

Control del absentismo y control de las bajas por incapacidad temporal: circunstancias deseablemente diferentes.

Ángel Arias Domínguez

Subdirector de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura

Resumen: *Se cuestiona si el sistema de incentivos económicos aplicable en la empresa que tiene en consideración el absentismo de las personas trabajadoras puede configurar, tras la entrada en vigor de la Ley 15/2002, como 'no recuperables' las horas dejadas de trabajar por encontrarse el trabajador en incapacidad temporal y las pérdidas por reposos médicos y convalecencia de operaciones.*

Palabras clave: *Absentismo. Bajas médicas. Sistema de incentivos en la empresa.*

Abstract: *It is questioned whether the system of economic incentives applicable in the company that takes into consideration the absenteeism of workers can configure, after the entry into force of Law 15/2002, as 'non-recoverable' the hours stopped working due to the worker on temporary disability and losses due to medical rest and convalescence from operations.*

Keywords: *Absenteeism. Medical sick leave. Incentive system in the company.*

I. Introducción

Se discute si es ajustado a derecho que en el sistema de cómputo de las ausencias que se tienen en consideración para el percibo de un complemento económico anti-absentismo se tengan en consideración las debidas a circunstancias relacionadas con enfermedades, o secuelas de éstas, padecidas por las personas trabajadoras.

No se discute la funcionalidad del plan, sus objetivos o su mecánica operativa. Únicamente se pone en tela de juicio la consideración que dicho sistema tiene de las ausencias debidas a enfermedades de los trabajadores, pues al configurarlas como 'no recuperables' inciden en la percepción del complemento económico, circunstancia que puede contradecirse a la luz de la Ley 15/2022.

Más allá de esta cuestión, lo que realmente late es la consideración que debe dársele a las ausencias al trabajo debidas a enfermedad de las personas trabajadoras. En una concepción clásica estas ausencias tenían el mismo tratamiento que cualquier otra falta de asistencia justificada. Tras la entrada en vigor de la Ley 15/2002 la perspectiva necesariamente debe ser otra, abogando porque se diferencien las ausencias justificadas al trabajo. Ciertamente la visión clásica del absentismo que ha incluido las ausencias justificadas por enfermedad -en realidad solamente algunas, no todas- en el concepto global de absentismo debe replantearse desde dos premisas. En primer lugar, desde la que exige una nueva consideración de las ausencias debidas a

enfermedad, y, en segundo lugar, desde la que impone la reflexión de la operatividad de una institución que se ha quedado sin su principal fuente de justificación.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Audiencia Nacional. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 18/2024, de 13 de febrero.

Tipo y número procedimiento: Conflicto. colectivo. Núm. 306/2023.

ECLI:ES:AN:2024:496

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Ana Sancho Aranzasti.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Se suscita un conflicto colectivo que tiene por objeto cuestionar la legalidad de la “cláusula de los planes de incentivos” que se aplica en varios departamentos de la empresa “por la que se suprime o reduce el incentivo de las personas trabajadoras por haberse encontrado en situación de incapacidad temporal, indisposición o reposo médico”.

Se trata de comprobar, en general, si las exigencias que derivan de dicha cláusula son acordes al ordenamiento laboral, y, en particular, si respetan las nuevas previsiones que se derivan de la Ley 15/2022 cuando instituye (al menos eso parece pretender) un motivo de nulidad del despido por encontrarse enferma la persona trabajadora desde una ‘norma satélite’ (en terminología de Sánchez Trigueros) al ET.

El funcionamiento del mecanismo implementado en la empresa es, ciertamente complejo, pues mezcla compromisos de producción con ausencias al trabajo.

La percepción del complemento económico previsto exige haber obtenido, al menos, un 50 % de los objetivos operativos individuales, pudiendo llegar, como máximo, a los 10 puntos. Una vez averiguado este parámetro personal se detraen los puntos de absentismo, que según refieren los planes se averiguan en función de una escala que tiene en consideración el dato del absentismo trimestral de la persona trabajadora, sin tener en consideración, al parecer, el índice global de absentismo de la totalidad de la empresa.

La particularidad es que no todas las inasistencias al trabajo tienen la misma fisonomía, pues dependiendo del tipo de ausencia se le concede una consideración u otra. Hay tres tipos de absentismo. En primer lugar, el “*absentismo no recuperable: bajas médicas, indisposiciones puntuales y reposos médicos*”. A todos los efectos se consideran absentismo e impactan en la percepción del incentivo, conforme a la tabla ideada para ello. Este es el punto discutido en el conflicto colectivo. En segundo lugar, “*ausencia de obligada recuperación: ausencias no recogidas en el convenio de aplicación, pero que la empresa sí permite a cargo de recuperación tales como: flexibilidad horaria, retrasos puntuales, consultas médicas (propias y familiares) y tutorías escolares, etc*”. No se consideran absentismo si se recuperan las horas dejadas de trabajar, y no impactan, por tanto, en la percepción del incentivo si efectivamente se recuperan. Y, en tercer lugar, “*permisos y licencias retribuidos: los previstos en el Estatuto de los Trabajadores y convenio colectivo de aplicación*”, que no se consideran absentismo y no impactan en el incentivo.

La cuestión que debatir es, por tanto, la inclusión como absentismo no recuperable de las bajas médicas, las indisposiciones puntuales y los reposos médicos, que tienen

incidencia en la percepción del incentivo, y concretamente si esta perspectiva es contraria a las previsiones de la Ley 15/2022, para la igualdad de trato y no discriminación.

IV. Posición de las partes

Los sindicatos que interpusieron la demanda asumen que la empresa implemente un “sistema de retribución variable” que contenga “una cláusula en relación con el absentismo, que supone 5 puntos sobre la totalidad a obtener con el sistema de incentivos”. En dicho documento se diferencian varios tipos de absentismo, y así se hace saber tanto a la representación de los trabajadores, como a quien pretende conocer el funcionamiento de la empresa, pues se cuelga en la página web de la mercantil. El documento refiere tres tipos diferentes de absentismo, configurando las bajas médicas como “no recuperable”. La demanda sostiene que dicha configuración, como ya se ha concretado, es contraria a las previsiones de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en particular a lo dispuesto en sus arts. 2.1 y 6, solicitando, por tanto, una resolución anulatoria de dichas cláusulas “que inciden en la percepción del incentivo”.

La empresa entiende reconoce que efectivamente los planes por objetivos no se perciben si se alcanza un determinado porcentaje de ausencias al trabajo, pero recuerda, por otro lado, que este sistema de incentivos ya sido impugnado en dos ocasiones ante la propia AN, para el año anterior y para el periodo que ahora se impugna, y que “hay un nuevo plan que no contempla ningún punto vinculado al absentismo”. No parecen argumentaciones lo suficientemente poderosas como para sostener la adecuación a la legalidad del sistema anti-absentismo ideado.

V. Normativa aplicable al caso

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación

Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación: “1. Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de.../... enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos...”

Artículo 3. Ámbito objetivo de aplicación. “1. Esta ley se aplicará en los siguientes ámbitos: a) Empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo...”

Artículo 6. Definiciones: “1. Discriminación directa e indirecta.

a) La discriminación directa es la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.

...b) La discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.

2. Discriminación por asociación y discriminación por error.

a) Existe discriminación por asociación cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo 2 de esta ley, es objeto de un trato discriminatorio.

b) La discriminación por error es aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas...”

Artículo 9. Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena. “1. No podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para.../...el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo...”

VI. Doctrina básica

La influencia de la Ley 15/2022 no permite que en la elaboración convencional de los pluses anti-absentismo se tengan en consideración las bajas laborales debidas a enfermedad, convalecencia o recuperación. Si así se hiciese estaríamos en presencia de una discriminación indirecta proscrita por dicha norma, pues sitúa en peor condición a los trabajadores que han estado en estas situaciones que a otros que no han estado en razón de un parámetro -la enfermedad o sus consecuencias- que no puede ser tenido en consideración ni para la implementación de condiciones de trabajo, ni para configurar las reglas técnicas extintivas.

VII. Parte dispositiva

Se estima la demanda interpuesta por la representación letrada de los sindicatos accionantes frente a la empresa Homeserve Asistencia Spain, y se declaran “*nulas las cláusulas de los planes de incentivos, vigentes desde abril a diciembre de 2023, aplicables a los Departamentos de Front Office, Tramitación y Reclamaciones, por las que se suprime o reduce el incentivo a percibir por haberse encontrado en situación de baja médica, indisposición o reposo médico, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración*”.

VIII. Pasajes decisivos

“Conforme el art. 17 ET la enfermedad no era una de las señas identitarias protegidas frente a la discriminación, como tampoco lo era en el ámbito de la Directiva 2000/78 tal como se indicó en la STJUE de 11-7-2006 C-13/05 caso Chacón Navas.

Pero esta situación se modifica con la Ley 15/2022 cuando establece en su art. 4.1: El derecho protegido por la presente ley implica la ausencia de toda discriminación por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.

En consecuencia, queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad. Se consideran vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes.

La ley 15/2022 define en su art. 6.1.a) la discriminación directa como la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.

En el presente caso si comparamos la situación en que se encuentran dos trabajadores de la empresa que perciben incentivos por ventas en la gestión telefónica, resulta evidente que, a aquellos trabajadores que, por encontrarse en IT, hubieran superado los índices de absentismo exigidos en el plan, se les estaría dispensando un trato desigual y menos favorable que a los trabajadores que no hubieran causado periodos de IT en el tramo temporal de referencia.

Como quiera que la IT, art. 169.1 LGSS, se define como aquellas situaciones debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, este absentismo viene provocado por la situación de enfermedad en que el trabajador se encuentra y que le resulta impeditiva para trabajar,

de modo que el trato dispar constituye una discriminación directa por enfermedad, lo que resulta proscrito por la Ley 15/2022”.

Los argumentos expresados son plenamente extrapolables al supuesto ahora analizado. Las tres situaciones recogidas como "absentismo no recuperable" constituyen a juicio de esta Sala una discriminación directa por razón de salud o enfermedad, penalizando la percepción del incentivo al considerar como "no recuperables" las ausencias debidas por bajas médicas, indisposiciones puntuales y reposos médicos, situaciones todas ellas vinculadas con una situación de salud desfavorable para el trabajador, ajena en todo punto a su voluntad, y de la que se desprende una evidente penalización, frente a otros trabajadores que no incurrir en dichas situaciones, incidiendo en la percepción del objetivo.

De hecho, es más que significativo que a partir de la comunicación del plan de incentivos de 2024, se haya dejado de incluir la cláusula atinente al absentismo, que no puede habilitar, en relación a la anualidad de 2023, una situación proscrita por la Ley 15/2022...”

IX. Comentario

La implementación en mecanismos convencional de cláusulas anti-absentismo es una práctica común en las empresas. Especialmente en las de gran tamaño, acostumbradas a gestionar un contingente de trabajadores importante. Generalmente estos instrumentos vinculan el percibo de determinados pluses económicos con el presentismo o puntualidad de los trabajadores, funcionando también como ‘Caballo de Troya’ para la introducción de mecanismo de control de los trabajadores, singularmente para los momentos de entrada o salida del centro de trabajo, o de llegada y abandono del puesto.

Es la entrada en vigor de la Ley 15/2022 el argumento técnico que permite elaborar una distinción, al menos teórica, entre absentismo y bajas laborales debidas a incapacidad temporal, como si se tratase de dos instituciones diferentes, aunque es cierto que han convivido juntas mucho tiempo.

Con anterioridad, en otra resolución sobre idéntica problemática aunque antes de la entrada en vigor de la norma (SAN de 8 de junio de 1016 [proc. 131/16]), la AN ya había expresado su parecer sobre esta cuestión en los siguientes términos: “La Sala considera legítimo que la empresa procure disminuir el absentismo, por lo que nos parece razonable que el plan de incentivos promueva medidas para su reducción, de manera que, si se superan unos determinados porcentajes de absentismo, es lógico que se reduzca el importe del incentivo”, lo que lleva a afirmar seguidamente que “de estimarse la pretensión actora en los términos propuestos, podría suceder que los trabajadores, que permanezcan en IT durante todo el mes, perciban el incentivo, lo que provocaría consecuencias absurdas, puesto que uno de los objetivos del mismo es asegurar la presencia de los trabajadores durante todos los días laborables del mes”, pues “el incentivo controvertido no penaliza propiamente la IT, que constituye ausencia plenamente justificada (...), sino que introduce unos límites, cuya superación, reduce o extingue el incentivo, puesto que uno de sus legítimos objetivos es precisamente la reducción del absentismo”.

Pues bien, es el argumentario de esta resolución el que no puede sostenerse tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022, básicamente porque la norma proscribiera cualquier tipo de discriminación en el empleo basada en la enfermedad de la persona trabajadora. Ni de manera directa, ni de manera indirecta, ni de manera refleja o por asociación.

X. Apunte final

La supresión del control empresarial del absentismo por obra de la Ley 1/2020, de 15 de julio, por la que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo, mediante la operatividad de un motivo extintivo quizá pueda considerarse una equivocación legislativa.

Bajo el pretexto de evitar el despido de los trabajadores que se encuentran en situación de incapacidad temporal, propósito loable y que se podía haber logrado de otra manera (de hechos ya se contaba con argumentos técnicos para ello y resoluciones jurisdiccionales que apoyaban la nulidad del producido en esas condiciones producido), se eliminó una causa extintiva objetiva que, en líneas generales, funcionaba bien y no había dado excesivos problemas jurisdiccionales, especialmente porque generalmente sólo se empleaba en estructuras empresariales de cierto tamaño y siempre al abrigo de normas convencional. La extinción por absentismo se rodeó -antes incluso de su derogación, quizá precisamente porque se barruntaba su arrumbamiento-, de una serie de garantías, básicamente eliminando la referencia al absentismo global de la empresa e introduciendo un mecanismo técnico que tenía en consideración el absentismo antecedente del propio trabajador afectado como fórmula que suaviza las interpretaciones más perversas de la propia norma. Precauciones bastante razonables que 'aseaban' un precepto que siempre ha tenido mala fama y siempre ha sido visto con recelo, tanto doctrinal como jurisdiccionalmente.

El problema estaba, no se oculta, que el precepto que regulaba esta cuestión pretendía atajar dos circunstancias relacionadas, aunque no eran de la misma especie: el control del absentismo y el control de la evolución de la incapacidad temporal. El primer propósito no puede ser apreciado de forma peyorativa. De ninguna manera. El segundo sí, naturalmente. Y que el derogado art. 52.1.c) ET se dedicase, con unas mismas reglas técnicas, a controlar ambas situaciones de la misma manera era su sentencia de muerte, entre otras razones porque consideraba como absentismo la falta de acudimiento al trabajo por motivos justificados de enfermedad cuando, en puridad, estamos en presencia de cuestiones distintas que requieren diferente tratamiento sancionador desde el punto de vista del control empresarial.

Nunca estuve demasiado de acuerdo en que el propósito principal del precepto fuese atajar la "excesiva morbilidad sobrevenida". Me parece una lectura excesivamente simple de la cuestión. Por dos razones, porque el artículo estaba estructuralmente previsto para combatir más supuestos de ausencias justificadas al trabajo, y porque siempre intuí que la reducción de su objetivo a un propósito tan espurio conllevaba, antes o después, la desaparición de este método de control empresarial de la productividad, que es lo que el control del absentismo pretende. No es baladí noticiar la influencia que en este proceso de derogación del art. 52.1.c) ET ha jugado la consideración de la discapacidad de la persona trabajadora (que no incapacidad, naturalmente), en el sentido de considerar irrazonable aquellas extinciones basadas en dicha circunstancia.

El precepto, en las condiciones en las que se desenvolvía y con el clima -jurisprudencial que limitaba sus consecuencias incluida-, estaba sentenciado, como Santiago Nasar en *Crónica de una muerte anunciada*, y únicamente quedaba por averiguar quién lo iba a ejecutar. Y, sin embargo, se insiste, su funcionalidad cumplía un papel razonable, pues otorgaba un instrumento -la extinción objetiva- que bien empleado podía servir de cláusula de seguridad del sistema disciplinario. Con un 'aggionamento' en condiciones podría haber seguido cumplimiento un interesante rol institucional como instrumento de control empresarial de la productividad.

Ahora en vez de disponer de un control empresarial directo del absentismo regulado en el propio ET (bien es cierto que disciplinario), se fomenta la formalización (se supone que pactada como parte de la negociación colectiva) de planes anti-absentismo cuya lectura preocupa a este comentarista, pues no se sabe si estamos en presencia de un mecanismo de control de la falta de asistencia al trabajo, o de un manifiesto en favor del buen hacer empresarial, como si se tratase de la afiliación a un grupo o clan. Puede ser que mediante estos nuevos instrumentos se diluya la responsabilidad personal cuando se deja de acudir al trabajo por encontrarse delicado de salud, pero a costa de facilitar una gran cantidad de información el empleador y de asumir un cúmulo de compromisos de todo tipo de dudosa entidad laboral en sentido estricto. Estas exigencias (a veces nada clara, a veces confusas, a veces contradictorias) se suelen regular empleando reglas técnicas de 'soft law', redactando

compromisos más que reglas, siempre en términos suaves, dulces (recordando esa dicotomía de 'tiempos' entre los dulces -los pasados-, y los agrios -los presentes- que Ortega hizo célebre), de cuestionable cumplimiento (¿voluntario?) y, sobre todo, sin exponer cuáles son las consecuencias sancionadoras de su incumplimiento. Exigencias compromisarias que diluyen el estricto cumplimiento de las obligaciones laborales (en tiempo, en este caso) en viscosas exigencias 'paralaborales' de cuestionable relación con el empleo asalariado profesional.

Quizá lo más razonable desde un punto de vista de la protección de los intereses de todos los sujetos en conflicto hubiera sido mantener el funcionamiento de la regla extintiva objetiva configurando un motivo específico de nulidad del despido basado, directa o indirectamente, en estas circunstancias de enfermedad de la persona trabajadora, al estilo de lo que ocurre con la discapacidad discriminatoria.

Todavía queda por resolver, y no parece que la cuestión vaya a alargarse mucho, si verdaderamente la Ley 15/2022 ha implementado una causa autónoma y específica de nulidad del despido. Si una norma 'satélite' del ET puede incorporar un contenido tan importante en el juego laboral sin una habilitación expresa en el propio Estatuto (con mayúsculas).