

# Absentismo y remuneración: los incentivos antiabsentismo en el punto de mira

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 40/2025, de 20 de enero**

**Ana Matorras Díaz-Caneja**

*Profesora ordinaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Pontificia Comillas (Madrid, España)  
[matorras@comillas.edu](mailto:matorras@comillas.edu) | <https://orcid.org/0000-0001-8660-4478>*

## Extracto

En la sentencia analizada se refuerza y consolida la doctrina jurisprudencial sobre los límites y condicionantes de validez de las reglas antiabsentismo incorporadas al marco convencional ordenador de remuneraciones variables ligadas a resultados. El Tribunal Supremo no llega a anular parcialmente el convenio en este punto, sino que formula una regla de «interpretación conforme» que impediría aplicar aquellos incisos de la cláusula convencional litigiosa que considera que conducirían a resultados discriminatorios. En particular, se sostiene que sería discriminatoria la diferenciación retributiva resultante de la aplicación de las reglas convencionales sobre el impacto desfavorable de las ausencias motivadas por enfermedad o por el disfrute de permisos singulares para cuidado de familiares –creados por el propio convenio, mejorando los derechos legales de conciliación trabajo-familia–. Con ello, se endurecen hasta el extremo las exigencias y filtros jurisprudenciales de referencia para el diseño y aplicación de los sistemas o fórmulas de remuneración variable. A efectos prácticos: se merma el potencial flexibilizador de las remuneraciones variables vinculadas de manera intensa, que no exclusiva, a la presencialidad y a la participación laboral efectiva. Y se elimina el estrecho margen que restaba para utilizar la remuneración como herramienta para combatir el absentismo –salvo el injustificado–. Pero, además, se eleva a máximos la protección asociada a las ausencias por cuidado de familiares y por enfermedad, conformando colateralmente una garantía de inmunidad retributiva de hondo calado, operativa incluso para permisos retribuidos de origen convencional.

**Palabras clave:** incentivos antiabsentismo; premios por presencia; ausencias retribuidas; multa de haber; retribución de permisos convencionales; penalización retributiva; discriminación retributiva indirecta; discriminación retributiva por asociación.

Recibido: 11-04-2025 / Aceptado: 22-04-2025 / Publicado: 07-05-2025

**Cómo citar:** Matorras Díaz-Caneja, A. (2025). Absentismo y remuneración: los incentivos antiabsentismo en el punto de mira. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 40/2025, de 20 de enero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 182-190. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24451>

# Absenteeism and remuneration: anti-absenteeism incentives coming under focus

Commentary on Supreme Court Ruling 40/2025, of 20 January

**Ana Matorras Díaz-Caneja**

*Senior Lecturer in Labour and Social Security Law.*

*Comillas Pontifical University (Madrid, Spain)*

[matorras@comillas.edu](mailto:matorras@comillas.edu) | <https://orcid.org/0000-0001-8660-4478>

## Abstract

The judgement under analysis reinforces and consolidates the case law on the limits and conditions of validity of anti-absenteeism clauses incorporated into the framework of performance-related variable remuneration agreements. The Supreme Court does not go so far as to partially annul the collective agreement on this point, but rather formulates a rule of 'due interpretation' that would prevent the application of those sections of the disputed clause that could lead to discriminatory outcomes. Pay gap based on absences due to illness or family care leave is deemed discriminatory. This tightens the jurisprudential requirements for the design and application of variable remuneration systems. In practical terms: the flexibility potential of variable remuneration linked intensely, but not exclusively, to work attendance and effective labor participation is reduced, and the Supreme Court eliminates the scope for using remuneration as a tool to combat absenteeism, except for unjustified absenteeism. Furthermore, it maximizes the protection associated with absences due to illness or health conditions or for family care, providing a significant guarantee of "remuneration immunity", even for conventionally granted paid leave.

**Keywords:** anti-absenteeism incentives; attendance award; paid leave of absence; wage deduction; wage penalty; indirect pay discrimination; pay discrimination by association.

Received: 11-04-2025 / Accepted: 22-04-2025 / Published: 07-05-2025

**Citation:** Matorras Díaz-Caneja, A. (2025). Absenteeism and remuneration: anti-absenteeism incentives coming under focus. Commentary on Supreme Court Ruling 40/2025, of 20 January. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 486, 182-190. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24451>

## 1. Marco jurídico

Versando el conflicto de fondo sobre el carácter –o impacto– discriminatorio de las reglas de ordenación de un incentivo retributivo variable de origen convencional, el marco jurídico básico de referencia en la sentencia lo conforman expresamente, junto al [artículo 14 de la Constitución española](#) y el [artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), de una parte, las normas antidiscriminatorias contenidas en la [Ley 15/2022, de 12 de julio](#), integral para la igualdad de trato y la no discriminación (concretamente, el [art. 2, apdos. 1 y 3](#), que incorporan la enfermedad y el estado de salud como causas torpes de diferenciación, junto al [art. 6.2 a\)](#) que acota la discriminación por asociación), y de otra, el [artículo 6.2 de la Ley orgánica \(LO\) 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que acota la discriminación directa y la indirecta por razón de sexo.

Pero debe advertirse que dichas previsiones normativas se toman como normas prohibitivas de diferenciaciones de trato de alcance absoluto en el marco de la remuneración, sin considerar la aplicación (obligada, parece) de las vías normativas y jurisprudenciales de excepción –internas y comunitarias–, que abrirían paso a diferencias de retribución que, además de venir respaldadas por una finalidad legítima, estén configuradas de manera apropiada, superando los cánones de razonabilidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad, atendida dicha finalidad (y que, por lo demás, cuentan con incorporación expresa tanto en los arts. [2.2](#) y [4.2](#) de la Ley 15/2022, como en el [art. 6 de la LO 3/2007](#)).

El Tribunal Supremo (TS) tampoco se adentra en el campo de juego del [artículo 4.2 del ET](#) que, tras su modificación por el [Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio](#), reconduce al terreno de la discriminación prohibida de manera específica el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral; limitándose a entrar en el ámbito de las discriminaciones indirectas por razón de género ligadas al ejercicio mayoritario por mujeres de los derechos de conciliación.

## 2. Supuesto de hecho

Se solicita la declaración de nulidad parcial de la regulación de un denominado «incentivo de mejora», contenida en un convenio colectivo de ámbito empresarial, por supuesta discriminación por razón de enfermedad, por razón de sexo y por asociación por razón

de enfermedad. Dicho incentivo constituye un complemento salarial de carácter mensual e individual, pagadero trimestralmente. Para su devengo y cuantificación se pondera, como se detalla pormenorizadamente en el convenio, junto a los resultados del centro de trabajo (considerando indicadores colectivos de productividad y calidad) la asistencia efectiva al trabajo. Concretamente, por lo que se refiere a este último extremo, ciertos tipos de ausencias tienen un marcado impacto reductor de la cuantía a percibir por cada persona trabajadora (llegándose a perder íntegramente el incentivo mensual en el caso de ausencias individuales de duración igual o superior a 24 horas en el mes de referencia).

Entre las reglas de ordenación del incentivo, y por lo que respecta a las referidas al tipo de ausencias computables a efectos de eventual denegación del incentivo o a efectos de minoración de la cuantía a satisfacer finalmente a título individual, se garantiza expresamente la neutralidad de las ausencias motivadas por vacaciones, por diferencias horarias, por licencias sindicales y por permisos retribuidos por razón del fallecimiento de cónyuge, padre o madre y/o de las hijas o hijos de la persona trabajadora. En cambio, ante el silencio del convenio, implícitamente se está prestando cobertura a que se practiquen descuentos en el caso de ausencias por enfermedad o por razón del disfrute de permisos de cuidado de familiares, alguno de ellos creado por el convenio colectivo.

La sentencia recurrida (Sentencia de la Audiencia Nacional –SAN– 4/2024, de 22 de enero) estimó la demanda, declarando la nulidad parcial de la cláusula por dar entrada a las distintas formas de discriminación prohibida mencionadas *supra*; entendiendo que debían eliminarse del marco ordenador del incentivo salarial todas las referencias al impacto del absentismo. De forma tal que el incentivo quedaría reconfigurado, y ligado en exclusiva a los resultados del centro.

### 3. Aspectos clave del fallo

Se revoca la SAN, estimando parcialmente el recurso interpuesto por la empresa. Pero lo cierto es que, en último término, el TS se apoya precisamente en los criterios interpretativos aplicados por la Audiencia Nacional; para acabar reconduciendo también –y con el mismo grado de automatismo– al terreno de las discriminaciones retributivas proscritas las eventuales diferencias retributivas resultantes de la aplicación de las reglas sobre impacto de las ausencias individuales, cuando tales ausencias vienen motivadas por enfermedad o por la utilización de variados permisos de acompañamiento y cuidado de familiares. Y merece ser puesto de relieve que no se anula la cláusula convencional en la parte relativa al impacto adverso o eventualmente excluyente del acceso al incentivo, ligado al absentismo. El TS lo que hace es fijar un criterio jurisprudencial de «interpretación conforme». De modo que obliga a considerar neutras las ausencias motivadas por la enfermedad o por el disfrute de los permisos familiares; y ello, con el objetivo singular de preservar la residual funcionalidad y eficacia del incentivo para combatir el absentismo.

## 4. Valoración crítica

Se refuerza y consolida así una tendencia jurisprudencial de marcado signo restrictivo. Y un análisis profundo de la sentencia obliga a plantear distintas cuestiones:

1. ¿Es posible todavía combatir el absentismo a través de la remuneración? El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su [Sentencia de 18 de enero de 2018 \(asunto C-270/16\)](#) sostiene que, a la luz del artículo 2.2 b), inciso i), de la [Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000](#), relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, combatir el absentismo puede considerarse una finalidad legítima, siempre que no se vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad. De modo que se exige, a la postre, la superación de un complejo filtro de adecuación y de necesidad de los medios empleados.

Pero a la vista de la posición adoptada por el TS, a los incentivos ligados de manera expresa e intensa a la presencialidad y participación efectiva solo les resta utilidad para funcionar como herramienta frente al absentismo injustificado en cualquiera de sus formas (ausencias totales o parciales); para lo cual ya dispone la empresa de una herramienta complementaria que podría ser mucho más eficaz: el poder disciplinario. Aunque tampoco hemos de pasar por alto que la estrategia empresarial y el modelo directivo y de gestión de los recursos humanos pueden apostar razonablemente por incentivar el cumplimiento como alternativa a la penalización (laboral) de este tipo de faltas, máxime en el caso de posiciones o perfiles profesionales críticos, y en los casos de dificultades para la retención del talento y/o para la cobertura de vacantes.

Particularmente en aquellos sectores o empresas o puestos críticos en los que el absentismo pueda tener un impacto desfavorable particularmente intenso, debería aceptarse que las ausencias, aun justificadas y aun ligadas a situaciones de enfermedad o al ejercicio de derechos de conciliación puedan considerarse para justificar una diferencia retributiva; especialmente, si existen contrastables dificultades para cubrir las vacantes. Ahora bien, aun en ese escenario, no parece admisible jurídicamente una fórmula retributiva que tan solo considere la asistencia y la presencialidad y en cuyo marco todas las ausencias, justificadas o injustificadas, encierren una pérdida retributiva (nos referimos a las primas de asistencia puras). Pero el absentismo razonablemente debería poder jugar como elemento de ponderación a la hora de medir la aportación real de cada persona trabajadora y la justa remuneración que le corresponde en el marco de remuneraciones ligadas a resultados; particularmente, pero no solo, cuando se trate de incentivos colectivos.

Aunque eventualmente, en incentivos más complejos, sería conveniente la incorporación de «cláusulas de escape» que permitan mitigar el impacto desfavorable de las ausencias, si es que tomando otras circunstancias como referencia pueda

considerarse que las ausencias, aun cuando hayan sido reiteradas o incluso prolongadas, finalmente no han comprometido o perjudicado la aportación de valor por parte de la persona que las ha protagonizado (y deben ser neutras en la esfera retributiva). Y, en cualquier caso, el descuento aplicable, además de estar respaldado por un criterio objetivo contrastable, ha de ser adecuado (es decir, razonable, lo que no significa que necesariamente deba ser proporcional; pero sí que ha de estar articulado en tal forma que pueda descartarse que la regla de ordenación retributiva tiene en último término un significado o alcance penalizador o punitivo o un impacto verdaderamente disuasorio del disfrute de los derechos a ausentarse del trabajo). Y a estos efectos ha de darse un voto de confianza a la negociación colectiva que da vida al incentivo y que habrá definido un justo y razonable punto de equilibrio.

## 2. Los condicionantes constitucionales y legales.

El TS, asumiendo en abstracto la legitimidad de las fórmulas retributivas que ponderan las ausencias para el devengo y/o cuantificación de remuneraciones variables, considera que en el caso enjuiciado se han traspasado los límites constitucionales y legales dando cobertura el convenio a variadas formas de discriminación proscritas.

Es evidente que no solo los derechos fundamentales, sino también los principios de igualdad y de no discriminación, junto a otros derechos y garantías de configuración legal juegan como límite a la hora de configurar incentivos, premios, primas y pluses. Y ello tanto en sede colectiva, como en sede individual. Ahora bien, adentrándonos en la esfera convencional, y partiendo de la premisa de que ni el principio de igualdad ni el principio de no discriminación obligan a dar un tratamiento retributivo igual a situaciones que no sean comparables, consideramos que debería haberse analizado en mayor profundidad la dinámica y proyección de la cláusula y haber ponderado verdadera y explícitamente el contexto empresarial en el que se introduce. La [sentencia que comentamos](#) está alineada con la tendencia o vis expansiva de los principios de igualdad y de no discriminación. El TS lleva –con cierto automatismo criticable– al terreno de la discriminación prohibida las diferencias retributivas motivadas por ausencias debidas a situaciones de enfermedad o condición de salud o por el ejercicio de los permisos de cuidado de familiares y fuerza una nivelación retributiva a costa de sacrificar la autonomía colectiva, sin aportar razones totalmente convincentes, obviando que la doctrina constitucional y la jurisprudencia comunitaria, e incluso la propia Ley 15/2022 ([art. 4](#)) así como la [LO 3/2007](#), abren expresamente la puerta a diferenciaciones de trato –exigiéndose, eso sí, la superación de un complejo filtro de razonabilidad, adecuación y carácter proporcionado–. Y a los que habría que añadir un incipiente filtro complementario de transparencia que afectaría también al alcance o impacto de las reglas antiabsentismo (que en el caso enjuiciado por el TS se superaría, puesto que el convenio era bastante detallado).

Las formas de discriminación prohibida a considerar al pasar el filtro antidiscriminatorio son, efectivamente como recuerda el TS, no solo las directas, sino también las indirectas, junto a las discriminaciones por asociación; ya sea por razón de género, por ejercicio de derechos de conciliación trabajo-familia o por enfermedades o circunstancias conexas con la salud.

Da lo mismo que el convenio colectivo lo haya previsto así (el pacto colectivo no sanaría el vicio oculto en estas reglas de ordenación retributiva). Pero en el marco en el que nos encontramos no deberían considerarse comparables y merecedoras de un trato idéntico las situaciones de las personas beneficiarias de la mejora convencional. Al aplicar el test de comparabilidad, no debería prescindirse totalmente de la aportación individual cuantitativamente considerada.

3. Presupuestos y límites aplicables para ajustar a la baja la cuantía del incentivo individual en el caso de ausencias injustificadas y en algunos supuestos residuales de ausencias justificadas.

El TS aclara que se podría descontar en términos más que proporcionales e incluso denegar el incentivo por ausencias injustificadas –por ej., incumplimientos contractuales constitutivos de faltas– así como por ausencias que estando justificadas (y, en definitiva, permitidas) no sean expresión o consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental o tengan un impacto discriminatorio.

De entrada, llama la atención que no incorpora como excepción a esto último las ausencias motivadas por huelga, en cuyo escenario todavía recientemente el TS, con apoyo en vieja doctrina constitucional, sí considera admisible la minoración de los incentivos por asistencia en la medida en que así lo haya dispuesto el convenio ([STS 128/2023, de 9 de febrero](#)). Aunque es fácil pronosticar un giro jurisprudencial radical en esta materia.

En lo que respecta a la aceptación por el TS de las reglas que autorizan la diferenciación retributiva (e incluso la privación del incentivo ligado principalmente a resultados colectivos) en el caso de ausencias injustificadas, no debería pasarse por alto que, con ello, el TS viene a asumir que dichas reglas no dan vida a formas de sanción inadmisibles jurídicamente. Efectivamente, así ha de entenderse en nuestra opinión, pues ni son vulneraciones encubiertas de la prohibición legal de imposición de multas de haber –[art. 58.3 ET](#)–; ni se estaría en ningún caso incurriendo en una duplicidad de sanción –de haber aplicado la empresa la sanción prevista para la inasistencia, total o parcial, en el convenio en el correspondiente catálogo de faltas y sanciones–.

Aunque el TS no se adentra en esta cuestión, que no fue objeto de discusión, sí ha generado cierto debate doctrinal y jurisprudencial en los últimos tiempos, por lo que creemos que merece ahora atención. Se trata de un posicionamiento más que acertado. Y ello desde las siguientes premisas elementales: retribuir es recompensar; mientras que no retribuir con una mejora o mejorar con un importe

inferior, no es penalizar; es solamente no remunerar o no remunerar en la misma medida. Si falta o se reduce significativamente la aportación individual o sencillamente su magnitud no es comparable con la de otras personas trabajadoras con las que se concurre en el incentivo y se asigna una cuantía inferior, no hay penalización, ni se irroga un perjuicio ilegítimo. Y es que no toda denegación de un derecho tiene un móvil punitivo o un impacto penalizador. Ni todo trato peyorativo en comparación con el recibido por otras personas trabajadoras tiene un significado, motivación y/o alcance punitivo.

Solo estaríamos ante una sanción oculta o encubierta de multa de haber si a la persona trabajadora se le estuviera privando de manera ilegítima de algo que le corresponde, con paralelo inaceptable enriquecimiento empresarial. Pero en el caso examinado es evidente que se configura un doble factor de devengo del incentivo variable. No se castiga privando de algo predevengado; sencillamente el devengo no se completa o es solo parcial en atención a aquellas ausencias acumuladas que no se consideran neutras por el propio convenio colectivo. Pero a efectos prácticos es clave: la transparencia, el rigor y la precisión en el uso del lenguaje y el manejo de las categorías jurídicas (eliminando cualquier atisbo de apariencia de configuración de una penalización, dejando claro que lo que se instituyen son las reglas y condicionantes de devengo de las mejoras, premios, primas, pluses...; que no se atacan derechos adquiridos o remuneraciones ya devengadas). Y nos parece importante también que se dé visibilidad a la razón objetiva de la exclusión o de la minoración del incentivo. Debe quedar claro que se trata de una norma de ordenación retributiva, que responde a la lógica contractual básica, que es proyección del cambio de trabajo por salario y que no se justifica en una lógica o funcionalidad sancionadora. Y que se descarta la discrecionalidad, la arbitrariedad y el abuso.

Cuestión distinta, en la que no entra la [sentencia](#), es si el impacto desfavorable no proporcional ligado al absentismo por causas no justificadas, podría considerarse desmedido o desproporcionado en el caso enjuiciado. En la medida en que estamos ante un incentivo retributivo configurado en ejercicio de la autonomía colectiva, y no ante una sanción, no hay por qué imponer externamente una exigencia o filtro de proporcionalidad de aplicación general (que la ley no contempla y que, al contrario, confía al convenio colectivo la determinación de la estructura y cuantía de las remuneraciones). Ahora bien, dicho filtro operaría en el terreno de las diferenciaciones construidas directa o indirectamente en torno a causas de diferenciación prohibidas para poder dar por justificadas (y considerar aceptables) las diferencias retributivas. Y es este análisis en profundidad el que echamos en falta en la sentencia comentada.

4. Consecuencias de una eventual futura aplicación de tratamientos retributivos diferenciados por parte de la empresa, ignorando el criterio de interpretación conforme marcado en la [sentencia objeto de comentario](#).



El TS se adentra en la cuestión, pero limitándose a apuntar que cabría plantear demanda de conflicto colectivo. Ciertamente, pero además consideramos pertinente subrayar que es indiscutible que tendrían recorrido también demandas individuales por discriminación retributiva, a través de las cuales podrían conseguirse pronunciamientos con doble condena: al pago de la diferencia retributiva y al pago de la indemnización por daños morales (*vid.* arts. 182 y 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, y STS 139/2025, de 26 de febrero). A falta de una mayor profundización, entiendo que sería posible apoyarse en la [Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#) para su cuantificación, salvo que se aportaran criterios alternativos de cuantificación que desplazaran esa solución comúnmente aceptada por nuestros tribunales.

5. Consideraciones finales: no hay por qué descartar que la inactividad tenga consecuencias adversas en el plano retributivo. El propio legislador configura derechos de conciliación que encierran pérdida económica. Pero las pérdidas retributivas habrán de ser razonables, adecuadas y proporcionadas. Y si son consensuadas y, en definitiva, están reguladas en el convenio: sin llegar a construir presunciones judiciales de legitimidad del sistema que conduce a diferenciaciones aparente o presuntamente discriminatorias (lo que no sería admisible jurídicamente), jueces, juezas y tribunales debieran prestar la merecida atenta consideración a las causas objetivas y parámetros de referencia que las partes negociadoras han considerado para ello. Queremos subrayar, en definitiva, que en la esfera laboral no solo la ley, sino también los convenios pueden (o deberían poder) dibujar un esquema de reparto de riesgos entre empresa y persona trabajadora, haciendo recaer sobre esta última parte de los riesgos personales y familiares, que pueden comprometer la «integridad retributiva» en el caso de ausentarse del trabajo contando con una justificación consistente para ello.

A través de la [sentencia objeto del presente comentario](#) se da un nuevo un paso hacia la «omniequivalencia retributiva» de las situaciones de inactividad o desvinculación temporal protegidas legal o convencionalmente respecto a las situaciones de actividad laboral efectiva. Y esta nivelación retributiva resultante de la aplicación de un filtro antidiscriminatorio automático e inflexible, más rígido que el que resulta del marco legal, puede, además, conducir a generar sentimientos de agravio (al romperse la proporcionalidad entre la aportación personal real y la retribución) desde la convicción de que la presencialidad y la participación en la producción y la productividad individual real debería contar o al menos tener más peso que la ausencia protegida. Pero este último tipo de consideraciones, somos conscientes de ello, no tendrían recorrido jurídico, además de considerarse insolidarias.