

Roj: **STS 46/2021** - ECLI: **ES:TS:2021:46**Id Cendoj: **28079140012021100023**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/01/2021**Nº de Recurso: **3962/2018**Nº de Resolución: **41/2021**Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3962/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín

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

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Social****Sentencia núm. 41/2021**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 14 de enero de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por D^a Felicidad , representada y asistida por el letrado D. Anastasio Hernández de la Fuente contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sección 6^a, de 12 de marzo de 2018, recaída en su recurso de suplicación núm. 1227/2017, que estimó el recurso de suplicación interpuesto por Clece, S.A, contra la sentencia del juzgado de lo social núm. 37 de los de Madrid, en sus autos 608/2015, que resolvió la demanda sobre reclamación en materias laborales individuales, interpuesta por D^a Felicidad contra Clece, S.A.

No se ha personado como parte recurrida Clece, S.A. habiendo sido emplazada en legal forma.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1. Presentada demanda en reclamación sobre materias laborales individuales por D^a. Felicidad , fue turnada al Juzgado de lo Social nº 37 de Madrid, quien dictó sentencia el 25 de enero de 2017, en sus autos nº 608/2015, en cuyos HECHOS PROBADOS consta lo siguiente:

"PRIMERO. - D^a Felicidad , con DNI NUM000 , viene prestando servicios para la empresa Clece, S.A. con antigüedad reconocida de 1 de diciembre de 1978, con la categoría profesional de limpiadora, estando adscrita a la contrata de limpieza del Hospital Clínico de San Carlos percibiendo un salario de 2.277,75 euros mensuales, incluida prorrata de pagas extraordinarias.



SEGUNDO. - A un familiar de primer grado de la demandante le fue practicada intervención quirúrgica sin hospitalización el **día** 9 de abril de 2015.

TERCERO. - A la demandante se le concedieron como **días** de **permiso retribuido** los **días** 9 y 10. Los **días** 11 y 12 de abril de 2014 los tenía la actora programados en el calendario laboral como **días** de descanso semanal.

CUARTO. - El **día** 7/6/2014 la actora presentó escrito a la empresa en el que le solicitaba el disfrute de dos **días** correspondientes al 11 y 12 de abril al haber coincidido sus **días** de **permiso retribuido** con **días** de descanso semanal.

QUINTO. - La empresa denegó la solicitud alegando que no procedía compensación por los **días** 11 y 12 de abril, por quedar fuera de lo regulado en el Convenio Colectivo que le es de aplicación y por el Estatuto de los Trabajadores

SEXTO. - En este mismo Juzgado, las trabajadoras D^a Jacinta , D^a Josefina , D^a Julieta y D^a Leocadia han presentado demanda con idéntica pretensión a la de la actora.

Igualmente se siguen 4 procedimientos sobre la misma pretensión formulada por otras tantas trabajadoras en el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid (autos 589/2016, 563/2016, 616/2016 y 562/2016).

En el juzgado de lo Social nº 30 se siguen 5 procedimientos sobre la misma pretensión formulada por 7 trabajadoras (autos 330/2016, 331/2016, 336/2016, 235/2016 y 244/2016).

En el juzgado de lo Social nº 12 se siguen 2 procedimientos sobre la misma pretensión formulada por 7 trabajadoras (autos 93/2016 y 94/2016).

En el juzgado de lo Social nº 33 se han seguido los procedimientos 351/2015 y 433/2015 habiéndose dictado sentencia el 9/6/2015 y el 23/6/2015.

En el juzgado de lo Social nº 36 se ha seguido el procedimiento 449/2016 habiéndose dictado sentencia el 23/6/2016.

En el juzgado de lo Social nº 2 se ha seguido el procedimiento 248/2015 habiéndose dictado sentencia el 20/6/2016.

SÉPTIMO. - La relación laboral se rige por el Convenio Colectivo de empresa que ambas aportan, de 11/5/2001 publicado en el BOCAM de 25/8/2011.

OCTAVO. - La trabajadora presentó papeleta de conciliación el 28/4/2015 siendo celebrado el acto el 20/5/2015 con el resultado de sin avenencia".

2. En la parte dispositiva de dicha sentencia se dice lo siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por D^a Felicidad frente a la empresa Clece, S.A. declaro el derecho de la trabajadora a que la empresa le reconozca el disfrute de dos **días** libres en compensación de los **días** 11 y 12 de abril de 2014 y condeno a la demandada a estar y pasar por dicha declaración".

SEGUNDO. - La empresa Clece S.A., representada y asistida por la Letrada D^a Cristina García Ares, interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, quien dictó sentencia el 12 de marzo de 2018, en su recurso de suplicación nº 1227/2017, en cuya parte dispositiva se dijo lo siguiente: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Clece, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 37 de fecha 25 de enero de 2017, en virtud de demanda formulada por D^a Felicidad contra dicho recurrente en reclamación de materias laborales individuales. En consecuencia, revocamos la sentencia de instancia, y desestimamos la demanda. Sin costas".

TERCERO. - 1. D^a. Felicidad interpone recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia recurrida. Aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 25 de octubre de 2016 (rec. 777/2016).

2º. Por diligencia de ordenación de 5 de abril de 2019, una vez constatado que la parte recurrida no se ha personado, pese a haber sido emplazada en legal forma, se da traslado al Ministerio Fiscal para que emita informe.

CUARTO. - El Ministerio Fiscal en su informe interesa la nulidad de la sentencia dictada en el recurso de suplicación y la confirmación de la resolución del juzgado de lo Social.

QUINTO. - El 3 de diciembre de 2020 se dicta providencia, mediante la cual se designa nuevo ponente por necesidades del servicio al Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín. Se señaló como fecha de votación y fallo el 13 de enero de 2021, fecha en la que tuvo lugar.



SEXTO. - El 10 de diciembre de 2020, advertida la alegación de incompetencia funcional, alegada por el Ministerio Fiscal, se dictó providencia, mediante la que se concedió a las partes un plazo de cinco **días** para que alegaran lo que estimen conveniente a su derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. Procede, con carácter previo, resolver sobre la competencia funcional de la Sala, al tratarse de cuestión de orden público, toda vez que el Ministerio Fiscal solicita en su informe que lo declaremos así, puesto que la cuantía litigiosa no supera en cómputo anual la cantidad de 3.000 euros, exigida por el **art. 191.3.b LRJS**, sin que conste acreditado que la cuestión planteada afecte a un gran número de trabajadores, por lo que solicita la nulidad de la sentencia recurrida y la confirmación de la sentencia de instancia.

2. La señora Felicidad defendió la competencia funcional de la Sala, por cuanto el litigio afecta a un gran número de trabajadores.

SEGUNDO. 1. Procede resolver prioritariamente sobre la competencia funcional de la Sala, porque en nuestras SSTs de fecha 17.07.2018 (rcud 904/2018 y 1176/2017), y otras posteriores, hemos venido recordando la argumentación de la del Pleno, de 11 de mayo de 2018 (rcud. 1800/2016), en el pasaje que refería: "antes de llevar a cabo cualquier pronunciamiento sobre la contradicción o sobre el fondo del asunto, habremos de resolver el problema puesto de relieve por el Ministerio Fiscal en su informe, relativo a la recurribilidad de la sentencia dictada por el Juzgado de instancia, a efectos de comprobar la propia competencia objetiva de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en función de la que resulte de la admisibilidad del recurso de suplicación, ámbito de análisis en el que hemos dicho de manera reiterada que no es precisa la contradicción entre las sentencias comparadas en los términos tradicionales exigidos por el artículo 219 LRJS". Por lo demás, es evidente, como afirmamos en nuestra STS 380/2016 (rcud. 3494/2014), de 5 de mayo, que la formalización del recurso de casación unificadora ha de realizarse cumpliendo los presupuestos del referido artículo 219 LRJS respecto de la aportación de sentencia o sentencias contradictorias con la recurrida, porque "... el examen de nuestra propia competencia podemos llevarlo a cabo antes de comprobar si concurre tal requisito. La cuestión de acceso a la suplicación por razón de la cuantía o de la materia, puede ser examinada de oficio por la Sala, aunque no concurra la contradicción, puesto que afecta al orden público procesal y a su propia competencia funcional, sin que el Tribunal quede vinculado por la decisión que se haya adoptado en trámite de suplicación (entre otras muchas, SSTs de 19-01-2007, rcud. 4439/05 -; 06-03-2007, rcud. 1395/05 -; y 30-01-2007, rcud. 4980/05 -). Como queda expuesto, ello es así porque tal cuestión no afecta sólo a ese recurso, el de suplicación, sino que se proyecta sobre la competencia del propio Tribunal Supremo, habida cuenta de que el recurso de casación para la unificación de doctrina procede contra las sentencias dictadas en suplicación, lo que supone que la recurribilidad en casación se condiciona a que la sentencia de instancia fuera -a su vez- recurrible en suplicación, y por ello el control de la competencia funcional de la Sala supone el previo control sobre la procedencia o improcedencia de la suplicación (entre otras, SSTs de 19-07-94 -rcud 2508/93 -; 27-06-00 -rcud 798/99 -; 26-10-04 -rcud 2513/03-)".

2. La sentencia, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 37 de Madrid de 25 de enero de 2017, recaída en sus autos 608/2015, no concedió recurso de suplicación contra la misma en su fundamento de derecho tercero, porque la cuantía reclamada es inferior a los 3000 euros en cómputo anual y no se acreditó que la cuestión debatida afectara a un gran número de trabajadores.

3. La Sala de lo Social del TSJ Madrid dictó auto el 26-06-2017, en el que estimó el recurso de queja, interpuesto por CLECE, SA contra el Auto del Juzgado de instancia de 17-02-2017 y ordenó que se continuara tramitando el recurso de suplicación.

TERCERO. - 1. El **art. 191.2.g LRJS** dispone que no procederá la interposición del recurso de suplicación en reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 3.000 euros. El **art. 191.3.b LRJS** prevé que procederá la interposición del recurso de suplicación en reclamaciones, acumuladas o no, cuando la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social, siempre que tal circunstancia de afectación general fuera notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes.

2. Siendo patente que la reclamación de la demandante no supera los 3000 euros en cómputo anual, debemos despejar, a continuación, si la cuestión debatida afecta a todos o a un gran número de trabajadores en los términos exigidos por la norma reproducida anteriormente, lo cual comporta: a) que esa afectación general "fuera notoria"; **b)** que la misma haya sido objeto de la correspondiente alegación y prueba; y c) que el "contenido de generalidad" de la controversia no haya sido puesto en duda por ninguna de las partes..



3. La doctrina de la Sala, respecto de la afectación general, reiterada en multitud de ocasiones como en las SSTs de 31 de enero de 2017, Rcd. 2147/2015; de 7 de junio de 2017, Rcd. 3039/2015; de 26 de mayo de 2015, Rcd. 2915/2014 de 1 de julio de 2015, Rcd. 2547/2014, de 3 de diciembre de 2019, Rcd. 2644/17 y 20 de octubre de 2020, Rcd. 2554/17, es la siguiente:

a).- La noción de afectación general o múltiple implica, en primer lugar, una relación cuantitativa, en la que el término final de comparación tiene que ser el número de trabajadores o beneficiarios potencialmente comprendidos en el ámbito de un posible conflicto, por estar también incluidos en el ámbito de aplicación de la norma, y en la que el término real de referencia es el número de aquéllos que efectivamente se encuentran en una situación litigiosa susceptible de merecer una solución unitaria. Esto determina que, en principio, la afectación de este tipo se produzca en los pleitos en los que el litigio afecta a la interpretación de la norma - supuesto de hecho y consecuencia jurídica, como primera premisa del razonamiento jurídico- y no en los litigios que se limitan a un debate sobre hechos individualizados del caso en el plano de la subsunción.

b). - La doctrina de la Sala ha precisado también que no puede confundirse la afectación general con el campo de aplicación de la norma aplicada. En este sentido se ha señalado que en principio, toda cuestión que versa sobre la interpretación de la ley es susceptible de afectación general, no siendo ello más que una consecuencia de la que toda norma jurídica tiene una multiplicidad indefinida de supuestos de hecho, pero el que esté abierta a la afectación general y, por ello, pueda decirse que lo es potencialmente, no implica que lo sea de hecho, para esto se requiere que realmente todos o un gran número de trabajadores o beneficiarios estén de hecho afectados por la cuestión debatida en el litigio. Se exige, por tanto, la existencia de una situación real de litigio sobre la cuestión debatida por parte de todos o un gran número de los trabajadores o beneficiarios comprendidos en el campo de aplicación de la norma, es decir, que es necesario que la interpretación se perciba como controvertida por un grupo significativo de personas y de ahí que la afectación general no puede confundirse con la circunstancia de que la norma sea susceptible de una aplicación en masa, pues en ese caso todos los conflictos de Seguridad Social o, en general, los relativos a prestaciones públicas, como lo es la que aquí se debate, tendrían, sin más, abierto el recurso extraordinario siempre que se cuestionara la interpretación de una norma.

c). - Se trata, por tanto, de un hecho -el nivel de litigiosidad real existente sobre la cuestión discutida en el proceso- que como tal debe estar acreditado.

d). - La prueba de la afectación general puede realizarse a través de cualquiera de los medios admitidos en Derecho. La mayor dificultad proviene de la afectación como hecho notorio. Con respecto a este punto la STC 59/1986 advierte sobre los inconvenientes que se derivan de que el juez pueda aportar ex officio o tener en cuenta un hecho de conocimiento notorio en cuanto ello puede afectar a los principios de imparcialidad y de contradicción procesal sustituyendo la actividad de parte y constituyéndose indebidamente en su asesor jurídico. Por ello, en la medida en que la notoriedad de la afectación general es relevante en orden a la recurribilidad de la sentencia de instancia, debe ser alegada por la parte como garantía de la seriedad de las posiciones de las partes en orden al recurso (STC 164/1992), evitando de esta forma las conductas estratégicas que en ocasiones se producen variando la posición sobre la recurribilidad en función del resultado de las correspondientes decisiones judiciales. Por otra parte, no puede confundirse la notoriedad, que es siempre conocimiento general por la experiencia común, con el conocimiento privado u oficial que el órgano judicial pueda tener de la tramitación de litigios sobre una determinada cuestión. Este sería además un dato fundado en un conocimiento extraprocesal no sometido a contradicción y, desde luego, no bastaría para apreciar la afectación general la constancia de la existencia de varios procesos sobre la misma materia, sino que sería necesario que se tratase de un número significativo en orden al ámbito de referencia, aparte de que tampoco cabría aquí aplicar lo que la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/1986 denomina prueba retroactiva, pues la notoriedad ha de darse en el marco del conocimiento general existente en el momento en que se dictó la sentencia de instancia, cuya recurribilidad se discute, y no en un momento posterior.

e). - En resumen, el recurso de suplicación es un recurso debe ser considerado como excepcional y en este caso similar al recurso de casación para la unificación de doctrina, pues como éste se sirve del interés de las partes para lograr un objetivo que trasciende dicho interés. Y así los litigantes tienen la carga de acreditar que el litigio entraña la necesidad del recurso; necesidad que se constituye en presupuesto de recurribilidad que la ley concreta en que la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social. Esta afectación general es efectiva y real no meramente posible o hipotética, es decir, es un hecho y como tal corresponde a la parte alegarlo, y, en principio, como hecho para que tenga fuerza jurídica ha de ser probado, ser notorio o estar las partes conformes en él. Pero como el recurso es materia de orden público, no basta que las partes estén conformes, sino que es necesario que en el propio litigio y por lo que consta en los autos la afectación general sea evidente por sí misma, lo que debe controlar el órgano judicial competente. La alegación y prueba del presupuesto de recurribilidad, es decir de la afectación general, ha de



realizarse en la instancia y sólo cabe volver sobre ella por los Tribunales Superiores en los términos y con las competencias que sobre los hechos con trascendencia jurídica tienen la casación y suplicación.

4.- En este sentido nuestra doctrina, recopilada en la reciente STS de 10 de enero de 2017, Rcd. 3747/2015) viene sosteniendo lo siguiente: "Este supuesto excepcional de interposición del recurso de suplicación responde a un interés abstracto: la defensa del 'ius constitutionis' y la garantía de la uniformidad de la doctrina legal en todo el territorio nacional como principal expresión del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la Ley".

No puede confundirse con la posible proyección general de un litigio sobre la interpretación de una norma, sino que requiere que "esa proyección se traduzca en un nivel de litigiosidad relevante y actual sobre el problema que se debate", de manera que, "No cabe confundir el número de destinatarios potenciales de la norma aplicable con el nivel de litigiosidad sobre la misma, que es el que ha de tenerse en cuenta a efectos de la afectación general".

La conclusión expuesta en el párrafo inmediato anterior no supone, en modo alguno, que se equipare la afectación general a todo supuesto de interpretación de una norma de carácter general; decir que la afectación general exige una situación de conflicto generalizado no significa que la misma se confunda con el ámbito personal de las normas jurídicas. No se trata de tomar en consideración el alcance o trascendencia de la interpretación de una disposición legal, sino de averiguar si la concreta cuestión debatida afecta a todos o a un gran número de trabajadores (como explicó la sentencia del Tribunal Constitucional 108/1992, de 14 de Septiembre); es decir si el conflicto de que se trate, surgido a consecuencia de la negativa o desconocimiento de un derecho o derechos determinados y específicos, alcanza a un gran número de trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social.

Por las razones expuestas, hemos descartado en STS 17 de julio de 2020, rcud. 3420/17, que concurriera afectación general, cuando no consta probado el número de afectados por el litigio. - Del mismo modo, hemos admitido nuestra incompetencia funcional, cuando queda acreditado que en casación se han planteado únicamente tres recursos sobre la misma pretensión (STS 22 de mayo 2020, rcud. 3788/17, o cuando se acreditó solamente que el número de afectados ascendía a tres (STS 17 de julio de 2020, rcud. 3419/17).

5. La cuestión suscitada se centra en decidir si los **días de permiso** o licencia retribuida, referido en el **art. 22**, E del convenio colectivo de aplicación a CLECE, han de ser necesariamente **días** laborables, sin que quepa su neutralización, porque hubiera **días** de descanso durante los **días de permiso**, previstos en el convenio desde el hecho causante.

La resolución de la cuestión, suscitada por el Ministerio Fiscal, requiere señalar algunos extremos que han quedado perfectamente acreditados:

- a. La empresa CLECE, SA planteó en el acto del juicio, que dicha cuestión afectaba a un gran número de trabajadores.
- b.** Acreditó, a estos efectos, que, en aquel momento, se había reclamado la misma pretensión por otros 19 trabajadores, además de la reclamada por la propia demandante.
- c. La empresa, en todos esos supuestos, compensó los **días de permiso retribuido**, pactados en el convenio, cuando algunos de ellos coincidían con el período de **permiso**.
- d. La recurrente admite, así mismo, que el litigio afecta a un gran número de trabajadores.

6. La Sala considera que concurre aquí el requisito de afectación general, exigido por el **art. 191.3. b** LRJS, toda vez que el conflicto exige resolver sobre cuál es la interpretación correcta de la regulación de los **permisos** retribuidos, contenida en el **art. 22** del convenio de la empresa demandada, quien alegó y probó en el acto del juicio que, al menos 20 trabajadores habían reclamado hasta entonces la misma pretensión, habiéndose dictado en aquel momento hasta cuatro sentencias, lo cual comporta que estemos ante un supuesto de afectación general, toda vez que la respuesta de la empresa a la reclamación de estos trabajadores ha sido siempre la misma, negando los **días de permiso** que coincidieran con **días** de descanso previamente devengados por los trabajadores, ya que dicha práctica empresarial acredita por sí misma que se trata de una política general de Clece, mantenida en el tiempo, en relación con los **permisos** retribuidos y que ha afectado ya a un número relevante de trabajadores. Por lo demás, la recurrente admite del mismo modo que el litigio afecta a un gran número de trabajadores.

Consiguientemente, oído el Ministerio Fiscal, vamos a mantener, al igual que lo hizo la Sala de lo Social del TSJ Madrid en su Auto de 26-06-2017, la competencia funcional de dicha Sala, así como la nuestra.



CUARTO. - 1. La cuestión suscitada, como dijimos más arriba, se centra en decidir si los **días** de **permiso** o licencia retribuida, referidos en el **art. 22**, E del convenio colectivo de aplicación a CLECE, han de ser necesariamente **días** laborables o pueden ser compensados cuando coinciden con el descanso semanal durante los **días** de **permiso** reclamados desde el hecho causante.

2. La trabajadora viene prestando servicios como limpiadora para dicha empresa, adscrita a la contrata de limpieza del Hospital Clínico San Carlos, y el **día** 09/04/2015 le fue practicada a un familiar suyo de primer grado una intervención quirúrgica sin hospitalización, por lo que solicitó **permiso retribuido** para los **días** 9, 10, 11 y 12 de abril de 2015, con arreglo a lo previsto en el citado convenio colectivo. Pero la empresa le concedió solamente los **días** 9 y 10, porque los **días** 11 y 12 (sábado y domingo) la trabajadora libraba. La actora sostiene que tiene derecho a los cuatro **días** de **permiso retribuido** y pide que se le reconozca el disfrute de dos **días** libres en compensación por los **días** 11 y 12 de abril.

La sentencia de instancia estimó la demanda por considerar que el precepto convencional hace referencia a **días** de trabajo, en consonancia con lo establecido en el **art. 37.3.b ET**, porque se trata de licencias retribuidas y por tanto de **días** de trabajo efectivo que, por mediar causa justificada prevista legal o convencionalmente, se exime al trabajador de prestar sus servicios.

La sentencia de instancia no dio recurso porque el importe de lo reclamado (dos **días** de **permiso retribuido**) no alcanzaba los 3.000 € exigidos en el **art. 191.2.g** LRJS, y por no apreciar tampoco afectación general ya que lo único que consta es que un total de 20 trabajadores han planteado demanda con la misma pretensión, habiendo sido rechazada esta cuestión en procedimiento idéntico a este por el TSJ Madrid en sentencia de 21/11/2016.

Sin embargo, la sentencia ahora impugnada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 12 de marzo de 2018 (R. 1227/2017), dio trámite al recurso de suplicación interpuesto por la demandada tras estimar la queja por ella planteada, porque "en el momento de celebrarse el juicio del presente litigio se encontraban también en trámite 21 pleitos sobre la misma materia controvertida, lo que es demostrativo de la existencia de afectación general, en cuanto refleja una litigiosidad real, no una litigiosidad potencial derivada de la hipotética interpretación de la norma", estimando el recurso de CLECE.

2. La trabajadora interpone recurso de casación para la unificación de doctrina para insistir en su pretensión, sin cuestionar la afectación general apreciada en suplicación, con cita de contraste de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria), de 25 de octubre de 2016 (R. 777/2016).

En dicha sentencia se resolvió una demanda de conflicto colectivo, promovida por la Federación de Servicios del Sindicato Comisiones Obreras (Las Palmas) contra la empresa BULL HOTELES, SL, en la que se pretendía que, en el **permiso retribuido**, regulado en el **art. 29.7** del Convenio Colectivo de Hostelería de Las Palmas, que reconoce un **permiso retribuido** de 4 **días** por enfermedad grave o intervención quirúrgica que requieran hospitalización, al menos por veinticuatro horas, del cónyuge, hijos o personas a su cargo, se computaran únicamente **días hábiles**.

La empresa demandada computa tales **días** como **naturales**, incluidos los festivos y descanso semanal en el período reconocido y el Juzgado de instancia estimó la pretensión sindical.

La sentencia referencial confirma la sentencia de instancia, por cuanto considera que el **permiso** retribuidos no sería tal, si se proyectara sobre los **días** de descanso, que están excluidos del deber de trabajar, subrayando, a estos efectos, que, cuando el legislador ha querido que se computen todos los **días**, ha utilizado la fórmula "**días naturales**", como en el **permiso** por matrimonio, mientras que, en los demás supuestos, ha utilizado la fórmula **días**, que debe asociarse a **días hábiles**, porque si no se hiciera así, se desnaturalizaría la función del **permiso retribuido**.

QUINTO. - 1. El **art. 219.1** de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que 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".

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.



2. La Sala considera que concurren aquí los requisitos de contradicción, exigidos por el **art. 219.1 LRJS**, aunque en el convenio de Clece se reconozca un **permiso** de cuatro **días** para las operaciones quirúrgicas de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad y en el Convenio de Hostelería de la provincia de las Palmas se requiera, para la concesión del mismo **permiso**, que haya una hospitalización de al menos veinticuatro horas, toda vez que en ambos supuestos los convenios se refieren a cuatro **días** de **permiso**, sin mencionar si son **hábiles** o no y las empresas compensan, en ambos casos, los **días** de descanso, reclamándose en los dos supuestos que se reconozca el derecho a disfrutar dichos **permisos** en **días hábiles**, desestimándose dicha pretensión por la sentencia recurrida, mientras que la sentencia referencial ha estimado la misma pretensión.

SEXTO. - 1. La señora Felicidad interpone un único motivo de casación, en el que denuncia que la sentencia recurrida ha infringido lo dispuesto en el **art. 22 E** del convenio colectivo de empresa, en relación con el **art. 37 ET**.

Subraya, a estos efectos, que no está reclamando el disfrute de dos **días** de **permiso** en cualquier momento, como sugiere la sentencia recurrida, puesto que su reclamación se ciñe efectivamente a que se le reconozcan los dos **días** de **permiso**, negados en su momento por Clece, porque tenía programados dos **días** de descanso, puesto que dicha decisión empresarial supuso que no pudiera dedicar al cuidado de su esposo la totalidad de **días** de **permiso** reconocidos en el convenio. Consiguientemente, defiende que los **días** de **permiso retribuido**, reconocidos en el convenio, son necesariamente **días hábiles**, sin que la empresa pueda incumplir su obligación, compensándolos unilateralmente con los **días** de descanso, que ya se habían devengado.

2. Clece, SA no se personó, ni impugnó consiguientemente, el recurso de casación para la unificación de doctrina.

3. El Ministerio Fiscal se limitó a defender la incompetencia funcional de la Sala.

SÉPTIMO. - 1. El **art. 37.3 ET**, que regula los **permisos** retribuidos establece que el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a retribución por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:

a) Quince **días naturales** en caso de matrimonio.

b) Dos **días** por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo la persona trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro **días**.

Como vemos, la norma distingue el **permiso** por matrimonio, para el que se conceden 15 **días naturales** de **permiso**, del resto de supuestos, entre los cuales se encuentra la intervención quirúrgica sin hospitalización, a los que se adjudican dos **días** de **permiso retribuido**, salvo que sea exigible un desplazamiento, en cuyo caso serán cuatro **días**.

2. La Sala en STS 11 de marzo 2020, rcud. 193/2018, ha mantenido que "los **permisos** vienen a ser situaciones transitorias en las que se encuentra el contrato de trabajo, en las que el trabajador afectado por alguna de las causas previstas legal o convencionalmente, queda liberado de la obligación de la prestación laboral, pero mantiene -sin embargo- el derecho a la retribución (STS de 3 de diciembre de 2019, Rec. 141/2018). Es importante tener en cuenta que estas situaciones no son identificables a los tiempos de descanso o a las vacaciones que constituyen tiempo de libre disposición para el trabajador durante los cuales puede desarrollar actividades absolutamente ajenas al trabajo y que tienen su razón de ser en el derecho al descanso que resulta ser consustancial a la propia actividad laboral, pues no en vano el artículo 40.2 CE encarga a los poderes públicos que garanticen el descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas.

Los **permisos**, en cambio, no anudan su finalidad con el derecho al descanso, sino que están conectados a la causa que los provoca por lo que entroncan con objetivos diversos que van desde la conciliación de la vida familiar y laboral que la norma legal o convencional entiende necesaria ante determinadas circunstancias de la vida, hasta facilitar el cumplimiento de determinados deberes públicos o desarrollar actividades representativas. Por ello, como premisa general, hay que aceptar que el **permiso** sólo tiene sentido si sirve para atender a la causa que lo permite, de ahí que se exija una cierta inmediatez entre la necesidad que cubre el **permiso** y el efectivo disfrute de éste. Desde esa misma perspectiva, el disfrute del **permiso** -entendido como derecho a ausentarse del trabajo con derecho a retribución- sólo tiene sentido cuando el hecho causante sucede en tiempo de trabajo, pues si el hecho causante sucediera en un momento diferente (bien porque el contrato estuviera suspendido o porque se estuviera disfrutando del derecho de vacaciones) no tendría sentido la "ausencia del trabajo", y mucho menos diferir el **permiso** para un momento posterior en el que se hubiera reanudado la prestación laboral (STS de 13 de febrero de 2018, Rec. 266/2016)".



Hemos mantenido el mismo criterio, entre otras muchas, en SSTs 17 de marzo 2020, rec. 193/18; 9 de julio de 2020, rec. 223/18 y 29 de septiembre de 2020, rec. 244/18.

Es claro, por tanto, que los **permisos** retribuidos son **permisos** finalistas, cuyo objeto es atender a las situaciones de necesidad, a la necesidad de conciliar la vida profesional y familiar o al cumplimiento de determinados deberes, que deben disfrutarse en **días** laborables, con la excepción del **permiso** por matrimonio, cuyo hecho causante se computa cuando el matrimonio se realiza en **día** laborable, pero se activa al primer **día** siguiente **hábil**, cuando se celebra en **día** no laborable y los **días** de **permiso** son **naturales**.

Por el contrario, los demás **permisos** deben disfrutarse en **día hábil**, toda vez que, según dijimos en STS 11 de marzo de 2020, rec. 193/18, "...sólo tiene sentido si se proyecta sobre un período de tiempo en el que existe obligación de trabajar, pues -de lo contrario- carecería de sentido que su principal efecto fuese "ausentarse del trabajo"; en consecuencia, lo normal es que los **permisos** se refieran a **días** laborables, salvo previsión normativa en contrario", como sucede con el **permiso** de matrimonio, regulado en el que el artículo 37.3 a) **ET**, donde se establece expresamente que son "**días naturales**".

3. El **art. 22** del convenio colectivo aplicable dispone que todos los trabajadores afectados por el presente convenio, tendrán derecho a las siguientes licencias retribuidas, aparte naturalmente de las previstas en el Convenio Colectivo de Edificios y Locales.

"A) Quince **días** por matrimonio...

E) Cuatro o cinco **días** por enfermedad grave, operación o muerte de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad según fuese fuera o dentro de la localidad".

La Sala en STS 29 de septiembre de 2020, rec. 244/18, ha subrayado que, la regulación, llevada a cabo por los convenios colectivos, no puede ser sino una mejora del régimen de descansos, fiestas y **permisos** que establece el **art. 37.3 ET**. De ahí que primero ha de discernirse cuál es la interpretación que ha de hacerse de cada uno de los **permisos** que se reconocen en el precepto legal, a la cual ha de estarse en todo caso.

Como vemos, el convenio colectivo aplicable mejora sustancialmente la regulación legal, puesto que no distingue el **permiso** del matrimonio de los demás **permisos** y le reconoce quince **días**, sin mencionar que los mismos deban ser **naturales**, como dispone el **art. 37.3.a ET**. En los demás **permisos**, como las intervenciones quirúrgicas, se les reconoce un número de **días**, sin calificarlos como **días hábiles** o **naturales**.

4. Llegados aquí, estamos en condiciones de afirmar, con base a la doctrina de la Sala ya mencionada, que los cuatro **días** de **permiso retribuido** por operación de familiar de primer grado de consanguinidad han de ser necesariamente **días hábiles**, porque si no fuera así, no sería necesario ausentarse del trabajo.

Consiguientemente, al suscribir el **art. 22** del convenio, la empresa asumió la obligación de conceder cuatro **días hábiles** de **permiso retribuido**, cuando se produjera una operación quirúrgica de un familiar de primer grado, como ha sucedido aquí, sin que dicha obligación se condicionara de ningún modo a que, desde el hecho causante y dentro de los cuatro **días** siguientes, hubiera **días** de descanso, puesto que, en estos supuestos, la obligación se cumple concediendo **permiso** los **días** siguientes al descanso semanal hasta cumplir los cuatro **días hábiles** convenidos, al igual que sucede, cuando el hecho causante se produce en **día** festivo, en cuyo caso el **permiso** se comienza a disfrutar el primer **día hábil**, como dijimos en STS 11 de marzo de 2020, rec. 193/18, donde significamos que, "...cuando el hecho causante se produce en **día** laborable, ese es el **día** inicial del **permiso**" y "...cuando el hecho causante sucede en un **día** no laborable -festivo o **día** establecido como no laborable en el calendario laboral- la finalidad y la propia esencia del **permiso** fuerzan a que tenga que iniciarse al siguiente **día** laborable inmediato, pues como ya reseñamos en nuestra STS de 13 de febrero de 2018, citada, por lo que se refiere al **día** inicial de disfrute de los **permisos** que aquí nos ocupan debe entenderse que como el convenio habla de "ausentarse del trabajo con derecho a retribución" el **día** inicial del disfrute de estos **permisos** no puede ser un **día** feriado, sino el primer **día** laborable que le siga a aquél en que se produjo el hecho que da derecho al **permiso**, pues el convenio no dice otra cosa".

Dicha conclusión se hace patente, si se tiene presente que, de admitirse la tesis empresarial, la mejora convencional, por la que se ampliaron a cuatro **días** de **permiso retribuido** los dos **días** reconocidos en el **art. 37.3.b**, solo se cumpliría en sus propios términos, en una semana ordinaria de trabajo de lunes a viernes con descanso sábado y domingo, como sucede en el supuesto debatido, si el hecho causante se hubiera producido en lunes o martes, puesto que, si se hubiera producido en miércoles, se disfrutarían únicamente tres **días** de **permiso retribuido**, dos **días**, si se hubiera producido en jueves y un **día**, si la operación se hubiera producido en viernes, lo cual conduce directamente al absurdo.

Así pues, acreditado que el esposo de la demandante fue intervenido quirúrgicamente el 9/4/2015, que era jueves, el **permiso retribuido** debió disfrutarse los **días** 9, 10, 13 y 14 de abril, puesto que los **días** 11 y 12



eran **días** de descanso semanal. Como la empresa demandada decidió neutralizar unilateralmente los **días** 11 y 12, porque consideró que su obligación convencional concluyó el **día** 10, por cuanto los **días** de **permiso retribuido**, deben computarse como **días naturales**, debemos estimar el recurso de casación, interpuesto por la demandante, puesto que los **días** de **permiso retribuido**, regulados en el **art. 22**. E del convenio colectivo aplicable, al igual que los previstos en el **art. 37.3.b ET**, son **días hábiles**, que no pueden neutralizarse, porque concurrían **días** de descanso a partir del tercer **día** del hecho causante, del mismo modo que hemos dicho que, si el hecho causante de estos **permisos** se activa en **día** festivo, el **permiso** debe iniciarse al siguiente **día hábil**.

Dicha conclusión no significa que los trabajadores tengan derecho a disfrutar este tipo de **permisos** cuando lo consideren oportuno, como sugiere la sentencia recurrida, puesto que se trata de **permisos** finalistas, como dijimos más arriba, que deben utilizarse para alcanzar los objetivos previstos legal o convencionalmente. Sin embargo, si cabe reclamar su disfrute, como sucede aquí, cuando la empresa, incumpliendo la obligación asumida convencionalmente, decidió neutralizar el **permiso** a partir del tercer **día**, porque comenzó el descanso semanal de la demandante, puesto que dicha medida impidió que pudiera dedicarse al cuidado de su marido, tal y como le había reconocido el convenio, siendo legítimo, por tanto, que reclame el resarcimiento de dicho perjuicio.

OCTAVO. - Por las razones expuestas, oído el Ministerio Fiscal, vamos a estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por D^a Felicidad, representada y asistida por el letrado D. Anastasio Hernández de la Fuente contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sección 6^a, de 12 de marzo de 2018, recaída en su recurso de suplicación núm. 1227/2017, que estimó el recurso de suplicación interpuesto por Clece, S.A, contra la sentencia del juzgado de lo social núm. 37 de los de Madrid, en sus autos 608/2015, que resolvió la demanda sobre reclamación en materias laborales individuales, interpuesta por D^a Felicidad contra Clece, S.A, casar y anular la sentencia recurrida y resolviendo el debate en suplicación, desestimar el de tal clase interpuesto por Clece, SA y confirmar la sentencia de instancia. Sin costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por D^a Felicidad, representada y asistida por el letrado D. Anastasio Hernández de la Fuente contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sección 6^a, de 12 de marzo de 2018, recaída en su recurso de suplicación núm. 1227/2017, que estimó el recurso de suplicación interpuesto por Clece, S.A, contra la sentencia del juzgado de lo social núm. 37 de los de Madrid, en sus autos 608/2015, que resolvió la demanda sobre reclamación en materias laborales individuales, interpuesta por D^a Felicidad contra Clece, S.A.
2. Casar y anular la sentencia recurrida y resolviendo el debate en suplicación, desestimar el de tal clase interpuesto por Clece, SA y confirmar la sentencia de instancia.
3. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.