



Roj: **STS 174/2025 - ECLI:ES:TS:2025:174**

Id Cendoj: **28079140012025100033**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/01/2025**

Nº de Recurso: **99/2024**

Nº de Resolución: **40/2025**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 377/2024,**
STS 174/2025

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 40/2025

Fecha de sentencia: 20/01/2025

Tipo de procedimiento: CASACION

Número del procedimiento: 99/2024

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/01/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

Procedencia: AUDIENCIA NACIONAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

Transcrito por: CGG

Nota:

CASACION núm.: 99/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 40/2025

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio V. Sempere Navarro

D.ª María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio García-Perrote Escartín

En Madrid, a 20 de enero de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación ordinaria interpuesto por la Letrada D^a Laura Guillén Fiel, en nombre y representación de Verallia Spain SA contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 4/2024, de 22 de enero, procedimiento 280/2023, en actuaciones seguidas en virtud de demanda sobre impugnación de convenios colectivos a instancia de Confederación General del Trabajo (CGT) contra la mercantil Verallia Spain SA, Comité Intercentros, Federación de Industria Construcciones a y Agro de UGT y Federación de Industria de Comisiones Obreras.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida Confederación General de Trabajo (CGT), representada y defendida por la Letrada D^a María del Coral Gimeno Presa, Federación de Industria Construcciones y Agro de UGT, representada y defendida por el Letrado D. Enrique Aguado Pastor y Federación de Industria de Comisiones Obreras, representada y defendida por la Letrada D^a María Blanca Suárez Garrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por la representación letrada de la Confederación General del Trabajo (CGT), se presentó demanda sobre impugnación de convenio colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimó de aplicación terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare: « la ILEGALIDAD y NULIDAD de los concretos aspectos impugnados del Convenio Colectivo de Verallia Spain S.A (fábricas) y que se detallan a continuación señalados en negrita:

Artículo 49. **Incentivo** de mejora.

El **Incentivo** de Mejora es una retribución mensual, de carácter individual, y su cobro se ponderará, en función de los resultados de cada Centro, para cada trabajador/a **teniendo en cuenta el número de ausencias individuales (sin computar las vacaciones, diferencias horarias, ni licencias sindicales).**

Se calculará e informará mensualmente y se abonará trimestralmente en los meses de: Abril, julio, octubre del año en curso y enero del año siguiente.

La fórmula para el cálculo en cada Centro será la siguiente:

Incentivo mes (€) = (Rtoreal-Rtoref)1,4 × Base (€).

Rtoref= PPTO-1

Base=109,446 euros.

Modulado por calidad:

- Defecto crítico, 0% de IM.

- Sin defectos críticos:

1. Hasta 1 reclamación/mes, 100%

2. Con 2 reclamaciones/mes, 50%

3. A partir de 3 reclamaciones/mes, 0%

Pago: En función de las ausencias individuales de cada mes (Cierre de nómina en 2022 A partir del 1 enero 2023, una vez realizadas la modificaciones pertinentes en el sistema, las ausencias individuales serán contabilizadas e imputadas en el mes natural.):

- Menos de 8 horas de ausencia en el mes = 100 % de la cuantía que corresponda al centro de trabajo.

- Mayor o igual a 8 horas y menos de 16 horas = 70 % de la cuantía que corresponda al centro de trabajo.

- Mayor o igual a 16 horas y menos de 24 horas = 30 % de la cuantía que corresponda al centro de trabajo.

- Mayor o igual a 24 horas = 0% de la cuantía que corresponda al centro de trabajo.

A efectos de cálculo de las ausencias individuales para el pago no se tendrán en cuenta los permisos retribuidos que obedecieran al fallecimiento de cónyuge, padre-madre y/o hijas-os de la persona trabajadora.

Finalizado cada año se revisará el total percibido por cada fabrica comparándolo con el total teórico que se hubiera percibido con la formula anterior (2020), en caso de que la nueva formula no hubiera resultado mas beneficiosa se complementará por la diferencia entre ambas.

Y en todo caso, de forma subsidiaria, respecto del párrafo

A efectos de cálculo de las ausencias individuales para el pago no se tendrán en cuenta los permisos retribuidos que obedecieran al fallecimiento de cónyuge, padre-madre y/o hijas-os de la persona trabajadora.

se declare NULA POR ILEGAL, la consideración de forma implícita como **absentismo** a efectos del cálculo de las ausencias individuales para el pago del **incentivo** de mejora, de los permisos contemplados en el artículo 33 del convenio colectivo, concretamente, de los previstos en el apartado a) : los de fallecimiento de abuelos/as, nietos/as, hermanos/as, tíos/as y sobrinos/as carnales de ambos cónyuges, enfermedad grave del cónyuge, padres, e hijos/as, abuelos/as y hermanos/as de ambos cónyuges, asistencia a consulta del médico de familia del servicio público de salud para el trabajador/a e y/o menores de 12 años o persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida, asistencia a consulta del especialista del servicio público de salud, y, en el apartado a bis), los permisos para el cuidado de lactante hasta que cumpla 9 meses, por nacimiento prematuro y para exámenes prenatales».

SEGUNDO.-Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones, adhiriéndose UGT y CCOO a las peticiones de CGT. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.-En fecha 22 de enero de 2024 se dictó sentencia 4/2024 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que consta el siguiente fallo:« ESTIMAMOS LA DEMANDA INTERPUESTA POR CGT FRENTE A VERALLIA SPAIN SA y su COMITÉ INTERCENTROS a la que se han adherido CCOO Y UGT y declaramos la nulidad de aquellos pasajes del art- 49 del Convenio de aplicación que aparecen en negrita.

"Artículo 49. **Incentivo** de mejora.

El **Incentivo** de Mejora es una retribución mensual, de carácter individual, y su cobro se ponderará, en función de los resultados de cada Centro, para cada trabajador/a **teniendo en cuenta el número de ausencias individuales (sin computar las vacaciones, diferencias horarias, ni licencias sindicales).**

Se calculará e informará mensualmente y se abonará trimestralmente en los meses de:

Abril, julio, octubre del año en curso y enero del año siguiente.

La fórmula para el cálculo en cada Centro será la siguiente:

Incentivo mes (€) = (Rtoreal-Rtoref)1,4 × Base (€).

Rtoref= PPTO-1

Base=109,446 euros.

Modulado por calidad:

- Defecto crítico, 0% de IM.

- Sin defectos críticos:

1. Hasta 1 reclamación/mes, 100%

2. Con 2 reclamaciones/mes, 50%

3. A partir de 3 reclamaciones/mes, 0%

Pago: En función de las ausencias individuales de cada mes (Cierre de nómina en 2022 A partir del 1 enero 2023, una vez realizadas la modificaciones pertinentes en el sistema, las ausencias individuales serán contabilizadas e imputadas en el mes natural.):

- Menos de 8 horas de ausencia en el mes = 100 % de la cuantía que corresponda al centro de trabajo.

- Mayor o igual a 8 horas y menos de 16 horas = 70 % de la cuantía que corresponda al centro de trabajo.

- Mayor o igual a 16 horas y menos de 24 horas = 30 % de la cuantía que corresponda al centro de trabajo.

- Mayor o igual a 24 horas = 0% de la cuantía que corresponda al centro de trabajo.

A efectos de cálculo de las ausencias individuales para el pago no se tendrán en cuenta los permisos retribuidos que obedecieran al fallecimiento de cónyuge, padre-madre y/o hijas-os de la persona trabajadora.

Finalizado cada año se revisará el total percibido por cada fabrica comparándolo con el total teórico que se hubiera percibido con la formula anterior (2020), en caso de que la nueva fórmula no hubiera resultado más beneficiosa se complementará por la diferencia entre ambas.»

CUARTO.-En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO. - El día 10 de diciembre de 2022 fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el Convenio de Verallia SPAIN,S.A suscrito entre la dirección de la empresa y su Comité Inter-centros que regula en su art. 33 a) los permisos retribuidos, en su art. 49 el **incentivo** de mejora y en su art. 49 bis la prima de **absentismo**.

SEGUNDO.- A efectos de interpretar el art. 49:

- el término Resultado de referencia es el presupuestado por la empresa menos un punto porcentual;
- por Defecto crítico se considera aquel que implica la retirada de un producto del mercado.
- las denuncias son aquellos defectos en los envases de vidrio que no afectan a la comercialización del producto.
- interrogatorio de la demandada.-

TERCERO.- Damos por reproducidos los documentos aportados por la demandada obrantes en los descriptores 34 y siguientes relativos a la postura de CGT durante la negociación del Convenio colectivo».

QUINTO.-Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de Verallia Spain, SA, siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.-Impugnado el recurso por las representaciones de las partes recurridas Comisiones Obreras de Industria, Confederación General del Trabajo y Federación de Industrias, Construcción y Agro de la Central Sindical UGT, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar el recurso procedente. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos. Se señaló para votación y fallo del presente recurso el día 15 de enero de 2025, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.-En este procedimiento de impugnación de convenio colectivo se solicita la nulidad parcial de la regulación del **incentivo** de mejora establecido en el Convenio colectivo de Verallia Spain SA (fábricas) suscrito el 20 de junio de 2022. La parte actora sostiene que la regulación convencional de ese plus es discriminatoria por enfermedad, por razón de sexo y por asociación por razón de enfermedad.

2.-El art. 49 de esa norma colectiva tiene el siguiente contenido:

«El **incentivo** de Mejora es una retribución mensual, de carácter individual, y su cobro se ponderará, en función de los resultados de cada Centro, para cada trabajador/a teniendo en cuenta el número de ausencias individuales (sin computar las vacaciones, diferencias horarias, ni licencias sindicales).

La fórmula para el cálculo en cada Centro será la siguiente:

Incentivo mes (€) = (Rtoreal-Rtoref)1,4 × Base (€) [...]

Modulado por calidad:

- Defecto crítico, 0% de IM.
- Sin defectos críticos:
 1. Hasta 1 reclamación/mes, 100%
 2. Con 2 reclamaciones/mes, 50%
 3. A partir de 3 reclamaciones/mes, 0%

Pago: En función de las ausencias individuales de cada mes [...]

- Menos de 8 horas de ausencia en el mes = 100 % de la cuantía que corresponda al centro de trabajo.
- Mayor o igual a 8 horas y menos de 16 horas = 70 % de la cuantía que corresponda al centro de trabajo.
- Mayor o igual a 16 horas y menos de 24 horas = 30 % de la cuantía que corresponda al centro de trabajo.
- Mayor o igual a 24 horas = 0% de la cuantía que corresponda al centro de trabajo.

A efectos de cálculo de las ausencias individuales para el pago no se tendrán en cuenta los permisos retribuidos que obedecieran al fallecimiento de cónyuge, padre-madre y/o hijas-os de la persona trabajadora [...].».

El término «Rtoref» (resultado de referencia) es el presupuestado por la empresa menos un punto porcentual.

3.-Este **incentivo** de mejora se calcula de la siguiente manera:

1º Se utilizan unas fórmulas matemáticas para calcular la cuantía que corresponde a cada centro de trabajo, en función de la productividad y de la calidad.

2º Después, se individualiza el plus salarial que le corresponde a cada trabajador de ese centro de trabajo en función de su número horas de ausencia mensual.

Se trata de un complemento salarial que pretende aumentar la productividad, mejorar la calidad y combatir el **absentismo**. Una vez logrados los objetivos de productividad y calidad del centro de trabajo, el plus salarial se abona a cada trabajador en función del número de horas de ausencias al mes: se abona el 100% de la cuantía correspondiente al centro de trabajo cuando el trabajador ha tenido menos de 8 horas de ausencia en el mes. El porcentaje va disminuyendo progresivamente en función del número de horas de ausencia de cada trabajador. Si ha habido 24 o más horas de ausencia en el mes, ese trabajador no cobra este plus (tiene derecho al 0% de la cuantía que corresponda al centro de trabajo).

La empresa explicó que fabrica vidrio y que su actividad se estructura en un ciclo continuo de trabajo en el que la presencia de los trabajadores es altamente relevante para evitar fallos críticos, razón por la que se vincula el percibo de este objetivo con la presencialidad.

4.-La sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Nacional 4/2024, de 22 de enero (procedimiento 280/2023), argumentó que el convenio colectivo contenía una discriminación directa por enfermedad, una discriminación por razón de sexo y una discriminación por asociación por razón de enfermedad. La sentencia de instancia estimó la demanda y declaró la nulidad parcial de la regulación del **incentivo** de mejora establecida en el art. 49 del convenio colectivo de esa empresa. Se declaró nula:

a) La mención a que ese **incentivo** de mejora se calcula «teniendo en cuenta el número de ausencias individuales (sin computar las vacaciones, diferencias horarias, ni licencias sindicales).»

b) La referencia a cómo se hace el pago en función de las ausencias individuales de cada mes: se cobra el 100% de la cuantía correspondiente al centro de trabajo con menos de 8 horas de ausencia en el mes, el 70% con 8 horas o más y menos de 16 horas...

La consecuencia de la sentencia de instancia es que, al suprimir la mención convencional al pago del plus salarial en función de las ausencias de cada trabajador, el **incentivo** de mejora ya no es un complemento de productividad, calidad y asistencia al trabajo sino que solamente es un plus de productividad y calidad porque, una vez cumplidos los objetivos de productividad y calidad, todos los trabajadores de cada centro de trabajo percibirán el 100% del importe correspondiente a su puesto de trabajo, con independencia de si ha habido ausencias al trabajo, justificadas o injustificadas, y de la causa de dichas ausencias. Es decir, un trabajador que haya faltado al trabajo durante más de 24 horas en un mes sin justificación, tendría derecho a percibir íntegro este **incentivo** de mejora.

Cuando un convenio colectivo instaura un plus de **absentismo** y, al precisar qué ausencias no se computan a efectos del cálculo de la cuantía del complemento, omite mencionar algún permiso que disfrutaran mayoritariamente las mujeres o cuya omisión constituya una discriminación, la consecuencia no es la anulación del plus de **absentismo** sino efectuar una interpretación integradora de esa norma convencional en la que, por aplicación del art. 14 de la Constitución y de las leyes que lo desarrollan, no se computen esas ausencias.

5.-Contra esa sentencia recurre en casación ordinaria Verallia con tres motivos:

a) El primero, amparado en el art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS), denuncia la infracción del art. 49 del Convenio Colectivo de Verallia, del art. 14 de la Constitución y del art. 1.3 de la Ley 15/2022. Argumenta que la regulación de ese **incentivo** no es discriminatoria.

b) El segundo motivo, formulado con el mismo amparo procesal, denuncia la infracción del art. 37.1 de la Constitución en relación con el art. 1275 del Código Civil y de los arts. 26, 163 y 164 de la LRJS. Alega que la estimación de la demanda desvirtúa la naturaleza del **incentivo** de mejora. Por ello, considera que, si se estima la demanda, debería anularse todo el art. 49 del convenio de empresa, que regula ese **incentivo**. Ello conduciría a la supresión de este plus.

c) El tercer motivo, sustentado en el art. 20.7.b) de la LRJS, denuncia la vulneración del art. 163 y siguientes de la LRJS. Sostiene que concurre la excepción de inadecuación del procedimiento de impugnación de convenios colectivos.

6.-Los sindicatos Confederación General del Trabajo (CGT), Comisiones Obreras (CC.OO.) y Federación de Industrias, Construcción y Agro de la Central Sindical Unión General de Trabajadores (FICA-UGT) presentaron sendos escritos de impugnación de los recursos en los que solicitan la confirmación de la sentencia recurrida.

El Ministerio Fiscal informó a favor de la estimación del primer motivo y la desestimación de los demás.

SEGUNDO.- 1.-Debemos examinar en primer lugar el tercer motivo del recurso de casación, en el que se alega la inadecuación del procedimiento de impugnación de convenios colectivos, porque su estimación impediría examinar los restantes motivos, relativos a la controversia litigiosa.

La parte recurrente fundamenta la excepción de inadecuación de procedimiento en el fondo del asunto: sostiene que el artículo impugnado no contiene ilegalidad alguna porque es legítimo acordar un **incentivo** para reducir el **absentismo**. Por ello, considera que la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos no es adecuada para conocer de esta pretensión.

2.-Esta parte procesal alega la excepción de inadecuación de procedimiento pero no indica cuál debería ser la modalidad procesal idónea para conocer de la pretensión ejercitada. Si la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos no fuera adecuada, debería indicarse a través de qué modalidad procesal (o del proceso ordinario) debería articularse esta pretensión. En caso contrario, si no hubiera ninguna modalidad procesal adecuada, se vulneraría el derecho a la tutela judicial de la actora.

La pretensión ejercitada consiste en la solicitud de que se declare la nulidad parcial de un convenio colectivo estatutario por ilegalidad. Esta pretensión tiene correcto encuadre en la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, regulada en el art. 163 y siguientes de la LRJS.

Cuestión diferente es que la acción ejercitada deba ser estimada o desestimada en función de si la norma impugnada vulnera preceptos constitucionales. Pero ello afecta al fondo del asunto: a la estimación o desestimación de la demanda, no a la adecuación del cauce procesal elegido. Por lo tanto, no existe impedimento para resolver las cuestiones de fondo planteadas en el presente recurso.

TERCERO.- 1.-En el primer motivo del recurso se niega que la regulación de este **incentivo** sea discriminatoria. El sindicato CGT presentó un escrito de impugnación del recurso en el que sostiene que la parte recurrente no indica la norma que se considera infringida por la sentencia recurrida. Sin embargo, la parte recurrente denuncia la infracción del art. 49 del Convenio Colectivo de Verallia, del art. 14 de la Constitución y del art. 1.3 de la Ley 15/2022.

2.-Hemos explicado que se trata de un complemento salarial regulado en un convenio colectivo de empresa que pretende aumentar la productividad, mejorar la calidad y combatir el **absentismo**. Consiste en una retribución mensual cuyo importe depende de unos objetivos de productividad y calidad del centro de trabajo, así como del número de ausencias individuales de cada trabajador. Se abona el 100% de la cuantía correspondiente al centro de trabajo a los trabajadores que han tenido menos de 8 horas de ausencia en el mes. El porcentaje va disminuyendo progresivamente en función del número de horas de ausencia. Si ha habido 24 o más horas de ausencia en el mes, el trabajador no cobra este plus (el 0% de la cuantía que corresponda al centro de trabajo).

La regulación convencional de este plus tiene en cuenta todas las ausencias del trabajador a efectos de aminorar la cuantía del plus, excepto las debidas a vacaciones, diferencias horarias, licencias sindicales y permisos retribuidos por fallecimiento de cónyuge, padre-madre o hijos del trabajador.

3.-En primer lugar, debemos examinar la alegación relativa a la discriminación por enfermedad. Los arts. 2.3 y 9.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, disponen:

«Art. 2.3. 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.»

Ese precepto es trasunto literal del art. 6.3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

«Art. 9.1. No podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo.»

4.-Hemos indicado que el art. 2.3 de la Ley 15/2022 establece que la enfermedad no puede amparar diferencias de trato, excepto las derivadas de su tratamiento, las limitaciones objetivas para el ejercicio de actividades o por razones de salud pública. El art. 9.1 de esa ley prohíbe que se establezcan limitaciones, segregaciones o exclusiones en la retribución por razón de las causas previstas en esa norma legal.

Si la cuantía del **incentivo** de mejora regulado en el Convenio colectivo de Verallia se calculase teniendo en cuenta las ausencias individuales motivadas por una enfermedad causante de un proceso de incapacidad temporal, ello conllevaría una discriminación para esos trabajadores por razón de enfermedad. En tal caso, un trabajador con 24 horas o más de ausencias en un mes por haber estado de baja médica, tendría derecho a un 0% de la cuantía correspondiente al centro de trabajo. Si se interpretase esa norma colectiva en el sentido de que se calcula el importe de este plus computando las ausencias individuales debidas a la enfermedad, se vulneraría el art. 2.3 de la Ley 15/2022.

CUARTO.- 1.-La discriminación indirecta por razón de sexo está definida en el art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres:

«Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.»

2.-La sentencia del TC 153/2021, de 20 de octubre, explica que «siguen siendo las mujeres las que se acogen mayoritariamente a dicha medida de conciliación (de la vida familiar y laboral) [...] En efecto, según datos recientes del Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE), en 2018 se acogieron a la reducción de jornada por guarda legal el 1,10 por 100 de las mujeres trabajadoras (146300 trabajadoras, en términos absolutos), frente al 0,5 por 100 de los hombres trabajadores (68900 trabajadores); en definitiva, más del doble de mujeres que de hombres (INE, "Encuesta de población activa. Módulo sobre conciliación entre la vida laboral y la familiar. Año 2018"). Ello pese a que la tasa de empleo de las mujeres es aun significativamente inferior a la de los hombres: ese mismo año la tasa de empleo de las mujeres era de 43,1 por 100, frente al 54,2 por 100 la de los hombres, con una brecha de género de 11,1 por 100 (INE, "Tasa de empleo. Brecha de género 2018")». Por ello, el TC concluye que, «aunque pueda haber habido un ligero avance, sigue siendo una realidad la conclusión que extrajimos en la STC 3/2007: cualquier menoscabo de este derecho perjudica fundamentalmente a las mujeres. Por consiguiente, y en tanto en cuanto no se alcance en nuestra sociedad un reparto equilibrado entre mujeres y hombres de las tareas de cuidado familiar que coadyuve a la consecución de la igualdad en el ámbito laboral, incurre en discriminación indirecta por razón de sexo el tratamiento que implique una restricción o la asignación de consecuencias laborales negativas al ejercicio por las mujeres trabajadoras de estos derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, siempre que no pueda probarse que responden a razones o factores objetivos, ajenos a toda discriminación por razón de sexo, susceptibles de legitimar la medida en cuestión».

En el mismo sentido se han pronunciado las sentencias del TS 983/2023, de 21 de noviembre (rcud 3576/2020); 339/2024, de 22 de febrero (rec. 322/2021); y 1095/2024, de 12 de septiembre (rcud 550/2021), entre otras.

3.-Entre los pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con esta controversia podemos citar los siguientes:

a) La sentencia del TS 10/2017, de 10 de enero (rec. 283/2015) declaró contraria a derecho la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal o, al menos, las seis semanas obligatorias, así como la baja por riesgo de embarazo, a los efectos de cómputo de días productivos para tener derecho a las retribuciones de unos **incentivos**. Las trabajadoras de baja por maternidad o riesgo durante el embarazo veían alteradas sus retribuciones en el momento de su reincorporación porque no percibían **incentivos** hasta que no volvían a transcurrir los periodos necesarios para su devengo, computados sólo desde la fecha de dicha reincorporación. Esta Sala declaró que se trataba de una discriminación directa.

b) La sentencia del Pleno de la Sala Social del TS 815/2019, de 3 de diciembre (rec. 141/2018) examinó un acuerdo alcanzado en el periodo de consultas de una modificación sustancial de condiciones de trabajo que había instaurado el «**incentivo** secciones». Se trataba de un **incentivo** ligado a la productividad del empleado que no se devengaba «[d]urante las ausencias del puesto de trabajo, cualquiera que sea su causa, salvo durante las vacaciones, las horas sindicales y los permisos por tiempo inferior a la jornada diaria del trabajador.»

Esta Sala argumentó que «[l]a expresión "ausencias del puesto de trabajo, cualquiera que sea su causa", no puede tener un alcance tan amplio como para excluir del sistema de **incentivos** a las trabajadoras y trabajadores que se encuentren en situaciones especialmente protegidas vinculadas al ejercicio de cualquier derecho fundamental.»

Por ello, consideramos que se había producido una discriminación indirecta por razón de género y declaramos la nulidad la exclusión del complemento de **incentivos** por productividad durante los permisos por accidentes, enfermedad grave, hospitalización y asistencia durante el reposo domiciliario. Argumentamos que en estos

supuestos se produce un mayor impacto para las trabajadoras que mayoritariamente son las que se hacen cargo de la atención a los familiares en esas circunstancias, sobre un porcentaje menor de hombres.

También declaramos la nulidad de las ausencias por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto. Se trataba de una discriminación directa de las mujeres trabajadoras.

Asimismo, declaramos nula la exclusión de las ausencias para asistir a las preceptivas sesiones de información y preparación o realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

c) La sentencia del TS 793/2020, de 23 de septiembre (rec. 70/2019) confirmó la sentencia de instancia, que había condenado a la empresa a incluir dentro del sistema de retribución variable regulado en un reglamento de la empresa al colectivo de trabajadores que disfrutaban del permiso de paternidad desde el primer día de su disfrute. Se trataba de unos **incentivos** por consecución de objetivos que no se veían afectados por ausencias derivadas de baja por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, permisos de maternidad, lactancia y baja por incapacidad temporal. Esta Sala declaró que la diferencia de trato, a efectos de esos **incentivos**, entre las ausencias derivadas del permiso de maternidad y paternidad vulneraba el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres.

4.-La regulación de este **incentivo** de mejora únicamente excluye expresamente del cómputo del **absentismo**:

a) Los permisos retribuidos por fallecimiento de cónyuge, padre, madre o hijos del trabajador.

b) Las vacaciones, diferencias horarias y licencias sindicales.

Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar se ejercitan mayoritariamente por las trabajadoras. Si las ausencias individuales debidas a la conciliación de la vida familiar y laboral tuvieran como consecuencia que la persona trabajadora no percibiera este complemento salarial o lo cobrase con una cuantía inferior a la que hubiera recibido si no hubiera ejercitado su derecho a la conciliación de la vida personal y familiar, en tal caso se trataría de una discriminación indirecta por razón de sexo porque conllevaría consecuencias laborales negativas debidas al ejercicio por las trabajadoras de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar.

QUINTO.- 1.-La discriminación por asociación está definida en el art. 6.2.a) de la Ley 15/2022:

«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.»

2.-El art. 37.3.b) del ET establece un permiso de «[c]inco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguineidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella.»

Por su parte, el Convenio colectivo de Verallia (fábricas) regula permisos por enfermedad grave de parientes y para asistencia a consulta del médico de familia del Servicio Público de Salud para los hijos menores de 12 años o persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida (si el trabajador ostenta la guarda legal).

3.-Si un familiar de un trabajador sufre una enfermedad grave y ese trabajador disfruta de un permiso para cuidarlo, la consecuencia no puede ser una aminoración del **incentivo** de mejora porque ello supondría una discriminación por asociación del trabajador que ha utilizado ese permiso para cuidar al enfermo:

a) El art. 2.1 de la Ley 15/2022 prohíbe la discriminación por razón de enfermedad o condición de salud. En ese supuesto, el enfermo es un familiar del trabajador.

b) Como consecuencia de esa enfermedad del familiar, el trabajador disfruta de uno de esos permisos para cuidarlo.

c) Si ese trabajador percibe un salario inferior al que hubiera cobrado en el caso de no haber disfrutado de ese permiso, se tratará de una discriminación por asociación sufrida por el trabajador debida a su relación con un familiar enfermo.

SEXTO.- 1.-Hemos explicado que este **incentivo** de mejora es un plus salarial que pretende aumentar la productividad, mejorar la calidad y combatir el **absentismo**. La sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018, C-270/2016, declaró que «combatir el **absentismo** laboral constituye una finalidad legítima a efectos del

artículo 2.2 b), inciso i), de la Directiva 2000/78, dado que se trata de una medida de política de empleo». Combatir el **absentismo** es una causa lícita que pretende afrontar un grave problema.

Lo que sucede es que se debe combatir el **absentismo** sin vulnerar la Constitución; ni la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación; ni la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Ello significa que las ausencias que pueden computarse a estos efectos no pueden estar causadas ni por enfermedad, ni por las citadas medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, ni tampoco deben causar discriminación por asociación. Sí que podrán computarse las ausencias injustificadas, así como las ausencias debidas a permisos que no constituyan una discriminación prohibida. Por ejemplo, sí que sería dable computar a estos efectos las ausencias por cambio de domicilio habitual o para concurrir a exámenes, en la medida en que no causen discriminación.

2.-Hemos explicado cómo se calcula este **incentivo**:

1º Se utilizan unas fórmulas matemáticas para calcular la cuantía que corresponde al centro de trabajo, en función de la productividad y de la calidad.

2º Después, se individualiza el plus salarial que le corresponde a cada trabajador en función de sus ausencias individuales.

La sentencia recurrida anula el convenio colectivo respecto de la individualización del plus para cada trabajador en función de sus ausencias al trabajo.

Dicha anulación supone que, con independencia de cuál ha sido la causa de esa inasistencia, todos los trabajadores tendrán derecho al 100% de la cuantía del plus que corresponda al centro de trabajo.

Si confirmamos la sentencia recurrida, la consecuencia será que un trabajador que se haya ausentado del trabajo por una causa no justificada o por una causa que no sea discriminatoria (por ejemplo, el permiso de un día por traslado de domicilio habitual establecido en el convenio colectivo) tendrá derecho al 100% de la cuantía del complemento correspondiente a su centro de trabajo. Dejaría de ser un plus de productividad, calidad y asistencia al trabajo y pasaría a ser un plus de productividad y calidad, lo que desnaturalizaría este complemento salarial pactado por el empresario con los representantes de los trabajadores.

3.-En resumen, la sentencia de instancia no solamente anula el convenio colectivo respecto de la falta de cómputo de las ausencias causadas por enfermedad, por discriminación por razón de sexo o por discriminación por asociación, sino que anula el cómputo de cualquier ausencia del trabajador. Ello vacía de contenido un complemento salarial que pretende combatir el **absentismo**: aunque la ausencia del trabajador no estuviera justificada o respondiera a un permiso ajeno a los factores de discriminación, no podría tenerse en cuenta a efectos del control del **absentismo**.

A juicio de esta Sala, la regulación del **incentivo** de mejora no es nula cuando tiene en cuenta las ausencias al trabajo que no están justificadas o se deben a factores no discriminatorios: ajenas a la discriminación por razón de enfermedad, a la discriminación por razón de sexo o a la discriminación por asociación.

Reiterada doctrina jurisprudencial sostiene que, «[a] través de la impugnación del convenio colectivo solo cabe interesar su declaración de ilegalidad (total, parcial) o de lesividad. No es posible interesar que se asuma o descarte determinada interpretación». [Por todas, sentencia del TS 255/2023, de 11 de abril (rec. 86/2021)].

En consecuencia, no procede declarar la nulidad del art. 49 del Convenio colectivo de Verallia, que regula el **incentivo** de mejora, porque es lícito establecer un plus salarial para combatir el **absentismo** que tenga en cuenta las ausencias al trabajo no justificadas o que no constituyan uno de los factores de discriminación prohibidos, sin perjuicio de que, al interpretar y aplicar ese precepto, además de las ausencias que se mencionan expresamente en el convenio colectivo (permisos por fallecimiento de cónyuge...) se excluyan también las que son discriminatorias.

4.-Debemos precisar que esta Sala no anula parcialmente el convenio colectivo de empresa porque existe una interpretación posible del art. 49 de esa norma colectiva, cohonestándolo con la Constitución, con la Ley 15/2022 y con la Ley Orgánica 3/2007.

Si se produce un comportamiento antijurídico de la empresa al interpretar y aplicar ese convenio colectivo, se podrá formular la correspondiente demanda por los trámites del procedimiento de conflicto colectivo.

Pero en abstracto no podemos anular ese convenio colectivo porque ello supondría que el **incentivo** de mejora, que pretende aumentar la productividad, mejorar la calidad y combatir el **absentismo**, se abonaría con la misma cantidad, calculada en función de la productividad y calidad, a todos los trabajadores del mismo centro, con



independencia de sus ausencias, aunque estas fueran injustificadas o su cómputo no vulnerase los derechos fundamentales de los trabajadores.

SÉPTIMO.-En el segundo motivo del recurso se alega que la estimación de la demanda desvirtúa la naturaleza de este complemento salarial: el **incentivo** de mejora. La parte considera que, por aplicación del derecho a la negociación colectiva del art. 37.1 de la Constitución y del art. 1275 del Código Civil, debe anularse todo el art. 49 del convenio de empresa, que regula ese **incentivo**.

La estimación del primer motivo del recurso de casación hace innecesario el examen de este segundo motivo.

OCTAVO.-Los anteriores argumentos obligan, oído el Ministerio Fiscal, a estimar el recurso de casación ordinario, casar y anular la sentencia recurrida y desestimar la demanda. Sin condena al pago de costas (art. 235 de la LRJS). Se acuerda la devolución del depósito para recurrir (art. 216.1 de la LRJS).

La sentencia recurrida, que anula parcialmente un convenio colectivo publicado en un boletín oficial, se publicó en el Boletín Oficial del Estado núm. 99, de 23 de abril de 2024. La casación y anulación de dicha resolución judicial obliga a publicar esta sentencia en dicho boletín oficial.

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 ordinario interpuesto por Verallia Spain SA.
- 2.- Casar y anular la sentencia de la Audiencia Nacional 4/2024, de 22 de enero (procedimiento 280/2023).
- 3.- Desestimar la demanda interpuesta por la Confederación General del Trabajo, a la que se adhirieron la Federación de Industrias, Construcción y Agro de la Central Sindical Unión General de Trabajadores (FICA-UGT) y la Federación de Industria de Comisiones Obreras contra la empresa Verallia Spain SA.

Se acuerda la publicación de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

- 4.- Sin condena al pago de costas. Se acuerda la devolución del depósito para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.