencia razona que el descuento de los días de vacaciones en el denominador no resulta controvertido sin que quepa admitir la pretensión de la empresa de que se incluyan también las ausencias producidas pues, caso de no hacerlo, se estarían computando los días de cotización del titular ausente y los días de cotización del titular suplente, no admitiéndose la pretensión de este descuento que formula la empresa ya que no consta probado que se produzca dicha sustitución por el suplente

Continúa razonando que, teniendo en cuenta que la empresa siempre ha venido incluyendo en el cómputo de las ausencias totales, tanto las situaciones de IT derivadas de contingencia profesional de duración inferior a los 30 días, así como los días por asuntos propios, permisos retribuidos y no retribuidos, sin que en ningún momento se haya introducido variación alguna, no existe base alguna para acordar una modificación de dichos parámetros, al existir un aquietamiento a los mismos por la parte trabajadora, sin que supongan infracción legal alguna, ni ordinaria, ni de carácter constitucional, por lo que debe prosperar la tesis empresarial en dicho sentido.

Por lo que respecta a los días correspondientes al permiso o licencia no retribuida otorgada al trabajador Paulino , la concesión de dicha licencia se enmarca en un acuerdo alcanzado entre empresa y trabajador en el contexto de negociación de una decisión de despido, posteriormente transformada en suspensión de empleo y sueldo, habiendo computado la empresa como ausencia un total de 52 días que en modo alguno pueden engrosar el numerador para el cálculo del índice de absentismo, por lo que el número de ausencias computables, en lugar de los 8.562 postulados por la empresa serían 8.510.

Teniendo en cuenta esos 8510 días en el numerador y los 64.317 días en el denominador, correspondientes a la totalidad de días cotizados, descontando las vacaciones, arroja un índice de absentismo del 13,23%, por lo que concurre el requisito exigido convencionalmente para que los trabajadores puedan percibir el 85% de la base de cotización en los períodos de IT, debiendo ser confirmada la sentencia de instancia y desestimado el recurso formulado.

**4.-** Contra dicha sentencia se interpuso por la Letrada Doña Agatha Mur Minguell, en representación de SERVEI MUNICIPAL DE NETEJA DE GIRONA SA, recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el 6 de julio de 2016, recurso número 446/2016 .

El Letrado D. Manel Falgueras Coll, designado por D. José , Delegado Sindical de CCOO en la empresa Servei Municipal de Neteja de Girona SA, ha impugnado el recurso.



El Ministerio Fiscal informa que el recurso ha de ser declarado improcedente por falta de contradicción y, de entenderse que las sentencias son contradictorias, asimismo propone que se declare la improcedencia del recurso.

**SEGUNDO.-1.-** Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

**2.-** La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el 6 de julio de 2016, recurso número 446/2016, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el Comité de empresa de AUZSA frente a la sentencia de fecha 17 de marzo de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de los de Zaragoza en autos número 491/2015.

Consta en dicha sentencia que para el cálculo del índice de absentismo, se tiene en cuenta por la empresa la jornada laboral de trabajo efectivo establecida por el Convenio Colectivo en su artículo 42 : 1688 horas y 24 minutos anuales, con una jornada diaria de 7 horas y 49 minutos. De ello se desprende que el número de jornadas máximas a realizar por un trabajador es de 216 al año, calculándose por la empresa el absentismo con los días teóricos que un trabajador en condiciones normales hubiera prestado servicios, excluyéndose en consecuencia los días de vacaciones, festivos, descansos, etc...; y que en cómputo anual suponen 149 días que no se computan a efectos del cálculo de absentismo

El Convenio colectivo de la empresa establece:

"Artículo 100: El trabajador en situación de baja por enfermedad cobrará, durante los primeros 3 días, un subsidio consistente en el 90 por 100 de su retribución base más antigüedad. Este subsidio se percibirá, exclusivamente, en las 2 primeras bajas de cada año. Desde el 4.º día al 21, se percibirá la prestación por enfermedad conforme a lo establecido en la legislación vigente. A partir del día veintidós de baja, siempre que el índice de absentismo por enfermedad y accidente acumulado del mes que se trate y de los dos meses anteriores no supere la cifra del 6,28%, la empresa complementará el subsidio de la Seguridad Social hasta el 100% de la base de cotización, con deducción del porcentaje de la base de cotización no abonado por la Seguridad Social de la cuantía de dicha base de cotización correspondiente al plus de asistencia, de acuerdo con la siguiente fórmula: Complemento empresa = (% de la base de cotización no abonado por la Seguridad Social) - (% base de cotización correspondiente al plus de asistencia) Si el índice de absentismo por enfermedad y accidente acumulado del mes que se trate y de los dos meses anteriores supera la cifra del 6,28%, la empresa complementará el subsidio de la Seguridad Social hasta el 100% de la base cotización, con deducción del porcentaje de la base de cotización no abonado por la Seguridad Social de la cuantía de dicha base de cotización correspondiente al plus de asistencia, de acuerdo con la fórmula anteriormente expresada, que se recoge en la siguiente escala: ABSENTISMO (AT+EC) % BASE DE COTIZACIÓN 0,00% al 6,28% 100% 6,29% al 7,00% 90% 7,01% al 7,50% 80% Más del 7,50% 75% En caso de baja por enfermedad, se pagará en la nómina del mes de inicio de dicha baja la prestación de la Seguridad Social, y en la nómina del mes siguiente se abonará, en caso de que corresponda, el complemento empresarial del mes anterior. La misma referencia (índice de absentismo acumulado del mes de que se trate y de los dos meses anteriores) se aplicará sucesivamente cada mes durante todo el proceso de IT. A las bajas existentes en la fecha de la firma del convenio se aplicará aquella misma referencia (índice de absentismo acumulado del mes que se trate y de los dos meses anteriores) a partir del día 1 del mes siguiente al de la firma del convenio".

"Artículo 101: El trabajador en situación de baja por accidente de trabajo percibirá, desde el día siguiente al de la baja, los siguientes complementos: Si el índice de absentismo por accidente acumulado del mes que se trate y de los dos meses anteriores no supera la cifra del 1% la empresa complementará el subsidio de la entidad aseguradora desde el día siguiente al de la baja hasta el día 365, hasta el 100% de la base cotización, con deducción del porcentaje de la base de cotización no abonado por la entidad aseguradora de la cuantía de dicha base de cotización correspondiente al plus de asistencia, de acuerdo con la siguiente fórmula: Complemento empresa = (% de la base de cotización no abonado por la Entidad Aseguradora) - (% base de cotización correspondiente al plus de asistencia) A partir del día 366 de baja, la empresa complementará el subsidio de la Entidad aseguradora en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el punto siguiente. En caso de que el índice de absentismo por accidente acumulado del mes que se trate y de los dos meses anteriores supere la cifra del 1% el trabajador en situación de baja por accidente de trabajo percibirá, desde el día siguiente al de la baja hasta el día 21, la prestación económica correspondiente a cargo de la Entidad Aseguradora. A partir del 22 día de baja, la empresa complementará el subsidio de la Entidad aseguradora en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la situación de baja por enfermedad".

"Artículo 106: En función de la evolución del índice anual acumulado de absentismo por enfermedad y accidente en los años, 2010 2011, 2012, 2013, 2014 la empresa abonará el día 5 de febrero de 2011, 2012, 2013,



2014, 2015 a todos los trabajadores una prima por reducción del absentismo, fijada en un% de la retribución base anual, según la escala siguiente: Absentismo a 31 de diciembre Prima reducción absentismo 5,00% al 4,51% 0,30% Ret. Base 4,50% al 4,01% 0,60% Ret. Base 4,00% al 3,51% 0,90% Ret. Base 3,50% al 3,00% 1,20% Ret. Base Menos del 3,00% 1,50% Ret. Base".

La sentencia consigna que en el conflicto ahora planteado sostiene el Comité que "no es cierto que la empresa no incluya en el cálculo del índice de absentismo, los festivos y vacaciones, lo único que excluye...son los descansos semanales".

Señala luego que el cálculo del índice, conforme a la regulación contenida en los arts. 100 y 101 del Convenio, hay que hacerlo mensualmente y no anualmente, y añade que, aunque la empresa dice que excluye vacaciones, festivos y descansos, por un total de 149 días al año, "es lo que afirma hacer pero que en realidad no cumple".

Sin embargo, la sentencia declara probado que la empresa excluye de la jornada anual la correspondiente a vacaciones, festivos y descansos, por un total de 149 días. Este cálculo de días a excluir es anual, pero la aplicación del índice a efectos del complemento por IT se hace mes a mes, o por los tres últimos meses acumulados, tal como aparece en la prueba documental de la empresa y requieren los citados artículos.

La sentencia concluye que se ha de desestimar este motivo del recurso porque el Comité demandante no ha probado que la empresa calcule el índice de absentismo sin excluir vacaciones o festivos, como sostiene, ni cualquier otro concepto de horas o días en los que no correspondía trabajar.

**3.-** El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" ( sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y R. 2082/2004; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007, 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010.

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales ( sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006; 18 de julio de 2008, R. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008, R. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007; 3 de noviembre de 2008, R. 2637/2007 y 3883/07; 12 de noviembre de 2008, R. 2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009, R. 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, R. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, R. 2094/2011.

**4.-** Entre la sentencia recurrida y la de contraste no concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS.

En efecto, si bien en ambos supuestos se examina la forma en que la empresa computa el absentismo, a efectos de fijar el complemento por IT a cargo de la empresa, cuando el índice de absentismo no supera un determinado porcentaje, los datos de los que parten las sentencias enfrentadas y los debates que se han planteado son diferentes.

En la sentencia recurrida:

-Se parte de que la empresa siempre ha venido incluyendo en el cómputo de las ausencias totales las ausencias por IT derivadas de contingencia profesional de duración inferior a 30 días, los días por asuntos propios, los permisos retribuidos y los no retribuidos.

-Se parte de que la empresa descuenta los días de vacaciones en el denominador, hecho aceptado pacíficamente por la parte demandante.

-Se debate si ha de incluirse en el denominador los días de cotización correspondientes a los supuestos en los que se produce la ausencia de un trabajador, ya que la empresa entiende que, como hay un trabajador sustituto se computan los días del ausente y los del sustituto.



-Se resuelve que los días de licencia retribuida concedidos al trabajador Paulino no han de ser computados en el numerador para calcular el índice de absentismo ya que dimanaban de un acuerdo entre empresa y trabajador en el contexto de la negociación del despido del trabajador.

En la sentencia de contraste:

-No hay dato alguno sobre el criterio que ha venido manteniendo la empresa respecto a los conceptos que descuenta.

-No es un hecho pacífico el que la empresa descuenta los días de vacaciones en el denominador, ya que mientras los demandantes niegan que se produzca ese descuento la empresa afirma que sí lo efectúa. La sentencia concluye que el Comité no ha acreditado que la empresa calcule el índice de absentismo sin excluir vacaciones o festivos ni cualquier otro concepto de horas o días en que no corresponda trabajar.

En esta fase procesal la falta de contradicción conduce a la desestimación del recurso formulado, tal y como se consigna, entre otras, en las sentencias de 4 de noviembre de 2014, recurso 2679/2013; 11 de noviembre de 2014, recurso; 2246/2013-; y 18 de noviembre de 2014, recurso 1858/2013.

**TERCERO.-** Por todo lo razonado procede desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña Agatha Mur Minguell, en representación de SERVEI MUNICIPAL DE NETEJA DE GIRONA SA, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 23 de abril de 2019, recurso número 416/2019, resolviendo el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada Doña Agatha Mur Minguell, en representación de SERVEI MUNICIPAL DE NETEJA DE GIRONA SA, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Girona el 20 de septiembre de 2018, autos número 1072/2017.

En virtud de lo establecido en el artículo 235.2 de la LRJS no procede imponer condena en costas.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña Agatha Mur Minguell, en representación de SERVEI MUNICIPAL DE NETEJA DE GIRONA SA, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 23 de abril de 2019, recurso número 416/2019, resolviendo el recurso de suplicación interpuesto por la citada Letrada frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Girona el 20 de septiembre de 2018, autos número 1072/2017, seguidos a instancia del Letrado D. Manel Falgueras Coll, designado por D. José, Delegado Sindical de CCOO en la empresa Servei Municipal de Neteja de Girona SA, contra SERVEI MUNICIPAL DE NETEJA DE GIRONA SA, sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Se declara la firmeza de la sentencia recurrida.

No procede la imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.