

La lucha contra el absentismo laboral en el marco de la negociación colectiva ¿todo es válido? Un análisis ante el último pronunciamiento del Tribunal Supremo en la sentencia 40/2025, 20 de enero de 2025

THE FIGHT AGAINST ABSENTEEISM IN THE FRAMEWORK OF COLLECTIVE NEGOTIATION: IS EVERYTHING VALID? AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE LATEST PRONOUNCEMENTS OF THE SPANISH SUPREME COURT

Sheila López Vico

Personal Investigador en Período de Orientación Posdoctoral (FPU)
Universidad de Granada

Coordinadora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)

Colaboradora en la Gestión de las actividades de la AESSS

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-2608-3436>

slvico@ugr.es

Fecha de envío : 31 mayo 2025

Fecha de aceptación: 23 junio 2025

Sumario: I. PLANTEAMIENTO GENERAL. II. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN LEGAL DEL ABSENTISMO EN ESPAÑA. 2.1. La noción de «ausentismo» o «absentismo». 2.2. El impacto de las sucesivas reformas laborales en los índices de absentismo. 2.3. La regulación legal del absentismo en España: ¿Es suficiente? III. MEDIDAS CONTRA EL ABSENTISMO LABORAL EN EL MARCO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESPAÑOLA: ANÁLISIS DESDE LA ÓPTICA RETRIBUTIVA. IV. POSIBLES COLISIONES DE DERECHOS EN LA LUCHA CONTRA EL ABSENTISMO: LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. V. CONCLUSIONES CRÍTICAS. VI. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: El Tribunal Supremo por medio de su sentencia 40/2025, 20 de enero de 2025 ha entrado recientemente a valorar la nulidad de determinados pasajes de un incentivo de mejora salarial convencionalmente establecido al entenderse este discriminatorio por enfermedad, por razón de sexo y por asociación por razón de enfermedad. El objeto de dicho incentivo consistía en aumentar la productividad, mejorar la calidad y combatir el absentismo laboral. Por medio de este estudio se entrará a analizar el estado actual de la regulación legal y convencional en materia de absentismo y la repercusión que dicha sentencia puede tener en el mismo.

Palabras clave: retribución, absentismo, complementos salariales, discriminación por enfermedad, discriminación por sexo, discriminación por asociación.

Abstract: The Supreme Court in its Decision 40/2025, 20 January 2025 has examined the nullity of certain passages of a wage improvement incentive established in a collective agreement as it was considered discriminatory of illness, sex and association on the grounds of illness. The purpose of this incentive was to increase productivity, improve quality and combat absenteeism. This study will analyse the current state of legal and contractual regulations on absenteeism and the repercussions that this ruling may have on it.

Keywords: remuneration, absenteeism, salary supplements, discrimination based on illness, discrimination based on sex, discrimination based on association.

I. Planteamiento general

La noción de «absentismo laboral», pese a su larga tradición legal y jurisprudencial, no es fácil de delimitar en nuestro país, no existiendo unanimidad a la hora de definir este concepto¹. Ello encuentra su principal razón de ser en la inexistencia de «un tratamiento normativo sistemático del absentismo» en nuestro país² y, del mismo modo, en el hecho de que esta cuestión ha venido siendo abordada desde distintas disciplinas³.

Como veremos más adelante, si bien ya en un primer momento el tratamiento de esta cuestión desde un punto de vista legal presentaba manifiestas deficiencias en el régimen jurídico español, tras las reformas acometidas en los últimos años y que, de manera directa o indirecta, han incidido en esta cuestión, nos encontramos con un tratamiento legal superficial que solo de manera indirecta entra a abordar esta problemática. Así, prácticamente

- 1 Véase GARCÍA VIÑA, J.: «¿Cómo la negociación colectiva puede ayudar a reducir el absentismo en las empresas?» en *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, vol. 58, núm. 1, 2010, pág. 311.
- 2 GOERLICH PESET, J.M.: «Ponencia invitada de universidad no andaluza. El tratamiento retributivo del absentismo», *XLI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales: Necesidades empresariales y tutelas laborales*, obra colectiva, coordinador ROMÁN VACA, E., Junta de Andalucía, s.l., 2024, pág. 243.
- 3 CRESPI FERRIOL, M.M.: *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, Cinca, Madrid, 2023, pág. 7.

se limita ahora nuestra normativa jurídico laboral a reglar una serie de supuestos en los que se encuentra justificada la ausencia del trabajador (con o sin derecho a mantener la remuneración) y en caso de encontrarnos ante sucesivas ausencias que podríamos calificar como «injustificadas», una vía punitiva o disciplinaria consistente en la extinción de la relación contractual.

Ello nos sitúa ante un claro reto, al ser evidente el negativo impacto que las ausencias imprevistas y prolongadas pueden tener tanto para la organización y desarrollo de la actividad productiva como a nivel económico para el empresario. Reto que, además, se ve acrecentado si nos situamos en el marco económico y social actual, en el que fenómenos hasta el momento inimaginables como pueden ser una pandemia mundial, apagones nacionales o catástrofes naturales, ponen en jaque las relaciones laborales, obligando a cesar de manera abrupta la prestación del servicio o adoptar formas de trabajo novedosas sin preparación previa alguna, con las consecuencias que ello puede tener en la protección de la salud, especialmente mental, de los trabajadores.

Pues bien, ante la ausencia de una regulación legal suficiente en esta materia, ha sido tradicionalmente evidenciado el importante papel que en la lucha contra el absentismo presenta la negociación colectiva. De entre las diversas cláusulas convencionales que pueden incidir positivamente en la lucha contra el mismo, han presentado un especial protagonismo, tal y como veremos, aquellas que introducen incentivos o complementos salariales ligados a la asistencia.

Sin embargo, en estas también está teniendo un claro impacto las últimas reformas legales acometidas en nuestro país, poniendo en duda que cualquier medida convencional sea lícita y adecuada para luchar contra el absentismo.

Pues bien, sobre esta cuestión se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo a través de la STS 40/2025, 20 de enero de 2025⁴, en el cual se entra a examinar la licitud de un *incentivo de mejora salarial* convencionalmente establecido, al poder concurrir en el mismo distintas causas de discriminación.

De este modo, la finalidad perseguida por medio del presente estudio consiste en examinar cómo han incidido o incidirán las últimas reformas legales acometidas en esta materia en el importante papel que la negociación colectiva ha venido ocupando en la lucha contra el absentismo laboral.

Para ello, antes de entrar a examinar dicho pronunciamiento jurisprudencial, consideramos necesario realizar, a modo de contextualización y sin ánimos de exhaustividad, un breve recorrido por el marco regulador del absentismo en España ante las últimas modificaciones relevantes que en los últimos años se han producido en esta materia. Tras ello, para comprender el impacto que dichas reformas han tenido en la realidad práctica, se realizará un breve examen del impacto que actualmente presenta el absentismo en nuestro país desde un punto de vista cuantitativo. A continuación, entraremos a examinar el papel que la negociación colectiva presenta en esta materia, utilizando para ello tanto los datos estadísticos actualmente disponibles como también algunos ejemplos relevantes encontrados en el marco de la negociación colectiva. Llegados a este punto entraremos a analizar los razonamientos

4 ECLI:ES:TS:2025:174

seguidos por el Tribunal Supremo en la STS 40/2025, 20 de enero de 2025. Todo ello nos aportará una visión general de esta compleja materia y nos permitirá extraer una serie de conclusiones finales que permitan avanzar en un modelo de lucha contra el absentismo que no resulte discriminatorio y que, en todo caso, no atente contra la necesaria protección de la salud y seguridad de los trabajadores.

II. Evolución de la regulación legal del absentismo en España

2.1. La noción de «ausentismo» o «absentismo»

Desde un punto de vista legal no es posible identificar en nuestro país una definición expresa de las nociones de «absentismo» o «ausentismo» que permitan delimitar sus rasgos característicos. Este, pese a ser un problema que, como hemos señalado, ha venido siendo tradicionalmente evidenciado por la doctrina, sigue sin haber sido actualmente resuelto en nuestro país por medio de las últimas reformas legales acometidas.

Así, para tratar de delimitar esta noción, puede acudir a la definición recogida en la Real Academia Española (en adelante RAE), en virtud de la cual puede entenderse por absentismo la «Abstención deliberada de acudir al lugar donde se cumple una obligación»⁵ o, en su segunda acepción, el «Abandono habitual del desempeño de funciones y deberes propios de un cargo»⁶. No obstante, como ha señalado la doctrina esta noción «coloquial» de absentismo, con claras connotaciones negativas y de carácter genérico, debe de diferenciarse del concepto jurídico, el cual trata de ser «un vocablo objetivo, describiendo únicamente determinadas ausencias ocasionales de los empleados»⁷ y que, en consecuencia, resulta ser mucho más «estricto, preciso y riguroso»⁸.

Como consecuencia de ello, cabe acudir a otras definiciones que han sido dadas por importantes organizaciones e instituciones desde un punto de vista laboral, como es por ejemplo aquella dada por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), en virtud de la cual se define el absentismo como «Una situación en la que el trabajador no se presenta en su lugar de trabajo, o acude menos horas de lo estipulado, cuando desde la organización se esperaba que acudiera, o permaneciera todo el tiempo en dicho lugar»⁹.

En todo caso, estas primeras reflexiones permiten ya extraer una primera conclusión, resulta necesario concretar en nuestro país que cabe entender por absentismo desde un

5 Véase RAE: «absentismo», disponible en: <https://dle.rae.es/absentismo>

6 *Ibidem*.

7 Cfr. SELMA PENALVA, A.: «Absentismo laboral: causas, consecuencias y estrategias efectivas para reducirlo», en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 282, 2025. [Recurso de acceso digital]

8 *Ibidem*.

9 Esta definición ha sido recogida por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) y puede encontrarse en CCOO: «El absentismo laboral. Diciembre 2019», pág. 3, disponible en: https://www.ccoo.cat/salutlaboral/documents/folleto_absentismo_laboral.pdf

punto de vista jurídico laboral, y delimitar los concretos supuestos en los que el trabajador se ausenta de su puesto de trabajo que resultan englobables en el mismo¹⁰.

Partiendo de la noción de absentismo de la OIT, pueden extraerse la existencia de dos grandes categorías de *absentismo laboral*, por un lado aquellas ausencias de carácter justificado: en las que concurre además de una razón objetiva el aviso de la persona trabajadora al empresario (dentro de las que cabría incluir las ocasionadas como consecuencia de «vacaciones, enfermedades, bajas médicas, permisos retribuidos por diferentes motivos, crédito sindical, etc.»¹¹), o por el contrario injustificado: cuando no concurre dicho aviso ni la causa que lo respalda¹². Incluso, ha identificado la doctrina una tercera posible interpretación de esta noción aludiendo a lo que denominan como «absentismo presencial»¹³, esto es, aquellos supuestos en los que la persona trabajadora pese a acudir a su puesto de trabajo dedica el tiempo a tareas no relacionadas con el mismo, como puede ser «el derivado del uso y abuso de los teléfonos propios y ordenadores de la empresa por parte del trabajador con fines particulares», etc. Otros autores, por el contrario, delimitan la definición de ausentismo atendiendo a que el mismo sea voluntario, involuntario o a que nos encontremos en un periodo de tiempo en el que no tiene que prestarse el servicio por constituir un derecho social legalmente reconocido a los trabajadores¹⁴.

En todo caso, lo hasta ahora recogido permite evidenciar que, como ha señalado la doctrina, la delimitación de la noción de absentismo debe de realizarse «contraponiendo de forma binaria las ausencias justificadas y las injustificadas»¹⁵.

2.2. El impacto de las sucesivas reformas laborales en los índices de absentismo

Pues bien, una vez delimitada la problemática actualmente existente en la delimitación de la noción de absentismo, cabe ahora entrar a analizar el impacto que dicha figura presenta en

10 Véase SELMA PENALVA, A.: «Absentismo laboral: causas, consecuencias y estrategias efectivas para reducirlo», *Revista española de derecho del trabajo*, cit. Esta autora resalta el debate existente entre el uso del término «absentismo» y «ausentismo» y, del mismo modo, la poca adecuación que actualmente presenta la delimitación de dicha noción en el plano estadístico, al ser «quizá demasiado abierta enumeración de las causas de absentismo que registra estadísticamente el INE da lugar a un concepto “Frankenstein”, configurado atendiendo exclusivamente a los intereses económicos de las empresas, y poco acorde con la tutela de los derechos laborales de los trabajadores».

11 Véase CCOO: «El absentismo laboral. Diciembre 2019», cit., pág. 3.

12 *Ibidem*.

13 Véase SALA FRANCO, T.: «Acerca del absentismo laboral», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 49, 2019. [Recurso de acceso digital]. Otros autores como CARRERAS ROIG, L.: «Impacto económico del absentismo laboral», en *La gestión del absentismo laboral: impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral*, obra colectiva, coordinadores ROMERO BURILLO, A.M. Y MORENO I GENÉ, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 20, lo califican como «abstencionismo».

14 Véase GARCÍA VIÑA, J.: «¿Cómo la negociación colectiva puede ayudar a reducir el absentismo en las empresas?», en *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, cit., pág. 312.

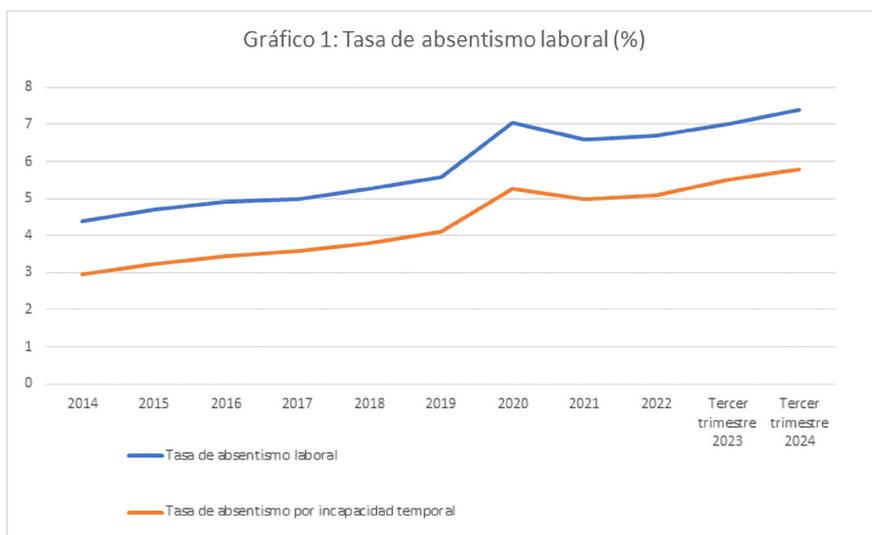
15 Véase GOERLICH PESET, J.M.: «Ponencia invitada de universidad no andaluza. El tratamiento retributivo del absentismo», *XLI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales: Necesidades empresariales y tutelas laborales*, cit., pág. 244.

nuestro mercado de trabajo ya que solo así podrá entrarse posteriormente a valorar el posible impacto que las sucesivas reformas que, como veremos, se han producido en esta materia, han tenido en la lucha contra el absentismo.

En este sentido, informes recientes muestran que en España el nivel de absentismo ha provocado la pérdida de un 6,7% de las horas pactadas en el cuarto trimestre de 2024, lo que equivale a que «en promedio, cada día un total de 1.463.544 personas no acudieron a su puesto de trabajo, de las cuales un total de 1.137.350 personas se encontraban de baja médica»¹⁶.

Sin embargo, de poco nos sirven datos que nos muestren únicamente una foto estática de la situación, siendo necesario examinar cual es la evolución que, especialmente desde la introducción de reformas de importante calado en el ámbito laboral, esta figura ha sufrido en nuestro país.

Por ello, se han tomado como referencia al menos los cambios que en una década se han producido en las tasas de absentismo, lo cual nos muestra una tendencia interesante al permitir comprobar que, lejos de decrecer, la tasa de absentismo en nuestro país ha presentado una manifiesta tendencia creciente:



Fuente: Elaboración propia sobre los datos de FREMAP¹⁷ y ADECCO¹⁸

16 Véase RANDSTAD: «Informe trimestral de absentismo laboral. Marzo 2025», disponible en: <https://www.randstadresearch.es/publicaciones/absentismo/>

17 FREMAP: «Gestión de la incapacidad temporal», disponible en: https://gestionit.fremap.es/Absla-laboral/Paginas/estadisticas_absentismo.aspx

18 ADECCO: «Informe trimestral: absentismo, siniestralidad laboral y enfermedades profesionales abril 2025», disponible en: <https://www.adeccoinstitute.es/salud-y-prevencion/xi-informe-absentismo-siniestralidad/>

Estos datos muestran una tendencia interesante, coincidiendo el mayor pico en el crecimiento de las tasas de absentismo y de absentismo por incapacidad temporal en el año 2020. En dicho momento, se sucedieron dos eventos que impactaron de manera determinante en la incidencia del absentismo en nuestro país.

Por un lado, como es bien sabido, irrumpió la pandemia del COVID-19, la cual, como cabría esperar, generó un aumento significativo de las bajas por incapacidad temporal. Tanto es así que «más del 75 % del aumento del absentismo en 2020 se explica por el aumento de la incapacidad temporal, como efecto directo de la pandemia»¹⁹.

Pero, por otro lado, aconteció también en dicho año un cambio importante desde la óptica de la regulación legal del absentismo que bien podría haber contribuido a aumentar dichas tasas de absentismo. Siendo dicho evento precisamente la derogación del despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo.

2.3. La regulación legal del absentismo en España: ¿Es suficiente?

Delimitados los rasgos definitorios de este concepto, cabe entrar a examinar en qué medida entra nuestra legislación a abordar esta problemática. Para ello, cabe antes señalar que el absentismo «es un evento multicausal»²⁰, esto es, son diversos los factores que positiva o negativamente pueden incidir en el mismo.

Así, se ha comprobado que en el ausentismo influyen diversos factores como pueden ser el «entorno institucional, el empleado, la empresa y las características del trabajo realizado»²¹. Por lo tanto, además de la clásica vía disciplinaria que penalice salarialmente al trabajador por la ausencia a su puesto de trabajo o, en el peor de los casos, que derive en su despido, son otras muchas las vías que pueden adoptarse tanto legal como convencionalmente para abordar este problema. Es más, como ha señalado la doctrina «cualquiera de estas medidas convencionales positivas puede hacer más por la reducción del absentismo laboral que las medidas de control o negativas»²².

19 Véase ADECCO: «Informe sobre Absentismo Laboral», 2024, págs. 38 y 39, disponible en: <https://www.adeccoinstitute.es/salud-y-prevencion/informe-sobre-absentismo-laboral/>

20 Véase CRESPI FERRIOL, M.M.: *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, cit., pág. 19.

21 GOERLICH PESET, J.M.: «Ponencia invitada de universidad no andaluza. El tratamiento retributivo del absentismo», *XLI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales: Necesidades empresariales y tutelas laborales*, cit., pág. 241. En este mismo sentido CARRERAS ROIG, L.: «Impacto económico del absentismo laboral», en *La gestión del absentismo laboral: impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral*, cit., pág. 22 y GARCÍA VIÑA, J.: «¿Cómo la negociación colectiva puede ayudar a reducir el absentismo en las empresas?», en *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, cit., pág. 312, indicando este último que «si una empresa cuenta con unas condiciones laborales favorables, ofrece incentivos y promoción para los trabajadores, consigue un buen clima laboral y, en definitiva, gestiona bien sus recursos humanos, es muy probable que cuente con unos niveles más bajos de absentismo laboral».

22 Véase SALA FRANCO, T.: «Acerca del absentismo laboral», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 49, 2019. [Recurso de acceso digital]

Pues bien, en este apartado nos centraremos en las medidas que actualmente recoge nuestra regulación legal para controlar, prever y, en su caso, penalizar el absentismo.

En este sentido, no podemos negar que nuestro legislador es consciente del problema que supone esta cuestión²³, habiéndose incluso aludido a la misma en fechas recientes con la promulgación de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (en adelante LTD), en cuya exposición de motivos se recogió expresamente entre las ventajas derivadas de la deslocalización del trabajador de los centros de trabajo su posible impacto en la «reducción del absentismo».

Sin embargo, como tantas veces suele ocurrir, dichas alusiones y buenas intenciones habitualmente recogidas en las extensas exposiciones de motivos de las distintas normas promulgadas en nuestra disciplina, no siempre se traducen en medidas concretas y efectivas que consigan alcanzar dichos objetivos.

Precisamente esto es lo que ocurre en el marco de la lucha contra el absentismo, donde si ya de por sí no contábamos con un marco regulador que de manera sistemática abordase esta cuestión²⁴, dicha situación se ha visto agravada con las últimas reformas laborales acometidas. Siendo actualmente residuales las referencias que nuestra normativa laboral hace a esta figura y a las posibles medidas preventivas o disciplinarias contra la misma.

Aclarada dicha cuestión, cabe señalar que son diversos los preceptos que en nuestro ordenamiento jurídico entran a luchar de manera directa o indirecta contra el absentismo laboral. Para ello, los mismos adoptan esencialmente dos posturas contrapuestas. Por un lado, nos encontramos aquellas medidas mediante las cuales el empresario «autoriza» determinadas ausencias del trabajador, respetando incluso el derecho de los mismos a percibir su salario pese a no darse como contraprestación la realización de la actividad productiva. El ejemplo paradigmático de dicho supuesto lo encontramos en el artículo 37.3 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), al reconocer a las personas trabajadoras el derecho a ausentarse de su puesto de trabajo sin perder por ello el derecho a la remuneración en una serie de supuestos delimitados legalmente (por matrimonio, fallecimiento de parientes, traslado del domicilio habitual, etc.). Pues bien, este precepto ha sido objeto de múltiples reformas en los últimos años, habiéndose ampliado las casuísticas que pueden dar derecho al mismo. Las más recientes las encontramos, por un lado, en el marco de las reformas introducidas en nuestra normativa jurídica laboral como consecuencia del impacto que en España tuvo la Depresión Aislada en Niveles Altos (en adelante DANA) en el año 2024. Así, por medio del Real Decreto-ley 8/2024, de 28 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el marco del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la DANA en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024, se introdujo en el artículo 37.3 un nuevo apartado g) en virtud del

23 Así lo señaló en su momento CARRERAS ROIG, L.: «Impacto económico del absentismo laboral», en *La gestión del absentismo laboral: impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral*, cit., págs. 19 y 20.

24 Extensamente sobre esta cuestión véase GOERLICH PESET, J.M.: «Ponencia invitada de universidad no andaluza. El tratamiento retributivo del absentismo», *XLI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales: Necesidades empresariales y tuteladas laborales*, cit., pág. 242.

cual tendrá derecho el trabajador a ausentarse «Hasta cuatro días por imposibilidad de acceder al centro de trabajo o transitar por las vías de circulación necesarias para acudir al mismo, como consecuencia de las recomendaciones, limitaciones o prohibiciones al desplazamiento establecidas por las autoridades competentes, así como cuando concurra una situación de riesgo grave e inminente, incluidas las derivadas de una catástrofe o fenómeno meteorológico adverso. Transcurridos los cuatro días, el permiso se prolongará hasta que desaparezcan las circunstancias que lo justificaron...», reconociéndose en el mismo la posibilidad al empresario de aplicar una suspensión del contrato de trabajo o una reducción de jornada derivada de fuerza mayor o, en caso de ser posible, de implementar el trabajo a distancia. Esta última reforma se encuentra precisamente en sintonía con el propósito de reducción del absentismo al que anteriormente aludíamos y que se plasmó en la exposición de motivos de la LTD. No obstante, como ha señalado la doctrina, la emergencia con la que se aprobó esta norma, al igual que en el caso de la LTD, ha provocado que la misma presente claras lagunas u omisiones en su aplicación práctica²⁵.

En segundo lugar, en el marco de la Ley 6/2024, de 20 de diciembre, para la mejora de la protección de las personas donantes in vivo de órganos o tejidos para su posterior trasplante, se incorporó también un apartado g) sic, sobre la base del cual el trabajador podrá ausentarse «Por el tiempo indispensable para la realización de los actos preparatorios de la donación de órganos o tejidos siempre que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo».

Por supuesto, para evitar posibles abusos o fraudes por parte del trabajador, por ejemplo mediante la simulación de una enfermedad para no acudir a su puesto de trabajo o el intento de ampliar más allá de lo necesario la duración de una situación de incapacidad temporal²⁶ (en adelante IT), se prevén medidas complementarias como la prevista en el artículo 20.4 ET, en virtud del cual se permite al empresario comprobar mediante un reconocimiento médico el estado de salud de la persona trabajadora en aras de justificar sus faltas de asistencia al trabajo. En dicho supuesto, la negativa del trabajador puede derivar en «la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones». Esta cuestión es interesante y nos lleva a plantearnos el impacto que en su caso puede tener en la posible percepción por parte del trabajador de plusones e incentivos vinculados a la asistencia al trabajo.

25 Críticamente sobre esta norma véase LÓPEZ VICO, S.: *El modelo de regulación legal y convencional del trabajo a distancia en España e Italia*, Laborum, Murcia, 2025, pág. 144 y ss.

26 Como ha señalado la doctrina esta situación no resulta poco frecuente como consecuencia de la existencia en este punto de «una situación de asimetría informativa afectada por el riesgo moral por formación oculta porque, pese a la intermediación del médico del servicio de salud o la mutua, ni la Seguridad Social, ni el empresario..., pueden observar o controlar perfectamente el estado de salud del trabajador». Cfr. CRESPI FERRIOL, M.M.: *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, cit., pág. 14. Es por ello que algunos autores señalaron en su momento que «la solución al absentismo laboral no se encontraba en el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo, sino en un mayor control y castigo de las situaciones fraudulentas de IT de las personas trabajadoras, lo que disuadiría a los trabajadores con tal ánimo». Véase GUINDO MORALES, S.: «Derecho al trabajo versus libertad de empresa la derogada en 2020 causa d) del artículo 52 del ET concerniente al despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo no era contraria a los tratados internacionales», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 96, 2022. [Recurso de acceso digital]

Para abordar aquellos casos en los que el trabajador no acude a su puesto de trabajo sin concurrir las causas anteriormente indicadas, se recoge también una vía punitiva o disciplinaria. Sin embargo, la misma ha sufrido importantes reformas en los últimos años que han reducido su poder coercitivo. Así, antes del año 2020 se preveía la posibilidad de despedir al trabajador por ausencias a su puesto de trabajo tanto acudiendo a la vía del despido objetivo (ex artículo 52 d) ET) como del despido disciplinario (ex artículo 54.2 a) ET).

Por medio de la primera de ellas, esto es la del despido objetivo, se preveía la posibilidad de extinguir la relación contractual por faltas de asistencia al trabajo que, aun siendo justificadas, alcanzasen un determinado volumen. Esta causa de despido resultó ser una de las «causas extintivas de la relación laboral más polémicas»²⁷, precisamente porque si bien lo que permite el artículo 52 ET en términos generales es extinguir el contrato de trabajo cuando «la prestación laboral deja de tener utilidad económica para el empleador»²⁸, la posibilidad de hacerlo por las faltas de asistencia incluso justificadas lo que en realidad permite al empresario es «extinguir un contrato de trabajo que le resulta poco rentable como consecuencia de la excesiva morbilidad o absentismo involuntario»²⁹, introduciendo con ello una vía legal de presión para que «el trabajador renuncie a situaciones de ausencia al trabajo plenamente justificadas por el miedo a estar por encima de los umbrales fijados en la normativa, fomentándose de este modo un cierto “presentismo” de los trabajadores en la empresa por miedo a perder su puesto de trabajo»³⁰. Ello asimismo suponía hacer «de peor condición a personas que, por causas ajenas a su voluntad, tenían ciertos padecimientos crónicos, aunque intermitentes»³¹.

Pues bien, precisamente como consecuencia de ello no resulta extraño el importante número de reformas que el mismo sufrió a lo largo de los años³². Estas fueron progre-

27 Cfr. GUINDO MORALES, S.: «El porvenir del absentismo laboral ante las recientes reformas no garantizadoras del trabajo decente», en *El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente: congreso internacional*, obra colectiva, directores MONEREO PÉREZ, J.L., TÚLIO BARROSO, F. Y LAS HERAS, H., Laborum, Murcia, 2018, pág. 325.

28 Véase MONEREO PÉREZ, J.L. Y ORTEGA LOZANO, P.G.: «La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral estudio jurídico crítico a propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16: Ruiz Conejero, y el acervo comunitario sobre discriminación y discapacidad», en *La Ley Unión Europea*, número 57, 2018. [Recurso de acceso digital]

29 Cfr. GUINDO MORALES, S.: «El porvenir del absentismo laboral ante las recientes reformas no garantizadoras del trabajo decente», en *El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente: congreso internacional*, obra colectiva, directores MONEREO PÉREZ, J.L., TÚLIO BARROSO, F. Y LAS HERAS, H., *cit.*, pág. 326.

30 Cfr. MORENO I GENÉ, J.: «La extinción del contrato por absentismo productividad empresarial versus derechos constitucionales reconocidos al trabajador», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020, pág. 65.

31 Véase MOLINA NAVARRETE, C.: «Discriminación por discapacidad y despido por absentismo una interpretación correctora a la luz del “caso Ring”», en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 130, 2015, pág. 145.

32 Esta cuestión ha sido abordada por diversos autores, entre otros, véase GÓMEZ SALADO, M.A.: «El despido objetivo por absentismo y la interpretación del supuesto no computable referido al “trata-

sivamente reduciendo su ámbito de aplicación por medio de la ampliación significativa del número de supuestos en los que las ausencias de los trabajadores no debían de computar en el cálculo del porcentaje de faltas de asistencia intermitentes³³. No obstante, esta tendencia sufrió un revés con la reforma operada en el año 2012 que, con un claro carácter flexibilizador³⁴, «haciendo prevalecer las exigencias económicas de eficiencia y competitividad de las empresas»³⁵, eliminó la referencia que inicialmente se incluía en dicho precepto y en virtud del cual tenía que tenerse en cuenta el índice de absentismo total de la plantilla³⁶.

Pues bien, esta situación sufrió un cambio radical por medio del Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, desplazándose legalmente la posibilidad de acometer un despido objetivo por faltas de asistencia al derogarse la letra d) del artículo 52 ET.

Desde dicho momento, por tanto, sólo puede acudir al despido disciplinario del artículo 54.2 a) ET) por «faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo», que-

miento médico de cáncer o enfermedad grave», en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 148, 2019.

- 33 Así, si bien inicialmente se excluía de dicho cómputo «las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, licencias y vacaciones, ni enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos» (véase la redacción inicial del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), posteriormente se amplió al «riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia» (artículo 7.1 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre), a las bajas «motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda» (disposición adicional 7.6 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre), a la «paternidad» y a las «ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave» (artículo 18.4 y 5 y la disposición adicional 18 de la Ley 3/2012, de 6 de julio).
- 34 GÓMEZ SALADO, M.A.: «El despido objetivo por absentismo y la interpretación del supuesto no computable referido al “tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”», en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 148, 2019, pág. 194.
- 35 Véase GUINDO MORALES, S.: «Derecho al trabajo versus libertad de empresa la derogada en 2020 causa d) del artículo 52 del ET concerniente al despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo no era contraria a los tratados internacionales», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 96, 2022. [Recurso de acceso digital]
- 36 Véase artículo 18.4 y 5 del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero. Esta reforma fue objeto de fuertes críticas por la doctrina al entender que «la supresión del requisito del absentismo total de la plantilla supone, por tanto, un indiscutible debilitamiento de esta causa de extinción del contrato, no en vano, al suprimirse el umbral colectivo de absentismo se hace desaparecer el único elemento objetivo con que poder presumir, que no acreditar, un perjuicio al empresario por inasistencia». Véase MORENO I GENÉ, J.: «La extinción del contrato por absentismo: productividad empresarial versus derechos constitucionales reconocidos al trabajador», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020, pág. 65.

dando con ello excluidas aquellas que aun estando justificadas por su volumen supongan un perjuicio económico para el empresario.

Las críticas de esta opción legislativa no han sido, como cabría esperar, unánimes en la doctrina, existiendo tanto autores que calificaron la misma como «positiva pero insuficiente»³⁷ al seguir existiendo otras causas legalmente tasadas que permiten despedir al trabajador por su ineptitud o vías para la monetización del despido, como otros que apuntaron el riesgo que podía suponer excluir dicha vía disciplinaria legalmente establecida, al remitir en consecuencia esta cuestión a planes antiabsentismo negociados en el marco de la negociación colectiva³⁸.

Pues bien, en los últimos años se ha seguido avanzando en esta materia al haberse aprobado la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en adelante Ley 15/2022), en cuyo artículo 2.1 se reconoció el derecho a no «ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». La inclusión expresa por dicho precepto de la enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos de manera diferenciada a la discapacidad ha hecho que actualmente se retome el debate sobre el despido del trabajador por dichas causas, haciendo que también la vía del despido disciplinario por faltas de asistencia se encuentre «en trance de llegar al mismo resultado»³⁹ que en su día sufrió el despido por razones objetivas por dicha causa.

En todo caso, no es la finalidad de este estudio acometer una recopilación y análisis exhaustivo de las distintas normas que directa o indirectamente pueden incidir en la lucha contra el absentismo, sino solo mostrar una panorámica general que nos permita comprender los cambios que en esta materia se han producido en los últimos años y, especialmente, cuál ha sido el efecto que ello ha tenido en nuestro mercado de trabajo.

Pues bien, el análisis realizado ha permitido mostrar dos ideas clave. En primer lugar, el escaso peso que nuestro legislador le ha otorgado a esta cuestión, siendo residuales las medidas que de manera directa inciden en la reducción y lucha contra el absentismo. Y, por otro lado, el peso que a raíz de las sucesivas reformas acometidas se le ha dado indirectamente a la negociación colectiva en esta materia.

37 Véase GUINDO MORALES, S.: «Derecho al trabajo versus libertad de empresa la derogada en 2020 causa d) del artículo 52 del ET concerniente al despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo no era contraria a los tratados internacionales», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, cit. [Recurso de acceso digital]

38 Cfr. ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Control del absentismo y control de las bajas por incapacidad temporal: circunstancias deseablemente diferentes», en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 3, 2024. [Recurso de acceso digital]

39 Véase GOERLICH PESET, J.M.: «Ponencia invitada de universidad no andaluza. El tratamiento retributivo del absentismo», *XLI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales: Necesidades empresariales y tutelas laborales*, cit., pág. 246.

III. Medidas contra el absentismo laboral en el marco de la negociación colectiva española: análisis desde la óptica retributiva

Como se ha señalado anteriormente, ante la parca y cada vez más restringida regulación legal existente en esta materia, ocupará un papel clave las medidas que en materia de absentismo se fijen en el marco de la negociación colectiva.

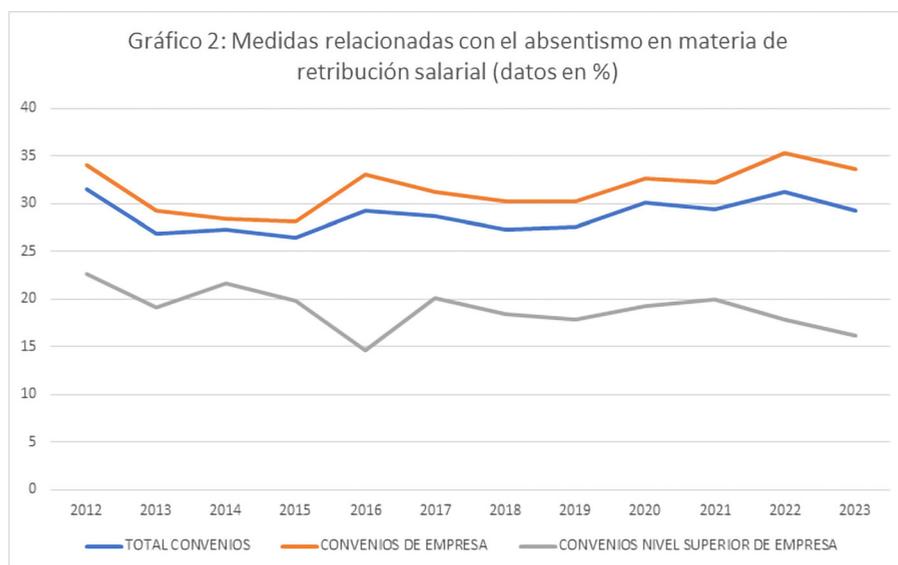
En este sentido, la doctrina ha identificado la tipología de cláusulas que habitualmente la negociación colectiva ha venido estableciendo en materia de absentismo⁴⁰. Entre aquellas que inciden de manera directa en esta cuestión cabría señalar la creación de comisiones para el control del absentismo o la introducción de cláusulas establecidas en materia salarial que ligan la obtención o la cuantía de determinados complementos a la asistencia o el establecimiento y graduación de las faltas de asistencia y, en su caso, posibles situaciones asimiladas a las mismas. Mientras que, por otro lado, entre aquellas cláusulas que de manera indirecta pueden tener una incidencia positiva en la lucha contra el absentismo cabría señalar aquellas dirigidas a mejorar las condiciones laborales, garantizar una adecuada protección de la salud y seguridad, promover un buen ambiente de trabajo, etc. En este último grupo de causas ha incidido de manera relevante el impulso que en los últimos años han tenido las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (en adelante TICS) en nuestro país y muestran, como ha señalado la doctrina, un amplio abanico de actuación de la negociación colectiva que bien podría contribuir a reducir el absentismo y que sin embargo aún se encuentra en un estado incipiente⁴¹.

El problema con el que, sin embargo, nos encontramos en este punto es la inexistencia de datos estadísticos suficientes que nos permitan extraer conclusiones fundadas sobre el papel que la negociación realmente está ocupando en esta materia. De hecho, los datos oficiales recogidos en la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo únicamente aluden al absentismo al recoger dentro de las cláusulas de retribución salarial una alusión a las «Medi-

40 Véase SALA FRANCO, T.: «Acerca del absentismo laboral», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, cit. [Recurso de acceso digital]. También sobre esta cuestión GOERLICH PESET, J.M.: «Penencia invitada de universidad no andaluza. El tratamiento retributivo del absentismo», *XLI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales: Necesidades empresariales y tutelas laborales*, cit., págs. 244 y ss.

41 Véase SELMA PENALVA, A.: «Absentismo laboral: causas, consecuencias y estrategias efectivas para reducirlo», en *Revista española de derecho del trabajo*, cit. [Recurso de acceso digital], la cual indica que «existen otras estrategias empresariales, todavía poco explotadas, que podrían tener importantísimos efectos a la hora de prevenir el absentismo pues, ¿qué ocurriría si se establece el trabajo por objetivos y no por tiempo? ¿Y los complementos por productividad? ¿Ayudaría este complemento salarial al menos a reducir las pérdidas económicas que el absentismo le genera a la empresa?... ¿Y si se opta por establecer flexibilidad horaria?, o ¿flexibilidad de presencia física en la empresa combinando periodos de permanencia en el centro de trabajo con periodos de teletrabajo a libre disposición del trabajador? Se trata de iniciativas cuyos efectos reales sobre el absentismo son todavía desconocidos, puesto que no existen cifras oficiales que reflejen datos tan precisos e individualizados».

das relacionadas con el absentismo». Ello encuentra su razón de ser, precisamente, en que «el establecimiento de complementos salariales dirigidos a fomentar económicamente la presencia de los trabajadores se identificó como la más frecuente de todas las medidas convencionales explícitamente dirigida a reducir el absentismo laboral»⁴².



Fuente: elaboración propia con los datos anuales de la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo⁴³

Como puede apreciarse, en la regulación de medidas relacionadas con el absentismo en el marco retributivo presenta un mayor peso el número de convenios de empresa que entran a normar esta materia.

En cuanto a su tendencia, siendo esto lo que nos interesa, todo parece apuntar al impacto que las distintas reformas laborales han tenido en esta materia, reduciéndose el porcentaje de convenios de todos los niveles que entran a regular esta cuestión desde el año 2012 (lo cual puede encontrar su justificación en la flexibilización del despido objetivo por faltas de asistencia al eliminar el índice de absentismo total de la plantilla), un crecimiento en el año 2020 (lo cual pudo responder al aumento de las tasas de absentismo como consecuencia de la pandemia y a la derogación en dicho año del despido objetivo por faltas de asistencia) para, finalmente sufrir un nuevo descenso pronunciado a partir del año 2022 (lo cual puede responder al impacto que puede tener en esta materia la calificación expresa por el legislador de la enfermedad como una causa de discriminación).

42 Véase CRESPI FERRIOL, M.M.: *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, cit., pág. 105.

43 Disponible en: https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/condiciones_trabajo_relac_laborales/CCT/welcome.htm#

Pues bien, siendo como hemos visto la introducción de complementos salariales o incentivos una de las vías más utilizadas en nuestro marco convencional para la lucha contra el absentismo, cabe en este punto señalar algunos ejemplos detectados en la práctica convencional.

Como ha señalado la doctrina, los pluses de actividad, asistencia y puntualidad constituyen una tipología de complementos salariales en función de la naturaleza del trabajo realizado por la calidad o cantidad de trabajo realizado⁴⁴ y se fijan esencialmente en aras de combatir el absentismo laboral⁴⁵.

Pues bien, en cuanto a su naturaleza la doctrina ha detectado que «en la mayor parte de los convenios se condiciona su obtención no solo a la asistencia al trabajo, sino al cumplimiento de la integridad de la duración de la jornada de trabajo⁴⁶...».

Entrando en su contenido⁴⁷, no resulta extraño que dichas cláusulas fijen una escala de sanciones, de modo que el trabajador irá viendo reducida la cuantía del plus o incentivo a percibir a medida que se acumulan las faltas, pudiendo incluso llegar a perder la totalidad del mismo⁴⁸. Es más, algunos convenios, son mucho más estrictos al respecto no permitiendo ninguna falta para percibir dicho incentivo⁴⁹.

44 Véase MONEREO PÉREZ, J.L., VICENTE PALACIO, A., LÓPEZ INSUA, B.M., PERÁN QUESADA, S. y LÓPEZ VICO, S.: *El salario en la encrucijada de las transformaciones en la empresa: entre heteronomía y autonomía*, Comares, Granada, 2024, *passim*.

45 Cfr. ALBIOL MONTESINOS, I.: *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*, Deusto, Bilbao, 1992, pág. 103.

46 Véase MONEREO PÉREZ, J.L., VICENTE PALACIO, A., LÓPEZ INSUA, B.M., PERÁN QUESADA, S. y LÓPEZ VICO, S.: «Complementos salariales en función del trabajo realizado y vinculados a los beneficios de la empresa», en *La regulación de las retribuciones en la negociación colectiva*, obra colectiva, coordinadores TODOLÍ SIGNES, A., ESTEVE SEGARRA, M.A., MERINO SEGOVIA, A., MUÑOZ RUÍZ, A. B., ÁLVAREZ CUESTA, H., MONEREO PÉREZ, J. L., ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. y GÓMEZ GORDILLO, R., Cinca, Madrid, 2024, págs. 175 y 176.

47 Véase CRESPI FERRIOL, M.M.: *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, *cit.*, pág. 106 y ss.

48 MONEREO PÉREZ, J.L., VICENTE PALACIO, A., LÓPEZ INSUA, B.M., PERÁN QUESADA, S. y LÓPEZ VICO, S.: *El salario en la encrucijada de las transformaciones en la empresa: entre heteronomía y autonomía*, *cit.*, pág. 90. Así puede verse en el Convenio Colectivo de la empresa Industria de Tuberías Aeronáuticas, S.A.U. (años 2022 a 2025), en el que indica que no se considerarán como ausencias: las «ocasionadas por la suspensión de la actividad en caso de riesgo de accidente de trabajo y asistencia a mutua, fuerza mayor temporal, asambleas retribuidas, cierre legal de la empresa o expediente de regulación de empleo, privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria...», la realización de funciones de Representación Sindical, ejercicio de cargo público representativo, los retrasos derivados de problemas de tráfico excepcionales que afecten de forma generalizada al mismo, siempre y cuando se recupere dentro del mes..., tampoco se tendrán en cuenta los retrasos que se recuperen siempre y cuando no excedan en número de tres al mes y en su conjunto no superen los treinta minutos mensuales..., los permisos particulares que hayan sido autorizados de forma previa a la ausencia y que serán recuperados con la autorización del responsable». Otro ejemplo puede encontrarse en el Convenio Colectivo de la empresa Gran Casino del Sardinero, S.A., (años 2024 a 2026).

49 A título ejemplificativo puede verse en el Convenio Colectivo de la Empresa Oilgist H&B SL, para sus trabajadores del centro de trabajo de Córdoba (años 2023 a 2025), al fijar lo siguiente: «Se establece un plus mensual de absentismo en el importe de 52'50 euros para toda la vigencia del presente convenio y, consecuentemente, sin ningún incremento en los años 2024 y 2025. Este Plus

Como puede apreciarse, aunque a la hora de regular este tipo de primas de asistencia se suelen contemplar determinados tipos de ausencias que no se toman en cuenta para su cómputo, es posible encontrar ejemplos en los que en dicho listado no se incluye por ejemplo las ausencias derivadas de una enfermedad.

Esta cuestión, al igual que pasó en el caso del despido objetivo por faltas de asistencia, no ha tardado en suscitar un debate sobre la posible concurrencia de discriminación en ese tipo de cláusulas convencionales, habiendo llegado la misma en fechas recientes al Tribunal Supremo.

IV. Posibles colisiones de derechos en la lucha contra el absentismo: la postura del Tribunal Supremo español

El Tribunal Supremo, por medio de su STS 40/2025, 20 de enero de 2025⁵⁰, ha entrado a resolver la posible concurrencia de distintos tipos de discriminación en una cláusula conven-

lo percibirá el personal de conducción con dicha categoría profesional con absentismo cero en cada mes natural. Se entiende absentismo cualquier ausencia del puesto de trabajo excepto la ocasionada por vacaciones, permisos y licencias retribuidas, permisos sindicales o accidente de trabajo, salvo que éste sea por culpa o negligencia acreditada de la persona trabajadora. No se considerará ausencia del puesto de trabajo las sanciones laborales». Como puede apreciarse, solo se excluye de la consideración de faltas de asistencia un listado *numerus clausus* entre los que no se incluyen los derivados de enfermedad, aludiéndose sólo a aquellos ocasionados por accidentes de trabajo. En dicho mismo punto alude dicho convenio a la posibilidad de la empresa de «controlar el comportamiento de aquellas trabajadoras y trabajadores que, por enfermedad o accidentes de trabajo, permanezcan apartados de su puesto de trabajo por largo período de tiempo» y del mismo modo de llevar a cabo reconocimientos médicos antes de su reincorporación. En términos similares lo recoge el Convenio Colectivo de la empresa Cervezas Reina 2000, S.A.U (años 2022 a 2024), al establecer para obtener un plus de asistencia el deber de los trabajadores de «asistir al puesto de trabajo todos los días que le correspondan en el mes, perdiéndose la totalidad en caso de falta al puesto de trabajo cualquier día y por cualquier causa (justificada o no) salvo los casos de fallecimiento de parientes de primer grado de consanguinidad o afinidad, nacimiento de hijo y vacaciones en cuyos casos, se abonará proporcionalmente a los días de asistencia. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, no se descontará cantidad alguna en los siguientes supuestos, de conformidad con los requisitos establecidos a continuación: En caso de fallecimiento de pariente de primer grado, no se descontará cantidad alguna por la falta al trabajo durante el primer día al sepelio, manteniéndose el descuento proporcional por el resto de la licencia. En caso de fallecimiento de pariente en segundo grado, no se descontará cantidad alguna por la falta al trabajo por el día necesario para acudir al sepelio. En casos distintos a las excepciones recogidas anteriormente, se perderá el plus de asistencia. En caso de fallecimiento de pariente en tercer grado, no se descontará cantidad alguna por la falta al trabajo por el tiempo necesario para acudir al sepelio. No se descontará cantidad alguna del plus de asistencia por el motivo de disfrutar del día de asuntos propios no retribuido».

50 Recientemente sobre este pronunciamiento véase MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «Absentismo y remuneración los incentivos antiabsentismo en el punto de mira: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 40/2025, de 20 de enero», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 486, 2025.

cional que, siguiendo el modelo de algunas de las anteriormente indicadas, permite excluir el derecho a percibir un determinado plus o prima de asistencia por ejemplo en caso de que el trabajador se haya ausentado por razones de salud.

El caso concreto que en dicha sentencia se plantea a nuestro Alto Tribunal gira en torno a la resolución de demanda de impugnación del contenido del Convenio Colectivo de Verallia Spain S.A., en la que se pidió que se declarasen nulos determinados pasajes de la cláusula convencional reguladora del *incentivo de mejora salarial*, al entenderse discriminatorios por enfermedad, por razón de sexo y por asociación por razón de enfermedad. Dicho incentivo tiene por objeto aumentar la productividad, mejorar la calidad y combatir el absentismo laboral. Concretamente la cláusula objeto de controversia se encuentra recogida en el artículo 49 del Convenio en los siguientes términos, siendo aquellos que se recogen en cursiva los pasajes controvertidos:

«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 las 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 fábrica comparándolo con el total teórico que se hubiera percibido con la fórmula anterior (2020), en caso de que la nueva fórmula no hubiera resultado más beneficiosa se complementará por la diferencia entre ambas».

Pues bien, tras analizar la cuestión la Audiencia Nacional decidió estimar la demanda, declarando con ello la nulidad de dichos pasajes.

Esta resolución fue recurrida por la representación de la empresa, aduciendo⁵¹:

1. Que la regulación convencional del incentivo de mejora no resulta discriminatoria.
2. Que la estimación de la demanda, y con ello la declaración de la nulidad de los pasajes resaltados, supondría desvirtuar la naturaleza del mismo. Por ello, aduce la empresa que en dicho caso debería de optarse no por una declaración de nulidad parcial, sino de todo el artículo 49 del Convenio y con ello la supresión del plus.
3. Se sostiene por la empresa que concurre en el presente supuesto una inadecuación del procedimiento de impugnación del convenio colectivo.

Este tercer motivo es desplazado por la Sala, alegándose que no concurre el mismo. Por lo que se entra a resolver esencialmente el primero de los motivos.

Como hemos adelantado ya, dicho plus tiene un triple fin: aumentar la productividad de la empresa, mejorar la calidad y, al mismo tiempo combatir el absentismo.

Pues bien, para ello lo que hace el citado precepto es tomar en consideración todas las ausencias de cada persona trabajadora y, atendiendo a una determinada horquilla, se aplican reducciones al incentivo a percibir, pudiendo derivar incluso en la supresión del mismo. Las únicas ausencias autorizadas por dicha regulación se refieren exclusivamente a «las debidas a vacaciones, diferencias horarias, licencias sindicales y permisos retribuidos por fallecimiento del cónyuge, padre-madre o hijos del trabajador», quedando por tanto excluidos buena parte de los permisos retribuidos legalmente contemplados en el marco de nuestro ET. Precisamente por ello se cuestiona la posible concurrencia de una discriminación en la regulación del citado incentivo.

Así, en primer término, entra la Sala a examinar la posible concurrencia de una *discriminación por enfermedad*.

La enfermedad como una «causa autónoma de discriminación»⁵² fue concebida por primera vez y de manera expresa como una auténtica novedad en nuestro país en el marco de la Ley 15/2022), al disponer en su artículo 2.3 que «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». Concretando en el primer párrafo de su artículo noveno que «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...en la retribución..., y demás condiciones de trabajo...».

51 En mayor profundidad véase el FD primero de la STS 40/2025, 20 de enero de 2025.

52 Véase ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: «Discriminación por enfermedad en las relaciones laborales», en *Revista crítica de relaciones de trabajo*, núm. 12, 2024, pág. 41.

Pues bien, partiendo de dicha regulación, entiende la Sala que efectivamente, si el incentivo de mejora objeto de análisis tiene en cuenta para el cómputo del mismo las ausencias individuales derivadas de una enfermedad se vulneraría la regulación contemplada en la Ley 15/2022⁵³.

A continuación, entra a examinar la Sala la posible concurrencia de una discriminación indirecta por razón de sexo. Para ello nuestro Alto Tribunal se basa en la postura que en casos similares ha seguido en esta cuestión el TS, lo cual le permite evidenciar que en nuestro país son aún las mujeres las que se acogen a medidas de conciliación para la vida familiar y laboral⁵⁴.

Por otro lado, se analiza la regulación contenida en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOIMH). Esta norma recoge en el párrafo segundo de su artículo 6 que «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».

Pues bien, todo ello lleva a la Sala a concluir que «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 sexo⁵⁵...».

Por último, entra la Sala a examinar la posible concurrencia de discriminación por asociación. Esta casusa de discriminación es definida en el artículo 6.2 a) de la Ley 15/2022 como aquella que tiene lugar «cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concorra alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo 2 de esta ley, es objeto de un trato discriminatorio».

En este sentido, entiende la Sala que en caso de que una persona trabajadora sufra una aminoración del incentivo de mejora como consecuencia de disfrutar de un permiso⁵⁶ para cuidar de un familiar que sufre una enfermedad grave o perciba un salario inferior al que habría cobrado en caso de no disfrutar de dicho permiso, nos encontraríamos ante una discriminación por asociación, al surgir precisamente de la relación de la persona trabajadora con un familiar enfermo⁵⁷.

53 Véase el FD tercero de la STS 40/2025, 20 de enero de 2025.

54 Al respecto véase LÓPEZ VICO, S.: *El modelo de regulación legal y convencional del trabajo a distancia en España e Italia*, Laborum, Murcia, 2025, págs. 235 y ss., en el cual se evidencia que el porcentaje de mujeres que recurren a medidas de conciliación sigue siendo mucho mayor que el de hombres en todos los casos, recogiendo para ello gráficamente el volumen de mujeres y hombres que actualmente acuden a medidas de conciliación de la vida laboral y personal como pueden ser el recurso a la jornada a tiempo parcial o a las excedencias.

55 Véase el FD cuarto de la STS 40/2025, 20 de enero de 2025.

56 Cfr. Artículo 37.3 b) ET.

57 Véase el FD quinto de la STS 40/2025, 20 de enero de 2025.

Todo ello lleva a la Sala a concluir que, si bien combatir el absentismo es una «causa lícita» que el empresario puede perseguir, ello no puede lograrse vulnerándose la normativa legalmente existente en nuestro país.

En este sentido, el análisis realizado ha probado que, la redacción actual de dicho incentivo en el marco del Convenio Colectivo de la empresa, puede ser origen de sendas discriminaciones, tanto por razón de enfermedad, de sexo o por asociación.

Como consecuencia de ello, entiende la Sala «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»⁵⁸. Lo cual implica que «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 computara estos efectos las ausencias por cambio de domicilio habitual o para concurrir a exámenes, en la medida en que no causen discriminación»⁵⁹.

Sin embargo, entiende la Sala, para lograr dicho fin no cabe declarar la nulidad de la cláusula convencional, ya que ello supondría conceder dicho plus a todos los trabajadores y en todos los casos, incluidos aquellos en los que la ausencia se derive de una causa no justificada o, incluso siendo justificada, no siendo discriminatoria (como por traslado del domicilio habitual). Ello supondría, en palabras de la sala dejar «vacía de contenido un complemento salarial que pretende combatir el absentismo»⁶⁰ 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»⁶¹.

Así, se falla estimando el recurso de casación y anulando la sentencia recurrida, al entenderse que no resulta necesario declarar la nulidad parcial «porque existe una interpretación posible del artículo 49 de esa norma colectiva, coonestándolo con la Constitución, con la Ley 15/2022 y con la LOIMH»⁶².

V. Conclusiones críticas

Como ha quedado evidenciado, los cambios legales acometidos en los últimos años en nuestro país han provocado sin lugar a dudas una crisis del modelo de lucha contra el absentismo laboral tal y como lo conocíamos. Parece que, tanto a nivel legal como jurisprudencial, se ha cambiado el enfoque con el que, hasta hace unos años, se abordaba este significativo problema en nuestro país y que, en definitiva, parecía otorgar un mayor peso al derecho a la libertad de empresa que a la propia protección de la salud y seguridad de los trabajadores y a su no discriminación⁶³.

58 Véase el FD sexto de la STS 40/2025, 20 de enero de 2025.

59 *Ibidem*.

60 *Ibidem*.

61 *Ibidem*.

62 *Ibidem*.

63 Como señalaron MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: «La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral estudio

Todo parece apuntar a que la lucha contra el absentismo, pese a ser un problema que, como hemos visto lejos de haber desaparecido ha sufrido un crecimiento en los últimos años, no se considera como «una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla»⁶⁴.

Ello sin lugar a dudas obligará en los próximos años a replantear las medidas que, especialmente en el marco convencional, habían venido siendo adoptadas para luchar contra el absentismo⁶⁵.

En nuestra opinión, ante las claras restricciones que actualmente impone nuestra legislación a la hora de abordar el absentismo, mecanismos que de manera directa buscan garantizar la asistencia de los trabajadores a la empresa como son las primas o incentivos por asistencia quedan limitados a tipos de ausencias muy concretos y que, normalmente, no presentan tanta relevancia en el marco empresarial. Ello no implica que los mismos deban de ser eliminados, ya que ciertamente a la empresa le interesará eliminar todo tipo de ausencias, incluso aquellas de menor calado. Pero en nuestra opinión ello obliga a que deban de ser exploradas otras medidas que, si bien de manera indirecta, pueden incidir positivamente en esta cuestión⁶⁶. Por ejemplo, promover mejores condiciones de trabajo⁶⁷ (ofrecer flexibilidad horaria, de trabajo a distancia, mejores posibilidades de ascenso, un mejor ambiente laboral, etc.), garantizando una adecuada protección de la salud y seguridad⁶⁸ (derecho a la desconexión digital efectiva, revisiones médicas periódicas, cursos de formación en materia de prevención de riesgos laborales que incluyan los nuevos riesgos laborales ligados al uso de

jurídico crítico a propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16: Ruiz Conejero, y el acervo comunitario sobre discriminación y discapacidad», en *La Ley Unión Europea*, cit., «no parece coherente que la propia Constitución Española proclame al Estado como social y de derecho que tiene como valores superiores la igualdad y la justicia —siendo expresión de ello los derechos a la integridad física y la salud (artículo 15 CE), el derecho al acceso a las prestaciones de Seguridad Social (artículo 40 CE), el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1 CE), el derecho al trabajo (artículo 35 CE) y el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 40.2 CE)— y que se pueda, con base en la legislación inspirada en tales derechos y principios, dar cobertura a un despido que se produce por el hecho de estar enfermo».

64 Véase artículo 4.2 de la Ley 15/2022. En contra de lo indicado por algunos autores, por ejemplo, GOERLICH PESET, J.M.: «Ponencia invitada de universidad no andaluza. El tratamiento retributivo del absentismo», *XLI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales: Necesidades empresariales y tutelas laborales*, obra colectiva, cit., pág. 256.

65 Cfr. GOERLICH PESET, J.M.: «Ponencia invitada de universidad no andaluza. El tratamiento retributivo del absentismo», *XLI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales: Necesidades empresariales y tutelas laborales*, obra colectiva, cit., pág. 246.

66 Un estudio estadístico sobre los aspectos que más inciden en el absentismo puede encontrarse en: ADECCO: «Informe sobre Absentismo Laboral», cit., págs. 64 y ss.

67 Véase GARCÍA VIÑA, J.: «¿Cómo la negociación colectiva puede ayudar a reducir el absentismo en las empresas?», en *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, cit., pág. 312 y CRESPI FERRIOL, M.M.: *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, cit., pág. 24.

68 Así lo indicó ya SELMA PENALVA, A.: «Absentismo laboral: causas, consecuencias y estrategias efectivas para reducirlo», en *Revista española de derecho del trabajo*, cit. [Recurso de acceso digital].

pantallas de visualización y medios informáticos, etc.), medidas que refuercen el sentimiento de pertenencia a la empresa y al fidelización de los trabajadores⁶⁹, etc.

VI. Bibliografía

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*, Deusto, Bilbao, 1992.

ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel: «Discriminación por enfermedad en las relaciones laborales», en *Revista crítica de relaciones de trabajo*, núm. 12, 2024, págs. 41-67.

ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel: «Control del absentismo y control de las bajas por incapacidad temporal: circunstancias deseablemente diferentes», en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 3, 2024. [Recurso de acceso digital]

CARRERAS ROIG, Lluís: «Impacto económico del absentismo laboral», en *La gestión del absentismo laboral: impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral*, obra colectiva, coordinadores ROMERO BURILLO, A.M. y MORENO I GENÉ, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 19-48.

CRESPI FERRIOL, M.^a del Mar: *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, Cinca, Madrid, 2023.

GARCÍA VIÑA, Jordi: «¿Cómo la negociación colectiva puede ayudar a reducir el absentismo en las empresas?», en *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, Vol. 58, núm. 1, 2010, págs. 311-327.

GOERLICH PESET, José María: «Ponencia invitada de universidad no andaluza. El tratamiento retributivo del absentismo», *XLI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales: Necesidades empresariales y tutelas laborales*, obra colectiva, coordinador ROMÁN VACA, E., Junta de Andalucía, s.l., 2024, págs. 239-262.

GÓMEZ SALADO, Miguel Ángel: «El despido objetivo por absentismo y la interpretación del supuesto no computable referido al “tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”», en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 148, 2019, págs. 189-214.

GUINDO MORALES, Sara: «Derecho al trabajo versus libertad de empresa la derogada en 2020 causa d) del artículo 52 del ET concerniente al despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo no era contraria a los tratados internacionales», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 96, 2022. [Recurso de acceso digital].

GUINDO MORALES, Sara: «El porvenir del absentismo laboral ante las recientes reformas no garantizadoras del trabajo decente», en *El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente: congreso internacional*, obra colectiva, directores, MONEREO PÉREZ, J.L., TÚLIO BARROSO, F. y LAS HERAS, H., Laborum, Murcia, 2018, págs. 323-342.

69 Cfr. SELMA PENALVA, A.: «Absentismo laboral: causas, consecuencias y estrategias efectivas para reducirlo», en *Revista española de derecho del trabajo, cit.* [Recurso de acceso digital].

LÓPEZ VICO, Sheila: *El modelo de regulación legal y convencional del trabajo a distancia en España e Italia*, Laborum, Murcia, 2025.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana: «Absentismo y remuneración los incentivos antiabsentismo en el punto de mira: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 40/2025, de 20 de enero», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 486, 2025, págs. 182-190.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: «Discriminación por discapacidad y despido por absentismo una interpretación correctora a la luz del “caso Ring”», en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 130, 2015, págs. 135-160.

MONEREO PÉREZ, José Luis y ORTEGA LOZANO, Pompeyo Gabriel: «La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral estudio jurídico crítico a propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16: Ruiz Conejero, y el acervo comunitario sobre discriminación y discapacidad», en *La Ley Unión Europea*, número 57, 2018. [Recurso de acceso digital].

MONEREO PÉREZ, José Luis, VICENTE PALACIO, María Arántzazu, LÓPEZ INSUA, Belén del Mar, PERÁN QUESADA, Salvador y LÓPEZ VICO, Sheila.: *El salario en la encrucijada de las transformaciones en la empresa: entre heteronomía y autonomía*, Comares, Granada, 2024.

MONEREO PÉREZ, José Luis, VICENTE PALACIO, María Arántzazu, LÓPEZ INSUA, Belén del Mar, PERÁN QUESADA, Salvador y LÓPEZ VICO, Sheila.: «Complementos salariales en función del trabajo realizado y vinculados a los beneficios de la empresa», en *La regulación de las retribuciones en la negociación colectiva*, obra colectiva, coordinadores TODOLÍ SIGNES, A., ESTEVE SEGARRA, M.A., MERINO SEGOVIA, A., MUÑOZ RUÍZ, A. B., ÁLVAREZ CUESTA, H., MONEREO PÉREZ, J. L., ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. Y GÓMEZ GORDILLO, R., Cinca, Madrid, 2024, págs. 143-207

MORENO I GENÉ, Josep: «La extinción del contrato por absentismo productividad empresarial versus derechos constitucionales reconocidos al trabajador», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020, págs. 62-106.

SALA FRANCO, Tomás: «Acerca del absentismo laboral», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 49, 2019. [Recurso de acceso digital].

SELMA PENALVA, Alejandra: «Absentismo laboral: causas, consecuencias y estrategias efectivas para reducirlo», en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 282, 2025. [Recurso de acceso digital].