

Acerca de la legalidad del descuento aplicado en retribución variable por ausencia al trabajo motivada por IT, disfrute de determinados permisos relacionados con la conciliación o suspensión de empleo sueldo por sanción disciplinaria.

Belén García Romero

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Resumen: *La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional debe resolver acerca de la validez del sistema de cálculo de la retribución variable por objetivos aplicado por la empresa demandada, en particular del descuento por absentismo que se practica y que conlleva reducciones por diversas ausencias, tales como la situación de IT, permisos por motivos familiares urgentes y otros permisos relacionados con la conciliación familiar, y por suspensión de empleo y sueldo por sanción disciplinaria.*

Palabras clave: *Retribución variable. Primas por absentismo. Discriminación indirecta por razón de sexo. Discriminación directa por razón de enfermedad y discriminación por asociación.*

Abstract: *The Social Division of the National High Court must rule on the validity of the system for calculating the variable remuneration for objectives applied by the defendant company, in particular the discount for absenteeism which is applied and which entails reductions for various absences such as temporary disability, leave for urgent family reasons, and other leave related to family reconciliation, and for suspension of employment and ground due to disciplinary sanction.*

Keywords: *Variable pay. Absenteeism bonuses. Indirect discrimination based on sex. Direct discrimination based on illness and discrimination based on association.*

I. Introducción

La presente sentencia de la Audiencia nacional resuelve un conflicto colectivo planteado por el Sindicato UGT, al que se adhieren los sindicatos CCOO y USO, contra una disposición convencional que prevé un descuento en la retribución variable por ciertas ausencias que superen un determinado porcentaje, como son los periodos de incapacidad temporal, algunos permisos vinculados con derechos de conciliación y la suspensión de empleo y sueldo por sanción disciplinaria.

Con carácter previo, la Sala debe resolver la excepción de inadecuación del procedimiento suscitada por la parte demandada, lo que le da pie a la revisión de la jurisprudencia sobre la delimitación de los conflictos jurídicos y de los conflictos de intereses.

Una vez establecido el carácter jurídico del conflicto y admitida a trámite la demanda, entra a resolver el fondo del asunto, analizando la conformidad de la

regulación convencional controvertida con la legalidad vigente, para lo cual somete aquella al test de igualdad, interpretándola a la luz de la Ley 15/2022 y de la LO 3/2007, y de la doctrina judicial aplicable, con el fin de determinar si dichas disposiciones son discriminatorias para el trabajador. Igualmente debe decidir si la última de las ausencias previstas como causa de reducción de la retribución infringe lo dispuesto en el artículo 58.3 ET.

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. 132/2024, de 28 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: Conflictos colectivos, recurso número 227/2024.

ECLI:

ECLI:ES:AN:2024:5272.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Piñonosa Ros.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

La cuestión controvertida objeto del presente procedimiento de conflictos colectivos consiste en determinar si en el cálculo de la retribución variable se han de tomar en consideración, como jornadas productivas, las correspondientes a los periodos de IT por cualquier contingencia, motivo y duración, las ausencias por causa de fuerza mayor reguladas en el artículo 37.9 ET, los permisos no retribuidos previstos en el artículo 58.1 y 2 del convenio colectivo, así como la suspensión de empleo y sueldo por sanción disciplinaria.

2. Hechos y Antecedentes

El 1 de julio de 2024 en el procedimiento de conflictos colectivos se interpuso una demanda por parte del sindicato UGT FICA (Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores) frente a las empresas del grupo CEPSA, en interpretación del Acuerdo de 29 de noviembre de 2021, suscrito entre el Comité Sindical y las mercantiles demandadas, sobre la gestión del sistema de gestión variable por objetivos para los empleados incluidos en el artículo 36 del Convenio Colectivo del Grupo Parcial Cepsa. Los sindicatos CCOO y USO se adhieren a la demanda.

En el Suplico de la citada demanda se interesaba se dictare sentencia por la que se declare el derecho al percibo íntegro del complemento por objetivos, como si estuviera prestando servicios con carácter efectivo durante todo el año y sin práctica alguna de reducción por absentismo en una serie de supuestos de ausencia al trabajo: incapacidad temporal por cualquier contingencia, motivo y duración, ausencia por causa de fuerza mayor prevista en el artículo 37.6 ET, permisos no retribuidos recogidos en el artículo 58.1 y 2 del convenio colectivo, así como la suspensión de empleo y sueldo por sanción disciplinaria.

La empresa demandada se opuso a los hechos de la demanda y, además, plantea la inadecuación del procedimiento por estimar que estamos ante un conflicto de intereses y no jurídico.

La parte demandante se opuso a la excepción de existencia de un conflicto de intereses, afirmando que lo que se cuestiona en el presente procedimiento de conflictos colectivos es una práctica empresarial no prevista en el Convenio y que se afirma contraria a la Ley.

Seguidamente se fijaron los hechos pacíficos y controvertidos, señalándose únicamente los siguientes:

Hechos pacíficos: El Convenio colectivo del grupo Cepsa establece en su artículo 36 que la retribución variable se regulará por el procedimiento de gestión por desempeño y se abonará conforme al procedimiento que se pacte en acuerdo. La retribución variable se regula en un acuerdo de 29 de octubre de 2021, pactado por la RLT y modificado por sendos acuerdos de 1 de abril de 2022. Está excluido el personal de Cepsa Madrid y Cepsa Química Madrid, para el que la retribución variable está prevista por el propio Convenio colectivo. El sistema mide un descuento por absentismo superior al 4 por 100 anual. De acuerdo con el mismo, el trabajador cobra la retribución variable de forma íntegra y durante toda la anualidad si su absentismo no supera el citado porcentaje. El sistema de gestión por objetivos (SGO) establece que la liquidación y pago exige estar de alta el 31 de diciembre del año de devengo y es proporcional al número de meses trabajados. Para el sistema SGO el riesgo durante el embarazo o el permiso por nacimiento hacen que el 100 por 100 del objetivo individual se tenga por cumplido. La modificación del 1 de abril de 2022 en el sistema convirtió los objetivos en colectivos y en el sistema SGO cambió el porcentaje del objetivo individual.

Hechos controvertidos: durante el tiempo trabajado el empleado cobra íntegramente la retribución variable. La IT superior a 6 meses y en este caso se tiene el objetivo individual al 100 por 100. El convenio colectivo establece una política de control del absentismo. No ha habido en la empresa ninguna ausencia debida a horas de fuerza mayor del artículo 37.9 ET.

IV. Posición de las partes

1. Parte demandante

El Sindicato demandante UGT estima que hay un incumplimiento empresarial del Acuerdo colectivo relativo a la gestión del sistema de retribución variable por objetivos para los empleados incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 36 del Convenio Colectivo del Grupo Parcial Cepsa. Considera que el incumplimiento empresarial reside en la regulación del descuento por absentismo que se practica como último paso para hallar el coeficiente final de la valoración por objetivos. La regulación del citado complemento lleva a su descuento en caso de absentismo de la persona trabajadora superior al 4%, salvo que la misma venga motivada por las siguientes causas: riesgo durante el embarazo y durante la lactancia, suspensión de la relación laboral por nacimiento y cuidado del menor y permiso por cuidado del lactante. En consecuencia, se efectuaría el descuento en los supuestos de IT con independencia de la patología y contingencia (salvo cuando sea superior a seis meses y sea considerada enfermedad de larga duración); en el supuesto de medidas de conciliación y en los casos de suspensión de empleo y sueldo por sanción.

La parte demandante señala que el sistema ha de adaptarse a las previsiones de la Ley 15/2022 para no otorgar un trato desfavorable por razón de enfermedad.

Los sindicatos CCOO y USO se adhieren a la demanda. El sindicato USO sostiene que, de conformidad con el artículo 58.3 del Convenio aplicable, el disfrute de los permisos previstos en dicho precepto no puede afectar a elementos de devengo superior a un mes, siendo la retribución variable de carácter anual. Asimismo, sostiene que aplicar un descuento en retribución variable en función del disfrute de permisos por acompañamiento familiar y fuerza mayor por motivos familiares urgentes supone una discriminación indirecta por razón de sexo.

2. Parte demandada

La representación de las empresas del grupo Cepsa codemandadas se opone a la demanda y solicita su desestimación. Argumenta que el sistema de gestión por objetivos es un sistema de corrección por absentismo que constituye una finalidad legítima y la pone en relación con la existencia de una comisión de absentismo prevista en el Convenio y con el abono del complemento por IT, pues el artículo 14 del mismo texto prevé su pago en función de la superación o no de un nivel de absentismo del 4%. En el sistema se prevén situaciones especiales (riesgo durante el embarazo, nacimiento de hijo) en las que se percibe el 100 por 100 del objetivo siempre. Asimismo, se percibe si se trata de una situación de IT superior a 6 meses, en supuestos de licencia sindical y en los casos de reducción de jornada por conciliación familiar del artículo 37.6 ET. En cuanto al permiso por fuerza mayor previsto en el artículo 37.9 ET se alega que no se ha planteado ninguna solicitud de disfrute de este derecho. Por lo que respecta a los permisos retribuidos de los artículos 58.1 y 2 del Convenio colectivo (adopción internacional, hospitalización o enfermedad grave del cónyuge o pareja de hecho, descendientes o parientes en primer grado por consanguinidad o afinidad), se aduce que solo se realiza el descuento si se supera el 4% de absentismo. Finalmente, en relación con los supuestos de suspensión de empleo y sueldo por sanción, se argumenta que los mismos no se consideran como absentismo y que la diferencia de trato viene impuesta por el propio Convenio, al existir una finalidad legítima de control del absentismo.

En fase de contestación a la demanda, la parte demandada añade que estaríamos ante un conflicto de intereses, no un conflicto colectivo jurídico, por lo que no es necesaria la interpretación de ninguna norma.

V. Normativa aplicable al caso

El presente conflicto colectivo afecta a las personas trabajadoras de las empresas demandadas a las que resulta de aplicación el sistema de retribución variable previsto en el artículo 36 del II Convenio colectivo del Grupo Parcial Cepsa (BOE nº 52, de 16 de febrero de 2024) y regulado mediante Acuerdo de 29 de octubre de 2021.

En consecuencia, las principales normas aplicables, y cuya interpretación se discute, son el citado artículo 36 del Convenio colectivo y el Acuerdo de 29 de octubre de 2021. Tales disposiciones son examinadas bajo el prisma de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral de trato y la no discriminación.

- Artículo 36 del II Convenio colectivo del Grupo Parcial Cepsa- Retribución variable:

“Se establece un sistema de retribución variable que se regulará por el Procedimiento de Gestión del Desempeño y que se abonará conforme al citado procedimiento en el año siguiente a su devengo.

El porcentaje de retribución variable se establece en un 10% de los conceptos de Salario base, Antigüedad, Complemento de Consolidación y aquellos otros establecidos a título individual o por acuerdo colectivo que sean base de retribución variable.

[...] se mantendrán las condiciones pactadas en los acuerdos suscritos en Cepsa Madrid y Cepsa Química Madrid [...].”

- Acuerdo de 29 de octubre de 2021, suscrito en el seno del Comité Sindical interempresas en materia de retribución variable:

“1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El presente acuerdo resulta de aplicación al personal incluido en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del Grupo Parcial (GPS) [...]

2. OBJETO DEL ACUERDO

El presente Acuerdo tiene por objeto regular el funcionamiento del sistema de gestión de la retribución variable prevista en el artículo 36 GPS para los empleados incluidos en su ámbito de aplicación. [...]

Evaluación de los objetivos

Cada uno de los objetivos tendrá definida una escala de consecución, con un umbral mínimo (llave) que conllevaría una evaluación del 70%, y por debajo del cual la evaluación del objetivo concreto sería del 0%; un objetivo de consecución del 100%; y un extraordinario que, de obtenerse, elevaría la evaluación máxima hasta el 150% de consecución. Mediante esta escala se determinará el “valor exacto” de consecución obtenido en cada objetivo durante el ejercicio. [...]

Una vez determinado el coeficiente de valoración conforme al criterio expuesto, para hallar el porcentaje final a aplicar sobre el porcentaje de retribución variable, se descontará el porcentaje de absentismo de la persona empleada con una ausencia al trabajo superior al 4% por todos los motivos, excepto licencias retribuidas, riesgo para el embarazo o para la lactancia, suspensión de la relación laboral por nacimiento y cuidado del menor y permiso por cuidado del lactante, en el año anterior, para establecer el importe bruto a percibir por este concepto. [...]

Liquidación y pago

[...]

Este concepto se percibirá siempre que esté de alta en la empresa a la fecha de su devengo, el 31 de diciembre de cada año, y proporcionalmente al número de meses trabajados el año anterior.

[...]

Situaciones especiales

Cuando dentro del periodo evaluado se producen bajas por riesgo durante el embarazo o suspensión de la relación laboral por permiso por nacimiento, se garantiza una valoración anual de los Objetivos Individuales del 100% (periodo en activo y de baja).

Cuando dentro del periodo evaluado se produzca una ausencia igual o superior a seis (6) meses por:

- incapacidad temporal continuada por enfermedad de larga duración.*
- disfrute de medidas de conciliación de la vida laboral y familiar.*
- licencia sindical.*

Se garantiza un 100% de los Objetivos individuales durante el periodo activo y/o alta.

[...]”

VI. Doctrina básica

Con carácter previo a la resolución del conflicto en cuanto al fondo, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional debe determinar si estamos ante un conflicto jurídico o ante un conflicto de intereses, como plantea la parte demandada, ya que de ser un conflicto de intereses la Sala tendría que desestimar la demanda.

- Delimitación jurisprudencial entre conflicto jurídico y conflicto de intereses

En el Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia glosada, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional reproduce la STS de 26 de junio de 2024- rec. 189/2022, que recoge la Doctrina de la Sala IV en relación con la diferenciación entre ambos tipos de conflicto y sus consecuencias en la correspondiente demanda. En ella se citan

numerosos pronunciamientos del TS en los que se dirime la naturaleza del conflicto planteado, de los que destacaremos los dos siguientes:

Así, por ejemplo, en la STS 543/2020, de 29 de junio (rec. 30/2019), se señala: *“El conflicto colectivo jurídico 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 una decisión o práctica de empresa, en tanto se están cambiando de alguna manera las condiciones de trabajo y, como es lógico, surge la confrontación litigiosa (...). En suma, si lo que se pretende con una demanda que se plantea como conflicto colectivo es que sea el órgano judicial el que fije condiciones laborales cuyas notas o características no pueden extraerse o deducirse de ninguna fuente normativa u obligacional previa, nos encontramos ante una evidente falta de acción de quien así acciona y, por ello, la consecuencia habrá de ser la desestimación de la demanda (...).”*

En la misma línea, la STS 929/2020, de 20 de octubre (rec. 95/2019) declaró que *“a diferencia del conflicto de intereses o económico, cuya finalidad es la modificación del orden jurídico preestablecido y que, por ello, no puede encontrar solución en Derecho, ni permite que el Juez pueda suplantar la actividad negociadora de las partes -único procedimiento para pacificar la situación-, el conflicto colectivo jurídico presupone una controversia que puede ser solventada aplicando una norma jurídica. En este último lo que se cuestiona es la existencia, el alcance, el contenido o los sujetos de una relación jurídica que está disciplinada por la ley o por el convenio colectivo o que resulta afectada por una decisión o una práctica de la empresa. En suma, el conflicto jurídico surge porque una de las partes entiende que se están alterando de alguna manera las condiciones de las relaciones de trabajo”*.

- Doctrina judicial sobre retribución variable, primas por absentismo y su posible carácter discriminatorio

En el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia se revisan los argumentos empleados por la propia Sala de la AN en su sentencia de 11 de enero de 2024, proc. 280/2023, en la que se reiteran los criterios mantenidos en pronunciamientos anteriores en interpretación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en especial de sus artículos 2, 4, 6 y 9.1, así como del artículo 6 de la LO 3/2007, de Igualdad Efectiva y otras sentencias relevantes del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional para la resolución del presente caso, en concreto las tres siguientes:

- La STS de 3 de diciembre de 2019- rec. 141/2018, que, en aplicación de los artículos 3 y 6 de la LO 3/2007, consideró que una regulación estipulada en un pacto colectivo que establecía una retribución variable y que penalizaba a aquellos trabajadores que disfrutaban de permisos vinculados con el derecho a la conciliación de la vida laboral con la vida familiar y personal, suponía una discriminación indirecta por razón de sexo.
- La SAN de 8 de junio de 2016- autos 131/2016, en la que consideró legítimo que las empresas promovieran primas para reducir el absentismo.
- La SAN de 19 de junio de 2023- autos 114/2023, en la que, matizando la anterior doctrina, consideró que el condicionar el cobro de una retribución variable por objetivos al no haber cursado procesos por IT constituía una discriminación directa por enfermedad proscrita por el art. 2 de la Ley 15/2022, razonando igualmente que el condicionar la misma a no haber disfrutado de permisos relacionados con la conciliación suponía una discriminación indirecta por razón de sexo.

En la misma sentencia se alegaba que esta decisión resultaba discriminatoria por asociación, definida en el artículo 6.2.a) de la Ley 15/2022, como la que se produce cuando una persona o grupo en el 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. Por ello, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 2.1 de la ley 15/2022, nadie puede ser discriminado por razón de enfermedad o estado de salud, el disfrute del permiso retribuido reconocido en el convenio colectivo para acompañamiento de hijos a las consultas médicas no puede conllevar ningún trato desfavorable para el trabajador, pues se estaría produciendo una discriminación del acompañante por asociación.

VII. Parte dispositiva

*Previa desestimación de la excepción de inadecuación de procedimiento, **estimamos** la demanda interpuesta por la representación letrada de la Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (UGT FICA), a la que se adhieren los sindicatos CCOO-Industria y USO, contra las empresas COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS S.A, CEPSA [...]*

Declaramos que en el sistema de cálculo de la retribución variable previsto en el acuerdo de 29 de octubre de 2021 no pueden aplicarse reducciones en los supuestos de incapacidad temporal, por cualquier contingencia, motivo y duración, ausencia por causa de fuerza mayor prevista en el artículo 37.9 ET, permisos no retribuidos previstos en el artículo 58.1 y 2 del Convenio colectivo, así como suspensión de empleo y sueldo por sanción disciplinaria. Se condena a la empresa demandada a estar y pasar por dicha declaración y al abono de las cantidades dejadas de percibir en el complemento por objetivos por tales ausencias. Sin imposición de costas.

[...] contra la misma cabe recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su abogado, graduado social o representante al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

[...]

VIII. Pasajes decisivos

FJ. 3º. [...]

En la demanda rectora del presente conflicto se solicita que se declare el derecho al percibo íntegro del complemento por objetivos, en los supuestos cuestionados, al tratarse de una práctica empresarial basada en un Acuerdo Colectivo que debe ser interpretado conforme a la norma vigente. Pues bien, con independencia del resultado de la procedencia o improcedencia de la petición que se formula es típica de un conflicto jurídico ya que se sostiene que las demandadas al no haber adaptado los términos de la aplicación del Acuerdo a la Ley estarían infringiendo lo dispuesto en la Ley 15/2022 y en el art.58.3 ET. No se pretende, por tanto, la sustitución del Acuerdo Colectivo sino su interpretación acorde a la normativa vigente. La excepción, por ello, debe ser desestimada.

FJ. 4º. [...]

[...] Existe, por ello trato peyorativo a todo trabajador que curse IT en función de la superación de un porcentaje que, a la vista del tenor literal de la Ley15/2022 y de la doctrina antes expuesta, no puede ser admitido.

En términos similares, pues ya nos hemos pronunciado sobre tales cuestiones, se produce una situación de discriminación indirecta en los supuestos de ausencias por causa de fuerza mayor del art.37.9 ET (...) y permisos no retribuidos de los arts. 58.1 y 2 del Convenio (...).

Se mantiene por la demandante un último supuesto en el que se limita la percepción de objetivos infringiéndoselo dispuesto en el art.58.3 del ET (...).

Pues bien, (...) los incentivos no pueden verse reducidos o suprimidos como consecuencia de que el trabajador hubiera recibido una determinada sanción pues ello

supone la imposición de una multa de haber proscrita por el art.58.3 ET. (...) Ello determina que tal criterio deba considerarse como no ajustado a derecho.

IX. Comentario

Tras analizar con carácter previo la doctrina jurisprudencial acerca de la delimitación del conflicto jurídico y conflicto de intereses para poder decidir acerca de la admisión de la demanda, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional concluye que en el presente conflicto se solicita que se declare el derecho al percibo del complemento por objetivos, en los supuestos cuestionados, al tratarse de una práctica empresarial basada en un Acuerdo Colectivo que debe ser interpretado conforme a la normativa vigente. Para la Sala no hay duda de que la petición que se formula es típica de un conflicto jurídico ya que se sostiene que las empresas demandadas al no haber adaptado los términos de la aplicación del Acuerdo a la Ley estarían infringiendo lo dispuesto en la Ley 15/2022 y en el artículo 58.3 ET. En suma, según se razona, no se pretende la sustitución del Acuerdo sino su interpretación acorde a la normativa vigente, por lo que la excepción de inadecuación del procedimiento debe ser desestimada.

A continuación, la Sala IV de la AN pasa a resolver la procedencia o improcedencia de la petición en cuanto al fondo, esto es, si en el cálculo de la retribución variable han de tomarse en consideración, como jornadas productivas, las correspondientes a los periodos de IT por cualquier contingencia, motivo y duración, la ausencia por causa de fuerza mayor prevista en el art. 37.9 ET, los permisos no retribuidos previstos en el artículo 58.1 y 2 del convenio colectivo, así como la suspensión de empleo y sueldo por sanción disciplinaria.

En este punto, la Sala considera que, siguiendo el planteamiento del sindicato accionante, el cómputo de tales periodos para la aplicación del descuento por absentismo previsto en los acuerdos de retribución variable ha de ser interpretado conforme al contenido de la Ley 15/2022. Sobre ello, se remite a los argumentos empleados en su sentencia de 22 de enero de 2024, proc. 280/2023, que reitera los criterios ya mantenidos en pronunciamientos anteriores.

En primer lugar, en relación con los periodos de IT, recuerda que, entre los motivos de discriminación prohibidos por la Ley 15/2022, figura la enfermedad o condición de salud (art. 2.1), y que, de acuerdo con su apartado 3, *“La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública”*.

De otro lado, analiza las definiciones de discriminación directa e indirecta y por asociación del artículo 6 de la Ley 15/2022 y las contenidas, específicamente en relación con la discriminación por razón de sexo, en la LO 3/2007, de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (art. 6).

Aplicando su doctrina contenida en la SAN de 16 de junio de 2023 (Autos 114/2023), para la Sala de lo Social de la AN en el presente caso la regulación convencional impugnada en cuanto a que determinadas ausencias justificadas del trabajador se computen para medir su nivel de asistencia a los efectos de percibir el correspondiente complemento salarial, incurre en tres tipos de discriminación: discriminación directa por enfermedad, discriminación indirecta por razón de sexo y discriminación por asociación por razón de enfermedad.

Así, en primer lugar, observa que existe un trato peyorativo a todo trabajador que curse IT en función de la superación de un porcentaje (el 4% de las jornadas de presencia en cómputo anual), ya que a partir de dicho umbral el abono de la retribución variable es directamente proporcional al tiempo correspondiente al periodo de alta en la empresa. Dicho trato desfavorable no puede ser admitido, a la luz de la Ley 15/2022 y de la doctrina judicial de la propia Sala, al basarse en una de las causas de discriminación proscritas por el art. 2 Ley 15/2022.

En segundo lugar, se produce una situación de discriminación indirecta por razón de sexo y por asociación en los supuestos de ausencias por causas de fuerza mayor del artículo 37.9 ET (motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata) y permisos no tribuidos de los apartados 1 y 2 del art. 58 del Convenio colectivo (adopción internacional y hospitalización o enfermedad grave del cónyuge o pareja de hecho, descendientes o parientes hasta el primer grado de afinidad o consanguinidad). En el caso de autos, este tipo de discriminación se produce al tomar en consideración el disfrute de permisos vinculados con la conciliación para limitar la retribución variable en función de la superación del 4% del nivel de absentismo.

Finalmente, en lo que respecta al último supuesto de limitación de la percepción de la retribución por objetivos- la suspensión de empleo y sueldo por sanción disciplinaria- considera que la misma supone una vulneración del artículo 58.3 ET (*“No se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber”*). En efecto, reiterando la doctrina contenida en la SAN de 19-6-2023, proc. 114/2023, la Sala afirma que los incentivos no pueden verse reducidos o suprimidos como consecuencia de que el trabajador hubiera recibido una determinada sanción, pues ello supone la imposición de una “multa de haber” proscrita por el art. 58.3 ET.

Todo lo anterior le lleva a la conclusión de que en los supuestos de ausencia indicados en la demanda se debe percibir la retribución variable sin aplicación de la cláusula por absentismo pretendida por la empresa.

X. Apunte final

Compartimos plenamente el fallo estimatorio de la demanda, ya que los motivos previstos en el Acuerdo de empresa para la reducción de la retribución variable por absentismo infringen ciertamente la legalidad vigente al suponer un trato peyorativo del trabajador por causa de enfermedad, ejercicio de determinados derechos de conciliación o multa de haber. Como se ha argumentado en la sentencia glosada, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina de la propia Sala de la Audiencia Nacional, las causas convencionales que permiten el descuento retributivo suponen bien una discriminación directa por enfermedad, o por asociación por enfermedad (artículo 2 y 6 de la Ley 15/2022), bien una discriminación indirecta por razón de sexo (art. 6 LO 3/2007) o, en lo que respecta al último supuesto previsto, una multa de haber, prohibida por el artículo 58.3 del ET.