



**AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL
MADRID**

SENTENCIA: 00080/2023

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

**Letrada de la Administración de Justicia
D^a MARTA JAUREGUIZAR SERRANO**

SENTENCIA N^o80/2023

Fecha de Juicio: 14/06/2023

Fecha Sentencia: 19/06/2023

Tipo y núm. Procedimiento: CONFLICTOS COLECTIVOS 114 /2023

Proc. Acumulados: CCO 130/2023, CCO 132/2023

Ponente: JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ

Demandante/s: UNION SINDICAL OBRERA, FEDERACION DE SERVICIOS DE CCOO,
CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO

Demandado/s: SITEL IBERICA TELESERVICIOS S.A.

Interesados: ALTERNATIVA SINDICAL DE TRABAJADORES, CSIF, UGT

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia: *Existen en SITEL planes de incentivos por objetivos en ventas y los demandantes cuestionan que dichos objetivos puedan verse suprimidos o reducidos en tres supuestos concretos: como consecuencia de haberse recibido una sanción, aviso escrito o amonestación, como consecuencia de haberse encontrado el trabajador en situación de Incapacidad temporal, como consecuencia de haber utilizado el permiso de acompañamiento a consultas médicas a menores y mayores de 65 establecido en el art. 31 del actual convenio colectivo. Las demandas se estiman porque la decisión sobre sanciones supone la imposición de multa de haber proscrita por el art. 58.3 ET, porque la decisión sobre la IT constituye un supuesto de discriminación directa proscrita por la Ley 15/2022 y porque la decisión sobre el uso del permiso no retribuido constituye un supuesto de discriminación indirecta y por asociación.*



AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-
GOYA 14 (MADRID)
Tfno: 914007258
Correo electrónico:
Equipo/usuario: MAD
NIG: 28079 24 4 2023 0000120
Modelo: ANS105 SENTENCIA

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000114 /2023

Procedimiento de origen: /
Sobre: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente Ilmo. Sr: JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ

SENTENCIA 80/2023

ILMO. SR.PRESIDENTE:

D. JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ

ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS :

D. RAMÓN GALLO LLANOS
D^a ANA SANCHO ARANZASTI

En MADRID, a diecinueve de junio de dos mil veintitrés.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres./as. Magistrados/as citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento CONFLICTOS COLECTIVOS 114/2023 seguido por demanda de UNION SINDICAL OBRERA (Letrada M.^a Eugenia Moreno Díaz), al que se acumularon los procedimientos 130/2023 seguido por demanda de FEDERACION DE SERVICIOS DE CCOO (Letrada D^a Pilar Caballero Marcos) y 132/2023 seguido por demanda de CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (Letrado D. José María Trillo Figueroa) contra SITEL IBERICA TELESERVICIOS S.A. (Letrado D. Francisco Javier Sáez García); como partes interesadas: ALTERNATIVA SINDICAL DE TRABAJADORES (no comparece), CSIF (Letrado D. Miguel Ona Bosque), UGT (Letrado D. Roberto Manzano del Pino), sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 3.05.2023 se presentó demanda por UNION SINDICAL OBRERA contra SITEL IBERICA TELESERVICES S.A. sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda con el número 114/2023 y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 14/6/2023 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio.

El 18.05.2023 se presentó demanda por CCOO que se registró con el número 130/2023 y el 19.05.2023 se presentó demanda por CGT registrada con el número 132/2023; ambos procedimientos se acumularon por Auto de 24.05.2023 a los autos CCO 114/2023.

Tercero.- Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto de juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto.- Se ratifica el sindicato USO en la demanda, referida a los planes de incentivos que como contratos de adhesión ha establecido el empresario para las diversas campañas de contact center que lleva a cabo, D 71 a 79, 137 a 154 y 157 y 158.

Constituye una práctica común según se aprecia en la tabla al D158 que los incentivos no se abonan si se superan determinados niveles de absentismo y la demanda tiene por objeto que no se consideren a estos efectos los periodos de IT, los permisos no retribuidos de acompañamiento a familiares y que se reconozca el derecho a percibir los incentivos en los casos en los que los trabajadores hayan sido sancionados. Invoca con relación a las bajas por IT la Ley 15/22 que reconoce que no cabe discriminación por enfermedad y esta situación se produciría si se penalizan como absentismo a efectos del percibo de la prima por incentivos.

El art. 31 del convenio reconoce permisos sin retribuir las ausencias para acompañamiento de familiar y en este caso se produciría una discriminación por razón de género, dado que dichos permisos se emplean fundamentalmente por las mujeres, además se estaría produciendo una situación de discriminación por asociación. Respecto de las sanciones la medida supone una multa de haber tampoco admitida por el ET.

CCOO se ratifica en su demanda acumulada por las razones expresadas por USO y además señala que se estaría produciendo un enriquecimiento injusto para el empresario dado que los trabajadores habrían realizado un sobreesfuerzo para alcanzar el objetivo que luego no se recompensa.

CGT se ratifica en su demanda adhiriéndose a lo ya dicho y además hace referencia a los planes de igualdad y sus estadísticas que reflejan que el 66% de los empleados son mujeres, que el 77% de los trabajos a tiempo parcial los realizan mujeres, que las reducciones de jornada en un 90% las solicitan las mujeres y el 100% de los permisos por acompañamiento también los solicitan las mujeres por lo que se produce una discriminación indirecta y una discriminación por asociación.

Los sindicatos UGT y CSIF se adhieren a la demanda y el sindicato AST o comparece.

El empresario se opone a las demandas, invoca el informe emitido por la ITSS de Sevilla que no aprecia irregularidad en los planes de incentivos, solamente les ha requerido para que la penalización por haber sido sancionado el trabajador se limite a los supuestos vinculados a la prestación del servicio y así se está haciendo actualmente.

Con relación al permiso de acompañamiento, y aun admitiendo que la plantilla cuenta con más mujeres que hombres y que son las primeras quienes solicitan este permiso cita lo indicado por la SAN 102/16 y también con relación a la IT precisando que en ningún caso al decisión e contraria al derecho a la salud. Respecto de las sanciones indica que actualmente conforme indicó la ITSS sólo se aplica para aquellas sanciones vinculadas a perjuicios para la calidad del servicio.

Resultado y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- SITEL IBERICA TELESERVICIOS S.A. es una empresa dedicada a los contactos telefónicos mediante la recepción y emisión de llamadas.

Esta mercantil se encuentra dentro del ámbito de aplicación del III Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector del Contact Center, suscrito, con fecha 14 de marzo de 2023, de una parte por la Asociación de Compañías de Experiencia con Cliente (CEX), en representación de las empresas del sector, y de otra por los sindicatos CCOO, y UGT, en representación del colectivo laboral afectado, publicado en el BOE de 9-6-2023.

SEGUNDO.- SITEL cuenta con centros de trabajo desplegados por diversas comunidades autónomas, afectando el presente conflicto a todos los trabajadores de la demandada que intervienen en campañas de venta telefónica en las que se han establecido planes de incentivos.

TERCERO.- Dichos planes de incentivos se han confeccionado por el empresario y se han ofertado a los trabajadores para su aceptación. Son los que obran a los documentos 3 a 23 de la prueba presentada por la demandada en el acto de juicio y han sido notificados a los representantes de los trabajadores.

CUARTO.- En el clausulado de dichos planes de incentivos se establece en todos ellos:

A.- unos índices de absentismo que de superarse impiden el percibo del plus. Para la fijación de dichos índices se consideran las ausencias justificadas como no justificadas salvo las previstas en el art. 37.3 ET y 28 del II convenio (art. 30 del actual III convenio), las vacaciones, los días libres por festivo trabajado, las horas de huelga, el tiempo destinado a reconocimiento médico anual de empresa y los créditos sindicales

B.- que para tener derecho al cobro de los incentivos el trabajador no deberá haber recibido sanciones, avisos, escritos y/o amonestaciones por no alcanzar los estándares de calidad exigidos durante el mes correspondiente.

QUINTO.- En SITEL trabajan 2031 hombres, 34,09% de la plantilla y 3927 mujeres, 65,91% de la plantilla.

El 36,33% de gestores telefónicos son hombres y el 63,67% mujeres.

El 25,97% de teleoperadores especialistas y el 34,18% de teleoperadores son hombres, siendo mujeres el 74,03% y el 65,82% respectivamente

El 65,2% de las mujeres contratadas tienen hijos a cargo y sólo el 34,08% de los hombres contratados.

En 2021-2022, por cuidado de discapacitado ningún hombre solicitó reducir jornada y sí 3 mujeres. Por cuidado de familiar solicitaron reducción de jornada 2 hombres y 13 mujeres, por cuidado de menor solicitaron reducir jornada 34 hombres y 375 mujeres así como otras 5 por cuidado de menor con enfermedad grave.

Del total de personas que en España solicitaron excedencia por cuidado de hijos en 2021, el 87,39% fueron mujeres y de las personas de solicitaron excedencia por cuidado de familiares el 79,50% fueron mujeres.

SEXTO.- El 5-12-2022 la ITSS de Málaga emitió informe referido a los planes de incentivos de SITEL que obra al documento 1 de la demandada y se da por reproducido.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos se declaran probados atendiendo a los siguientes elementos de convicción:

- hecho 1º: no es controvertido y conforme el convenio del sector.
- hecho 2º: no es controvertido.
- hecho 3º: los planes de incentivos obran a los documentos 3 a 23 que presenta SITEL en el acto de juicio y se corresponden con los aportados por los demandantes.
- hecho 4º: no es controvertido que los planes de incentivos regulen el absentismo a efectos de percibir la retribución variable del modo que se expresa. En relación con la incidencia en los incentivos de las sanciones adoptadas por el empresario, conforme lo indicado en el informe de la ITSS y las manifestaciones de SITEL en juicio, dicha incidencia se concreta a los supuestos en los que tales sanciones estén vinculadas con avisos, escritos y/o amonestaciones por no alcanzar los estándares de calidad exigidos durante el mes correspondiente.
- hecho 5º: D161 conforme el plan de igualdad de SITEL y D134 y 135 datos estadísticos del Instituto de las Mujeres.
- hecho 6º: por el documento 1 de los aportados por SITEL en el acto de juicio.

SEGUNDO.- SITEL tiene establecidos sistemas o planes de incentivos por ella confeccionados, de los que ha informado a la RLT y por los que viene abonando a los colectivos de trabajadores vinculados a la gestión telefónica una retribución variable adicional a la fijada en el convenio del sector.

No se cuestiona en estas demandas la adecuación a la legalidad de la potestad empresarial para ofrecer estos planes, aun cuando se califiquen como contratos de adhesión.

Tampoco se cuestiona atendiendo a las concretas pretensiones contenidas en el suplico, la legalidad de vincular con carácter general el percibo de incentivos al cumplimiento de condiciones no relacionadas directamente con su consecución como resulta ser el absentismo. Y aun cuando en la demanda de CCOO se realiza un alegato en tal sentido que se reiteró en el acto de juicio, lo cierto es que tal declaración más genérica no se solicita en el suplico que se concreta en que declaramos que los incentivos no pueden reducirse o suprimirse en tres supuestos específicos:

- como consecuencia de haberse recibido una sanción, aviso escrito o amonestación;
- como consecuencia de haberse encontrado el trabajador en situación de Incapacidad temporal;
- como consecuencia de haber utilizado el permiso de acompañamiento a consultas médicas a menores y mayores de 65 establecido en el art. 31 del actual convenio colectivo.

Es por tanto sólo a estas concretas pretensiones a las que vamos a dar respuesta por evidentes razones de congruencia.

TERCERO.- SITEL considera que para tener derecho al cobro de los incentivos el trabajador no deberá haber recibido sanciones, avisos, escritos y/o amonestaciones, exigencia que tras el informe de la ITSS circunscribe a aquellas sanciones causadas por no alcanzar los estándares de calidad exigidos durante el mes correspondiente.

El art. 58 ET dispone:

1. Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable.

2. La valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción social. La sanción de las faltas graves y muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan.

3. No se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber.

Partiendo del marco legal, el III convenio colectivo del sector en su art. 75 establece las concretas sanciones que pueden imponerse:

1. *Por faltas leves:*

- a) *Amonestación verbal.*
- b) *Amonestación escrita.*
- c) *Suspensión de empleo y sueldo de hasta dos días.*

2. *Por faltas graves:*

- a) *Suspensión de empleo y sueldo de uno a diez días.*
- b) *Inhabilitación para el ascenso durante un año.*

3. *Por faltas muy graves:*

- a) *Suspensión de empleo y sueldo de 11 días a 3 meses.*
- b) *Pérdida temporal o definitiva del nivel profesional laboral.*
- c) *Despido*

El art. 58.3 ET introduce con carácter imperativo la prohibición, respetada por el art. 75 del convenio, de sancionar con multas de haber, limitación que para su efectividad debe interpretarse en un sentido amplio.

Serian contrarias a la legalidad no sólo aquellas sanciones que de forma directa supusieran una detracción del salario debido al trabajador por su trabajo realizado y del que ha dispuesto el empresario, sino también otras consecuencias derivadas de la sanción impuesta cuyo resultado supusieran merma salarial.

Tratándose de planes de incentivos por la consecución de objetivos de venta, los trabajadores que los alcanzasen no podrían ver reducidas las retribuciones establecidas en dichos planes por el incumplimiento de otros posibles deberes laborales, incluso si se hubieran incumplido deberes vinculados con la exigencia empresarial de alcanzar los estándares de calidad exigidos. Si así fuera, el incumplimiento de esos deberes laborales arrastraría la consecuencia de mermar la retribución ya devengada por el trabajo realizado y por tanto se estaría imponiendo de facto al trabajador una multa de haber.

El elenco disciplinario fijado en el convenio colectivo en consonancia con el art. 58.3 ET presenta un diseño preciso: sólo cabe no abonar el salario si la medida va acompañada de una suspensión de empleo sin que sea posible afectar a una obligación del sinalagma, abono del salario, dejando incólume la otra, trabajar. Y eso sería lo que ocurriría si el trabajador pese a alcanzar los objetivos establecidos en el plan de incentivos, determinantes del percibo del correspondiente complemento salarial por el trabajo realizado, no lo percibiera en su integridad.

Esta pretensión de las demandas la debemos por todo lo dicho, estimar.

CUARTO.- Pasamos a analizar la pretensión referida a que no se tengan en consideración los periodos de IT para la determinación del porcentaje de absentismo impeditivo de acceder al complemento variable por incentivos establecido en los distintos planes empresariales.

Nuestra SAN de 8-6-2016, autos 131/16, dictada en un supuesto similar al que ahora se enjuicia desestimó la pretensión de los sindicatos por las siguientes razones:

- La Sala considera legítimo que la empresa procure disminuir el absentismo, por lo que nos parece razonable que el plan de incentivos promueva medidas para su reducción, de manera que, si se superan unos determinados porcentajes de absentismo, es lógico que se reduzca el importe del incentivo.

- de estimarse la pretensión actora en los términos propuestos, podría suceder que los trabajadores, que permanezcan en IT durante todo el mes, perciban el incentivo, lo que provocaría consecuencias absurdas, puesto que uno de los objetivos del mismo es asegurar la presencia de los trabajadores durante todos los días laborables del mes.

- el incentivo controvertido no penaliza propiamente la IT, que constituye ausencia plenamente justificada, (...), sino que introduce unos límites, cuya superación, reduce o extingue el incentivo, puesto que uno de sus legítimos objetivos es precisamente la reducción del absentismo

Estos argumentos no pueden aplicarse al caso ahora juzgado por las siguientes razones:

En primer lugar, porque, en este caso, los planes de incentivos establecidos por SITEL tienen como único propósito la consecución de determinados objetivos de venta, pero no la reducción del absentismo, acontecimiento que no figura como presupuesto para la obtención del incentivo, sino como barrera para no percibirlo en caso de que se sobrepasen los porcentajes de inasistencia al trabajo que se indican en cada plan.

En segundo lugar, porque desde nuestra precedente sentencia hasta la actualidad se han producido novedades legislativas que las demandas invocan y que determinan la necesaria alteración de las soluciones judiciales.

Nos referimos a la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación que en su art. 2.1 indica: *Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá 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.*

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

Pero esta situación se modifica con la Ley 15/2022 cuando establece en su art. 4.1:

El derecho protegido por la presente ley implica la ausencia de toda discriminación por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.

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

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

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

Como quiera que la IT, art. 169.1 LGSS, se define como *aquellas situaciones debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo*, este absentismo viene provocado por la situación de enfermedad en que el trabajador se encuentra y que le resulta impeditiva para trabajar, de modo que el trato dispar constituye una discriminación directa por enfermedad, lo que resulta proscrito por la Ley 15/2022.

Al resultar contraria por discriminatoria en aplicación de la Ley15/2022, la medida empresarial debe declararse su nulidad en los términos interesado en las demandas y así se indicará en el fallo.

QUINTO.- El III convenio colectivo del sector de contact center regula en su art. 30 los permisos retribuidos y en su art. 31 los permisos no retribuidos, indicando:

Artículo 31. Permisos no retribuidos.

Quienes tengan a su cargo hijos o hijas menores de nueve años, o ascendientes mayores de sesenta y cinco años, dispondrán del tiempo necesario para acompañarlos a las consultas médicas oportunas, previo aviso y justificación.

SITEL computa este permiso para fijar el índice de absentismo que no puede superarse para percibir la retribución de los planes de incentivos y los sindicatos se oponen a esta decisión por las razones que expresan en sus demandas. Tal medida constituirá a criterio de los demandantes un supuesto de discriminación indirecta y/o de discriminación por asociación.

Punto fáctico de partida son los datos obtenidos del plan de igualdad de SITEL y datos estadísticos del Instituto de las Mujeres y que se detallan en el HP 5º, concretamente:

En SITEL trabajan 2031 hombres, 34,09% de la plantilla y 3927 mujeres, 65,91% de la plantilla.

El 36,33% de gestores telefónicos son hombres y el 63,67% mujeres.

El 25,97% de teleoperadores especialistas y el 34,18% de teleoperadores son hombres, siendo mujeres el 74,03% y el 65,82% respectivamente

El 65,2% de las mujeres contratadas tienen hijos a cargo y sólo el 34,08% de los hombres contratados.

En 2021-2022, por cuidado de discapacitado ningún hombre solicitó reducir jornada y sí 3 mujeres. Por cuidado de familiar solicitaron reducción de jornada 2 hombres y 13 mujeres,

por cuidado de menor solicitaron reducir jornada 34 hombres y 375 mujeres así como otras 5 por cuidado de menor con enfermedad grave.

Del total de personas que en España solicitaron excedencia por cuidado de hijos en 2021, el 87,39% fueron mujeres y de las personas que solicitaron excedencia por cuidado de familiares el 79,50% fueron mujeres.

Aun cuando no constan datos concretos desagregados por género en relación con el uso del permiso no retribuido del art. 31 del convenio, los otros datos que han resultado probados, acreditan sin género de dudas que es la mujer frente al hombre quien asume de modo preeminente el cuidado de menores y ascendientes y que por este motivo es la mujer quien frente al hombre de modo muy significativo pierde su empleo o reduce su jornada.

De todo ello podemos inferir sin género de dudas que en SITEL serán las trabajadoras quienes hagan uso del permiso no retribuido en proporción muy significativa frente a los trabajadores.

SEXTO.- La ausencia de discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico, recibe si cabe una protección reforzada.

Así la STC 71/2020 precisa:

El Tribunal ha declarado, en relación con la cláusula de no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE que, “a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex constitutione, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad” (STC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5, y más recientemente la STC 108/2019, de 30 de septiembre, FJ 3, entre otras muchas).

Es necesario recordar, una vez más, que la expresa exclusión de la discriminación por razón de sexo contenida en el art. 14 CE responde a la determinación del constituyente de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la mitad de la población. Pese a ello, a día de hoy las mujeres aún soportan situaciones de desigualdad y dificultades específicas que se traducen, entre otras consecuencias, en una menor incorporación de la mujer al trabajo o en una mayor dificultad para conciliar la vida personal, familiar y laboral, particularmente por razón de la maternidad. Ante esta realidad el Tribunal ha declarado en su reciente STC 108/2019, FJ 3, que es necesario —tal y como reclama la sociedad y se refleja en las intervenciones del legislador— “abundar en esa protección, ampliar y desplegar su sentido profundo ligado a la dignidad de la persona y valor de todo ser, y tutelar y favorecer el cambio de conciencia y convivencia que solo la paridad garantiza, fortaleciendo la tutela siempre que se constate (como señalara el Pleno de este Tribunal hace escasas fechas en la STC 91/2019, de 3 de julio, FJ 10) una desigualdad histórica que pueda calificarse de ‘estructural’, pues la igualdad sustantiva es un elemento definidor de la noción de ciudadanía en nuestro orden constitucional (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 4).

Esa protección reforzada de la igualdad y consiguiente no discriminación por razón de sexo se evidencia en el TFUE en cuyo art. 8 (dentro del Título sobre disposiciones de aplicación general) se indica que: *En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad.*

Y también el art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuando dispone que *La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.*

El legislador refuerza también la igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres con la LO 3/2007 sentando en su art. 1 el principio de igualdad *Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes* y así lo define en su art. 4 *La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.*

Y posteriormente este principio de igualdad y no discriminación se integra en la Ley 15/2022 ampliándolo a otra serie de señas identitarias. Tal como se ha indicado con anterioridad.

En ambas disposiciones, LO 3/2007 y Ley 15/2022 se define la práctica conocida como discriminación indirecta. Así el art. 6.2 de la LO 3/2007 indica 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.*

SÉPTIMO.- Llevando todo este elenco de normas y resoluciones judiciales al caso que estamos juzgando se aprecia que, partiendo del dato que hemos considerado probado de que son las trabajadoras quienes hacen uso del permiso no retribuido en proporción muy significativa frente a los trabajadores, la “neutra” decisión de que el disfrute de ese derecho convencional compute para la fijación del índice de absentismo, objetivamente pierde su neutralidad desde el momento en que coloca al colectivo femenino en situación desigualitaria frente al masculino, por razón de ser las mujeres quienes hacen un uso masivo del permiso en comparación con el colectivo de hombres trabajadores.

Y como quiera que por el empresario no se aporta ninguna justificación objetiva de la decisión adoptada relativa a que los permisos no retribuidos del art. 31 del III convenio se tengan en cuenta para determinar el absentismo, tal medida debemos calificarla de discriminación indirecta para el colectivo de mujeres trabajadoras de la empresa y estimar en este sentido la demanda.

OCTAVO.- Se alegaba además que esta decisión empresarial también resultaba discriminatoria por asociación. El art. 6.2.a) de la Ley 15/2022 la define así: *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.*

El art. 30 del III convenio reconocía el permiso retribuido con la finalidad de acompañar a hijos o hijas menores de nueve años, o ascendientes mayores de sesenta y cinco años a las consultas médicas oportunas.

Y recordemos que el art. 2.1 de la ley 15/2022 establece que nadie podrá ser discriminado por, entre otras, razón de enfermedad o condición de salud.

Tanto si el acompañamiento a consulta médica está relacionado con la existencia de alguna patología como si lo que se pretende es recibir una atención médica preventiva o prospectiva (vgr. controles médicos, análisis, vacunaciones etc), se estaría discriminando al acompañante, el trabajador que hace uso de este permiso, por su relación con el destinatario de la consulta médica. Relación además reforzada por sus obligaciones legales de cuidado.

En definitiva, también estimamos que existe en la decisión empresarial una conducta discriminatoria por asociación.

NOVENO.- Y por último con relación a la pretensión referida a este permiso no retribuido, también debemos traer al caso el razonamiento esgrimido por nuestra SAN de 8-6-2016 antes citada, en lo relativo a que constituiría un abuso de derecho, art. 7.2 CC, restringir o penalizar el disfrute de un derecho convencionalmente reconocido, tal como en este caso acontece. Que este permiso se considere para computar el índice de absentismo constituye objetivamente un freno para el disfrute de dicho derecho convencional. La decisión empresarial desde esta perspectiva contraría el convenio colectivo cuya normativa se impone de forma prevalente a las relaciones contractuales de trabajadores y empresarios.

Razón esta que añadimos a las antes indicadas y que concluyen en la ilegalidad de la decisión adoptada por el empresario.

Por todo ello estimamos la demanda en la integridad de las tres cuestiones concretas que se nos han planteado.

DÉCIMO.- Contra esta sentencia, sin perjuicio de su ejecutividad, cabe recurso ordinario de casación conforme el art. 206,1 LRJS.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAMOS las demandas formuladas por los sindicatos USO, CCOO y CGT a las que se adhirieron los sindicatos UGT y CSIF y declaramos contrarias a derecho y por tanto nulas las cláusulas de los planes de incentivos referidos en el HP 3º de esta resolución por las que:

- Se suprime o reduce el cobro de incentivos de los trabajadores como consecuencia de haber recibido una sanción, aviso escrito o amonestación, si han conseguido los objetivos establecidos.

- Se suprime o reduce el cobro de incentivos de los trabajadores por haber estado en situación de Incapacidad temporal si han conseguido los objetivos establecidos.

- Se suprime o reduce el cobro de incentivos de los trabajadores por haber utilizado el permiso de acompañamiento a consultas médicas a menores y mayores de 65 establecido en el art. 31 del III convenio colectivo de contact center, si han conseguido los objetivos establecidos.

Condenamos a la demandada SITEL IBERICA TELESERVICIOS S.A. a estar y pasar por esta declaración a todos los efectos, así como a abonar las cantidades que correspondan a los trabajadores que hubieran sido afectados por estas medidas.

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

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia Gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art. 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el (IBAN ES55) nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0114 23; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0114 23, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.