



Roj: **STSJ CAT 9425/2019 - ECLI: ES:TSJCAT:2019:9425**

Id Cendoj: **08019340012019105499**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **15/11/2019**

Nº de Recurso: **4929/2019**

Nº de Resolución: **5512/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ADOLFO MATIAS COLINO REY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG** : 08019 - 34 - 4 - 2019 - 0003990

EL

**Recurso de Suplicación: 4929/2019**

ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ

ILMA. SRA. M. TERESA OLIETE NICOLÁS

ILMO. SR. ADOLFO MATIAS COLINO REY

En Barcelona a 15 de noviembre de 2019

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A** núm. 5512/2019

En el recurso de suplicación interpuesto por COMPAÑIA CERVECERA DAMN, S.L. frente a la Sentencia del Juzgado Social 7 Barcelona de fecha 20 de marzo de 2019 dictada en el procedimiento Demandas nº 977/2017 y siendo recurrido/a MINISTERIO FISCAL, Roman, Miguel, Romulo, Rubén, Samuel, Saturnino, Segismundo, Pascual, Sergio, Simón, Teodosio, Tomás, Raúl, Valentín, Victoriano y Vidal (CONFEDERACIÓ SINDICAL DE LA COMISSIÓ OBRERA NACIONAL DE CATALUNYA (CCOO)), ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Adolfo Matias Colino Rey.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 7 de noviembre de 2017 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Conflicto colectivo, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 20 de marzo de 2019 que contenía el siguiente Fallo:

" **DEBO ESTIMAR Y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE** la demanda presentada por CCOO DE CATALUNYA frente a CERVECERA DAMM SL y Teodosio, como representante de LOS MIEMBROS DE LA COMISIÓN NEGOCIADORA DEL CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA Roman, Tomás, Simón, Pascual, Teodosio, Samuel, Miguel, Segismundo, Saturnino, Romulo, Raúl, Rubén, Sergio, Valentín Y Victoriano y en tal sentido, DEBO



DECLARAR Y DECLARO que para el cómputo del **absentismo** al que se refiere el art. 32 del vigente Convenio Colectivo de empresa CERVECERA DAMM SL únicamente se tendrán en cuenta procesos de incapacidad temporal derivados de enfermedad común o accidente no laboral y ausencias injustificadas."

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

1º.- La parte actora es delegado sindical de CCOO; sindicato que ostenta la representación en la empresa demandada.

2º.- Resulta de aplicación el CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA COMPAÑÍA CERVECERA DAMM SL, en su versión años 2017-2020, cuyo art.

32 advierte:

" *Enfermedad y complemento en IT*

*Todo lo concerniente a los derechos y obligaciones de los trabajadores en caso de enfermedad se regirá por las disposiciones actualmente en vigor, en los términos y límites que dichas disposiciones regulan.*

*La empresa complementará la prestación de IT, derivada de accidente laboral y/o intervención quirúrgica, hasta alcanzar el 100% del salario en todas las bajas de duración superior a 10 días. Las bajas de duración igual o inferior a 10 días se complementarán hasta un máximo de 20 días al año.*

*Los trabajadores a tiempo completo que con anterioridad al convenio de 1995 de SA Damm tenían reconocido el derecho a percibir un complemento con cargo a la empresa sobre las prestaciones reglamentarias, durante la vigencia del presente Convenio y mientras se lleven a cabo los reconocimientos a los que se hace referencia más adelante, se les seguirá complementando las prestaciones de la Seguridad Social, tal como se vino haciendo durante el año 1995, con los importes actualizados.*

*La empresa, a tenor de lo establecido en artículo 20.4 del ET, podrá verificar el estado de enfermedad o accidente que sea alegado por el trabajador para justificar sus faltas de asistencia al trabajo mediante reconocimiento a través del INSS, la mutua o el servicio médico elegido por la empresa para la vigilancia de la salud que considere oportunos y cuantas veces lo estime necesario.*

*La negativa del trabajador a dicho reconocimiento podrá determinar la suspensión de estos derechos económicos, si le fueran de aplicación, además de la pérdida o suspensión del derecho a la prestación de conformidad al artículo 175 de la LGSS.*

*La dirección informará a la representación legal de los trabajadores en los casos en que proceda dicha suspensión.*

*Cuando la baja del trabajador alcance los 12 meses de duración acumulada, se suspenderá el complemento a cargo de la empresa salvo que se acredite el inicio del trámite de la valoración de la incapacidad permanente.*

*A partir de los 3 meses de IT el servicio médico de empresa podrá emitir informe sobre la situación de la misma. En caso de discrepancia con la situación de incapacidad temporal se someterá a dictamen de una entidad médica acordada previamente entre empresa y comité, a fin de valorar la continuidad o suspensión del complemento.*

*En cuanto al disfrute de las vacaciones cuanto éstas se solapen con un procedimiento de IT se estará a lo establecido en cada momento en el artículo 38. 3 del ET.*

*Así mismo se abonará el complemento de IT a todos los que no tuvieran reconocido tal derecho, siempre que el **absentismo** general se reduzca anualmente en un 8% o, alternativamente, no supere el porcentaje del 6%, según el actual sistema de cálculo del **absentismo** (diario y acumulado) de la empresa, pero con exclusión del personal de los grupos I y II que por adscripción voluntaria y aceptación de la empresa, se rigen por estructura salarial individualizada a todos los efectos.*

*Si al término de cada trimestre el acumulado anual no alcanzara la proporción de reducción establecida, se cesará en el pago del complemento hasta que se normalice el acumulado y sin perjuicio de que*

*(de obtenerse el porcentaje previsto al término del año) se regularicen las diferencias positivas. "*

3º.- En el sistema de cálculo aplicado por la mercantil demandada se tuvieron en cuenta como causas de ausencia:

- para el año 2016: **maternidad** y enfermedad, accidente, visita médica, permiso pagado, falta, sanción y huelga, horas sindicales.

- En 2017, enfermedad, accidente, visita médica, permiso pagado, falta, sanción y huelga, **maternidad** y enfermedad, horas sindicales.



4º.- La interpretación que ha efectuado la demandada del artículo 32 del Convenio no es adecuada.

5º.- Se intentó conciliación, que no dio fruto, emplazando la comisión negociadora a que las partes solventaran el problema interpretativo mediante negociación."

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada Cervecera Damm SL, que formalizó dentro de plazo, y que la parte demandante, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Contra la sentencia de instancia, que estimó la demanda interpuesta por la parte demandante, sobre conflicto colectivo, se interpone el presente recurso de suplicación.

La parte demandante presentó demanda para que se declarara que, para el computo del **absentismo** a que se refiere el artículo 32 del Convenio Colectivo de empresa únicamente se tengan en cuenta los procesos de incapacidad temporal derivados de enfermedad común o accidente no laboral y ausencias injustificadas. En la demanda, tras exponer que el conflicto podría afectar a todos los trabajadores del centro de trabajo y de reproducir el contenido de dicho precepto, se indica que la empresa incluye en el sistema de cálculo del **absentismo** las incapacidades temporales por riesgo de embarazo, **maternidad** y los permisos retribuidos reconocidos legalmente en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, así como los procesos de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional. Indica que incluir la **maternidad** y la incapacidad por riesgo de embarazo como **absentismo** vulnera el artículo 14 de la Constitución que veda cualquier tipo de **discriminación**, aludiendo a que el art. 55 del Estatuto de los Trabajadores dispone que deben ser declarados nulos los despidos que se produzcan durante la situación de suspensión del contrato de trabajo por **maternidad**, y efectuando una serie de consideraciones sobre la **discriminación** por razón de sexo, y la cita de determinados preceptos constitucionales y Convenios de la OIT vinculados con la extinción del contrato de trabajo por causa del embarazo o la **maternidad**. Por último, indica que la empresa conculca el artículo 24 de la Constitución Española por incluir a trabajadores en situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, por lo que ambas contingencias deben ser excluidas del computo.

La sentencia de instancia argumenta su razonamiento estimatorio de la demanda, indicando que el precepto no indica qué casos han de computarse como **absentismo**, por lo que es preciso analizar el espíritu y finalidad de la norma para su correcta interpretación. Indica que si lo que pretende la empresa a través de esta cláusula es reducir el **absentismo**, mediante el establecimiento de una mejora voluntaria, con la intención de que los empleados no falten de forma injustificada y ajenas a su voluntad (la de los trabajadores) o aquellas voluntarias enmarcadas en un derecho reconocido como el crédito sindical, pues en caso contrario la mercantil, de forma caprichosa, pervertiría el sistema de cálculo para burlar el contenido del pacto y no pagar aquello a lo que voluntariamente accedió. A partir de la enumeración de las causas que la empresa computa como ausencias (años 2016 y 2017), indica que no yerra la demandante al petitionar que, para el cómputo, únicamente se tengan en cuenta los procesos de incapacidad temporal derivados de enfermedad común o accidente no laboral y ausencias injustificados, que constituyen la interpretación más justa para, en reciprocidad, beneficiar a las dos partes del convenio. Descarta la **discriminación** por razón de género, pues el porcentaje se refiere al **absentismo** en general de toda la empresa, así como la vulneración del principio *non bis in idem*, si bien rechaza que se computen los permisos retribuidos del artículo 37 del ET, por constituir un derecho de los trabajadores que no puede ser coartado mediante la contabilización de los mismos como ausencias. Por último, se argumenta que es indiferente si se abona o no el 100 por 100 de retribución durante las situaciones de **maternidad** o paternidad, ni tampoco resulta trascendente el hecho de que el sistema de cálculo haya permanecido invariable a lo largo de los años, pues el problema son los conceptos introducidos para el cálculo y la interpretación efectuada por la demandada es claramente abusiva y puede denunciarse en cualquier momento que se estime oportuno, con independencia del porcentaje de **absentismo** apreciado en los últimos años.

El recurso tiene por objeto, por un lado, la revisión de los hechos probados de la sentencia recurrida, que se articula al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y, por otro, el examen de las normas sustantivas o jurisprudencia infringidas en la sentencia de instancia, de acuerdo con el apartado c) de dicho precepto.

**SEGUNDO.-** En los primeros motivos del recurso y con correcto amparo procesal, la parte recurrente solicita la revisión de los hechos probados primero, segundo, tercero y cuarto.



En relación con dicha petición, debe indicarse que, conforme a una reiterada jurisprudencia ( STS de 11 de junio de 1993, 15 y 26 de julio y 26 de septiembre de 1995, 2 y 11 de noviembre de 1998, 2 de febrero de 2000, 24 de octubre de 2002 y 12 de mayo de 2003), para que prospere el motivo del recurso dirigido a la revisión fáctica, es necesario: "1º.- Que se citen documentos concretos de los que obren en autos que demuestren de manera directa y evidente la equivocación del juzgador, cuando tales pruebas no resulten contradichas por otros elementos probatorios unidos al proceso. 2º.- En segundo lugar, que se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que ponga de relieve el error denunciado. 3º.- Que la modificación propuesta incida sobre la solución del litigio, esto es, que sea capaz de alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida. 4º.- que se identifiquen de manera concreta los hechos probados cuya revisión se pretende, para modificarlos, suprimirlos o adicionarlos con extremos nuevos, y al mismo tiempo ha de proponerse la redacción definitiva para los hechos modificados" (En el mismo sentido sentencia del Tribunal Supremo de de 24 de junio de 2008). La jurisprudencia viene condicionando el éxito del motivo a la concurrencia de una serie de presupuestos adicionales: 1º) La revisión de hechos no faculta al tribunal a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba documental alegada que demuestre patentemente el error de hecho. 2º) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada ( SSTS 16 de diciembre de 1967, 18 y 27 de marzo de 1968, 8 y 30 de junio de 1978 , 6 de mayo de 1985 y 5 de junio de 1995). 3º) En el supuesto de documento o documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba ( SSTC 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990, de 15 de febrero , con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable ( SSTS 10 de marzo de 1980, 30 de octubre de 1991, 22 de mayo y 16 de diciembre de 1993 y 10 de marzo de 1994). 4º) La revisión fáctica no puede sustentarse en medios de prueba que no sean la prueba documental pública o privada en el sentido ya expuesto.

2.1.- En primer lugar, solicita la parte recurrente la revisión del hecho probado primero. Indica que en el mismo se hace constar la representación de la parte demandante, pero no se hace alusión a un elemento trascendente, como fue el que las partes decidieran someter la cuestión controvertida a la mediación del Tribunal Laboral de Catalunya, quien propuso que negociaran en el convenio el contenido del referido artículo. El texto que propone es el siguiente: "La parte actora es Delegado Sindical de CCOO; sindicato que ostenta la representación en la empresa demandada. El T.L.C., por demanda de CCOO, formuló su propuesta de mediación consistente en que la cuestión "sea tratada y negociada en la mesa de negociación". Tras la negociación del nuevo convenio las partes acordaron mantener el mismo texto, sin modificación alguna". Se remite al contenido de los documentos que cita, que obran a los folios 386, 392, 396 y 397, 400 y 401. El 386 contiene la propuesta mediadora del TLC, de 14 de marzo de 2.017, en el que consta que los miembros que conforman dicha Comisión de Mediación tienen a bien proponer que dicha controversia sea tratada y negociada en la Mesa de Negociación del Convenio, a fin de procurar darle una solución negociada y consensuada. El folio 392 contiene el Acta nº 5 de la Comisión Negociadora del III Convenio Colectivo, de fecha 7 de marzo de 2.017, en el que se alude al análisis del sistema de cálculo del **absentismo** para determinar el complemento de la Incapacidad Temporal. Los folios 396 y 397 contienen el Acta nº 6 de dicha Comisión de 16 de marzo de 2.017, sobre la negociación sobre dicho extremo. Y los folios 400 y 401 contienen el Acta nº 9, de 25 de abril de 2.017, en el que también constan las propuestas de ambas partes sobre dicho extremo. Puede, por tanto, aceptarse lo postulado por la parte recurrente en el sentido de que la cuestión fue tratada y negociada en la Mesa de Negociación y que finalmente se mantuvo el texto del artículo 32.

2.2.- En relación con el texto del artículo 32 del Convenio Colectivo, que se reproduce en el hecho probado segundo, la parte recurrente pretende introducir que desde el año 2003 se ha mantenido el mismo texto del actual art. 32. Se remite la parte recurrente a los documentos que cita, folios 556 y 558, Convenio Colectivo 2003 a 2004, art. 35; folios 553 y 555, Convenio Colectivo de 2005 a 2007, art. 35; folios 550 y 552, Convenio Colectivo 2008 a 2011, art. 35; folios 547 a 549, Convenio Colectivo 2012 a 2014, art. 32; folios 546 y 546, bis, Convenio Colectivo 2015 a 2016, art. 32. Debe también aceptarse la adición que se propone, pues así resulta del contenido de dichos preceptos, de idéntica redacción, en relación al mismo párrafo que es ahora objeto de controversia.

2.3.- En relación al hecho tercero, en el que se expone el sistema de cálculo aplicado por la empresa y las causas de ausencia que se tuvieron en cuenta para computar el **absentismo**, que abarca los años 2016 y 2017, se pretende hacer constar que las causas de ausencias, a los efectos del art. 32, de **maternidad** y enfermedad, accidente, visita médica, permiso pagado, falta, sanción y huelga, retrasos y dtos. varios se vienen computando desde, al menos, el año 2011. La parte recurrente se remite a los documentos que obran a los folios 407, 424,



451, 467, 487, 496, 517, 532. Petición que también debe ser aceptada, pues así resulta del contenido de los documentos a los que se remite la parte recurrente.

2.4.- Por último, la parte recurrente solicita la supresión del hecho probado cuarto por contener una expresión valorativa y predeterminante del fallo. No obstante, la inclusión en el relato de hechos de expresiones valorativas y predeterminantes del fallo constituyen un defecto procesal por sí mismo intrascendente, pues, en tales casos, la doctrina de suplicación viene declarando que tales expresiones deben tenerse por no puestas.

**TERCERO.-** En el primer motivo del recurso dirigido a la censura jurídica, la parte recurrente denuncia la infracción del Acuerdo de Mediación ante el Tribunal Laboral de Catalunya y el vigente Convenio Colectivo de empresa. En este motivo del recurso, lo que la parte recurrente alega es que se alegó la falta de acción, no como excepción procesal, sino en su carácter sustantivo, en el sentido de que la existencia de dicho acuerdo de mediación consistente en que las partes negociaran sus diferencias en la nueva negociación del convenio, como así se materializó, habiéndose acordado por las partes mantener el mismo redactado de los anteriores convenios. No obstante, lo que se plantea en el presente conflicto colectivo es una cuestión referida a la interpretación del artículo controvertido, extremo que se analizara posteriormente.

Directamente vinculado con el anterior motivo, en el segundo del escrito de formalización del recurso, con el mismo amparo procesal, la parte recurrente denuncia la infracción del artículo 153 de la LRJS, por inadecuación de procedimiento, alegando que lo que la parte promotora del conflicto lo que pretende no es una interpretación, sino la sustitución del texto del convenio por otro. También en relación a esta cuestión debe indicarse que el tema controvertido es el de la interpretación del mencionado precepto, no planteándose la invocada inadecuación de procedimiento como una excepción procesal, sino ante una pretensión que excede de dicho ámbito interpretativo para convertirse en una sustitución del texto del convenio por otro, lo que finalmente recoge la sentencia recurrida. En relación a dicho extremo, debe aclararse que el ámbito del procedimiento es el de la interpretación de la norma, pero nuestra función no puede ir más allá, pues, como ha declarado la jurisprudencia (por todas, STS de 20 de enero de 2015, la función de resolver conflictos de intereses no es jurisdiccional, como ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala en supuestos análogos, entre las más recientes, en la STS/IV 13-mayo-2014 (rco109/2013) señalando que "la nota finalista es la que marca la frontera entre el conflicto colectivo jurídico y el de reglamentación, económico o de intereses, y que la distinción entre una y otra figura cobra especial interés porque implica la competencia del orden social para conocer solamente de los primeros. El conflicto colectivo -mantenemos con reiteración- presupone una controversia que puede ser solventada aplicando una norma jurídica, pues lo que se cuestiona es la existencia, el alcance, el contenido o los sujetos de una relación jurídica disciplinada por la ley o por el convenio colectivo, o afectada por decisión o práctica de empresa, en tanto que el conflicto de intereses o económico tiene como finalidad la modificación, bien a través de la supresión, la adición, la reducción o la sustitución por otro del orden jurídico preestablecido, es decir, cambiando de alguna manera las condiciones de trabajo; y, como es lógico, estas últimas controversias no pueden encontrar solución en Derecho, ni el Juez puede suplantar la actividad negociadora de las partes, único procedimiento para pacificar la situación (así, SSTS 19/04/00 -rco 2980/99; 26/05/09 -rco 107/08; 01/06/10 -rco 73/09; 17/06/10 -rco 68/09; y 10/11/10 -rco 140/09)... ". En tal sentido, el conflicto versa, como se alega en la demanda, sobre la interpretación de qué situaciones deben entenderse que computan a los efectos de **absentismo**, pues mientras la empresa computa situaciones como incapacidades temporales por riesgo de embarazo o la **maternidad**, procesos de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional y los permisos retribuidos del artículo 37 del ET, la parte demandante considera que sólo deben computarse los procesos de incapacidad temporal derivados de enfermedad común o accidente no laboral y las ausencias injustificadas.

**CUARTO.-** En el último de los motivos del recurso dirigidos a la censura jurídica, la parte recurrente denuncia la infracción de los artículos 3 y 1281 a 1289 del Código Civil, en relación con el artículo 32 del Convenio Colectivo de empresa y de los artículos 82 y 91 del Estatuto de los Trabajadores. Alega en la argumentación del motivo que las partes han aceptado regirse por el sistema de cálculo del **absentismo** que siempre han aplicado, y nunca ha variado; si se hubiera producido un cambio o alteración de sus causas, el demandante habría interesado la subsanación, pero eso no ha acontecido, sino que simplemente solicita que se computen dos de ellas. Indica que no se está discutiendo qué debe entenderse por **absentismo**, sino que las partes se han limitado en el convenio cuáles son las causas que siempre se han computado y que nunca han cambiado.

La parte recurrida alega que no es cierto que las partes hayan aceptado regirse por el sistema de cálculo del **absentismo** que siempre han aplicado, pues la representación de los trabajadores han discrepado desde su inicio qué conceptos deben incluirse en el cómputo del **absentismo** del artículo 32 del Convenio Colectivo, por lo que se acude a la jurisdicción para que interprete si el proceder de la empresa es o no ajustado a derecho.

Para la interpretación de este artículo del Convenio Colectivo, que constituye el objeto del presente procedimiento, ha de atenderse, efectivamente, como afirma la parte recurrida en su escrito de impugnación,



a la jurisprudencia que reconoce el carácter ambivalente del convenio colectivo, como contrato por su forma de elaboración, y como norma por su eficacia jurídica. En consecuencia, se admite la aplicación simultánea de las reglas de interpretación de las normas y de los contratos. Y, como ha declarado la jurisprudencia, cuando se trata de interpretar las normas jurídicas ha de atenderse a las reglas interpretativas establecidas al efecto ( art. 3.1 del Código Civil ), pero debe tenerse en cuenta en todo caso que las reglas básicas de interpretación literal y sistemática son similares para la Ley y para el contrato - arts. 3.1 del Código Civil y 1281 y 1285 de dicho Texto legal - y ambas son aplicables a los Convenios Colectivos, y, en lo que proceda, a los Acuerdos suscritos entre la representación de la empresa y la de los trabajadores. Como declara la STS de 29 de junio de 1999, con remisión a la de 20 de mayo de 1997, "es doctrina reiterada que la interpretación de los convenios colectivos, dada su integración en el sistema formal de fuentes y su condición de acuerdo, ha de llevarse a cabo mediante la combinación de los criterios de interpretación tanto de las normas legales, especificados principalmente en los artículos 3 y 4 CC, como de los contratos, contenidos en los arts. 1281 y siguientes CC. El punto de partida de la actividad hermenéutica habrá de ser en este caso, por consiguiente, la letra del Convenio a interpretar ya que los arts. 3.1 y 1281.1 CC ordenan estar al sentido gramatical cuando los términos de un contrato o convenio sean claros y no dejen duda sobre la intención de las partes." La finalidad del art. 1281 del Código Civil, ha declarado la jurisprudencia (por todas, STS de 22 de febrero y 22 de junio de 1.984 y 1 de abril de 1.987), radica en evitar que se tergiverse lo que aparece claro o que se admita, sin aclarar, lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto, las palabras empleadas y, en el segundo, la intención evidente de los contratantes, debiendo atenderse el intérprete al sentido literal de lo manifestado, siempre que el texto se ofrezca con la claridad que la norma exige, de manera que las reglas de interpretación establecidas en el Código Civil tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación, y, en tal sentido, si la interpretación literal y sistemática no es suficiente y hay necesidad de remontarse a la indagación de lo querido por las partes contratantes se ha de buscar cuál es la voluntad real, concordada o común (S.S. Tribunal Supremo de 22 de Marzo de 1.988), para lo cual deben tenerse en cuenta los antecedentes y los actos coetáneos y posteriores al contrato ( arts. 3.1 y 1282 del Código Civil), o los antecedentes históricos y legislativos en el caso de las normas, adquiriendo un gran relieve el uso o costumbre del país ( art. 1287 C.C.) y sin olvidar en ningún caso que se ha de estar al espíritu y finalidad de lo pactado o de la norma de que se trate, atendida la realidad social del tiempo en que debe aplicarse ( art. 3.1 del Código Civil), en el bien entendido, claro está, que unos medios interpretativos no excluyen los otros, debiendo usarse en su caso de todos ellos, en los términos expuestos, para alcanzar la solución correcta.

En el presente caso, se trata de interpretar el artículo 32 del Convenio Colectivo de empresa, en el apartado referido al complemento de incapacidad temporal, vinculado con el **absentismo** general, en el que se contiene la expresión que el mismo se calculará "... según el actual sistema de cálculo del **absentismo** (diario y acumulado) la empresa...", con referencia al Convenio Colectivo para los años 2017-2020. Es cierto, como se afirma en la sentencia de instancia, que dicho precepto, que regula una mejora voluntaria de seguridad social, no indica "qué casos han de computarse como **absentismo**; en ningún momento se señala que, dentro de esas ausencias, habrán de ser contabilizadas aquellas de carácter involuntario". Ahora bien, siendo ello así, también deben tenerse en cuenta una serie de circunstancias que son necesarias para determinar cuál fue la voluntad de las partes al incluir dicha redacción en el vigente texto del Convenio Colectivo: 1) Por un lado, que los promotores del conflicto, antes de firmar el vigente convenio, habían instado ante la Comisión de Mediación del Tribunal Laboral de Catalunya una propuesta de mediación, y ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo definitivo en dicho acto, puesto que no es posible acercar de forma suficiente las respectivas posturas mantenidas entre las partes, dicha Comisión propuso que la controversia existente entre las partes en la fórmula de computar el **absentismo**, fuera tratada y negociada en la Mesa de Negociación del Convenio, a fin de procurar darle una solución negociada y consensuada. 2) La Comisión Negociadora del Convenio trató dicho tema en varias reuniones, en relación al complemento de incapacidad temporal y la regulación del artículo 32, último párrafo, no alcanzándose ningún acuerdo, en lo que respecta al acercamiento de los planteamientos de las partes, como se ha expresado en la aceptación del motivo del recurso dirigido a la revisión fáctica. 3) Tras dichas reuniones se acordó la redacción que consta en el mismo, con la firma del convenio, en el mes de junio de 2.017, siendo esta redacción de idéntico contenido al que figura en los anteriores convenios, como también consta en el relato de hechos, en los términos aceptados anteriormente; esta cláusula, con la vigente redacción, se viene manteniendo en idénticos términos desde el convenio 2003 a 2004 hasta la redacción actual.

Siendo la misma redacción del precepto que regula dicha mejora en los sucesivos convenios colectivos, también consta probado que, para determinar las ausencias, la empresa ha venido computando distintas bajas y situaciones, que han sido las mismas a lo largo de los años anteriores. Así consta que, al menos desde el año 2.011, las causas que se computan para calcular el **absentismo** son las mismas, con la que la primera conclusión que puede extraerse es que, en el momento en el que se firmó el vigente Convenio Colectivo, las partes eran conocedoras de cuáles eran las causas que la empresa venía computando para determinar el índice de **absentismo** y, en consecuencia, el porcentaje por debajo del cual se reconocía el derecho a percibir



el complemento de incapacidad temporal. Es significativo que, pese a dicha práctica empresarial que se viene sucediendo a lo largo del período indicado, las partes acuerden, en relación con la regulación de la mejora, que el cómputo se efectuaría según el actual sistema de cálculo del **absentismo** de la empresa. Y este fue el acuerdo entre las partes al firmar el convenio, es decir, mantener el mismo sistema de cálculo que se venía realizando con anterioridad, siendo ésta la voluntad de las partes concretada en la firma del convenio, con independencia de las posiciones contrarias que pudieran tener cada una de ellas durante la fase de negociación.

Es cierto, como se afirma en la resolución de instancia, que si establecimiento de la mejora pretende gratificar las faltas de asistencia al trabajo y, en concreto, que los trabajadores no falten de forma injustificada al trabajo, lo lógico sería excluir del cómputo aquellas ausencias justificadas y ajenas a la voluntad de los trabajadores, pues podría alterarse el sistema de cálculo a voluntad de la empresa. Pero no fue éste el acuerdo, sino el mantener el cómputo anterior, como así se constata de los antecedentes expuestos, previos a la firma del convenio. Y, en este contexto, si las partes hubieran querido modificar o regular de distinta manera el régimen o las condiciones de la mejora, en las condiciones que venían siendo aplicadas, así lo hubiesen plasmado en la redacción del texto del convenio. Ha de indicarse que, a lo largo de los años indicados, el cómputo no ha variado, manteniéndose desde un principio las mismas causas, de tal manera que no puede aludirse a una práctica de la empresa que hubiese podido alterar el sistema de cómputo, o las situaciones que deben ser computadas para determinar el índice de **absentismo**.

Llegados a este punto, ha de indicarse que la parte demandante exponía en su argumentación que incluir la **maternidad** y la incapacidad por riesgo de embarazo como **absentismo** vulneraba el artículo 14 de la Constitución y efectuando una serie de argumentaciones sobre la **discriminación** por razón de sexo, y aludiendo a la lactancia, permiso de paternidad. Pero esta cuestión referida a la **discriminación** por razón de género, al computarse determinadas situaciones en el cálculo del índice de **absentismo**, aparece rechazada en la sentencia de instancia, que no aprecia dicha causa como justificativo de que no se computen determinadas circunstancias por ser discriminatorias. Tampoco aprecia la resolución recurrida la vulneración del principio *non bis in idem*, en relación al cómputo de la inclusión de los días de suspensión de empleo y sueldo por sanciones disciplinarias. Y tales extremos no son combatidos en vía de recurso. Rechazada la alegación vinculada a una situación de **discriminación** por razón de género, en los términos ya resueltos en la sentencia de instancia, y debiendo rechazarse la exclusión de otras causas como las de la incapacidad temporal, por contingencias profesionales, sobre las que la parte promotora del conflicto invoca el art. 24 de la Constitución, sin ninguna otra matización, tampoco puede establecerse ninguna conexión con las causas de extinción del contrato de trabajo. En este caso, nos encontramos con la regulación de una mejora voluntaria de seguridad social, consistente en el complemento de la situación de incapacidad temporal, a un colectivo de trabajadores, para cuya regulación ha de estarse a lo previsto en la norma colectiva, fruto de la voluntad de las partes. Y, aunque es cierto que el Convenio Colectivo no regula de forma expresa cómo debe calcularse el índice de **absentismo**, la voluntad de las partes al suscribir el convenio colectivo vigente fue la de que el mismo viniera determinado por el actual sistema de cálculo del **absentismo** (diario y acumulado) de la empresa, de tal manera que las partes eran conocedoras de cómo se efectuaba dicho cálculo y cuáles eran las situaciones que se computaban para determinarlo.

Por lo expuesto, procede la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia, con la consiguiente desestimación de la demanda, pues aceptar la tesis que mantiene la parte promotora del conflicto de que en el cálculo del **absentismo** sólo pueden incluirse las situaciones de incapacidad temporal, por contingencias comunes, y las bajas no justificadas, teniendo en cuenta las circunstancias expuestas, implicaría que se alterara el contenido del mencionado acuerdo, en los términos en que quedó redactado, y sin tener en cuenta el contexto y las circunstancias en el que el mismo quedó regulada la mejora.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por COMPAÑÍA CERVECERA DAMM, S.L., contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de los de Barcelona de fecha 20 de marzo de 2019, dictada en los autos nº 977/2017, revocamos dicha resolución y, en consecuencia, desestimando la demanda interpuesta contra la parte recurrente por Don Vidal, Secretario General de la Sección Sindical de la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE LA COMISSIÓ OBRERA NACIONAL DE CATALUNYA, habiendo intervenido el Ministerio Fiscal y los integrantes de la COMISIÓN NEGOCIADORA DEL CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA (Don Roman, Don Tomás, Don Simón, Don Pascual, Don Teodosio, Don Samuel, Don Miguel, Don Segismundo, Don Saturnino, Don Romulo, Don Raúl, Don Rubén, Don Sergio, Don Valentín y Don Victoriano), sobre conflicto



colectivo, absolvemos a los demandados de las pretensiones en su contra formuladas. Sin costas. Se acuerda la devolución a la parte recurrente del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

**Publicación.-** La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.