

## Sentencia de la AN contra Sitel, a demanda de USO, que aplica por primera vez la “Ley Zerolo” o de igualdad de trato y no discriminación por enfermedad

La novedosa y relevante sentencia contra Sitel, de 19 de junio, a partir de una demanda de la asesoría jurídica confederal de USO (a la que después se adherieron otros sindicatos), declara la nulidad de las cláusulas de los planes de incentivos que suprimen la percepción de dichos incentivos cuando la persona trabajadora ha tenido ausencias por baja médica, por acompañamiento a menores de 9 años o mayores de 65 a una cita médica (recogido en el art. 31 del convenio sectorial) o en el caso de sanciones, aviso escrito o amonestación.

Viene siendo una práctica común, en las empresas del Sector de Contact Center, el implementar de forma unilateral planes de incentivos en las campañas. De forman que retribuyen a las personas trabajadoras por un mayor esfuerzo o calidad de la prestación. Resultando para las personas trabajadoras la única forma de mejorar sus condiciones salariales en un sector precarizado.

### Sentencia

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional estructura la Sentencia de 19 de junio de 2023 en tres aspectos, que corresponde con los tres elementos que planteábamos en la demanda como contrarios a derecho.

En primer lugar, el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia considera que, la pérdida de la retribución por los incentivos alcanzados en el caso de haber recibido la persona trabajadora una **sanción, aviso escrito o amonestación** es contrario al artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 75 del III Convenio Colectivo del Sector. Considera que, es contrario a la legalidad, las sanciones que de forma directa descuentan el salario debido por el trabajo realizado, así como otras consecuencias de las sanciones que impliquen una merma salarial.

Solo existe la posibilidad de no abonar el salario si existe una suspensión de empleo, conforme al Convenio Colectivo. No cabe la posibilidad de detraer el salario mientras exista la obligación de trabajar.

Y esto es lo que sucedería si no se abona por la

empresa, la retribución correspondiente a los objetivos alcanzados por las personas trabajadoras.

La novedad de este punto radica en que las sentencias que existían hasta la fecha no eran tan claras, y abrían la puerta a penalizar a las personas trabajadoras en los supuestos en que la sanción estuviera asociada a la venta, por lo que va un paso más allá, y nos remite a régimen disciplinario del Convenio, para poder sancionar al trabajador. El Convenio Colectivo, respetando el criterio del artículo 58 ET, indica que únicamente es posible disminuir la retribución en caso de que vaya acompañado de la suspensión de la obligación de trabajar.

En segundo lugar, el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia, hace referencia a los supuestos de pérdida de la retribución de incentivos en el caso de **incapacidad temporal** en el periodo de referencia.

En este supuesto se produce un cambio en el criterio de la Sala, que consideraba legítimo que la empresa con la intención de disminuir el absentismo, redujera la retribución de los incentivos en caso de ausencias por bajas médicas; véase la Sentencia AN de 8 de junio de 2016 (EMERGIA).

La Sala justifica su cambio de criterio en base a dos circunstancias:

- a) Por un lado, los planes de incentivos de Sitel, no tienen como objetivo reducir el absentismo, si no las ventas. Funcionando al absentismo como una barrera para el cobro de los objetivos ya cumplidos.
- b) Por otra parte, el cambio normativo producido por la reciente ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación; que, por primera vez, configura la enfermedad y condición de la salud como un supuesto que puede ser considerado discriminatorio en caso de trato desigual por dicho motivo. Sin que hasta esta ley existiera norma nacional o europea que el trato peyorativo a las personas enfermas pudiera calificarse como discriminación directa.

Hasta esta sentencia, la enfermedad en cuanto tal no entraba dentro de los motivos de discriminación. La jurisprudencia estaba empezando admitir, que determinadas enfermedades de larga duración, se pudieran equiparar a supuestos de discapacidad, para así entender que se producía una discriminación por discapacidad.

Es la primera vez que la Audiencia Nacional aplica la Ley 15/2022, en la cual se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación en los supuestos de enfermedad o condición de salud. Prohibiendo toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad.

La AN considera que penalizar a la persona trabajadora con la pérdida de la retribución de incentivos en caso de baja médica; cuando el trabajador o trabajadora esté impedido para el trabajo, provocado por la situación de enfermedad, constituye una discriminación directa por enfermedad.

En tercer lugar y último, los Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto, resuelve los supuestos de ausencias por la utilización **permiso de acompañamiento a consulta médica de menores de 9 años y mayores de 65 años**, a su cargo.

El III Convenio Colectivo del Sector de Contact Center dispone en su artículo 31: “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.*” (Este permiso ya estaba contemplado en el art. 29 del II Convenio Colectivo con idéntico resultado)

La sentencia reconoce que, a través del diagnóstico del Plan de Igualdad de la empresa, así como los datos estadísticos del Instituto de la Mujer, se acredita 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.

Por lo que resulta evidente que la utilización del permiso de acompañamiento a consulta médica es utilizada mayoritariamente por las mujeres. Y aunque, la cláusula en apariencia tiene un carácter neutro, su consecuencia se despliegan sobre el sexo femenino con mayor impacto.

En aplicación de la abundante normativa tanto nacional como europea (Art. 14 CE, art. 8 TFUE, art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, LO 3/2007, Ley 15/2022, ...) así como a la jurisprudencia (STC 71/2020, STC 233/2007, de 5 de noviembre, STC 108/2019, de 30 de septiembre, STC 91/2019, STC 12/2008, de 29 de enero,) la Audiencia Nacional considera que suprimir la retribución de incentivos por la utilización del permiso convencional justificado y no retribuido, implica una situación de discriminación indirecta.

Pero, además, estima nuestra demanda, en el punto en que defendíamos que además de encontrarnos ante una discriminación indirecta, también existe una discriminación por asociación.

La discriminación por asociación es una figura de creación jurisprudencial (TJUE, asunto Coleman), que recoge los supuestos en los que la circunstancia personal o social que motiva el trato peyorativo no concurre en el trabajador, sino en alguno de sus allegados o personas asociadas.

Esta figura aparece por primera en nuestro ordenamiento en la Ley 15/2022 (6.2.a) prohibiendo la discriminación por asociación.

La Sala de lo Social de AN expresamente indica: “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 (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.”

Finalmente, en este punto, considera que además de discriminación indirecta y por asociación, la práctica de empresa constituye un abuso de derecho (art 7.2 CC) al penalizar el disfrute de un derecho convencionalmente reconocido. Siendo la decisión de la empresa contraria al Convenio Colectivo, que tiene carácter prevalente en las relaciones laborales.

En resumen, es una sentencia novedosa y muy relevante donde se contempla los distintos supuestos de discriminación directa, indirecta y por asociación. Aclara el tema de la multa de haber y recuerda la prevalencia del Convenio Colectivo.