

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Directora:

Carmen Sánchez Trigueros

Coordinadores:

Djamil Tony Kahale Carrillo

Teresa Velasco Portero



INFORMES
Y ESTUDIOS
RELACIONES
LABORALES



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

**Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones**

RET. 16-2.355

El principio de igualdad en la Negociación Colectiva

COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS

Serie Relaciones Laborales Núm. 111

El principio de igualdad en la Negociación Colectiva

Directora:

Carmen Sánchez Trigueros

Coordinadores:

Djamil Tony Kahale Carrillo

Teresa Velasco Portero

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.



Edita y distribuye:

Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: sgpublic@meyss.es

Internet: www.meyss.es

NIPO papel: 270-16-109-1

NIPO pdf: 270-16-110-4

NIPO epub: 270-16-111-X

ISBN papel: 978-84-8417-505-6

Depósito legal: M-39762-2016

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro, de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública

Imprime: Estilo Estugraf Impresores, S.L.



ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
PRESENTACIÓN	
<i>Javier Gómez-Hortigüela Amillo</i>	15
PRESENTACIÓN INTRODUCTORIA	
<i>Carmen Sánchez Trigueros</i>	19
Capítulo Primero. COMPROMISOS GENERALES SOBRE IGUALDAD Y LENGUAJE NO SEXISTA	
<i>José Luján Alcaraz y Alejandra Selma Penalva</i>	51
1. Consideraciones generales	53
2. El valor del lenguaje en la igualdad de géneros.....	55
3. El «Plan de acción» destinado a lograr una utilización no sexista del lenguaje en el ámbito empresarial	56
3.1. El lenguaje utilizado en el texto del propio convenio colectivo.....	57
3.2. La utilización de un lenguaje no sexista por parte de la empresa.....	60
3.3. La obligación de utilización de un lenguaje no sexista exigida a los trabajadores de la empresa	67
3.4. Las connotaciones sexistas en la apariencia física y la imagen exigida a los trabajadores.....	69
4. El control de eficacia de las medidas ensayadas	70
5. Valoración final.....	72
Bibliografía.....	77
Capítulo Segundo. LAS COMISIONES DE IGUALDAD	
<i>José Luján Alcaraz y Alejandra Selma Penalva</i>	79
1. Naturaleza jurídica y razón de ser de las comisiones de igualdad	81
2. Funciones de las comisiones de igualdad.....	82

3.	Composición de la comisión de igualdad.....	87
4.	Forma de actuación y procedimiento de adopción de acuerdos de la comisión de igualdad.....	94
5.	Conclusiones	95
	Bibliografía.....	98
Capítulo Tercero. EL ACCESO AL EMPLEO, LA CONTRATACIÓN Y LA PROMOCIÓN PROFESIONAL		
	<i>Pilar Charro Baena</i>	99
1.	Introducción.....	101
2.	Marco constitucional, supranacional y legal	102
3.	Acceso al empleo.....	104
	3.1. Cuestiones generales	104
	3.2. Ofertas de empleo.....	108
	3.3. Procesos de selección	113
	3.4. Medidas de acción positiva en el acceso al empleo.....	118
	3.5. Modalidades de contratación.....	123
4.	El período de prueba como límite a la incorporación definitiva a la empresa.....	127
5.	Promoción interna en la empresa	133
6.	Conclusiones	143
	Bibliografía.....	145
Capítulo Cuarto. FLEXIBILIDAD INTERNA: MOVILIDAD FUNCIONAL Y GEOGRÁFICA		
	<i>Ángel Arias Domínguez</i>	147
1.	Movilidad funcional	150
	1.1. Cobertura de vacante	151
	1.2. Cambio de turno	151
2.	Movilidad geográfica.....	152
	2.1. Traslados.....	153
	2.1.1. Preferencia en el traslado para la reunificación familiar.	153
	2.1.2. Preferencia en el traslado para la atención del trabajador discapacitado	157
	2.1.3. Mecanismos convencionales que impiden el traslado	158
	2.1.4. Preferencia para la permanencia por reunificación familiar y circunstancias conexas	159
	2.2. Desplazamientos.....	163
3.	Indemnizaciones por traslados o desplazamientos.....	164
4.	Conclusiones	167
	Bibliografía.....	168
Capítulo Quinto. DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA		
	<i>Sofía Olarte Encabo</i>	169
1.	Análisis crítico del estado de la cuestión y esbozo explicativo de la misma	171
2.	Discriminaciones retributivas directas.....	176

3. Discriminaciones retributivas indirectas.....	178
4. Conclusiones y recomendaciones.....	187
Bibliografía.....	189
Capítulo Sexto. EL TIEMPO DE TRABAJO Y SU ORGANIZACIÓN	
<i>M^a Teresa Velasco Portero</i>	191
1. Cuestiones generales. Igualdad, organización del tiempo de trabajo y poder de dirección	193
2. La duración y distribución de la jornada	197
2.1. Jornada máxima.....	197
2.2. Jornada continuada vs. Jornada partida	199
2.3. Descanso semanal.....	203
2.4. Turnicidad.....	205
2.5. La flexibilidad en la distribución de la jornada: jornada irregular y jornada flexible	211
2.5.1. Jornada irregular	211
2.5.2. Jornada flexible (flexibilidad horaria en atención a las necesidades del trabajador).....	226
2.6. Desarrollo del art. 34.8 ET: el derecho del trabajador a la modificación o adaptación de su jornada en los términos establecidos en la negociación colectiva	229
3. La reducción de jornada por nacimiento de hijos prematuros, la reducción por guarda legal o cuidado de familiares y la reducción por enfermedad grave del menor.....	236
3.1. Introducción.....	236
3.2. La reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares	238
3.3. Reducción de jornada para el cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave.....	243
3.4. Reducción de jornada por parto prematuro	244
4. Los permisos por motivos familiares.....	245
4.1. El permiso por matrimonio.....	245
4.2. El permiso por nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.	247
4.3. Permiso por traslado	250
4.4. Los permisos por motivos médicos	251
4.5. Otros permisos.....	256
4.6. Permisos no retribuidos	260
5. El permiso de lactancia.....	263
6. Las vacaciones.....	270
7. Conclusiones y recomendaciones.....	277
Bibliografía.....	280

**Capítulo Séptimo. EXCEDENCIAS POR MOTIVOS FAMILIARES
Y EXCEDENCIA VOLUNTARIA**

Pilar Charro Baena 283

1. Cuestiones generales 285

2. La excedencia para el cuidado de hijos 289

3. La excedencia para cuidado de familiar 299

4. Elementos comunes de las excedencias para cuidado de hijo o de familiar 303

5. La excedencia voluntaria 306

6. Otras excedencias 317

7. Reflexiones finales 322

Bibliografía 325

Capítulo Octavo. CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR

Ángel Arias Domínguez 327

1. Introducción 329

2. Embarazo 330

3. Maternidad 335

4. Paternidad 347

5. Adopción y acogimiento 350

6. Adopción internacional 351

7. La garantía de indemnidad salarial 352

8. Permisos laborales relacionados con la celebración de matrimonio o constitución de una pareja de hecho 355

 8.1. Celebración de matrimonio 355

 8.2. Constitución de una pareja de hecho 356

9. Otros derechos relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral 359

 9.1. De contenido no económico 359

 9.2. De contenido económico 362

 9.2.1. Ayuda por matrimonio 362

 9.2.2. Ayuda por nacimiento de hijo 362

 9.2.3. Ayuda guardería 364

 9.2.4. Ayuda por hijo 365

 9.2.5. Becas al estudio y ayuda escolar 367

10. Conclusiones 371

Bibliografía 373

**Capítulo Noveno. LA DISCRIMINACIÓN EN MATERIA
DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**

Sofía Olarte Encabo 375

1. Introducción 377

2. Balance de la situación 381

 2.1. Aspectos generales 382

 2.2. La Perspectiva de género en la evaluación de los riesgos laborales y la formación preventiva 383

<i>Índice</i>	11
2.3. La vigilancia de la salud y los reconocimientos médicos.....	385
2.4. Equipos de trabajo, medios de protección y prendas de trabajo.....	386
2.5. Los principios de la acción preventiva y la tutela antidiscriminatoria.....	387
3. Conclusiones y recomendaciones.....	388
Bibliografía.....	390
Capítulo Décimo. EL ACOSO (LABORAL, SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO)	
<i>Djamil Tony Kahale Carrillo</i>	391
1. Definición y diferencias entre acoso laboral, acoso sexual y acoso por razón de sexo.....	393
1.1. Acoso laboral.....	393
1.2. Acoso sexual y acoso por razón de sexo.....	396
2. Medidas específicas para prevenir el acoso laboral, acoso sexual y acoso por razón de sexo en el trabajo.....	400
3. El desarrollo de los diferentes tipos de acoso en los convenios colectivos.....	402
4. Régimen sancionador.....	415
5. Propuestas para erradicar y prevenir los diferentes tipos de acoso en la negociación colectiva.....	419
Bibliografía.....	422
Capítulo Undécimo. LA VIOLENCIA DE GÉNERO	
<i>Djamil Tony Kahale Carrillo</i>	423
1. Introducción.....	425
2. Los derechos sociolaborales de la trabajadora víctima de violencia de género.....	428
2.1. Reducción de jornada y reordenación del tiempo de trabajo.....	429
2.2. Movilidad geográfica.....	430
2.3. Suspensión de la relación laboral.....	430
2.4. Extinción de la relación laboral a <i>motu proprio</i>	431
2.5. Extinción del contrato de trabajo: despido objetivo.....	431
2.6. Excedencia.....	431
2.7. Nulidad del despido.....	432
3. El desarrollo de los derechos reconocidos en la LOIVG en los convenios colectivos.....	432
4. Propuestas para erradicar y prevenir la violencia de género en los convenios colectivos.....	447
Bibliografía.....	450
Capítulo Duodécimo. PLANES DE IGUALDAD	
<i>José Luján Alcaraz y Alejandra Selma Penalva</i>	453
1. Consideraciones iniciales.....	455
2. Errores frecuentes.....	455

3.	Contenido de los planes de igualdad	461
4.	La aprobación de los planes de igualdad.....	466
4.1.	Formas patológicas de elaboración, aprobación o revisión de los planes de igualdad.....	467
4.2.	Planes de igualdad de grupo de empresas	468
4.3.	Las nuevas reglas de ultraactividad y su incidencia sobre los planes de igualdad	471
5.	El valor de la información en el proceso de elaboración y revisión de los planes de igualdad.....	473
6.	Medidas estratégicas incluidas en los planes de igualdad.....	477
6.1.	Contenido básico previsto en la LO3/2007	478
6.2.	Medidas con coste añadido y sin coste añadido	480
6.3.	Estrategias con finalidad preventiva	483
7.	Consideraciones finales: ¿existen los planes de igualdad de ámbito de sector?.....	486
	Bibliografía.....	491

Capítulo Decimotercero. RÉGIMEN SANCIONADOR

	<i>Ángel Arias Domínguez</i>	493
1.	Introducción.....	495
2.	La igualdad y la no discriminación como criterios interpretativos del régimen sancionador.....	498
3.	El trato discriminatorio como infracción laboral	499
4.	El trato arbitrario como infracción laboral	503
5.	Conclusiones	504
	Bibliografía.....	505

Capítulo Decimocuarto. LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

	<i>Djamil Tony Kahale Carrillo</i>	507
1.	La orientación sexual e identidad de género como discriminación.....	509
2.	El desarrollo del contenido de la discriminación por orientación sexual e identidad de género en los convenios colectivos	515
3.	Propuestas para la negociación colectiva	515
	Bibliografía.....	516

Capítulo Decimoquinto. LA DISCRIMINACIÓN POR EDAD EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

	<i>Djamil Tony Kahale Carrillo</i>	517
1.	La edad como discriminación.....	519
2.	El desarrollo del contenido de la discriminación por edad en los convenios colectivos.....	520
3.	Propuestas para la negociación colectiva	522
	Bibliografía.....	523

Capítulo Decimosexto. LA DISCAPACIDAD EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

<i>Djamil Tony Kahale Carrillo</i>	525
1. Terminología: personas con discapacidad y en situación de dependencia.....	527
2. El desarrollo del contenido de los derechos de las personas con discapacidad en los convenios colectivos.....	532
2.1. Los derechos de los trabajadores con discapacidad	532
2.1.1. Igualdad de trato	532
2.1.2. Integración	535
2.1.3. Terminología difusa.....	537
2.1.4. Destino a trabajos adecuados.....	541
2.1.5. Prevención de riesgos laborales.....	543
2.1.6. Condiciones para la reincorporación en la empresa .	545
2.1.7. Reserva de plazas.....	546
2.1.8. Reducción de jornada	548
2.1.9. Adaptación de pruebas de selección y promoción ...	549
2.1.10. Excedencias	550
2.1.11. Permiso especial	551
2.1.12. Ayuda sanitaria	551
2.1.13. Reconocimiento excepcional de discapacidad	551
2.1.14. Movilidad geográfica.....	555
2.2. Los derechos de los familiares con discapacidad de los trabajadores.....	556
2.2.1. Jornada y horario	556
2.2.2. Permisos	558
2.2.3. Complemento o ayudas por discapacidad	559
2.2.4. Costes de enseñanza	562
2.2.5. Excepción a la movilidad geográfica.....	562
3. Propuestas para la negociación colectiva	563
Bibliografía.....	565

Capítulo Decimoséptimo. LA DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD O INCAPACIDAD TEMPORAL EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

<i>M^a Teresa Velasco Portero</i>	567
1. La enfermedad como factor de discriminación no incluido entre los prohibidos por el art. 14 CE ni por la Directiva 2000/78/CEE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación	569
2. La enfermedad en la negociación colectiva.....	577
2.1. Reconocimiento de permisos para acudir a revisiones médicas, una vez con retribución y otras como permisos no retribuidos	577
2.2. Los complementos a las prestaciones de seguridad social en caso de incapacidad temporal.....	579

- 2.2.1. Cláusulas que reconocen el derecho al complemento tan solo en los casos de incapacidad derivada de accidente de trabajo 580
- 2.2.2. Cláusulas que reconocen el mismo complemento en los caso de incapacidad derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional y en los derivados de enfermedad común y accidente no laboral..... 581
- 2.2.3. Complementos diferenciados para los casos en que la incapacidad derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional de aquellos casos en que derive de enfermedad común o accidente no laboral..... 584
- 2.2.4. Otras modalidades 585
- 3. Conclusiones sobre el tratamiento de la enfermedad en la negociación colectiva y propuesta de buenas prácticas 586
- Bibliografía..... 587

Capítulo Decimotavo. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE APARIENCIA FÍSICA

- Mª Teresa Velasco Portero* 589
- 1. Poder de dirección, apariencia física y discriminación. El caso particular de la obesidad y el sobrepeso..... 591
- 2. La apariencia física en la negociación colectiva..... 594
- Bibliografía..... 595

Capítulo Decimonoveno. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIGEN RACIAL O ÉTNICO Y LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS

- Mª Teresa Velasco Portero* 597
- 1. El contexto constitucional y de derecho comunitario de la discriminación por origen racial o étnico..... 599
- 2. La discriminación por razón de origen racial o étnico en la negociación colectiva 600
- 3. La discriminación por motivos religiosos o de convicciones..... 603
 - 3.1. La discriminación por motivos religiosos o convicciones en la Constitución, en el Derecho comunitario y en el Estatuto de los Trabajadores..... 603
 - 3.2. Tratamiento convencional de este factor de discriminación... 603
- Bibliografía..... 604

Capítulo Vigésimo. LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS SINDICALES EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

- Djamil Tony Kahale Carrillo*..... 605
- 1. La visión constitucional de la libertad sindical 607
- 2. El desarrollo del contenido de la discriminación por motivos sindicales en los convenios colectivos..... 610
- 3. Propuestas para la negociación colectiva 614
- Bibliografía..... 615

PRESENTACIÓN

JAVIER GÓMEZ-HORTIGÜELA AMILLO

Presidente de la Comisión Consultiva
Nacional de Convenios Colectivos

Es el fin y paradero de las letras..., y no hablo ahora de las divinas, que tienen por blanco llevar y encaminar las almas al cielo; que a un fin tan sin fin como éste ninguno otro se le puede igualar: hablo de las letras humanas, que es su fin poner en su punto la justicia distributiva y dar a cada uno lo que es suyo, y entender y hacer que las buenas leyes se guarden. Fin, por cierto, generoso y alto, y digno de grande alabanza...

MIGUEL DE CERVANTES

El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha,
CAPÍTULO XXXVII, I^a.

En el cuarto centenario de la muerte de Cervantes, estas palabras, con las que don Quijote habla de la encomienda que tienen las gentes de letras, me sirven para recordar que esta Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos encargó en su momento a la profesora Doña Carmen Sánchez Trigueros y su equipo de investigadores el análisis del estado de cumplimiento del principio de igualdad en la negociación colectiva, en los términos quijotescos de dar a cada cual lo que es suyo y de cumplimiento de la normativa vigente.

En esta investigación que ahora se presenta, se ha segregado la materia general en subtemas que se han abordado aisladamente. Así, se han revisado los compromisos generales sobre igualdad y el lenguaje de los convenios; las comisiones de igualdad y los planes de igualdad; las prevenciones en los textos convencionales para evitar la aplicación de criterios discriminatorios en el ingreso y la carrera profesional; y el tratamiento de la movilidad funcional y geográfica en los convenios desde la perspectiva de la igualdad entre hombres y mu-

jeros. También se ha realizado una confrontación de un marco jurídico exigente en materia de no discriminación salarial con una realidad renuente a asumir un planteamiento igualitario.

Por otro lado, en una sociedad remisa a abandonar el reparto tradicional de las responsabilidades familiares, el estudio revisa la cobertura ofrecida desde la negociación colectiva a los avances en la corresponsabilidad familiar en lo concerniente al tiempo de trabajo, las excedencias y la regulación convencional en materia de embarazo y maternidad/paternidad. Se abordan igualmente desde la perspectiva de igualdad la prevención de riesgos laborales, las sanciones contractuales, la discapacidad, la orientación sexual e identidad de género, las cláusulas sobre enfermedad o incapacidad temporal, los siempre delicados asuntos relacionados con la raza, etnia y religión, la discriminación por motivos sindicales o de edad y las cuestiones relativas al acoso por razón de sexo y violencia de género.

No quisiera concluir esta presentación sin recordar que la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos es un órgano que cuenta entre sus funciones el estudio, análisis y difusión de la negociación colectiva, al tener el encargo normativo de ser Observatorio de la Negociación Colectiva. En uso de estas funciones, acordó encargar la realización de un estudio sobre el principio de igualdad en la negociación colectiva. El encargo recayó en el equipo dirigido por Doña Carmen Sánchez Trigueros y coordinado por D. Djamil T. Kahale Carrillo y Dña. Teresa Velasco Portero. El resto del equipo está compuesto por D. Ángel Arias Domínguez, Dña. Pilar Charro Baena, D. José Luján Alcaraz, Dña. Sofía Olarte Encabo y Dña. Alejandra Selma Penalva.

Para finalizar, sólo resta invitar a la lectura de la obra y agradecer a los autores el trabajo realizado y al Ministerio de Empleo y Seguridad Social su financiación y publicación.

Madrid, cuatro de noviembre de 2016
JAVIER GÓMEZ-HORTIGÜELA AMILLO
*Presidente de la Comisión Consultiva
Nacional de Convenios Colectivos*

PRESENTACIÓN INTRODUCTORIA

CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS

PRESENTACIÓN INTRODUCTORIA

1. GÉNESIS DEL ESTUDIO

En el último trimestre del año 2014, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, entonces presidida por D. Ángel Blasco Pellicer, «a fin de promover y divulgar la investigación en las materias relacionadas con las funciones de Observatorio de la negociación colectiva», difundió una convocatoria para realizar un estudio sobre «El principio de igualdad en la negociación colectiva».

Junto con otros numerosos equipos, a dicha convocatoria concurrió el que ha realizado el presente estudio. Su Proyecto fue finalmente seleccionado por la Comisión Permanente de la CCNCC (integrada por el Presidente de la Comisión y por dos Vocales de cada uno de los tres Grupos que la constituyen, así como por su Secretario). Según expone la resolución concedente, la decisión se adopta «teniendo en cuenta el contenido científico, la calidad y viabilidad de cada Estudio, la adecuación a los criterios orientativos que figuran en la página web de la CCNCC respecto del tema de la presente convocatoria, así como la adecuación, capacidad y dedicación del equipo investigador para ejecutar el estudio».

Interesa ahora recordar el tenor de la Base séptima, que explicitaba los criterios de valoración que deberían aplicarse para seleccionar el estudio de investigación seleccionado:

1. Conocer en profundidad y comprender los problemas jurídicos sociales más actuales y de reciente aparición, que plantean nuevos problemas al ordenamiento jurídico en el campo del Derecho de la negociación colectiva. El investigador tendrá que demostrar que conoce y puede aplicar las técnicas complejas existentes entre los distintos tipos de negociación colectiva.
2. Alcanzar y dominar los conocimientos, técnicos y especializados, sobre la negociación colectiva en relación con el marco legal y jurisprudencial de las materias convencionales actuales más controvertidas social y jurídicamente y su relación con los conflictos colectivos y sus medios de solución.
3. Adquirir y aplicar eficientemente la correcta y más adecuada metodología de investigación aplicada al área de conocimiento del Derecho elegida, manejando de manera correcta las diversas categorías conceptuales y, en concreto, la especialidad de las fuentes normativas existentes en el Derecho de la Negociación Colectiva.
4. Aplicar los conocimientos adquiridos a entornos y situaciones interdisciplinarias complejas en el conflictivo campo de la negociación colectiva, en función de las técnicas de investigación aprendidas.
5. Lograr una actitud y capacidad de indagación permanente, siendo capaces de identificar y acudir a fuentes de información relevantes y especializadas, tanto jurisprudenciales como doctrinales y legales, que faciliten la sistematización de la información dentro del Derecho de la negociación colectiva, siendo capaz de resolver, tanto de forma guiada como de forma autónoma, los problemas jurídicos planteados con un enfoque crítico y creativo.

En particular, y para el estudio de investigación relativo al «principio de igualdad en la negociación colectiva» propuesto en la presente convocatoria también podrá:

1. Analizar y sistematizar la información que contemple, desde un punto de vista transversal, la aplicación del principio de igualdad en todos los aspectos de la contratación laboral.

2. Demostrar los conocimientos específicos y, en concreto, estudiar monográficamente los contenidos teóricos de los planes de igualdad negociados y, en su caso, las medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral.
3. Analizar los convenios colectivos negociados y publicados entre el 01.01.2012 y el 31.12.2014.

El Equipo al que se adjudicó la elaboración del referido estudio está dirigido por la Dra. Carmen Sánchez Trigueros, siendo Coordinadores del mismo el Dr. Djamil T. Kahale Carrillo y la Dra. Teresa Velasco Portero. Sus investigadores pertenecen a diversas instituciones académicas:

- Ángel Arias Domínguez, Profesor Titular (acreditado Catedrático), Universidad de Extremadura.
- Pilar Charro Baena, Profesora Titular (acreditada Catedrática), Universidad Rey Juan Carlos.
- Djamil Tony Kahale Carrillo Profesor (acreditado Titular), UDIMA.
- José Luján Alcaraz Catedrático, Universidad Politécnica de Cartagena.
- Sofía Olarte Encabo Catedrática, Universidad de Granada.
- Carmen Sánchez Trigueros, Profesora Titular (acreditada Catedrática), Universidad de Murcia.
- Alejandra Selma Penalva, Profesora Titular, Universidad de Murcia.
- Teresa Velasco Portero, Profesora acreditada Doctora por la AGAE, Universidad Loyola Andalucía.

Como antecedente muy específico de la investigación se ha contado con la obra *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, publicada por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, concretamente en la colección «Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales», de la que ocupa el número 85, Madrid, 2008. Dicho estudio tiene su origen en el encargo que el entonces Presidente de la CCNCC hizo a José Fernando Lousada Arochena justo después de haber entrado en vigor la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

2. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

El objetivo de este trabajo es ofrecer una visión actualizada, desde un punto de vista práctico y útil para el operador jurídico, de una materia que, siendo muy reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, suele abordarse de manera muy fragmentada y sectorial. Dada la evolución normativa, social y jurisprudencial que los temas de no discriminación vienen experimentando resulta también especialmente interesante realizar un balance del estado actual de cosas, permitiendo así el contraste con el pasado reciente y preparándolo con el futuro a medio plazo. De ese modo podrá constatarse si estamos en un estadio de «transformación» o «estancamiento», a la vez que evaluando la respuesta brindada por los interlocutores sociales a los desafíos existentes en la materia.

Conviene tener en cuenta que la base novena de la convocatoria identifica dos fases en el proceso de elaboración y paralela entrega. La primera fase se corresponde con la materia más habitualmente relacionada con la quiebra del principio de igualdad (también en la negociación colectiva): no otra que la pertenencia al género más débil o menos representado. En palabras de las propias Bases, aquí debe abordarse «el análisis y desarrollo del principio de igualdad por razón de género en la negociación colectiva». Fruto principal de esa tarea son los primeros trece capítulos del estudio.

La segunda fase, lógicamente, se ha dedicado al examen de los temas relacionados con la no discriminación por razón de género. Se trata de campo menos frecuentemente afrontado en los convenios (salvo en el peculiar ámbito de la libertad sindical) pero igualmente de gran interés. Aparecen aquí siete bloques temáticos sobre causas discriminatorias concretas: orientación sexual e identidad de género, edad, discapacidad, enfermedad o incapacidad temporal, apariencia física (el caso particular de la obesidad y el sobrepeso), origen racial o étnico y la discriminación por motivos religiosos y, por último, la discriminación por motivos sindicales.

Aunque bien pudiera haberse realizado una distribución interna por «Partes», la exposición ha quedado organizada en capítulos, a los que se puede acceder de modo directo e intuitivo a partir de su propia denominación.

Conservando su autonomía se ha procurado que los veinte tramos en que se divide la exposición posean una misma organización interna: valoración final, conclusiones, reflexiones finales, recomendaciones, propuestas para erradicar y prevenir los diferentes tipos de acoso en la negociación colectiva, propuestas para la negociación colectiva, bibliografía.

Asumiendo los Criterios para la valoración de los estudios de investigación aprobados en su día, el análisis se ha centrado en los convenios de 2012, 2013 y 2014. Por referencia a los publicados en el Boletín Oficial del Estado, la muestra de instrumentos colectivos examinados asciende a 685 convenios. El listado se ha obtenido del REGCON, que es de acceso público, a través del portal de la propia Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Asimismo han sido estudiados los Planes de igualdad publicados entre 01 de enero de 2012 y el 9 de febrero de 2015.

3. COMPROMISOS GENERALES Y LÉXICO

El tema inicial viene centrado en dos cuestiones aparentemente formales, pero que en los últimos años han ido adquiriendo creciente relevancia: la proclamación de compromisos generales sobre igualdad y la utilización de un lenguaje no sexista por parte de los propios convenios colectivos. Su autoría corresponde a José Luján Alcaraz y Alejandra Selma Penalva.

Dado su carácter poco práctico, podría sorprender que la negociación colectiva se preocupe de pactar cláusulas o previsiones convencionales de tipo genérico pues constituyen más una declaración de intenciones que una plasmación de un compromiso en torno a la puesta en marcha de medidas concretas de actuación destinadas a combatir la desigualdad de géneros en la empresa. Pero además de su valor pedagógico, son una útil palanca hermenéutica: cualquier previsión convencional, formulada en términos ambiguos, deberá interpretarse en el sentido más favorable posible para alcanzar la igualdad de género.

Por otro lado, los compromisos de utilización no sexista del lenguaje están destinados a evitar tratamientos peyorativos de un sexo sobre otro. Tal minusvaloración nunca podrá encontrarse en la mera utilización del masculino genérico (eso sí, siempre que esta opción no vaya acompañada de excepción alguna que revele una diferencia de trato injustificada).

da entre hombres y mujeres) pues tal opción se ajusta plenamente a las reglas de la gramática. Por ese motivo deben rechazarse las prácticas, aunque sin duda bienintencionadas y laboriosas, consistentes en emplear insistentemente la doble terminación a/o en todos y cada uno de los sustantivos utilizados en el texto convencional. Cuando la LO 3/2007 prohíbe implícitamente la utilización sexista del lenguaje en cualquier ámbito (sea éste laboral, educativo, comercial, etc.), no está en modo alguno exigiendo la utilización simultánea del género masculino y femenino en todos y cada una de los sustantivos utilizados en el discurso.

Los compromisos de utilización no sexista del lenguaje han sido bien acogidos por la negociación colectiva de nuestro país en todos los ámbitos, incluyendo por tanto las referencias directas o indirectas con las que se persiga imponer unas exigencias de imagen diferentes para los trabajadores varones frente a las mujeres.

Por otro lado, parece muy interesante el análisis de las obligaciones impuestas a la empresa para evitar la utilización de un lenguaje androcéntrico: en el portal informático, en los formularios de empleo, en las comunicaciones internas, en la denominación de cargos, etc.

4. LAS COMISIONES DE IGUALDAD

Con la misma autoría que el capítulo anterior se examina ahora una figura incorporada por la mayoría de los planes de igualdad, así como por numerosos convenios colectivos; desde luego, comprometiéndose a crear este tipo de comisiones, la empresa o sector de actividad pone de manifiesto su intención de luchar activamente en contra de la discriminación por razón de género.

El ente en cuestión puede recibir diferentes denominaciones (comisión de igualdad, comité de igualdad, comisión de seguimiento, etc.) y persigue facilitar la elaboración de los planes de igualdad y actuar como garante del efectivo cumplimiento de las obligaciones legales o de los compromisos que se hayan podido adquirir en la empresa en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

A la vista de los instrumentos colectivos que la recogen, hay que estudiar su naturaleza jurídica y razón de ser, las funciones, composición, forma de actuación y procedimiento de adopción de acuerdos.

Diversas previsiones muestran que la obligación de la empresa de facilitar información no termina una vez realizado el diagnóstico inicial de la situación, sino que, habida cuenta de la necesidad de revisión y readaptación constante del plan de igualdad, será necesario que la comisión de igualdad disponga de información actualizada relativa al número de nuevos contratos realizados y el sexo de las personas contratadas, de la distribución por géneros de los nuevos ascensos, el número de personas que cada año disfrutan en la empresa de una excedencia por cuidado de hijos o familiares, etc.

El estudio muestra que entre las funciones que se suelen atribuir a la comisión de igualdad, se encuentra la de elaboración de un informe anual que reflejará el avance respecto a los objetivos de igualdad dentro de la empresa, con el fin de comprobar la eficiencia de las medidas puestas en marcha para alcanzar el fin perseguido, proponiendo, en su caso, medidas correctoras.

5. INGRESO Y CARRERA PROFESIONAL

La legislación laboral española ha superado antiguas desigualdades legales; prácticamente no existe en los textos normativos discriminación formal, y frontal, entre hombres y mujeres. Sin embargo, esta igualdad formal no se corresponde con la realidad de los hechos. A pesar de los indiscutibles avances hacia la plena integración de la mujer en el mundo laboral, subsisten discriminaciones y desigualdades que, aunque van adoptando formas cada vez más sutiles, siguen siendo relevantes y teniendo efectos reales.

De ahí el interés por tomar el pulso a la negociación colectiva al respecto, de lo que se ocupa la profesora Pilar Charro Baena, comenzando por recordar el marco normativo aplicable. Aunque la empresa cuenta con total libertad a la hora de seleccionar a los trabajadores más adecuados a sus necesidades productivas, lo que forma parte de la libertad de empresa, el riesgo de aplicar criterios discriminatorios subsiste y puede ser minorado mediante previsiones incorporadas al convenio aplicable. Sin embargo, apenas se ocupan del tema; por ello mismo posee especial interés el análisis de los casos en que ha sucedido lo contrario. Por ejemplo, cuando se precisa que «las ofertas de

empleo se redactarán de modo que no contenga mención alguna que induzca a pensar que las mismas se dirigen exclusivamente a personas de uno u otro sexo».

La escasa participación de los representantes de los trabajadores en los procesos de selección para el ingreso en la empresa se arbitra en la negociación colectiva, en todo caso, con diversas fórmulas y distinta intensidad. Pese a todo, algunos pactos colectivos les otorgan facultades de vigilancia y control.

Por otro lado, las medidas de acción positiva a favor de la contratación de mujeres, dejando a salvo que los méritos y perfiles profesionales son equivalentes e igualmente idóneos para cubrir el puesto convocado, previstas en la negociación colectiva analizada en materia de acceso al empleo consisten en el establecimiento de criterios de preferencia o «cláusulas de desempate».

Aunque las tasas de formación de hombres y mujeres está en niveles similares, la segregación vertical que sufren las mujeres es un hecho evidente, siendo habitual la referencia al «techo de cristal». El ET pide a la negociación colectiva que regule un sistema de promoción profesional, ante el silencio del ET en esta materia, que en todo caso debe ser ausente de discriminación directa o indirecta por razón de género y, por otra, compelen a la empresa para que los sistemas de ascenso y promoción se ajusten a sistemas que garanticen, asimismo, la ausencia de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo. Sin embargo, esta contundencia no se corresponde con una práctica convencional adecuada, como se expondrá.

6. MOVILIDAD FUNCIONAL Y GEOGRÁFICA

El profesor Ángel Arias Domínguez constata lo infrecuente de que los convenios colectivos traten la movilidad funcional o geográfica desde la perspectiva de la igualdad entre hombre o mujeres, o que incluyan materias directamente relacionadas con las derivaciones de este principio general del ordenamiento en su conjunto. Sus manifestaciones se han reducido a prever algunos aspectos tangenciales al objeto de estudio: reagrupación familiar en traslados, imposibilidad de desplazamiento de determinados trabajadores por motivos relacionados con el embarazo o el cuidado de la prole, etc., pero de manera

sustantiva, nuclear, con contenido autónomo y propio referido a la igualdad no hay materia sustancial que reseñar. Pese a ello, la práctica muestra supuestos de acceso a vacante o cambio de turno en los que se tienen en cuenta circunstancias relacionadas con la no discriminación por razón de género.

Ha sido bastante usual que convenios prevean la movilidad de un trabajador de la empresa a otro puesto de trabajo vacante en otra localidad con «*la finalidad de conseguir una reunificación familiar con su cónyuge o pareja de hecho*», calificándose esta posibilidad como singular movilidad «*intercentros*» por «*circunstancias de carácter familiar*». Es bastante común que los convenios que prevean esta singular movilidad por «*reagrupamiento familiar*» expresamente incluyan no sólo al cónyuge sino también a la pareja de hecho del trabajador, o más sencillamente al «*compañero/a, con quien exista convivencia acreditada*», lo cual da valor a las meras relaciones de hecho no formalizadas o protocolizadas.

Aunque no es una circunstancia que se relaciona directamente con la igualdad entre hombres y mujeres que estamos analizando en este trabajo, sino con la conciliación familiar y laboral, conviene señalar que algunos convenios han previsto la circunstancia de que el trabajador desee trasladarse a otro puesto de trabajo de otra localidad para recibir un adecuado tratamiento médico o fisioterapéutico con el propósito de proteger más eficazmente su salud.

7. RETRIBUCIONES

La profesora Sofía Olarte Encabo ha examinado la negociación colectiva desde la óptica de la remuneración. Contamos con un marco jurídico —internacional, comunitario, constitucional e interno— suficiente, que prohíbe cualquier forma de discriminación en el empleo y condiciones de trabajo, muy especialmente por razón de género y en materia retributiva. Igualmente, contamos con un conjunto estructural y organizativo adecuado para la consecución del mandato legal, sin embargo, la realidad, las actitudes y los valores muestran la insuficiente asunción de un modelo retributivo no discriminatorio por razón de género, siendo éste el reto en el que puede hacer una gran aportación la negociación colectiva.

La discriminación directa, como es lógico, está ausente de nuestra práctica. Pero lo relevante, más allá de una cuestión de lenguaje cuya complejidad no nos corresponde analizar aquí, es que, bajo el «caos» gramatical que ha provocado la búsqueda de un lenguaje no sexista, no se «escapen» algunas discriminaciones salariales directas, por la adscripción de grupos profesionales y puestos de trabajo según sexo de los trabajadores.

Del estudio de los convenios colectivos de ámbito nacional actualmente en vigor, se desprende que, de entrada, las cláusulas que incurren o pueden incurrir en formas de discriminación retributiva indirecta se centran más en los complementos salariales y otros conceptos retributivos que en la regulación del salario base. Junto a los complementos salariales que premian aspectos que afectan al tiempo de trabajo y su flexibilidad, los complementos de penosidad suelen vincularse a actividades masculinizadas, sin embargo, no se pueden considerar indirectamente discriminatorios en la medida en que, en principio, pueden ser realizados igualmente por trabajadoras que por trabajadores.

Por otro lado, el estudio constata cómo la negociación colectiva refleja esta apuesta empresarial por la amplia disponibilidad temporal de los trabajadores, lo que se refleja en la estructura retributiva (pluses como el de nocturnidad, turnicidad, festividad y descanso semanal, asiduidad, jornada partida, horas extraordinarias, disponibilidad...) son complementos en ascenso cuantitativamente y cualitativamente hablando.

8. TIEMPO DE TRABAJO

La cuestión del tiempo de trabajo y su organización es un factor clave para la consecución de la igualdad de oportunidades en la empresa. Nuestra sociedad sigue guardando un esquema tradicional de reparto de las responsabilidades familiares de forma tal que, a pesar de que en los últimos años se ha avanzado en la corresponsabilidad, las mujeres siguen asumiendo en mayor medida que los hombres las tareas del hogar y el cuidado de menores y dependientes. De ahí el interés de examinar la respuesta que la negociación colectiva haya brindado a estos temas, tarea que corre a cargo de M^a Teresa Velasco Portero.

Numerosos convenios constatan que la organización del trabajo en las empresas corresponde a la facultad de dirección de las mismas, de acuerdo con lo previsto legal y convencionalmente. Excep-

cionalmente advierte que esa tarea debe llevarse a cabo sin discriminación alguna y todavía en menos ocasiones se atiende de modo expreso a la conciliación con necesidades familiares. Del mismo modo, en particular, son escasas las ocasiones en que la negociación se ocupa expresamente de regular alguna circunstancia familiar o personal que pueda influir en su régimen de trabajo a turnos, aunque hay algunos ejemplos de buenas prácticas en este sentido que merece la pena resaltar.

A pesar de que la tónica general en la materia es la de aumentar la flexibilidad en virtud de las necesidades de la empresa, también podemos encontrar algunos ejemplos de buenas prácticas que exceptúan del régimen general a determinados trabajadores con especiales circunstancias familiares o personales. Muy importante es comprobar que el art. 34.8 ET (si no existe desarrollo convencional el derecho a la modificación o adaptación de la jornada no puede ser exigido) apenas encuentra desarrollo efectivo. Pero aparecen cosas muy interesantes, como el derecho de los trabajadores con determinadas responsabilidades familiares a pasar de jornada partida a continuada, siempre que se cumplan determinados requisitos.

Aunque la negociación colectiva no se ocupa mucho en general de la reducción de jornada, cuando concurre guarda legal o cuidado de familiares cambia un poco la tónica, aunque en la mayoría de los casos sea para repetir el texto legal (los convenios colectivos anteriores a 2014 refiriéndose a menores de ocho años como sujetos cuya guarda da lugar al derecho y los de 2014 en adelante referidos a menores de doce, adaptándose a la ampliación legal del límite de edad).

Los supuestos que dan derecho a permiso es uno de los temas que está presente en casi todos los convenios colectivos, en muchas ocasiones para repetir lo establecido en el art. 37.3 ET, no mencionando alguno de ellos o ampliando otros. En algunos casos se introducen supuestos nuevos, o se extienden a situaciones que en principio no estaban previstas en el ET, como ocurre con la extensión de los derechos previstos para el matrimonio a las parejas de hecho. Junto a los permisos clásicos ya analizados los convenios colectivos incluyen en ocasiones permisos (una vez retribuidos y otras no) para atender a muy distintas circunstancias. En ocasiones se trata de atender a distintos trámites de carácter civil y en otros incluso se refieren a celebraciones religiosas.

9. EXCEDENCIAS

La profesora Pilar Charro Baena abre su estudio sobre las excedencias en la negociación colectiva recordando que la STC 240/1999, de 20 de diciembre, reconoció que «hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias», por tanto, se trata de una institución directamente conexas con el principio de igualdad por razón de sexo. Sobre el tema, una abrumadora mayoría de los convenios reproducen lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores.

La excedencia por cuidado de hijos, con clara afectación finalista, aparece contemplada por la negociación colectiva para reiterar lo dispuesto por la Ley o para mejorar sus previsiones. Sin embargo, aun siendo derechos de titularidad indistinta, debe llamarse la atención el número tan significativo de convenios que denominan o rotulan la excedencia para cuidado de hijos menores de tres años como excedencia «por maternidad»; y los términos utilizados no son, en absoluto, inocuos, sino que vienen a perpetuar el tradicional reparto de roles entre mujeres y hombres, siendo a las primeras a quienes se les asigna el cuidado del hogar y de los hijos.

Respecto de la excedencia por cuidado de familiares, una abrumadora mayoría de los convenios colectivos analizados reproduce el régimen jurídico y los efectos previstos con carácter general en la legislación laboral. Se encuentra alguna regulación que, aunque sea de manera indirecta, alienta el reparto equilibrado entre hombres y mujeres de las responsabilidades familiares, otorgando un régimen más favorable, al ampliar la posible duración de la situación de excedencia, cuando ésta tiene su razón de ser en el cuidado de familiares por consanguinidad.

10. CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR

Los convenios colectivos han tratado la situación de embarazo desde tres perspectiva distintas: previendo la situación de embarazo para acomodar el desarrollo de la actividad laboral a las exigencias que impone la nueva situación laboral; organizando la suspensión contractual por maternidad; y previendo —no en todos los casos— una regulación más o menos detallada de los derechos relacionados con la atención y cuidado del recién nacido: reducción, y acumulación, de la jornada

por lactancia, excedencia, organización del tiempo de trabajo, etc. El profesor Ángel Arias Domínguez aborda los dos primeros aspectos en un capítulo específico.

La situación de embarazo de la trabajadora se tiene en consideración en dos sentidos. Para implementar la movilidad a un puesto compatible con su estado cuando pueda existir cualquier tipo de riesgo para el embarazo, garantizándole la misma prestación salarial y la reincorporación a su puesto de trabajo habitual cuando se reintegre después del descanso maternal. Y, en segundo lugar, teniendo en consideración la situación en el momento de la evaluación de los riesgos laborales en la empresa, con el objeto de especificar y concretar la idoneidad de la mujer embarazada para determinados puestos de trabajo y previendo limitaciones horarias, o regulando determinadas condiciones de ejercicio de cada concreta actividad laboral.

La regulación convencional sobre maternidad siempre ha sido intensa en esta materia, bien ampliando los períodos obligatorios de descanso maternal, o bien dando una cobertura completa a las percepciones económicas que se perciben en la situación protegida. Pero desde el punto de vista cualitativo defrauda un tanto el análisis efectuado, pues, en puridad, no articula, en general, soluciones novedosas, dedicándose, a repetir los dictados del ET en la materia, o, a lo sumo, ampliar escasamente los períodos de descanso.

La regulación del permiso de paternidad en la negociación colectiva se ha conformado con ampliar ligeramente el plazo de disfrute del permiso, no más allá de las cuatro semanas que prevé la normativa que todavía no ha entrado en vigor, y con realizar alguna pequeña mención a la discapacidad del menor para ampliar temporalmente el derecho y regular la concurrencia con las vacaciones anuales retribuidas.

11. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

La profesora Sofía Olarte Encabo examina la respuesta de la negociación colectiva a los interrogantes suscitados desde una de las «zonas negras» del principio de transversalidad: la prevención de riesgos laborales. Actualmente casi todos los convenios colectivos contienen cláusulas relativas a la prevención de riesgos laborales o a la seguridad y salud de los trabajadores, predominando aquéllos que se limitan a la

remisión a lo dispuesto en la LPRL o a la reproducción de los preceptos legales. Pero el género en materia de prevención de riesgos laborales es considerado en los convenios colectivos casi exclusivamente en relación con el embarazo y la lactancia, contemplando medidas como la movilidad funcional, la adaptación del puesto de trabajo o la suspensión del contrato de trabajo, sin mejorar ni ampliar las previsiones del art. 26 de la LPRL. Ello ha llevado a la doctrina a afirmar que el principio de transversalidad sólo se ha cumplido parcialmente, en temas relacionados con el embarazo y la maternidad que parecen percibirse como únicas realidades fisiológicas específicamente femeninas.

Salvo en los aspectos reseñados, la perspectiva de género es casi inexistente. Esta carencia se manifiesta en la escasa consideración en cualquiera de las actividades preventivas de la incidencia de la «doble jornada» sobre las mujeres en el trabajo y de la incidencia de la mayor precariedad laboral sobre las mujeres, pero también por el desconocimiento de riesgos genéricos con especial incidencia en mujeres trabajadoras y de riesgos específicos. Aspectos, todos ellos, que deben ser tenidos en cuenta en la evaluación de los riesgos y en la adopción de medidas adecuadas, ya que el desconocimiento de la diferencia biológica entre hombres y mujeres (tomando como patrón referencial únicamente al hombre) comporta una discriminación indirecta, en cuanto su no consideración genera efectos desfavorables a las mujeres trabajadoras —la no efectiva protección de su seguridad y salud en el trabajo—. El hecho de que la prevención sea percibida por la parte empresarial como una «carga» o un coste social, no explica la escasa penetración de la perspectiva de género, ya que su consideración, además de contribuir a una más eficaz protección de la salud de los trabajadores, no tiene por qué comportar un coste adicional, ya que simplemente se trata de reasignar dichos costes de una forma más eficiente porque las medidas adoptadas tendrían unos resultados preventivos sensiblemente mejores.

Entre las obligaciones preventivas, la vigilancia de la salud de los trabajadores es, sin duda, una de las que mayor atención recibe por parte de la negociación colectiva (art. 22 LPRL). En relación con el tipo de riesgos propios de determinados puestos de trabajo se prevén algunos reconocimientos médicos específicos para dichos riesgos y se reconoce expresamente su incidencia predominantemente femenina.

12. ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

El artículo 48 de la LOIMH señala que las «empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación. Sobre tal atalaya, el profesor Djamil Tony Kahale Carrillo examina los logros alcanzados por la negociación colectiva sobre la materia. A la vista de ellos formula razonadas propuestas de mejora:

- a) Fomentar la presencia de las mujeres en las mesas de negociación. Es decir, que los agentes sociales que intervengan en la negociación colectiva estén representados o compuestos, a su vez, por mujeres para que puedan aportar más ideas a la hora de mejorar los derechos a las trabajadoras y trabajadores en relación a los diferentes tipos de acoso.
- b) Fomentar la presencia de la figura del agente para la igualdad de oportunidades en las mesas de negociación.
- c) Incluir cláusulas que definan y sancionen los diferentes tipos de acoso existentes.
- d) Utilizar términos en español y no extranjeros (*mobbing*) a la hora de abordar el acoso laboral.
- e) Formar a la plantilla, así como a los directivos, en qué consisten los diferentes tipos de acoso y las consecuencias que ocasionan a las personas.
- f) Concienciar a los empresarios que la forma de atajar los diferentes tipos de acoso, no es exclusivamente un compromiso en que solo señalan que se limitan a comprometerse. Esas promesas deben materializarse en actuaciones tendentes a erradicar y prevenir aquellos diferentes tipos de lacara, a través de códigos de conducta, planes de igualdad, entre otros. Que no quede solo en una declaración de intenciones.

- g) Establecer un procedimiento sencillo con celeridad para la tramitación de las denuncias y la apertura de la investigación correspondiente; en el que las partes intervinientes deben guardar sigilo y confidencialidad.
- h) Incorporar el modelo de denuncia que debe realizar el trabajador acosado, así como el modelo de denuncia de la persona que tiene conocimiento del acoso.
- i) Incorporar en el régimen sancionador la calificación de falta muy grave las actuaciones que constituyan cualquier tipo de acoso en el trabajo.
- j) Incorporar en el régimen sancionador la calificación de falta muy grave las denuncias falsas de cualquier tipo de acoso una vez concluida la pertinente investigación.
- k) Establecer un protocolo o código de conducta que regule todo lo concerniente a los diferentes tipos de acoso.
- l) Crear una comisión que sea la instructora de la investigación, que no esté conformada por los altos directivos o jefes.
- m) Garantizar la obligación del empresario de evaluar los riesgos psicosociales, así como la adopción de medidas preventivas.
- n) Implementar un plan de igualdad que garantice el derecho fundamental a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo, que englobe medidas para prevenir y erradicar cualquier tipo de acoso en el trabajo.

13. VIOLENCIA DE GÉNERO

Con la misma autoría del capítulo precedente se examina una muy concreta cuestión, pero de enorme calado por su repercusión social: el tratamiento de la violencia de género en la negociación colectiva. Solo una quinta parte de ellos ha prestado atención específica al problema, lo que de por sí ya muestra un terreno en el que debe avanzarse de manera relevante. Las propuestas realizadas son similares a las del punto anterior:

- a) Fomentar la presencia de las mujeres en las mesas de negociación. Es decir, que los agentes sociales que intervengan en la negociación colectiva estén representados o compuestos, a su

- vez, por mujeres para que puedan aportar más ideas a la hora de mejorar los derechos a las trabajadoras víctimas de violencia de género.
- b) Fomentar la presencia de la figura del agente para la igualdad de oportunidades en las mesas de negociación.
 - c) Ofrecer ayudas económicas para las situaciones de emergencia en caso de violencia de género, mediante la creación, por ejemplo, de un fondo monetario.
 - d) Anticipar el periodo vacacional.
 - e) Conceder préstamos con facilidades de pago.
 - f) Permisos de trabajo retribuidos con duración determinada.
 - g) Posibilidad de suspender la relación laboral con reserva del puesto de trabajo con independencia de la modalidad contractual y antigüedad en la empresa, hasta que se normalice su situación.
 - h) Mejorar las condiciones temporales de reserva de empleo en los supuestos de movilidad geográfica.
 - i) Derecho preferente de ocupar puestos de trabajo de igual categoría en otros centros de trabajo del mismo empresario, cuando requieran cambiar de residencia.
 - j) Crear una comisión especial en la materia, que informe a la víctima de malos tratos de sus derechos y las acciones judiciales que puede interponer, poniéndola en contacto con los organismos públicos, Organizaciones No Gubernamentales (ONG's), asociaciones o grupos de mujeres especializados en la materia, garantizándole la discreción y el sigilo del asunto que tendrán los miembros que la componen.
 - k) Aparte de reconocerse la orden de protección a favor de las víctimas y el Informe del Ministerio Fiscal, para el reconocimiento de los derechos a que hace mención el texto legal, se deben flexibilizar las vías de acreditación a través de un dictamen de los servicios sociales, la denuncia ante el juzgado o cualquier otro informe probatorio, como el suscrito por una ONG o fundaciones u organismos públicos. Flexibilización que se invoca, por agilizar el disfrute de estos derechos a la trabajadora víctima, en vista que la orden de protección y el

Informe del Ministerio Público es otorgado por profesionales del derecho especializados en el área penal, y pueda que no se encuentren familiarizado con el Derecho del Trabajo, pudiendo retardar la expedición de los mismos para que aquellas hagan uso del derecho que les corresponde.

- l) Implementar un plan de igualdad que garantice el derecho fundamental a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo, que englobe a las mujeres víctimas de violencia de género.

14. PLANES DE IGUALDAD

Los autores del primer capítulo completan lo dicho en él con el estudio de los Planes de Igualdad. Lo primero que han podido constatar es que, quizá por utilizar un modelo previo, gran parte de los convenios analizados pecan de una generalidad y una ambigüedad injustificables.

En concordancia, muchos de los denominados «planes de igualdad de ámbito sectorial», conscientes del papel secundario que ocupan, se limitan a reproducir la obligación legal (que por lo general, incide sólo sobre empresas de más de 250 trabajadores) pasando a continuación a enumerar, el elenco de previsiones que no puede olvidar recoger el plan de igualdad que cada empresa, llegado el momento, elabore. Así pues, el plan de igualdad sectorial contendrá únicamente indicaciones básicas que tienen como finalidad simplificar después la negociación en el ámbito de empresa, pues a través de ella se marcan los pasos de actuación, el contenido mínimo y las directrices generales que deberá respetar todo plan de igualdad que se apruebe en su ámbito de aplicación.

Además de la tipología acerca de estos planes, presenta especial interés el análisis de las medidas estratégicas contenidas en ellos. Bajo denominaciones diferentes como «acciones responsables», «planes de actuación», «medidas concretas», o «estrategias» en materia de igualdad, los planes de igualdad enumeran los distintos compromisos que asume la empresa y que están destinados a ir corrigiendo las deficiencias en materia de igualdad de trato y oportunidades detectadas en la fase de diagnóstico.

15. SANCIONES CONTRACTUALES

El profesor Ángel Arias Dominguéz estudia el contenido de la negociación colectiva en cuestiones relacionadas con la no discriminación, desde la perspectiva de tipificación de infracciones y sanciones a los trabajadores. Ha podido constatar que más allá de la tipificación de las conductas de acoso como infracción laboral, en algunos casos definiendo singularmente qué ha de entenderse por acoso en el ámbito del convenio, en otros subrayando la reiteración en la conducta como circunstancia agravante, y en otros precisando que el tipo de acoso se considera agravado cuando quien lo practica se prevale de su situación de superioridad en la empresa, muy pocos convenios han previsto infracciones relacionadas directamente con la igualdad entre hombres y mujeres, o con los derechos y deberes jurídicos que de dicho principio jurídico dimanar para el ámbito laboral.

En bastantes casos se prevé como falta laboral en el ámbito del convenio cualquier actuación discriminatoria que conlleve u ocasione un resultado lesivo al trabajador, cualquier conducta discriminatoria por motivos inconstitucionales. De manera muy residual algún convenio colectivo ha situado a la actuación arbitraria en el elenco de infracciones laborales, especialmente si dicho comportamiento procede de un superior en la empresa (no sólo, por tanto, de quien ejerce, diríamos, el poder de dirección) y produce o provoca una concreta vulneración de un derecho legalmente reconocido al trabajador.

16. ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

El profesor Djamil Tony Kahale Carrillo aborda el contenido de la negociación colectiva en materia de orientación sexual e identidad género. Concluye que no existe referencia expresa a la discriminación por orientación sexual. Dicho en otros términos, resulta evidente que el bagaje existente es sumamente exiguo en cláusulas que atiendan a la discriminación por orientación sexual. Solo se hace mención genérica al señalar que la empresa no realizará ningún tipo de discriminación entre sus trabajadores por razón de sexo, entre otras, circunstancias. Las propuestas formuladas para mejorar la situación son las que siguen:

A continuación se presentan las propuestas para la negociación colectiva contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género:

- a) Fomentar la presencia de personas lesbianas, gay, transexuales y bisexuales en las mesas de negociación.
- b) Fomentar la presencia de la figura del agente para la igualdad de oportunidades en las mesas de negociación.
- c) Establecer de manera específica en la cláusula de los principios de no discriminación la orientación sexual y no de forma genérica al sexo.
- d) Incorporar en las cláusulas de sanciones disciplinarias las actuaciones que atenten contra la dignidad de las personas por su orientación sexual o su identidad de género.
- e) Equiparar en las cláusulas los derechos reconocidos a los matrimonios y a las de pareja de hecho para garantizar la conciliación de la vida laboral y familiar. No hacer solo referencia al matrimonio.
- f) Implantar un protocolo que incorpore el acoso por razón de la orientación sexual e identidad de género.

17. EDAD

También es el Dr. Kahale quien examina la negociación colectiva desde la óptica de la discriminación por edad. El balance no es muy alentador. Algunos convenios de manera genérica incluyen la discriminación por edad en las cláusulas contra la discriminación o igualdad de trato, al señalar que la empresa no realizará ningún tipo de discriminación entre sus trabajadores por razón de edad. En cuanto al ingreso de personal algún convenio señala que respetará el principio de no discriminación por motivos de edad. Por ello se formula una batería de propuestas de mejora:

- a) Fomentar la presencia de personas mayores y jóvenes en las mesas de negociación.
- b) Fomentar la presencia de la figura del agente para la igualdad de oportunidades en las mesas de negociación.
- c) Incorporar la posibilidad de reducir a la mitad de la jornada de la actividad laboral de los trabajadores mayores de 55 años.

- d) Establecer acciones positivas, con el fin de evitar sesgos en los itinerarios profesionales de los jóvenes, en el acceso a la formación.
- e) Incorporar en las cláusulas de sanciones disciplinarias las actuaciones que atenten contra la edad, tanto para personas las mayores como los jóvenes.

18. DISCAPACIDAD

El Dr. Kahale es el encargado de examinar el contenido de la negociación colectiva desde la perspectiva de no discriminación por razón de discapacidad; la contemplación del tema se lleva a cabo atendiendo a la persona con discapacidad que trabaja o a la persona que trabaja y es familiar de otra con discapacidad.

Del estudio de los convenios colectivos analizados se constata la existencia de un sinnfín de terminología para hacer referencia a las personas con discapacidad. En este sentido, se les ha denominado «capacidad disminuida», «limitación física», «personal con discapacidad disminuida», «discapacitados», «disminución de la capacidad», «minusvalía», «disminución de aptitud capacidad laboral», «trabajadores con discapacidad», «empleados con discapacidad», «personal con discapacidad física», «disminuidos psíquicos», «personal con discapacidad», «dependencia», «disminuidos», «trabajadores disminuidos», «minusválidos-discapacitados», «discapacidad» y «minusválido».

Con frecuencia se prevé que la integración de las personas con discapacidad es un compromiso de la compañía que no solo permite el crecimiento de las personas que forman parte de este colectivo, sino que, permite crecer a todos como empresa. Para alcanzar la plena integración social y laboral de las personas con discapacidad, su participación en la sociedad a través del trabajo constituye uno de los instrumentos más importantes de integración social de este colectivo y a su vez garantiza una igualdad efectiva de oportunidades. La empresa establecerá como compromiso social la incorporación efectiva de aquel, siempre que las circunstancias del puesto de trabajo lo permitan, y el trabajador no incurra en ningún riesgo laboral incompatible con su discapacidad. Entre las numerosas propuestas para mejorar la situación, destacan las siguientes:

- a) Señalar cláusulas que eviten la discriminación, por una parte, entre personas con discapacidad en el acceso al empleo. Por otra, en el desempeño del mismo.
- b) Negociar la permanencia en el empleo de aquellos trabajadores con empleo que hayan sufrido una discapacidad sobrevenida.
- c) Incluir cláusulas que aboguen por la generación de empleo directo y mejora de las condiciones de vida y de trabajo a través del incremento en la contratación directa de las personas con discapacidad, con la colaboración de los movimientos asociativos de este colectivo.
- d) Incluir cláusulas que aboguen por la generación de empleo indirecto, mediante la contratación de bienes o servicios a Centros Especiales de Empleo.
- e) Incorporar cláusulas que aboguen por la implantación del teletrabajo en la empresa, especialmente para las personas con discapacidad; dado que evitarían desplazarse para ir al sitio de trabajo lo que conlleva una herramienta facilitadora de la inclusión en el mercado de trabajo de estas personas.
- f) No incluir cláusula que haga mención a la reserva legal de empleo de 2% de trabajadores con discapacidad, dado que la norma ya lo establece. Lo recomendable es incluir aquella disposición que indique un porcentaje mayor al regulado por la legislación, que en este caso mejoraría la norma y sería más destacable.
- g) Incorporar cláusulas de conciliación de la vida laboral y familiar que hagan referencia, a su vez, a las personas con discapacidad; dado que estos tienen necesidades específicas y diferentes a los trabajadores sin discapacidad.
- h) Fomentar medidas en materia de formación que tiendan a favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral, así como la participación de los empleados con cualquier tipo de discapacidad.
- i) Crear, en la medida de lo posible, un fondo de ayuda a trabajadores con discapacidad.
- j) Incluir la discapacidad en las estrategias de Responsabilidad Social Corporativa, así como su difusión y sensibilización social hacia la misma.

19. ENFERMEDAD O INCAPACIDAD TEMPORAL

La Dra. Velasco Portero explica que la negociación colectiva contiene diversas previsiones con respecto a las situaciones de enfermedad o accidente del trabajador, no tanto en relación con la prevención o prohibición de discriminaciones (ya que no aparece expresamente mencionada en las cláusulas generales antidiscriminatorias) como en cuanto a medidas asistenciales. Las menciones son relativas a dos cuestiones: por una parte el reconocimiento de ciertos permisos por motivos de enfermedad y por otra el establecimiento de complementos asistenciales para los casos en que la persona trabajadora esté en situación de incapacidad temporal.

Sin embargo, las situaciones de alteración de la salud (que para simplificar vamos a llamar «enfermedad» aunque en realidad también puedan provenir de un accidente) son sin lugar a dudas un factor que puede provocar discriminaciones, por lo que sería deseable su abordaje por la negociación colectiva. Este abordaje debe contextualizarse en los mínimos legales, por lo que merece la pena recordar cuál es el tratamiento del tema en sede legal y jurisprudencial. Hay que tener en cuenta que en este apartado nos referimos a la «enfermedad» como una situación distinta de la «discapacidad», sobre la cual no hay duda en cuanto a que es una causa de discriminación prohibida por nuestra Constitución.

Es positivo que la negociación mejore las prestaciones económicas que va a recibir la persona trabajadora en el caso incapacidad temporal, ya que es una mejora asistencial importante con respecto a lo establecido en la legislación. Sin embargo, al no ir acompañada de ninguna previsión con respecto al despido de estas personas es posible que en la práctica esto se convierta en un elemento que provoque que el empresario opte por la extinción de los contratos en lugar de hacer frente a los complementos

20. APARIENCIA FÍSICA

La Dra. Velasco Portero expone que la apariencia física es un factor que, de manera explícita o implícita, tiene influencia tanto en el momento de la selección del trabajador como en el desarrollo o incluso en la extinción de la relación laboral. Hay que tener en cuenta que

es uno de los elementos que más peso tienen en la conformación de los llamados «estereotipos», que la RAE define como «Imagen o idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable» y que nos permite a los seres humanos formarnos una idea apriorística del grupo social o económico al que pertenece una persona, e incluso de características de su personalidad. La aplicación de alguno de estos estereotipos, inevitables desde un punto de vista psicológico, puede tener como consecuencia un trato discriminatorio sobre determinado grupo de personas. Por otra es relativamente frecuente que la empresa imponga una uniformidad a las personas trabajadoras, o el uso o prohibición de cierto tipo de elementos (como maquillaje, tatuajes, tacones, barba...) o incluso que vaya más allá y la imposición o la prohibición tenga que ver con características físicas inmanentes a la persona (como tener un determinado peso, o una apariencia juvenil, o una estatura mínima).

A pesar de la importancia del tema, la realidad es que en nuestro país no hay ni corpus normativo que se ocupe expresamente de ello, ni tampoco un corpus de categorías científicas al respecto con suficiente relevancia. La cuestión se complica porque debe partirse de la posibilidad de que el empresario imponga determinada estética o uniformidad a los trabajadores, e incluso que esta estética sea diferenciada para hombres y para mujeres. Y aunque es relativamente frecuente que las empresas impongan un protocolo indumentario a las personas trabajadoras, dichos protocolos no suelen aparecer en el texto de los convenios colectivos.

21. RAZA, ETNIA, RELIGIÓN

La profesora Velasco Portero señala cómo, en congruencia con el escaso desarrollo que ha efectuado nuestro legislador del tema e incluso de la escasa conciencia que existe en nuestra sociedad de este problema (puesto que negamos recurrentemente ser racistas), las referencias en los convenios colectivos analizados son prácticamente anecdóticas. En algún caso se dice que en la promoción se «atenderá a los principios de igualdad y capacidad sin distinción de raza ni sexo», en otros se menciona dentro de las prohibiciones de discriminación en materia de selección de personal: «La selección se efectuará según recoge la postura de Bridgestone ante los derechos

humanos respetando el principio de no discriminación por motivos de raza, etnia, nacionalidad, sexo, edad, idioma, religión, credo, condición social, discapacidad, o cualquier otro factor relacionado.». Otros convenios se refieren a la raza dentro de las cláusulas generales antidiscriminatorias.

22. VERTIENTE SINDICAL

El profesor Djamil Kahale Carrillo expone la sorprendente conclusión de que hay escasos convenios colectivos que hagan referencia a la discriminación por motivos sindicales. No obstante, un porcentaje de aquellos la incluyen de manera genérica, al señalar, por una parte, que la interlocución y las relaciones sociales en la empresa habrán de estar presididas por el respeto de los principios de igualdad y no discriminación de los representantes legales de los trabajadores.

Ese mayoritario silencio puede explicarse por considerar que ya existe suficiente tutela antidiscriminatoria en las normas y es compatible con las previsiones sobre crédito horario, excedencias, asambleas, distribución de información u otras formas de acción sindical.

CONCLUSIONES

El «sexismo lingüístico» existe y produce efectos indeseables, por lo que resulta necesario detectarlo y erradicarlo, pero en realidad no existe «sexismo lingüístico» en muchas de las prácticas sobre las que hoy en día recae injustificadamente el fantasma de la discriminación encubierta, como sucede con el uso genérico del masculino («trabajadores»).

Las proclamaciones generales de respeto a la no discriminación constituyen una fórmula pedagógica de utilidad, al tiempo que una palanca interpretativa de interés.

No siendo obligatoria la creación de comisiones de igualdad, la negociación colectiva las considera instrumento muy adecuado para conseguir el cumplimiento de la legislación antidiscriminatoria. Cuando así suceda debe procurarse que estén dotadas de un reglamento destinado a regular su régimen interno de funcionamiento.

Deben fomentarse las prácticas convencionales que exijan la participación de la representación de los trabajadores en las fases de los procesos de incorporación al puesto de trabajo, como garantes de procesos no discriminatorios, en especial, en lo relativo a la determinación de las ofertas de empleo.

Aunque algunos convenios colectivos contienen declaraciones generales sobre la implantación en la empresa de políticas que eviten cualquier comportamiento contrario a la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso y promoción en el empleo, se aprecia una significativa ausencia de enfoque de género en estas materias.

Los convenios colectivos no suelen incluir en los preceptos dedicados a la movilidad funcional menciones relativas a la igualdad entre hombres y mujeres. Muy probablemente porque no se aprecia como necesario. El traslado por reunificación familiar es un instrumento usual en los convenios colectivos, y muy útil desde el punto de vista de la conciliación familiar. Sería conveniente que en su proyección normativa se diese cobertura no sólo a las situaciones matrimoniales, sino también a las afectivas de derecho o de hecho.

Los mecanismos ideados para impedir el traslado forzoso o el desplazamiento temporal en determinadas circunstancias (maternidad, período de lactancia, hijos menores de determinada edad, etc.) deberían generalizarse en la negociación colectiva, habrían de ser divisa de calidad del convenio en esta materia. Es un mecanismo sencillo de implementar, de eficacia directa y que protege muy bien a determinados colectivos especialmente sensibles.

La negociación colectiva puede incidir en la innovación, sobre todo, de los complementos salariales tradicionales, reduciendo el peso específico de algunos e introduciendo otros nuevos. Pero ello exige un cambio de valoración social del trabajo de las mujeres que debe comenzar con el estudio de los factores diferenciales del trabajo feminizado para reivindicar su valoración y poder llegar a introducirlo en los convenios colectivos, de forma ponderada con los componentes retributivos que favorecen mayoritariamente a trabajadores masculinos.

En cuanto al desarrollo del derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada previsto en el art. 34.8 ET, es necesario que cale en la negociación colectiva, lo que no ha ocurrido hasta ahora. Por lo que respecta a los permisos, regulación presente en todos

los convenios analizados, se echa en falta una mayor adaptación a las nuevas realidades sociales, en que cada vez nos encontramos con mayor número de familias no convencionales.

La acumulación por lactancia aparece regulada en los convenios de manera simplista y que adolece de la inercia de considerar que es la mujer la titular del derecho y que, además, lo va a disfrutar la misma persona que disfruta de la suspensión por maternidad. Sería conveniente que la negociación colectiva adaptara este tipo de formulaciones a la nueva regulación legal, mucho más amplia en cuanto a la titularidad, y fomentar de esta manera la corresponsabilidad.

Con respecto a las vacaciones, es necesario que se introduzcan criterios de fijación de su fecha de disfrute que tengan en cuenta las circunstancias familiares, por delante del criterio de antigüedad.

En esencia, la negociación colectiva se limita en materia de excedencias familiares, utilizando el término en sentido amplio, a reproducir la legislación estatutaria, mejorando, a lo sumo, la duración de la misma, y no muy significativamente, el plazo de reserva de su puesto de trabajo. Se echan en falta cláusulas que prevean alguna consecuencia que pudiera paliar las secuelas que en el empleo de las mujeres provoca el apartamiento temporal del trabajo, como pudiera ser que computara en la generación de pluses y complementos retributivos o participar en convocatorias de traslado o ascensos. Se aprecia, por otra parte, una ausencia absoluta de medias que inciten y favorezcan directamente la corresponsabilidad.

La negociación colectiva puede colaborar significativamente a mejorar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral regulando «otras» excedencias que permitan atender intereses familiares que exceden de los limitados legalmente.

Parece bastante razonable que la protección de la situación de embarazo se siga articulando desde las exigencias que imponen las normas de prevención de riesgos laborales. Es frecuente, pero no puede afirmarse que sea una práctica generalizada, la ampliación convencional del período de descanso maternal, aunque cuando se concede no lo es por un plazo significativo.

Aunque son numerosos los convenios que mencionan a las parejas de hecho para asimilarlos a los cónyuges en el ámbito objetivo del convenio, sería conveniente que incorporaran cláusulas generales de equiparación.

Debería existir una mayor presencia de mujeres en los órganos de participación —delegados de prevención y comités de seguridad e higiene— con formación específica, ya que su condición de trabajadora aportará sin duda un planteamiento inclusivo de los riesgos laborales de las mujeres.

Las cláusulas preventivas con «dimensión de género» deben depurarse, dejando claro que el principio de política preventiva de la eliminación del riesgo no equivale a la exclusión de un grupo de personas sino a la eliminación del riesgo en sí y para cuando ello no sea posible se ha de atender al principio de adaptación del puesto a la persona y a la incorporación de los avances técnicos.

Sea en el propio convenio colectivo, sea en acuerdos paralelos, hay que arbitrar procedimientos específicos para la prevención del acoso sexual y dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular aquellos trabajadores que hayan sido objeto del mismo. A tal efecto, podrán establecer medidas, como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación.

Hay que complementar la negociación de planes de igualdad con la impartición de una formación suficiente a toda la plantilla, a fin de que tome consciencia de los distintos derechos que les reconoce la legislación laboral.

Se recomienda la incorporación a los convenios colectivos de menciones directas a la Ley de Igualdad y la catalogación como falta de aquellas conductas que restrinjan o dificulten el ejercicio de los (varios) derechos que dicha norma concede.

Parece pertinente la introducción de referencias a las nuevas tecnologías en el catálogo de infracciones laborales, tipificando su empleo con propósito discriminatorio o denigrador del trabajador.

Evitando discriminaciones prohibidas, conviene que los convenios colectivos incorporen previsiones específicas para los colectivos próximos a la edad habitual de jubilación y a la edad mínima de admisión al trabajo.

Se recomienda que el convenio albergue medidas respecto de las personas con discapacidad, comenzando por identificarlas de manera precisa. Muy pertinente es el establecimiento de cláusulas que persigan la readaptación a un puesto de trabajo en los supuestos de discapacidad sobrevenida y discapacidad adquirida.

Se considera necesario que comiencen a incluirse en la negociación colectiva cláusulas que garanticen que el trabajador no va a ser objeto de discriminación por su situación de enfermedad, a pesar de no ser un elemento expresamente mencionado en el art. 14.2 de la CE. Quizá podría incluirse alguna referencia a que el despido del trabajador en situación de incapacidad temporal y durante el periodo en que está cobrando los complementos asistenciales previstos como mejora convencional constituye indicio de discriminación.

Conviene que los convenios colectivos aborden los problemas asociados a la discriminación por razón de apariencia física y la regulación de las cuestiones relacionadas con la exigencia de determinada uniformidad o pautas estéticas.

Finalmente, esta Presentación no puede concluir sin que quede constancia expresa del agradecimiento que el Equipo autor del Estudio manifiesta hacia quienes le otorgaron su confianza así como a quienes han gestionado posteriormente el expediente en la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: el Presidente (primero D. Ángel Blasco Pellicer, actualmente D. Javier Gómez-Hortigüela Amillo), el Secretario (primero D. Luis García, actualmente D^a Paloma Peláez Rodríguez), la Jefa del Área Jurídica (D^a Rocío Peña Portillo) y el personal de apoyo.

CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS

Capítulo Primero
COMPROMISOS GENERALES SOBRE IGUALDAD
Y LENGUAJE NO SEXISTA
JOSÉ LUJÁN ALCARAZ y ALEJANDRA SELMA PENALVA

SUMARIO

1.– CONSIDERACIONES GENERALES. 2.– EL VALOR DEL LENGUAJE EN LA IGUALDAD DE GÉNEROS. 3.– EL «PLAN DE ACCIÓN» DESTINADO A LOGRAR UNA UTILIZACIÓN NO SEXISTA DEL LENGUAJE EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL: 3.1. El lenguaje utilizado en el texto del propio convenio colectivo. 3.2. La utilización de un lenguaje no sexista por parte de la empresa. 3.3. La obligación de utilización de un lenguaje no sexista exigida a los trabajadores de la empresa. 3.4. Las connotaciones sexistas en la apariencia física y la imagen exigida a los trabajadores. 4.– EL CONTROL DE EFICACIA DE LAS MEDIDAS ENSAYADAS. 5.– VALORACIÓN FINAL. – BIBLIOGRAFÍA.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Es hoy una práctica generalizada comenzar la redacción de un plan de igualdad enumerando los objetivos generales que dicho texto persigue. Todos y cada uno de los convenios estudiados incluyen un apartado preliminar en el que recuerdan la finalidad de la LO 3/2007, reproducen el contenido del art. 14 CE o enumeran, formulados en términos amplios, las actuaciones que se desean implantar en la empresa.

Este tipo de cláusulas o previsiones convencionales constituyen más bien de una declaración de intenciones que una plasmación de un compromiso en torno a la puesta en marcha de unas medidas concretas de actuación destinadas a combatir la desigualdad de géneros en la empresa. Por lo tanto, su valor es mucho más teórico que práctico, puesto que la fuerza vinculante de las citadas previsiones en realidad proviene de su proclamación en el texto de una norma jurídica y no de su incorporación a un convenio colectivo, que en este caso, únicamente se limita a reproducir exigencias normativas preexistentes.

Pero ¿por qué en la negociación colectiva se sacrifica tiempo y esfuerzo en llegar a plasmar, de forma literal, obligaciones que ya vienen impuestas en el texto de una norma? Obviamente, si se trata de previsiones configuradas a modo de derecho mínimo e indisponible por el legislador, el convenio colectivo sólo podrá ampliar o mejorar los derechos reproducidos en ellas pero ¿por qué los copia en su texto, sabiendo que esta actuación no les aporta ningún plus de efectividad?

Son diversos los factores que explican este comportamiento:

Unas veces, la reproducción se utiliza a modo de «introducción» a los planes de igualdad, con el fin de poner al lector en antecedentes de la situación jurídica de la que deviene el deber (o la conveniencia) de redacción de un plan de igualdad en la empresa.

Otras veces, esta práctica revela que existe un desconocimiento generalizado por parte de los sujetos negociadores sobre cuál es el nivel de derechos reconocido actualmente como mínimo e indisponible en materia de igualdad de género o conciliación de la vida familiar y laboral en el texto de la Ley, y por ese motivo, y con ánimo de facilitar su difusión generalidad y la correcta información entre los trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación, se opta por volver a plasmar, entre las cláusulas del convenio colectivo, los derechos que ya desde hace años, reconoce la legislación laboral. De esta manera, puede afirmarse que muchas veces esta práctica simplemente persigue que no pasen desapercibidos ciertos derechos y obligaciones ya reconocidas por el legislador, sólo por el hecho de que los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación no suelen tener acceso a los textos legales, o al menos, no los consultan de forma habitual y sistemática para poder llegar a tener una visión completa de cuál es hoy en día el abanico de medidas reconocidas en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social destinadas a evitar las desigualdades de género.

En último lugar, no se puede dejar de reconocer el valor interpretativo que, llegado el caso, pueden representar este tipo de cláusulas genéricas si lo que se trata es de interpretar cualquier otra previsión convencional que se haya podido formular en términos difusos. Y es que al ser estos compromisos generales claramente representativos de la finalidad que persiguen en su conjunto las medidas implantadas en la empresa en materia de igualdad de género, se deduce que cualquier previsión convencional, formulada en términos ambiguos, deberá interpretarse en el sentido más favorable posible para alcanzar la igualdad de género.

Enmarcado dentro de ese conjunto de derechos genéricos suelen encontrarse en los convenios colectivos, incardinados o no dentro de los planes de igualdad, ciertos compromisos de utilización no sexista del lenguaje.

2. EL VALOR DEL LENGUAJE EN LA IGUALDAD DE GÉNEROS

La doctrina científica, en el ámbito de la educación y la sociología, sostiene que, aunque muchas veces no se sea consciente de ello, el lenguaje actúa como uno de los principales indicadores del nivel de igualdad de género que ha alcanzado una sociedad, revelando la opinión del interlocutor que utiliza esta expresión. En consecuencia, removiendo determinado tipo de expresiones o comentarios sexistas, se consigue avanzar hacia la consecución de la plena igualdad entre géneros, pues se habrá eliminado uno de los factores de discriminación. Y es que en realidad, manteniendo un lenguaje no sexista lo que se está consiguiendo es deshabituarse al ciudadano a aceptar entornos discriminatorios, evitando así que la práctica social acepte como normal cierto tipo de comportamientos sociales¹. De esta manera, una utilización no sexista del lenguaje actuaría como un primer paso, un primer escalón encaminado a la consecución de un objetivo mucho más amplio, como es la ausencia generalizada de elementos de discriminación en la sociedad en general². Así, intentando contribuir a este objetivo, muchos convenios colectivos prestan atención a la utilización del lenguaje en la empresa, como forma de ayudar a implantar de forma generalizada la utilización no sexista del lenguaje en la sociedad.

Ahora bien, es por todos conocido que cualquier tipo de compromiso convencional en materia de igualdad, para llegar a ser verdaderamente efectivo, tiene que acompañarse de medidas concretas de ac-

¹ Al respecto, BENGOCHEA BARTOLOMÉ, Mercedes, pone de manifiesto que la necesaria modernización del lenguaje que se ha de emprender en el siglo XXI, entre otras cosas, para evitar la utilización del lenguaje sexista, no debe restarle concisión ni claridad. Así, precisa que «el lenguaje jurídico del siglo XXI debe ser un lenguaje accesible a la ciudadanía, con redacción clara, coherente y sencilla, que atiende a criterios de funcionalidad comunicativa, en «El lenguaje jurídico no sexista, principio fundamental del lenguaje jurídico modernizado del siglo XXI», *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 4, 2011, pág. 22.

² FERNÁNDEZ SMITH, Gérard, pone de manifiesto que no sólo es necesario evitar la utilización sexista del lenguaje, sino cualquier connotación discriminatoria implícita en el discurso hablado o escrito. En concreto, pone de manifiesto que sigue resultando muy habitual encontrar ciertos estereotipos no sólo de sexo, sino de raza, etnia, o religión en los medios de comunicación, en «Los límites de la política y planificación lingüísticas», *Revista de Lingüística y Lenguas Aplicadas*, vol. 10, 2015, págs. 34-43, <http://dx.doi.org/10.4995/rlyla.2015.3596>.

tuación que aseguren su operatividad, pues un compromiso genérico si no va acompañado de un concreto plan de acción se convertirá en un mero *desiderátum* sin valor práctico.

Así, aunque pueda afirmarse que una utilización no sexista del lenguaje contribuye de forma sustancial a ir adaptando la mentalidad social para que en lugar de tolerar la discriminación, considerándola una práctica habitual o normal, se acostumbre a evitarla y denunciarla, esta finalidad tampoco es suficiente para considerar a este tipo de previsiones una herramienta o medida de actuación más que un concreto objetivo a alcanzar en materia de igualdad.

Aunque la utilización de un lenguaje no sexista, obviamente, pueda repercutir favorablemente en la consecución de otros objetivos en materia de igualdad de género, para que éste sea efectivo, debe ir necesariamente acompañado de un elenco de medidas de actuación que aseguren su puesta en práctica. Y es que, como la realidad se ocupa insistentemente de recordar, en el ámbito de la igualdad de género, son las obligaciones establecidas en la empresa, exigibles a trabajadores y empresarios, y no ya los compromisos de cumplimiento voluntario por parte de los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, los que en realidad contribuyen de forma eficaz a luchar contra la desigualdad de géneros.

3. EL «PLAN DE ACCIÓN» DESTINADO A LOGRAR UNA UTILIZACIÓN NO SEXISTA DEL LENGUAJE EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

A la vista de lo expuesto, se puede concluir que para lograr una plena consecución de este objetivo, se deben articular unas medidas de actuación destinadas a luchar sobre varios frentes de forma simultánea. Obviar cualquiera de ellos equivaldría a frustrar la consecución del objetivo deseado:

Estos frentes de actuación, aunque son muchos y variados, se pueden clasificar al menos en los siguientes grupos: a) empresarios; b) trabajadores; c) comunicación escrita; y d) comunicación verbal. Junto a ellos, debe necesariamente hacerse referencia a la utilización de imágenes de contenido sexista en el ambiente empresarial, pues éstas actúan como una forma de comunicación no verbal muy importante, en la que también se pueden encontrar factores de discriminación.

Como se puede apreciar, al estar incluidos dentro de esta clasificación tanto el sujeto emisor como la forma de emisión, los grupos citados no constituyen compartimentos aislados, sino que una misma actuación o medida puede simultáneamente actuar sobre diversos frentes simultáneamente. Ahora bien, no se puede olvidar que no todas las conductas discriminatorias aparecerán plasmadas de forma directa, en forma de expresiones o comentarios sexistas, sino que también se han de detectar y erradicar determinadas expresiones que, de forma indirecta, puedan representar un papel discriminatorio, pero que resultan más difícilmente detectables.

Debe tenerse en cuenta que la utilización de un lenguaje sexista puede provenir no sólo de actuaciones empresariales, sino también de prácticas o comportamientos de los propios trabajadores de la plantilla, y manifestarse de forma oral, plasmarse en un texto escrito, o manifestarse en forma de imágenes o señales gráficas. Para poder resultar útiles, las medidas implantadas al respecto deben ser capaces de actuar sobre cualquier tipo de comportamientos independientemente de cuál haya sido el sujeto emisor o el entorno en la que la expresión se haya utilizando. Por su importancia, cada uno de estos grupos merece una explicación detallada:

3.1. El lenguaje utilizado en el texto del propio convenio colectivo

Como texto fruto de acuerdo entre trabajadores y empresarios, el convenio colectivo constituye la principal fuente de reconocimiento de compromisos de utilización no sexista del lenguaje en el ámbito empresarial.

Hoy en día resulta muy habitual incluir entre el articulado de un convenio colectivo la aclaraciones del siguiente tipo: *«las partes firmantes del presente convenio hacen constar que cualquiera de las referencias que se hacen en el texto del mismo en términos masculinos deberán entenderse como un lenguaje genérico, referidos al conjunto de los trabajadores, tanto hombres como mujeres, sin discriminación por razón de sexo»*, *«en el texto del Convenio se ha utilizado el masculino como genérico para englobar a los trabajadores y las trabajadoras, sin que esto suponga ignorancia de las diferencias de género existentes, al efecto de no realizar un texto excesivamente complejo»*, *«todas las referencias realizadas a trabajadores, hijos, interesados,*

y cualquier otra de aparente género masculino, se redactan así para buscar la mayor simplificación en la redacción del texto, y se entienden efectuadas en género neutro; es decir, también referidas al género femenino, salvo en aquellos casos en que, por imperativo legal, correspondan a la mujer», etc³.

Mientras en idioma castellano las reglas de la gramática sigan reconociendo el «masculino genérico»⁴, puede decirse que estas previsiones convencionales no reportan valor añadido alguno a los compromisos adquiridos en materia de igualdad de oportunidades. Ahora bien, aunque las cláusulas de este tipo sean superfluas, al menos con ellas se intenta evitar que recaiga sobre el convenio colectivo cualquier sombra de sospecha sobre la utilización sexista del lenguaje o sobre un eventual reconocimiento tácito de la masculinización de la plantilla.

No se puede olvidar que los compromisos de utilización no sexista del lenguaje están destinados a evitar tratamientos peyorativos de un sexo sobre otro, y esa minusvaloración nunca podrá encontrarse

³ Entre otros, véase Anexo VI. Apartado 5 de la Resolución de 29 de noviembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo del Grupo de empresas AENA (Entidad Pública Empresarial AENA y Aena Aeropuertos, SA). Código de convenio n.º 90100033012011, BOE 20 de diciembre de 2011, art. 27.2 de la Resolución de 20 de enero de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo marco del grupo E.ON España (código de convenio n.º 90100013012011). BOE 30 de enero de 2015, la Disposición adicional tercera de la Resolución de 28 de julio de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Mnemon Consultores, SL. (Código de Convenio número 90100482012011), BOE 13 de agosto de 2011, o el art. 48 de la Resolución de 1 de junio de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Translimp Contract Services, SA, (Código de Convenio número 90100432012011), BOE 16 de junio de 2011. La misma advertencia de utilización del «masculino genérico» con carácter neutro que realiza el Anexo III del IX Convenio colectivo de la empresa Telefónica Telecomunicaciones Públicas, SA (Código de Convenio n.º: 90005552011988) que fue suscrito con fecha 27 de diciembre de 2012.

⁴ Como resalta HERRÁIZ SERRANO, Olga, «Uno de los rasgos del español que más enerva a los movimientos feministas es el masculino genérico. Oposición ésta que tampoco es del todo compartida por los lingüistas al tratarse de palabras con dos acepciones, una específica, dirigida a varón y otra genérica o extensiva que, en situaciones y contextos apropiados, es inclusiva de varones y mujeres en condiciones de igualdad», en «Hacia un lenguaje jurídico no sexista: herramientas para tratar de equilibrar la justa demanda de visibilizar a las mujeres con los principios de claridad, economía y precisión», en AAVV, *«Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla»*, Ed. Cortes Valencianas, 2014, pág. 318.

en la mera utilización del masculino genérico (eso sí, siempre que esta opción no vaya acompañada de excepción alguna que revele una diferencia de trato injustificada entre hombres y mujeres) pues tal opción se ajusta plenamente a las reglas de la gramática. Precisamente por ese motivo deben rechazarse las prácticas, aunque sin duda bienintencionadas y laboriosas, consistentes en emplear insistentemente la doble terminación a/o en todos y cada uno de los sustantivos utilizados en el texto convencional. Y es que en realidad este tipo de previsiones no consiguen mejorar las condiciones de igualdad en la empresa y, en cambio, introducen un factor de confusión en la redacción del discurso.

Se trata de una cuestión que conviene resaltar de forma tajante pues, a juzgar por ciertas prácticas de utilización generalizada en los medios de comunicación y en el lenguaje político, están pasando desapercibidas las aclaraciones que la Real Academia Española de la Lengua (en adelante RAE) no se cansa de realizar en este sentido⁵. Así pues, sin contar con fundamento o justificación de ningún tipo, se ha generalizado la inconsistente creencia de que sólo se respeta la igualdad de géneros utilizando insistentemente la doble denominación, masculina y femenina, para designar todos los sustantivos utilizados en el discurso⁶.

Desde otro punto de vista, y a la vista de los convenios colectivos publicados en los últimos cinco años, puede afirmarse que ha quedado prácticamente erradicada la práctica que en otros tiempos fue relativamente habitual de designar en femenino, dentro del sistema de clasificación adoptado en la empresa o sector de actividad, la categoría

⁵ Al mismo tiempo que propone crear neologismos «para feminizar determinados términos tradicionalmente masculinos» o «para llenar vacíos léxicos existentes (como para designar el ejercicio por una mujer, de profesiones tradicionalmente reservada a varones)», SANCHÍS VIDAL, Amelia, destaca que «el lenguaje políticamente correcto, falto de sentido común, raya en lo ridículo» («El uso sexista del lenguaje», *Derecho y Opinión*, n.º 7, 1999, pág. 675). Véase también HERRÁIZ SERRANO, Olga, «Hacia un lenguaje jurídico no sexista: herramientas para tratar de equilibrar la justa demanda de visibilizar a las mujeres con los principios de claridad, economía y precisión», en AAVV, *«Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla»*, Ed. Cortes Valencianas, 2014, pág. 320.

⁶ Defecto del que en ocasiones no escapa ni siquiera la redacción de diferentes preceptos legales. A estos efectos debe citarse como ejemplo el art. 47 de la LO 3/2007 que, a pesar de que el conjunto del articulado de la citada norma está redactado en masculino genérico, hace referencia a «la representación legal de los trabajadores y trabajadoras» de la empresa.

profesional que con más frecuencia era ocupada por trabajadores de sexo femenino, mientras que el resto quedaban redactadas en masculino genérico. Y es que además las categorías profesionales que venían siendo ocupadas por mujeres solían responder a aquellas que ocupaban un nivel inferior en la pirámide retributiva (por ejemplo, limpiadora)⁷, con lo que en realidad este tipo de expresiones no hacían más que plasmar la práctica empresarial de reservar a mujeres los puestos que trabajo de menor cualificación profesional.

Posiblemente haya contribuido a esta subsanación no sólo el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, sino también (quizá con más intensidad incluso) el hecho de que la reforma laboral de 2012 eliminara la tradicional diferenciación entre categorías profesionales en el sistema de clasificación empresarial. Así pues, al quedar éste integrado únicamente por los grupos de actividad y éstos a su vez conformados por un conjunto variado de actividades, desaparece también el tradicional factor de desigualdad, pues ya resulta mucho más difícil asignar a un sexo concreto la realidad de todas las funciones que tienen cabida en un mismo grupo de actividad.

3.2. La utilización de un lenguaje no sexista por parte de la empresa

El ámbito sobre el que las previsiones convencionales suelen insistir con más intensidad es aquél derivado de las actuaciones empresariales. En concreto, lo que se intenta es adaptar a la política de igualdad los documentos utilizados en la empresa, y para ello, se ha de eliminar todo tipo de expresión que pueda ser considerada sexista en los escritos tanto internos como externos que realice la empresa.

⁷ Así por ejemplo, el Anexo V del Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA servicio BSH al cliente (BOE 25 de octubre de 2013), se ocupa expresamente de especificar que, con el fin de garantizar la utilización no sexista del lenguaje en la empresa «*en la denominación de los puestos de trabajo se eliminarán aspectos que se asocien al sexo de sus integrantes (limpiadora, mozo...)*». Sobre este tema, véase FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, «Lenguaje sexista y negociación colectiva», en AAVV, «*Perspectiva de género en la negociación colectiva: análisis por sectores feminizados y masculinizados*» (coord. por MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a Luisa y FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela), Bomarzo, Albacete, 2013, págs. 53-77.

Como se ha expuesto, para que la previsión en materia de igualdad de género pueda ser efectiva, el compromiso u objetivo concreto debe acompañarse de unas medidas de actuación específicas que aseguren su eficacia práctica. De tal forma, estos deseos de utilización no sexista del lenguaje se han de plasmar en el deber de supervisar de forma generalizada los modelos utilizados en la empresa para detectar posibles utilizaciones sexistas del lenguaje, sustituyendo su redacción por otra acorde al principio de igualdad de oportunidades, previamente consensuada con los representantes de los trabajadores.

Llegados a este punto, cuando conviene insistir en que, en contra de lo que se podría pensar en un primer momento, las discriminaciones directas no son demasiado frecuentes. Al contrario, en muchas ocasiones, el lenguaje encubre ejemplos de discriminación indirecta, lo que hace más difícil su detección y hace imprescindible que sea personal formado en materia de igualdad de género los que supervisen la redacción de los modelos utilizados en la empresa para que éstos no pasen desapercibidos.

Ahora bien, son tantos y tan variados los documentos que se pueden utilizar en una empresa que, con ánimo de claridad, ciertos convenios colectivos optan por enumerar los más importantes. Así pues, no sólo por la habitualidad con que se utilizan en un entorno empresarial, sino también por la frecuencia con que suelen incluir expresiones directa o indirectamente discriminatorias, se suele prestar especial atención a los siguientes:

Así por ejemplo, en relación a los solicitantes de empleo, debe cuidarse especialmente la redacción de ofertas de trabajo evitando que directa o indirectamente aparezcan dirigidas a uno u otro género, así como el contenido de las preguntas que puedan aparecer en las entrevistas de selección de personal, o en los test psico-técnicos que se incluyan en determinadas pruebas de selección de personal intentado eliminar todas aquellas que, ajenas a la prestación profesional⁸, vayan destinadas a conocer la situación personal y familiar del candidato (estado civil, número de hijos, familiares a su cargo, etc.), pues en la prác-

⁸ Así pues, para evitar discriminaciones en el uso de los test y psicotécnicos y las pruebas profesionales la empresa debe asegurarse que los test y pruebas profesionales usados en selección de personal no analicen habilidades y aptitudes que sobrevaloren a las personas de uno u otro sexo, «interpretando las preguntas de los test y pruebas profesionales teniendo en cuenta la influencia de factores culturales que puedan producir un comportamiento o una reacción diferente entre mujeres y hombres».

tica podrían actuar indirectamente como criterios que hagan decantarse a la empresa por seleccionar a trabajadores varones a los que se presupone mayor libertad a la hora de hacer frente a las cargas familiares)⁹.

Pero no sólo eso. Es por todos conocido que hoy en día muchas empresas externalizan el proceso de selección de personal. Así, recurren a agencias públicas o privadas de intermediación laboral e incluso a ETT habilitadas para actuar como tales, con el fin de que sean personas especializadas las que realicen las labores de recepción y valor de las solicitudes de empleo y de identificación de los candidatos más adecuados al puesto que se pretende cubrir. En tales casos la empresa en cuestión también tiene la obligación de exigir que en estos procesos de selección de personal también se respete en todo momento el principio de igualdad de oportunidades, en todas sus facetas, entre las que por supuesto se encuentra aquella destinada a evitar la utilización sexista del lenguaje en las ofertas de empleo¹⁰, en las entrevistas de trabajo y en definitiva, en cualquiera de las fases o etapas comprendidas dentro del proceso de selección de personal¹¹.

⁹ En particular, resulta muy importante incorporar un lenguaje no sexista a los procesos de difusión (web, portal de empleo, anuncios prensa...) de las ofertas de trabajo en la empresa, cuidando especialmente la utilización de denominaciones no sexistas en los puestos de trabajo a cubrir. A estos efectos, resulta también de utilidad *«publicitar en las ofertas de empleo la existencia de una política activa de no discriminación»*. Por otra parte, y por lo que respecta a la neutralidad de las cuestiones planteadas a los candidatos en las entrevistas de trabajo, en algunos convenios colectivos se llega al compromiso de *«creación de un anexo al procedimiento de selección, indicando una serie de preguntas de carácter personal, que no deben hacerse en una entrevista para que sirva de guía en la aplicación de criterios homogéneos de selección, y difundirlo entre todos los técnicos de selección»*. En otros casos, se proclama con carácter general que *«Los anuncios y criterios de selección no contendrán requisitos, que sin ser relevantes para el ejercicio del trabajo, impidan presentarse ni seleccionar a personas de un género determinado»*, *«ni se solicitarán datos que no estén directamente relacionados con las funciones o puesto a desempeñar»*. A estos efectos sirva como ejemplo la decisión incluida en el Plan de Igualdad incorporado al Anexo V del Convenio colectivo de la empresa BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente para sus centros de trabajo de Gerona, Tarragona y Palma de Mallorca (código de Convenio n.º 90014831012004).

¹⁰ Como ponen de manifiesto, entre otros, el Capítulo VI de la Resolución de 20 de enero de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo marco del grupo E.ON España (código de convenio n.º 90100013012011), BOE 30 de enero de 2015, y el art. 47 del Convenio colectivo de la empresa Sociedad Española Instalaciones Redes Telefónicas, SA, (código de convenio n.º 90004802011981) que fue suscrito con fecha 19 de julio de 2013.

¹¹ En este sentido, se pueden incluir compromisos de este tipo *«informar a los servicios de intermediación laboral del compromiso de la empresa con la igualdad de oportunidades y solicitar el cumplimiento de un proceso de selección de candidaturas según las indicaciones*

No se puede negar que la imagen que la empresa refleja hacia el exterior constituye un indicador muy importante a la hora de valorar su nivel de compromiso con la igualdad de género¹². Y es precisamente en este entorno en el que el lenguaje utilizado desempeña un papel fundamental. Así pues, por lo que respecta a los potenciales clientes o usuarios del servicio ofrecido en la empresa debe prestarse especial atención a que la información reflejada en la página web de la empresa no incluya contenidos ni imágenes sexistas. De la misma forma, resulta esencial supervisar el tipo y contenido de publicidad utilizada, pues ha sido uno de los ámbitos en los que con más frecuencia se han detectado prácticas tendentes a minusvalorar a uno de los sexos frente al otro. Con esta finalidad, se hace imprescindible llevar a cabo un control minucioso de los contenidos gráficos o escritos que incluya la citada publicidad (imágenes de todo tipo, sean éstas fotografías o dibujos, así como el slogan publicitario empleado) para que no incluyan ejemplos de discriminación ni cualquier término, expresión o imagen que contenga estereotipos de género¹³.

establecidas en el decálogo», bien, «Utilizar un lenguaje no sexista en todas las ofertas y convocatorias de empleo que se publiquen tanto en el ámbito interno como externo de la organización (portales de empleo, medios de comunicación, etc.) con el fin de erradicar las discriminaciones directas e indirectas por razón de género. Informar a los servicios de intermediación laboral del compromiso de la empresa con la igualdad de oportunidades y solicitar el cumplimiento de un proceso de selección de candidaturas según las indicaciones establecidas en el decálogo. Revisar el modelo de solicitud de empleo para comprobar si existen preguntas de carácter personal o que contengan connotaciones de género y eliminarlas».

¹² SÁNCHEZ VALERA, Mónica, sostiene que «*está ya ampliamente demostrado que las empresas que promueven la igualdad de oportunidades incrementan la motivación de su personal, fidelizan a sus trabajadores y trabajadoras y promueven una mejora en el clima laboral y el compromiso con la empresa. Además ganan en imagen y reconocimiento social proyectando sus políticas a nivel interno (con el personal) y externo (en sus relaciones con otras empresas, clientes o proveedores)*», en «Medidas clave en la implementación de un plan de igualdad en la empresa», *Equipos & Talentos: gestión, selección y formación en RR HH*, n.º 71, 2010, pág. 16.

¹³ Se trata de una previsión muy habitual en la negociación colectiva nacional. A título ejemplificativo, pueden citarse los siguientes compromisos: Convenio colectivo de la empresa Exide Technologies España, SLU (código de convenio n.º 90015282012005) se ocupa expresamente de «Garantizar que los procesos de selección, promoción interna y contratación no contienen elementos de discriminación directa o indirecta. Procedimiento: Se revisarán y corregirán los contenidos y el lenguaje utilizado para asegurar que no contengan estereotipos de género ni connotaciones relativas al sexo, al igual que en las ofertas de empleo, a petición de los Representantes de los Trabajadores, siempre que observen alguna deficiencia», actuación de la que responsabiliza al Departamento de Recursos Humanos. Por su parte, el V Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski (código de convenio n.º 90015923012006) y el Convenio Colectivo de la empresa «Hijos de Rivera,

Precisamente para lograr el objetivo de transmitir una imagen empresarial comprometida con la igualdad de género, es por lo que en muchas ocasiones se opta por incluir una previsión convencional en virtud de la cual la empresa se obliga a incluir no sólo en las ofertas de empleo sino también en la propia página web corporativa, que se trata de una entidad comprometida con la igualdad de género y con la ausencia de discriminación por razón de sexo¹⁴. En particular, resulta esencial exigir una actuación empresarial sin connotaciones sexistas en las campañas promocionales, las campañas de captación de nuevos clientes y en las actividades de lanzamiento o difusión de nuevos productos o servicios. También resulta útil incluir acciones destinadas a formar y sensibilizar al personal encargado de los medios de comunicación de la empresa (departamento de marketing, área de comunicaciones con la prensa, relaciones públicas, etc.) en materia de igualdad y utilización no sexista del lenguaje.

A estos efectos, conviene recordar que cualquier tipo de actuación empresarial en la que subyazca una discriminación por razón de género constituirá una conducta sancionable, bien por la LISOS (art. 7.13 y 8.12 de la LISOS si afecta a los trabajadores que componen la plantilla) bien por el art. 49.1.m) del RD-Leg. 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General sobre Defensa de Consumidores y Usuarios y de otras normas complementarias¹⁵, si incide sobre proveedores, consumidores, usuarios, potenciales trabajadores, o en general, cualquier persona con la que, aunque guarde una relación directa o indirecta con la empresa, no se mantenga un vínculo laboral.

Pero este control no sólo debe actuar sobre los documentos que la empresa elabora con el fin de tener difusión exterior, sino también sobre aquellos que únicamente van a tener una difusión interna: así pues, las circulares de funcionamiento interno de la empresa, los modelos

S.A.» (código de Convenio n.º 90016242012007) garantizan «el uso no sexista del lenguaje y la imagen en las comunicaciones y publicidad tanto interna como externa, para el desarrollo óptimo de la igualdad de trato y oportunidades en nuestra compañía».

¹⁴ Así se incluye en el Anexo V de la Resolución de 9 de octubre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA servicio BSH al cliente (zona 1, noroeste), código de convenio n.º 90100091012013, BOE 25 de octubre de 2013.

¹⁵ Anteriormente, por el art. 34.10 de la Ley 26/1984 General para la Defensa de Consumidores y Usuarios que se incluyó en dicho texto legal a raíz de la aprobación de la LO 3/2007.

de contratos de trabajo, las ofertas de vacantes reservadas a la promoción profesional, los formularios utilizados para solicitar las fechas de disfrute de vacaciones, para solicitar reducción de jornada o paso a la situación de excedencia, folletos, informes, balances, memorias anuales, etc. deben evitar connotaciones sexistas. De la misma forma, se ha de garantizar un lenguaje neutro en tabloneros de anuncios y en la descripción de los puestos de trabajo.

Con esta finalidad, es habitual incluir entre las distintas medidas que componen el «plan de actuación» ideado para lograr la utilización generalizada de un lenguaje no sexista en el entorno empresarial, aquéllas orientadas a «*suprimir la información que hace referencia a la situación de sexo, siempre y cuando esta información no sea necesaria para la gestión de los datos profesionales de los trabajadores ni para la correcta aplicación de la retención fiscal*». Con este tipo de previsiones, se está tomando conciencia de que toda información de la que se disponga sin ser necesaria, sobre la vida personal y familiar de un trabajador puede después contribuir a generar situaciones de discriminación entre mujeres y hombres (por ejemplo, podría generar una presunción descuido de cumplimiento de las obligaciones laborales, ante la presión que puede llegar a suponer la atención de las cargas familiares). En particular, la utilización de un lenguaje no sexista debe cuidarse con especial esmero en la redacción de documentos utilizados en los procesos de selección, actuación que resulta esencial para asegurar que no haya ningún elemento discriminatorio que pueda influir negativamente en la decisión de contratación por razón del sexo.

Al mismo tiempo, se impone la revisión del texto los correos electrónicos que se envíen al personal de la empresa de forma generalizada, intentando evitar que hayan podido dejar escapar connotaciones sexistas. Para facilitar la consecución de este objetivo, es habitual encontrar que este compromiso se presente indisolublemente unido al de realizar campañas de sensibilización de los trabajadores de la empresa a través de comunicados y sesiones informativas que promuevan la igualdad de género y la corresponsabilidad, ayudándoles así a detectar, evitar y corregir signos de redacciones sexistas en la utilización del lenguaje¹⁶.

¹⁶ Podría pensarse en incluir una cláusula del siguiente tipo: «Se realiza una campaña de difusión para minimizar el envío de correos de carácter sexista o con contenido sexual en el ámbito laboral».

Por su parte, por lo que a las comunicaciones internas de la empresa se refiere, existe una vertiente que no se puede obviar: las indicaciones que se transmiten a través de señales gráficas.

En la práctica, en ciertos entornos profesionales, resulta habitual incluir dibujos o imágenes con finalidad informativa, para transmitir de determinados conceptos (por ejemplo, indicaciones básicas de seguridad, ubicación de comedores, vestidores y cuartos de baño, señalización de zonas de entrada o salida, carga o descarga, etc.). Es cierto que este tipo de señalizaciones, por su carecer preestablecido, es difícil que contengan indicaciones sexistas, siendo excepcionales las señalizaciones que escapan de esta regla general. Ahora bien, llegado el caso de que esto ocurra, no se puede olvidar que constituyen formas de comunicación gráfica, y que por tanto, también quedan incluidas dentro del deber empresarial de utilización no sexista del lenguaje.

Enlazando con esta previsión, resulta importante recordar que toda empresa debe disponer de vestuarios y baños propios para cada uno de los sexos, correctamente indicados, de modo que la ausencia de instalaciones o su no señalización, constituirá no sólo un incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de higiene en el lugar de trabajo, sino que de forma directa también constituirá un episodio de discriminación por razón de sexo, pues está privando a uno de los sexos frente a otro de ciertas comodidades exigibles en su puesto de trabajo¹⁷.

Así, para garantizar la correcta utilización del lenguaje en intranet como en la página web de la empresa, se hace también aconsejable que las personas que tengan acceso a este tipo de fuentes y participen en su creación y actualización dispongan de formación suficiente en materia de igualdad de género y oportunidades que evite el riesgo de error.

¹⁷ En desarrollo de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el RD 486/1997 por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, especifica en el apartado 2.10 del Anexo V dedicado a «Servicios higiénicos y locales de descanso» que «los vestuarios, locales de aseos y retretes estarán separados para hombres y mujeres, o deberá preverse una utilización por separado de los mismos (...)». Se trata de una actualización de las disposiciones que ya contenía la Ordenanza general sobre seguridad e higiene en el trabajo, aprobada por Orden del Ministerio de Trabajo de 9 de marzo de 1971, en relación a los vestuarios y aseos existentes en la empresa, en la que expresamente indicaba en su art. 1.2 que «todos los centros de trabajo dispondrán de cuartos vestuario y de aseo debidamente separados para los trabajadores de uno u otro sexo (...)».

3.3. La obligación de utilización de un lenguaje no sexista exigida a los trabajadores de la empresa

Obviamente, los trabajadores no escapan al deber de utilización no sexista del lenguaje y de la imagen. Para facilitar la tarea, se puede acordar en la empresa la elaboración de una «guía sobre el uso correcto del lenguaje». Se trata de una especie de decálogo, con indicaciones básicas, que ha de ser difundido entre los trabajadores de la empresa, a través del cual se pretenden evitar, en el ámbito empresarial, los defectos que se cometen con más frecuencia en materia de igualdad en las comunicaciones y en la publicidad.

Ahora bien, por lo que a la comunicación entre trabajadores se refiere, y con el fin de dotar de efectividad real a este tipo de compromisos, se hace imprescindible tipificar estas conductas de contenido sexista en el régimen sancionador de la empresa. Para garantizar la seguridad jurídica se ha de detallar con precisión el tipo de conducta sancionable, atribuyéndoles el carácter de falta leve, grave o muy grave, según corresponda. Y es que se ha de tener en todo momento presente que muchas veces son frases o expresiones de contenido sexual o sexista los primeros signos que advierten que está teniendo lugar un episodio de acoso, sexual o de acoso por razón de sexo en el entorno laboral¹⁸.

¹⁸ Resulta polémico concretar si, dependiendo de la conducta realizada, se han de diferenciar diferentes de acoso, merecedores de una infracción más o menos grave según su intensidad. Así pues, algunos convenios colectivos optan por ofrecer a cualquier episodio de acoso la tutela más elevada que prevé el ordenamiento jurídico, calificando directamente este tipo de conductas como constitutivas de una infracción muy grave. Ahora bien, tampoco es excepcional encontrar convenios colectivos en los que se opta por establecer niveles en lo que a la conducta se refiere (calificando por tanto como faltas leves las conductas con menor trascendencia). Así, para poder hacer esta diferenciación se han de desglosar, a título ejemplificativo los diferentes comportamientos de los que puede derivar una situación de acoso, división que además puede facilitar a los trabajadores afectados reconocer que son víctimas de este tipo de episodios, evitando que pasen desapercibidas los comportamientos de menor intensidad, pero que también poseen un trasfondo discriminatorio. En esta línea, son muchos los ejemplos de convenios colectivos que prestan una atención especial al uso del lenguaje como forma de evitar episodios de acoso sexual. Así, por ejemplo, véase el art. 41 de la Resolución de 23 de abril de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Importaco Frutos Secos (código de convenio nº 90100053012012) BOE de 8 de mayo de 2014 incluye dentro de las faltas de los trabajadores consideradas «leves», como ejemplos de la utilización sexista del lenguaje, los «chistes de contenido sexual sobre la mujer o el hombre», los «piropos o comentarios sexuales», o el hecho de «pedir reiteradamente citas». Completan-

De la misma forma, no se puede olvidar que también son los comportamientos y expresiones de los empleados uno de los factores más importantes que permiten transmitir hacia el exterior la imagen de la empresa, de modo que apreciar conductas sexistas en sus comentarios o expresiones contribuyen a empañarla. Así pues, resulta habitual especificar en el régimen sancionador de la empresa que los comportamientos sexistas manifestados en forma de comentarios o expresiones, resultarán sancionable tanto si se realizan en relación a otros trabajadores de la empresa, como si afectan a otro tipo de personal ajeno a éste, como proveedores o clientes.

A modo de ejemplo práctico demostrativo de una tipificación detallada de este régimen sancionador, especialmente atento a la correcta utilización del lenguaje, podría citarse lo siguiente: *«Se considerarán faltas leves, entre otras conductas, el uso de imágenes o poster pornográficos en los lugares y herramientas de trabajo, siempre que no se consideren faltas graves. — La falta de respeto o de corrección en el trato con sus compañeros o con el público cuando no perjudique gravemente la imagen de la empresa.*

Por el contrario, se considerarán faltas graves: — Provocar y/o mantener discusiones con otros trabajadores en presencia del público o que trascienda a éste. — El uso de palabras irrespetuosas o injuriosas de forma habitual durante el servicio. — Invitaciones impúdicas o comprometedoras. — Observaciones clandestinas públicas en lugares reservados, como servicios o vestuarios. — Realización de descalificaciones públicas y reiteradas sobre la persona

de esta previsión, se califican como «faltas graves» otro tipo de expresiones o comentarios de los trabajadores de la empresa que dejen traslucir un trasfondo sexual más marcado y que puedan actuar incluso como signos de acoso sexual (así, entre otras, se incluyen como infracciones graves en el código de conducta de la empresa, conductas tales como «hacer preguntas sobre su vida sexual; hacer insinuaciones sexuales, o «pedir abiertamente relaciones sexuales sin presiones», especificando además que «si media presión de cualquier tipo, se entenderá que la infracción reviste el carácter de muy grave». Por el contrario, el art. 40 del Convenio colectivo del personal asalariado al servicio de la Comisión Ejecutiva Confederada de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (BOE 18 de marzo de 2012), el art. 41 del Convenio colectivo de Axesor, conocer para decidir, SA. (BOE de 4 de mayo de 2012), o el art.45 del Convenio colectivo de Ediciones El País, SL., (BOE 3 de febrero de 2012), entre otros muchos, optan directamente por calificar como faltas muy graves, «el acoso sexual» y el «acoso por razón de sexo», sin establecer diferencia alguna derivada de la intensidad de la conducta cometida.

o su trabajo, y también, — Los comentarios continuos y vejatorios sobre el aspecto físico, la ideología o la opción sexual»¹⁹.

3.4. Las connotaciones sexistas en la apariencia física y la imagen exigida a los trabajadores

No se puede finalizar el análisis de la utilización del lenguaje en los convenios colectivos sin prestar atención a aquellas expresiones semánticas que hagan referencia a la imagen o la vestimenta de los trabajadores. Después de que las recientes sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de marzo de 2015 (Rec. 931/2014) y de 3 de junio de 2015 (Rec. 663/2014), hayan abordado el tema de la vulneración de los derechos fundamentales que pueden padecer las mujeres trabajadoras en materia de vestuario o apariencia externa, se ha tomado por fin conciencia de los problemas prácticos que se pueden suscitar cuando se imponen determinadas órdenes o instrucciones empresariales con trasfondo sexista.

De esta manera, se aprecia que los compromisos de utilización no sexista del lenguaje han sido bien acogidos por la negociación colectiva de nuestro país en todos los ámbitos, incluyendo por tanto las referencias directas o indirectas con las que se persiga imponer unas exigencias de imagen diferentes para los trabajadores varones frente a las mujeres. Y es que, aunque muchas veces pasan desapercibidos, las actuaciones empresariales de esta índole constituyen claros ejemplos de discriminación por razón de género.

Así pues, se aprecia que, con carácter general, cuando se impone la utilización de un uniforme de trabajo (bien por motivos de seguridad e higiene, bien por meras razones de uniformidad de imagen) los convenios colectivos enumeran las prendas de trabajo utilizando referencias genéricas, y por lo tanto, de forma que las piezas señaladas puedan corresponder indistintamente a los trabajadores de ambos

¹⁹ En este sentido, entre otros muchos, *cfr.* régimen sancionador establecido en el convenio colectivo de KFC Restaurants Spain SL, BOE n.º 137, de 6 de junio 2014, en el Plan de Igualdad de Oportunidades Mutua Montañesa (Anexo III del convenio), o en el plan de igualdad aprobado para Mantequerías Arias SL (BOE de 16 de junio de 2014).

sexos (zapatos, pantalón, camisa, etc.), evitando de esta manera cualquier clase de asociación con un comportamiento sexista en la designación de las prendas de trabajo de uno u otro sexo²⁰.

Y no sólo eso, por lo que a la imagen personal de los trabajadores de la empresa se refiere, resulta interesante comprobar que, de forma generalizada, la mayor parte de los convenios colectivos suscritos en nuestro país opta por tipificar, dentro del régimen sancionador de la empresa (y en principio como falta leve), la *no utilización injustificada del uniforme de trabajo*²¹ o la no observancia de una *apariciencia limpia y aseada en el lugar de trabajo*²². Como se puede apreciar, gracias a estas escuetas previsiones, se obvia incluir cualquier referencia concreta a la apariencia física de los trabajadores de la empresa cuya exigencia puede suponer una vulneración del derecho fundamental de toda persona a su propia imagen y al libre desarrollo de su personalidad que proclama la CE.

4. EL CONTROL DE EFICIACIA DE LAS MEDIDAS ENSAYADAS

Para poder valorar el grado de efectividad de una medida, resulta imprescindible ponderar su grado de cumplimiento. El problema es que mientras que los parámetros de referencia resultan claros en otro tipo de materias, en la que ahora nos ocupa no parece fáciles de identificar (¿qué indicadores permiten controlar que se ha alcanzado el objetivo de utilización de un lenguaje neutro en las comunicaciones empresariales?)

²⁰ Como ejemplo de esta generalidad, véase el art. 37 del Convenio colectivo de Servicios Logísticos de Combustibles de Aviación, SL (BOE 28 de noviembre de 2015) en el que simplemente se indica que «Las prendas de trabajo serán facilitadas por la compañía a lo largo del año. Los tipos de prendas, periodicidad de cambio y sus especificaciones técnicas serán determinados por el Comité de Seguridad y Salud».

²¹ O de las prendas asignadas por motivos de seguridad e higiene en el trabajo. A estos efectos, véase el régimen sancionador incluido en el Convenio colectivo de Martínez Loriente, SA (BOE 27 de junio de 2013) en cuyo art. 88 se califica como falta grave, entre otras conductas, «Romper la uniformidad» o «Ir desnudo-desnuda o semidesnudo-semidesnuda por el recinto». Por su parte, también con elevadas dosis de generalidad, el II Convenio colectivo de Primark Tiendas, SLU (BOE de 31 de octubre de 2013) establece como reglas exigibles de uniformidad en los establecimientos Primark vestir con «camisa negra» y «pantalón negro».

²² Así, el art. 31.A.3 del ya citado convenio colectivo de la empresa Primark (BOE 31 de octubre de 2013) califica como infracción leve, «la falta de aseo y limpieza personal cuando sea de tal índole que pueda afectar al proceso productivo e imagen de la empresa».

Obviamente, se trata muchas veces de una labor de comprobación muy compleja, sobre todo habida cuenta que, en toda empresa, la comunicación verbal sigue ocupando un lugar primordial, por lo que realizar una labor de supervisión no presencial resulta prácticamente imposible.

Ahora bien, pese a las dificultades inherentes al tipo de materia objeto de comprobación, existen determinadas herramientas gracias a las cuales se puede, al menos, contribuir a reforzar la obligación de utilización no sexista del lenguaje.

En concreto, como se ha expuesto, resulta esencial llevar a cabo una labor de supervisión detallada de todos los documentos escritos utilizados en la empresa, con el fin de detectar cualquier expresión que directa o indirectamente puede generar un resultado discriminatorio. Y para poder comprobar que esta labor se ha realizado con la minuciosidad precisa, resulta imprescindible acompañar la exigencia de esta obligación, con la elaboración de un informe en el que se deban enumerar el número de expresiones detectadas, su ubicación y la nueva redacción por la que se han sustituido. Y es que sin acompañarla de esta exigencia, la obligación de utilización no sexista del lenguaje corre el riesgo de convertirse en un mero deseo sin eficacia práctica.

En todo caso, el principal problema radica en el control de las expresiones sexistas utilizadas en las comunicaciones orales, bien por parte del empresario o del personal directivo de la empresa, bien por parte de los propios trabajadores. Y es que en este tipo de comunicaciones, son únicamente las partes implicadas las que tienen conocimiento exacto de los términos utilizados.

Para intentar compensar esta dificultad son diferentes las estrategias que se pueden poner en marcha. Por ejemplo: si tradicionalmente uno de los principales ámbitos en los que se pueden emitir expresiones sexistas viene siendo la selección de personal (en particular, incluyendo preguntas relativas a la situación personal o familiar de los candidatos, en virtud de las cuales se sospecha que se descartará al trabajador con mayores responsabilidades familiares) resulta aconsejable no sólo instar a los sujetos que forman parte de la comisión de selección a que participen en cursos específicamente dirigidos a garantizar la correcta aplicación del principio de igualdad de oportunidades y garantizar la presencia equilibrada de hombres y mujeres en su composición, sino también, si para ello media el consentimiento del solicitante de empleo, utilizar equipos de grabación del sonido y en su caso, de

la imagen que, llegado el momento, puedan utilizarse como forma de comprobación de que el proceso de selección de personal seguido en la empresa se ha ajustado en todo momento a las obligaciones impuestas en materia de igualdad de género, por la LO 3/2007.

De la misma forma, puede aprobarse la creación de un buzón (puede ser también una dirección de correo electrónico) en el que no sólo los trabajadores de la empresa, sino también toda persona directa o indirectamente relacionada con ella (concurrentes a las ofertas de trabajo, clientes, proveedores, etc.), puedan hacer llegar a la comisión de igualdad (o en su defecto, a la comisión paritaria del convenio colectivo) las quejas, sugerencias o incluso denuncias que pudieran tener en materia de igualdad de trato y oportunidades. Ahora bien, no se puede negar que para que este procedimiento pueda ser operativo, debería formularse anualmente un informe en el que se recoja el número de incidencias tramitado y la respuesta concreta que se dio al solicitante, pues en caso contrario, se habría dado lugar únicamente a un mero compromiso teórico sin aplicación práctica concreta.

5. VALORACIÓN FINAL

Resulta esencial insistir sobre un tema que en muchas ocasiones pasa desapercibido: cuando la LO 3/2007 prohíbe implícitamente la utilización sexista del lenguaje en cualquier ámbito (sea éste laboral, educativo, comercial, etc.)²³, no está en modo alguno exigiendo la utilización simultánea del género masculino y femenino en todos y cada una de los sustantivos utilizados en el discurso.

Todo lo contrario, por lo que al ámbito empresarial se refiere, puede incluso afirmarse que este tipo de redacción puede hacer pasar desapercibidas actuaciones discriminatorias de verdadera entidad que quedan falsamente encubiertas bajo un aparente compromiso de utilización no sexista del lenguaje que, en realidad, únicamente se traduce en la confusión del sentido literal de sus previsiones.

A estos efectos, por lo que respecta a la insistente utilización de lo que se viene denominado «desdoblamiento» o «duplicidades» a través de los cuales se emplea el término masculino y el femenino de for-

²³ Prohibición que se desprende, en términos generales no sólo del art. 6 de la LO 3/2007, sino también, de forma más concreta de su Título III, expresamente dedicado a la «Información y medios de comunicación».

ma simultánea²⁴ (bien utilizando las palabras completas —trabajadores y trabajadoras, bien cambiando el artículo cuando el sustantivo no admite diferenciación entre géneros —el/la electricista²⁵— o el morfema —trabajadores/as—²⁶) debe necesariamente traerse a colación la aclaración que ha publicado al respecto la RAE²⁷. Esto es, que «*este tipo de desdoblamientos son artificiales e innecesarios desde el punto de vista lingüístico. En los sustantivos que designan seres animados existe la posibilidad de uso genérico del masculino para designar la clase, es decir, a todos los individuos de la especie, sin distinción de sexos (...)*»²⁸. De esa forma, «*la actual tendencia al desdoblamiento indiscriminado del sustantivo en su forma masculina y femenina va contra el principio de economía del lenguaje y se funda en razones extralingüísticas. Por tanto, deben evitarse estas repeticiones que generan dificultades sintácticas y de concordancia y complican innecesariamente la redacción y lectura de los textos*»²⁹.

²⁴ Aunque se trata de una técnica que sostiene BEJARANO FRANCO, M^a Teresa, para combatir el sexismo lingüístico, en «El uso del lenguaje no sexista como herramienta para construir un mundo más igualitario», *Vivat Academia*, n.º 124, 2013, págs. 79-89; HERRÁIZ SERRANO, Olga, recuerda que la duplicación del género va en contra del principio de economía lingüística (piénsese que el desdoblamiento de la palabra principal debería repetirse en las concordantes con ella)», señalando además que «la duplicación típica del lenguaje no sexista en claramente superflua, respecto de lo que se trata de comunicar e incluso, puede llegar a visibilizar a la mujer en sentido discriminatorio», en «Hacia un lenguaje jurídico no sexista: herramientas para tratar de equilibrar la justa demanda de visibilizar a las mujeres con los principios de claridad, economía y precisión», en AAVV, «*Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla*», Ed. Cortes Valencianas, 2014, pág. 320, por lo que aconseja utilizar el doblete «cuando el enunciado implica una comparación», en cuyo contexto resultará imprescindible.

²⁵ Como realizan, por ejemplo, en diversos apartados de su articulado, el Plan de igualdad de Unitono Servicios Externalizados, SA (BOE 20 de enero de 2015) o el IV Convenio colectivo de Agfa Healthcare Spain SAU BOE 23 de mayo de 2013).

²⁶ Aunque son muchos los convenios colectivos que caen en este error, a modo de ejemplo de esta utilización equivocada, pueden citarse, entre otros, el Convenio Colectivo de la empresa Flowserve Spain, S.L., (Código de Convenio n.º 90006702011990), suscrito con fecha 23 de diciembre de 2010.

²⁷ Cfr. RAE consultas frecuentes. Lenguaje sexista.

²⁸ La RAE aclara que «la mención explícita del femenino sólo se justifica cuando la oposición de sexos es relevante en el contexto: el desarrollo evolutivo es similar en los niños y en las niñas».

²⁹ La RAE matiza incluso que es incorrecto emplear el femenino para aludir conjuntamente a ambos sexos, con independencia del número de individuos que formen parte del conjunto. Así, aclara que «*los alumnos* es la única forma correcta de referirse a un grupo mixto, aunque el número de alumnas sea superior al de alumnos varones». Esta argumentación queda reproducida en la Disposición adicional tercera del Convenio Colectivo de

Teniendo en cuenta estas afirmaciones, se hace imprescindible poner de manifiesto que, en el ámbito empresarial, se ha generalizado una práctica incorrecta que es necesario erradicar y que proviene de un error de base en la interpretación del deber de evitar la utilización sexista del lenguaje. Y es que la utilización del masculino genérico, en los términos aclarados por la RAE, en modo alguno esconde o invisibiliza a las mujeres³⁰. Cualquier otra interpretación hace un flaco favor a la lucha por la igualdad de género, pues consigue centrar los esfuerzos de los interlocutores sociales en aspectos totalmente intrascendentes, pero fácilmente apreciables, desgastando la negociación y postergando aspectos que sí serían esenciales a la hora de alcanzar la plena igualdad de sexos en los entornos empresariales.

Obviamente el «sexismo lingüístico» existe y produce efectos indeseables³¹, por lo que resulta necesario detectarlo y erradicarlo, pero

la empresa Teka Sanitary Systems, S.A. (antes, Casa Buades, S.A.), Código de Convenio n.º 90007182011986, que fue suscrito, con fecha 17 de diciembre de 2010, justificando así la utilización del masculino genérico en el texto del convenio.

³⁰ Pese a todo, no se puede dejar de mencionar que esta opinión no es unánime entre la doctrina, entre las que hay voces que señalan la *invisibilización* de la mujer que se produce al utilizar el masculino genérico. Entre los defensores de esta opinión se encuentra ASTOLA MADARIAGA, Jastone, quien, en contra de lo insistentemente recordado por la RAE, sostiene que el uso del lenguaje no es baladí y que el masculino genérico encubre una intención de ocultación de la mujer, justificando esta opinión en el hecho de que «*lo que no se nombra no existe*». «*Por eso es tan importante nombrar a las mujeres, porque para que las mujeres ocupemos un lugar en el pensamiento, debemos ocupar un lugar en la lengua, porque sólo así ocuparemos nuestra posición en la realidad político-constitucional (...)*», en «El sujeto de derecho y las sujetas a derecho. La lengua del derecho y sus consecuencias», en AAVV, «*Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla*», Ed. Cortes Valencianas, 2014, págs.105 y 104 respectivamente.

³¹ Como indica HERRÁIZ SERRANO, Olga, «Se llama lenguaje sexista a aquél que emplea palabras o construye frases de manera que se invisibiliza, humilla o estereotipa a un sexo (a la mujer) convirtiéndose en una manifestación de un pensamiento o mentalidad que la discrimina», matizando a continuación que «siendo absolutamente razonable promover un lenguaje libre de machismo (pilar importante de la causa feminista) no es la lengua (ni el español ni ninguna otra) la que obliga a practicar el machismo» «Hacia un lenguaje jurídico no sexista: herramientas para tratar de equilibrar la justa demanda de visibilizar a las mujeres con los principios de claridad, economía y precisión», en AAVV, «*Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla*», Ed. Cortes Valencianas, 2014, pág. 314.

en realidad no existe «sexismo lingüístico» en muchas de las prácticas sobre las que hoy en día recae injustificadamente el fantasma de la discriminación encubierta³².

Siguiendo las indicaciones de la RAE³³, también se han de detectar como ejemplos de una interpretación incorrecta del compromiso de la utilización no sexista del lenguaje, previsiones como las que siguen, a través de las que se intenta fomentar a trabajadores y empleados a acudir preferiblemente al uso de términos genéricos³⁴ o ambiguos³⁵ en lugar de la utilización del masculino genérico, fomentar el uso de las barras oblicuas y de la arroba (emplead@, jef@)³⁶, sustituir los pronombres personales por fórmulas neutras³⁷, recurrir a perífrasis³⁸, eludir el sujeto³⁹, etc., que curiosamente proponen, equivocadamente,

³² Se trata de un error relativamente frecuente en la negociación colectiva de nuestro país. Entre los ejemplos más llamativos destaca el Anexo II de la Resolución de 12 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Logifruit, SL. (BOE 26 de febrero de 2013), en la que expresamente se contempla, obviando las aclaraciones que al respecto publica la RAE, como una de las causas de discriminación lingüística, «la utilización del masculino genérico», pues se trata de una forma de expresión «que excluye a las mujeres».

³³ Como defiende HERRÁIZ SERRANO, Olga, «Hacia un lenguaje jurídico no sexista: herramientas para tratar de equilibrar la justa demanda de visibilizar a las mujeres con los principios de claridad, economía y precisión», en AAVV, *«Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla»*, Ed. Cortes Valencianas, 2014, págs.311 y ss.

³⁴ Cambiando las expresiones utilizadas (por ejemplo, «el interesado», por «la persona interesada»; «manual de uso» en lugar de «manual de usuario» o «el solicitante» por «la persona solicitante».

³⁵ Como «dirección», «jefatura», «funcionariado», «alumnado», etc.

³⁶ A juicio de HERRÁIZ SERRANO, Olga, la utilización de la arroba debe rechazarse, no sólo porque no podrá utilizarse en los sustantivos y adjetivos que no terminan en «o», sino también porque conduce a rarezas al tener que pronunciar la palabra en la que se incluye (pues se trata de un símbolo ideado únicamente para la representación gráfica) y que incluso, utilizada en los documentos públicos «puede llegar a considerarse una falta de respeto al ciudadano», en «Hacia un lenguaje jurídico no sexista: herramientas para tratar de equilibrar la justa demanda de visibilizar a las mujeres con los principios de claridad, economía y precisión», en AAVV, *«Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla»*, Ed. Cortes Valencianas, 2014, pág. 320.

³⁷ Recomendar la utilización del pronombre «se», sustituir expresiones como «el que» o «la que» por «quién».

³⁸ En lugar de «la opinión de los asturianos», utilizar «la opinión de la población de Asturias»; en lugar de «los madrileños piensan», utilizar «el pueblo madrileño piensa...», etc.

³⁹ Poniendo en duda el criterio de la RAE, BEJARANO FRANCO, M^a Teresa, en «El uso del lenguaje no sexista como herramienta para construir un mundo más igualitario», *Vivat Academia*, n.º 124, 2013, pág. 87, se puede eludir el sujeto mediante cualquiera de

ciertas guías sobre la utilización no sexista del lenguaje aprobadas en determinados entornos empresariales⁴⁰, y que no son más que un cúmulo de indicaciones que obligan a tergiversar el lenguaje, y a utilizar giros lingüísticos que no son ni correctos ni frecuentes en nuestro idioma⁴¹.

Debe insistirse en que, si con carácter general, la claridad del lenguaje resulta esencial, se ha de insistir con especial esmero en alcanzar este objetivo en los textos jurídicos (sin olvidar que un convenio colectivo, no por su origen paccionado, deja de ser un documento con valor normativo⁴²). Y es que si por lo general éstos se diferencian del lenguaje común por el grado de complejidad inherente a la especialización de los términos que utilizan, bajo una pretendida utilización no sexista del lenguaje, se pueden llegar a hacer éstos todavía si cabe más confusos, oscuros y farragosos, lo que dificulta su correcta interpretación y aplicación práctica⁴³.

las siguientes técnicas: «utilizando formas personales del verbo (Deberá llevar a cabo la prueba de esfuerzo), formas no personales del verbo (A realizar la prueba de esfuerzo), o estructuras con «se» (se realizará la prueba de esfuerzo)». A estos efectos indica que resulta un falso tópico que el masculino lingüístico se utilice por economía lingüística, cuando en realidad está provocando la utilización sexista del lenguaje, dando lugar a estereotipos y perpetuando las diferencias entre géneros (pág. 86).

⁴⁰ Así por ejemplo BEJARANO FRANCO, M^a Teresa, entre otras medidas, propone emplear determinantes sin marca de género (por ejemplo, el uso de cada o cualquier pueden a veces evitar el empleo de todos), recurrir a pronombres sin marca de género (reemplazando el/los que por quien/quienes, en «El uso del lenguaje no sexista como herramienta para construir un mundo más igualitario», *Vivat Academia*, n.º 124, 2013, pág. 87).

⁴¹ Como ejemplo extremo de utilización equívoca de lo que verdaderamente es un lenguaje no sexista, puede citarse el «código de buenas prácticas en la utilización del lenguaje» incluido en el Anexo IV del Plan de igualdad de la empresa Mantequerías Arias, SA, (código de convenio n.º 90100402112013) publicado en el BOE de 18 de junio de 2014.

⁴² Pues el propio ordenamiento jurídico le reconoce fuerza vinculante entre los sujetos incluidos dentro de su ámbito de aplicación, como recuerda, MONTROYA MELGAR, A., en «*Derecho del Trabajo*», Tecnos, Madrid, 2015, recurriendo a las clásicas palabras que utilizó Carnelutti para definir al convenio colectivo («cuerpo de contrato y alma de ley») para explicar el lugar que éste ocupa dentro del sistema de fuentes del Derecho laboral (art. 3 ET).

⁴³ A estos efectos HERRÁIZ SERRANO, Olga, destaca que, en los textos jurídicos, la importancia de evitar caer en una utilización sexista del lenguaje va unida a la necesidad de restar complejidad a su redacción, complejidad a la que sin duda se dará lugar si se recurre a determinadas fórmulas con las que se pretende lograr una utilización no sexista del lenguaje, en «Hacia un lenguaje jurídico no sexista: herramientas para tratar de equilibrar la justa demanda de visibilizar a las mujeres con los principios de claridad, economía y precisión», en AAVV, «*Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla*», Ed. Cortes Valencianas, 2014, pág. 320.

BIBLIOGRAFÍA

- ASTOLA MADARIAGA, Jastone, AAVV, «*Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla*», Ed. Cortes Valencianas, 2014, págs.105 y ss.
- BEJARANO FRANCO, M^a Teresa, para combatir el sexismo lingüístico, en «El uso del lenguaje no sexista como herramienta para construir un mundo más igualitario», *Vivat Academia*, n.º 124, 2013, págs. 79-89.
- BENGOECHEA BARTOLOMÉ, Mercedes, «El lenguaje jurídico no sexista, principio fundamental del lenguaje jurídico modernizado del siglo XXI», *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 4, 2011, pág. 22.
- FERNÁNDEZ SMITH, Gérard, «Los límites de la política y planificación lingüísticas», *Revista de Lingüística y Linguas Aplicadas*, vol. 10, 2015, págs. 34-43, <http://dx.doi.org/10.4995/rlyla.2015.3596>.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, «Lenguaje sexista y negociación colectiva», en AAVV, «*Perspectiva de género en la negociación colectiva: análisis por sectores feminizados y masculinizados*» (coord. por MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a Luisa y FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela), Bomarzo, Albacete, 2013, págs. 53-77.
- HERRÁIZ SERRANO, Olga, AAVV, «*Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla*», Ed. Cortes Valencianas, 2014, pág. 311 y ss.
- MONTOYA MELGAR, A., «*Derecho del Trabajo*», Tecnos, Madrid, 2015.
- SÁNCHEZ VALERA, Mónica, «Medidas clave en la implementación de un plan de igualdad en la empresa», *Equipos & Talentos: gestión, selección y formación en RR HH*, n.º 71, 2010, pág. 16 y ss.
- SANCHÍS VIDAL, Amelia, «El lenguaje políticamente correcto, falto de sentido común, raya en lo ridículo», en «El uso sexista del lenguaje», *Derecho y Opinión*, n.º 7, 1999, pág. 672 y ss.

Capítulo Segundo

LAS COMISIONES DE IGUALDAD

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ y ALEJANDRA SELMA PENALVA

SUMARIO

1.- NATURALEZA JURÍDICA Y RAZÓN DE SER DE LAS COMISIONES DE IGUALDAD. 2.- FUNCIONES DE LAS COMISIONES DE IGUALDAD. 3.- COMPOSICIÓN DE LA COMISIÓN DE IGUALDAD. 4.- FORMA DE ACTUACIÓN Y PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE ACUERDOS DE LA COMISIÓN DE IGUALDAD. – BIBLIOGRAFÍA.

1. NATURALEZA JURÍDICA Y RAZÓN DE SER DE LAS COMISIONES DE IGUALDAD

Aunque su creación no viene exigida por la LO 3/2007 ni por el Estatuto de los Trabajadores¹, resulta una previsión habitual en los convenios colectivos. En particular, se trata de un compromiso que no sólo forma parte, de manera prácticamente generalizada, del contenido de la mayoría de los planes de igualdad aprobados en nuestro país, sino que además, aparece en muchos otros textos convencionales en los que, aunque no exista obligación de elaboración de un plan de igualdad, se pretende avanzar en el proceso de consecución de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Y es que comprometiéndose a crear este tipo de comisiones, la empresa o sector de actividad pone de manifiesto su intención de luchar activamente en contra de la discriminación por razón de género.

En la práctica se trata de un tipo de comisión que puede recibir diferentes denominaciones (comisión de igualdad, comité de igualdad, comisión de seguimiento, etc.) y que se crea con la finalidad de facilitar la elaboración de los planes de igualdad y de actuar como garante del efectivo cumplimiento de las obligaciones legales y también de los compromisos que se hayan podido adquirir en la empresa en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres².

¹ *Cfr.* Título IV de la citada LO 3/2007. A diferencia de lo que ocurre con la «comisión paritaria» que necesariamente ha de designarse como contenido mínimo de todo convenio colectivo (art.85.2.e ET).

² Sobre la utilidad de este tipo de comisiones para llevar a cabo la negociación, control y seguimiento de la implantación de los planes de igualdad en la empresa, véase MENDOZA NAVAS, Natividad, MENÉNDEZ CALVO, Remedios, OTAEGUI JÁUREGUI, Amaia, «Comisiones específicas de igualdad, atribución puntual de competencias a la «Civea» o

Es esta tarea la que justifica la existencia de las comisiones de igualdad y les confieren un valor muy importante en la consecución de la igualdad de géneros.

2. FUNCIONES DE LAS COMISIONES DE IGUALDAD

Son muchas y variadas las funciones que estas comisiones pueden tener atribuidas. Estas funciones, a su vez, pueden clasificarse en cuatro momentos o etapas —coincidentes con las fases o etapas de elaboración de un plan de igualdad—³:

1.º Etapa inicial. Elaboración de un diagnóstico de situación:

La gestación de un plan de igualdad se inicia articulando un proceso de recogida de datos sobre cuestiones muy variadas, información que resulta imprescindible para elaborar el plan de igualdad. Y es que únicamente conociendo cuál es verdaderamente la situación real de la empresa podrán implantarse medidas efectivas para solventar los problemas existentes. En cambio, si no se detectan estos defectos, nunca podrán corregirse, y las eventuales actuaciones incluidas en el plan de igualdad carecerán de fundamento. Este tipo de tareas se suele encargar a los miembros de la comisión de igualdad que se haya creado en la empresa.

2.º Fase de redacción. Selección e implantación de medidas:

A la vista del diagnóstico de situación obtenido, es la propia comisión de igualdad la que en principio, elaborará una lista de propuestas de medidas de actuación encaminadas a subsanar los defectos detectados en materia de igualdad de oportunidades en la fase de análisis previo.

Debe destacarse que no es la propia comisión de igualdad la encargada de aprobar de forma aislada el plan de igualdad. Teniendo en cuenta la redacción literal de los arts. 45 y 46 de la LO 3/2007. Ahora bien, es la lectura sistemática de estos preceptos, con el art. 85.1.II

creación de otro tipo de comisiones, en AAVV, «*La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*» (coord. por ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo), Cinca, Madrid, 2008, págs. 314-325.

³ Sobre las distintas fases que ha de integrar todo plan de igualdad, véase FABREGAT MONFORT, Gemma, «Planes de igualdad», en AAVVV «*Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*», (coord. por ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, Ed. Cinca, 2013, págs. 176-187.

ET la que permite comprobar que es a la negociación colectiva a la que, como contenido obligado de los convenios colectivos, compete el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, y en su caso aprobar los planes de igualdad previstos en la LO 3/2007.

Se puede concluir entonces que, aunque sea la esta comisión la encargada de realizar las propuestas de actuación y elaborar un borrador de estrategias tendentes a alcanzar objetivos concretos en aras a mejorar la situación de la empresa en materia de igualdad de trato, el citado plan siempre se tendrá que aprobar por medio del acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, plasmándose como contenido obligado de los convenios colectivos. En síntesis, será la comisión de igualdad la que oriente, asesore y proponga las medidas concretas que después se aprobarán en el proceso de negociación colectiva⁴.

Pero no sólo corresponde a este órgano seleccionar las medidas de actuación que se van a proponer durante el procesos de negociación colectiva, sino que esta labor debe completarse con la determinación de un cronograma de cumplimiento y ejecución, cuya duración dependerá no sólo del tipo de medida propuesta, sino también de cuál sea la situación de partida de la empresa. Así pues, será el citado cronograma el que marcará el periodo de tiempo aproximado que, como mínimo, deberá transcurrir para que la medida implantada empiece a reflejar sus primeros resultados.

3.º Fase de supervisión y control. También denominada fase de «seguimiento»:

Así, serán los miembros de la comisión de igualdad los que se encarguen de comprobar el grado de cumplimiento de las distintas actuaciones aprobadas una vez transcurrido el periodo temporal marcado en el cronograma. Y es que si por comodidad, desidia o desconocimiento dejan de aplicarse las actuaciones previstas a modo de estrategias de subsanación y mejora de los indicadores de igualdad, el propósito del plan de igualdad se habrá frustrado⁵.

⁴ El art. 47 del Convenio colectivo de Translimp Contract Services, SA, (BOE 16 de junio de 2011) presta especial atención a las funciones de asesoramiento que le corresponden a la Comisión de Igualdad de Oportunidades.

⁵ Así por ejemplo, el art. 27 del Convenio colectivo de Deóleo, SA, para los centros de Rivas Vaciamadrid (Madrid), Sevilla, Alba de Tormes (Salamanca) y Las Palmas (BOE 1 de marzo de 2013), incluye, entre las competencias de la Comisión de igualdad, la de

Buscando operatividad, resulta habitual encontrar previsiones convencionales en las que se atribuyen competencias de control y supervisión concretas a cada uno de los miembros de la comisión de igualdad sobre materias diferentes. Se intenta con ello dividir el trabajo, optimizar los esfuerzos y también responsabilizar a una persona de forma individual de cada actuación de seguimiento, buscando así mejorar su eficacia. En ciertas ocasiones, los convenios colectivos optan por idear una calificación específica para estas especiales tareas de supervisión y control que se asumen de manera individualizada. Así por ejemplo, a los miembros de las comisiones de igualdad a los que se les atribuyen responsabilidades específicas se les denomina «agentes de igualdad»⁶.

4.º Fase de valoración final y toma de decisiones de reformulación:

En último lugar, una vez comprobado que las medidas acordadas se han cumplido, también le corresponderá a la comisión de igualdad la labor de evaluar el éxito o el fracaso de las estrategias adoptadas.

Los planes de igualdad constituyen por tanto, un conjunto dinámico de medidas que debe encontrarse en proceso de constante actualización. Debe ser entonces, una vez que ha transcurrido un periodo de tiempo razonable, cuando se debe valorar si las estrategias implantadas, han resultado verdaderamente efectivas y han contribuido a alcanzar los objetivos que perseguían. Sólo a la vista de estos resultados se podrá decidir mantenerlas, modificarlas o suprimirlas. Así pues, corresponderá también a la comisión de igualdad realizar ajustes o mejoras al Plan de igualdad en función de los resultados que en cada momento reflejen las evaluaciones realizadas, si se detectan nuevas necesidades o se tiene conocimiento de la existencia de ciertas dificultades en la ejecución de las acciones planteadas que pueda lastrar su eficacia.

Y es que puede ocurrir que el tiempo inicialmente fijado no haya sido el suficiente para que las estrategias implantadas puedan ofrecer sus primeros resultados (debido a que se ejecución haya resultado más lenta de lo que inicialmente se preveía), o bien, que sus efectos no hayan sido tan exitosos como en un principio se previeron o incluso,

velar por el cumplimiento de los distintos objetivos en materia de igualdad de género acordados en la empresa.

⁶ Denominación que se incluye en el Título VIII del V Acuerdo complementario al Convenio General de la Industria Química de Repsol YPF Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 18 de agosto de 2012).

que no hayan dejado sentir efecto alguno. En sentido contrario, puede plantearse también la situación inversa: que tanta haya sido la eficacia de las acciones elegidas, que el problema inicial para cuya subsanación se idearon, haya sido totalmente resuelto y, por lo tanto, dichas medidas, de forma sobrevenida, hayan perdido su razón de ser.

En síntesis, pueden ser diversos motivos los que en la práctica obliguen a plantearse la supresión o la reformulación de las medidas de actuación inicialmente incluidas en el plan de igualdad. Obviamente, las posibilidades son muy diversas y es en cada momento la comisión de igualdad la que deberá adoptar las decisiones que procedan.

Como se puede apreciar, estas etapas coinciden con las fases que en la práctica ha de cumplir todo plan de igualdad (elaboración, aplicación, supervisión y reestructuración), deduciéndose entonces que la Comisión de igualdad acompaña al plan de igualdad a lo largo de toda su existencia. De esta forma, las funciones atribuidas a la Comisión de igualdad no serán puntuales, sino constantes a lo largo del tiempo.

Junto a estas funciones básicas, pueden encontrarse otras que completarían su ámbito funcional: prevenir, detectar y erradicar cualquier manifestación de discriminación de género, directa o indirecta; realizar la interpretación de preceptos confusos del plan de igualdad o de situaciones polémicas que, en materia de igualdad de oportunidades, se hayan podido suscitar en la empresa y que inicialmente no estuvieran recogidas en el plan de igualdad; llevar a cabo la recepción de las sugerencias y reclamaciones realizadas por los trabajadores que se consideren afectados por determinadas conductas con finalidad discriminatoria que puedan desarrollar bien el empresario o las personas que ocupen los puestos de dirección de la empresa, bien otros trabajadores de la propia empresa⁷; e incluso, la posibilidad de elaborar

⁷ Así, el Plan de Igualdad del Grupo Asegurador Reale aprobado por Resolución de 12 de marzo de 2014, de la Dirección General de Empleo (BOE de 27 de marzo de 2014) incluye expresamente como uno de los principios básicos que inspiran la elaboración de los planes de igualdad, «la participación a través del diálogo y cooperación de las partes (dirección de la empresa, parte social y conjunto de la plantilla)», y pone en marcha la iniciativa de habilitar un buzón de sugerencias con esta finalidad. De esta manera, se considera oportuno que la comisión de igualdad reciba sugerencias del resto de trabajadores de la plantilla, que puedan utilizarse para mejorar progresivamente el contenido de los planes de igualdad. Por su parte, el plan de igualdad incluido en el Anexo III del Convenio colectivo de Logifruit, SL., (BOE 26 de febrero de 2013) contempla entre las funciones de la Comisión de igualdad la recepción de la sugerencias de mejora que se pudieran plantear en este sentido.

dictámenes técnicos sobre aspectos relacionados con la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo a solicitud de la dirección de la empresa, de los representantes de los trabajadores o de la comisión paritaria. Además, en muchas ocasiones, con el fin de garantizar que el principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres se respeta escrupulosamente en el acceso y en la promoción profesional en la empresa, se prevé la participación en las comisiones de selección o en las comisiones de contratación de personal de uno o varios miembros de la Comisión de igualdad, evitando así que tengan lugar ciertos episodios de discriminación en el empleo.

Al mismo tiempo, si se ha creado este tipo de comisión, será ella la que realice la investigación y el análisis de los hechos acaecidos en los supuestos de acoso laboral, y la que lleve a cabo la labor de mediación que pueda ser necesaria para solventar determinado tipo de controversias suscitadas entre la empresa y los trabajadores, los trabajadores entre sí, o incluso, entre personal de la empresa y personal ajeno a ella (como clientes o proveedores) que actuará como trámite imprescindible antes de emprender acciones judiciales encaminadas a determinar si ha existido vulneración del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

Completando esta previsión, y teniendo en cuenta el carácter dinámico de los planes de igualdad, resultará útil que, al enumerar las competencias de la comisión, se especifique que los acuerdos que ésta adopte sobre cuestiones de interés general, también se considerarán parte de plan de igualdad y gozarán de su misma eficacia obligatoria.

Al mismo tiempo, para garantizar la versatilidad que ha de caracterizar a los planes de igualdad, entre las funciones asignadas a la Comisión de igualdad resulta muy aconsejable incluir la de resolver cuantas dudas, dificultades, reclamaciones y discrepancias de aplicación que hayan surgido en torno a la correcta aplicación del plan de igualdad (sobre todo, pensando en sus lagunas o en cuestiones de confusa interpretación), y también, la de realizar cualquier otra acción dirigida a mejorar, complementar y actualizar el plan adaptándolo a la realidad legal. Hoy en día la acusada movilidad de la normativa laboral hace imprescindible articular un procedimiento de actualización constante de los planes de igualdad, destinado a adaptar su contenido de forma automática a las posibles mejoras normativas que haya podido introducir el legislador en materia de igualdad de oportunidades y conciliación de

la vida familiar y laboral⁸. Y es que, por razones estrictamente temporales, de no realizarse una revisión del plan se pueden generar discrepancias e inconexiones injustificadas que complican la interpretación y aplicación del plan de igualdad (piénsese por ejemplo en al constante evolución que viene experimentando la edad del hijo que da derecho a sus progenitores a disfrutar una reducción de jornada).

Y no sólo eso. Por la propia naturaleza de sus funciones, resulta aconsejable atribuir también a este órgano la labor de difusión no sólo de las medidas que se han puesto en marcha y los avances de la empresa en materia de igualdad de oportunidades, sino también de las diferentes medidas normativas que, como se ha expuesto, el legislador pueda ir incluyendo con el paso del tiempo tendentes a facilitar la igualdad entre mujeres y hombres o a mejorar las oportunidades existentes de conciliación de la vida familiar y laboral.

3. COMPOSICIÓN DE LA COMISIÓN DE IGUALDAD

Como la Ley de Igualdad no hace referencia a este tipo de comisiones, ni les atribuye funciones concretas, ni tampoco aporta indicación alguna sobre cuál deberá ser su composición, su forma de actuación o la periodicidad de sus reuniones. Si se ha tomado la decisión de crear este tipo de comisión, existen ciertas indicaciones básicas que asegurarán su eficacia. Entre otras, pueden destacarse las siguientes:

Por lo que a su composición se refiere, se han seleccionado cuatro presupuestos que intentan contribuir a asegurar su correcto funcionamiento:

1.º Resulta razonable mantener un sistema de representación mixta:

Como toda comisión interna que se pueda crear en una empresa, se aconseja que esté integrada tanto por representantes de los trabajadores como por personas que actúen en interés de la dirección de la

⁸ El plan de igualdad incluido en el art. 45 de la Resolución de 8 de septiembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Anjana Investiments, SLU, (Código de convenio n.º 90100512012011), BOE 23 de septiembre de 2011, hace especial hincapié en la necesidad de actualizar periódicamente el plan de igualdad, teniendo en cuenta, entre otros factores, las posibles modificaciones normativas que puedan aprobarse durante su vigencia en materia de igualdad de géneros y conciliación de la vida familiar y laboral que resulta imposible que el plan obvie.

empresa⁹. Y es que teniendo en cuenta que las propuestas fruto de las reuniones de trabajo de la citada comisión, para ser efectivas, deberán ser aprobadas en el seno de un proceso de negociación colectiva, resulta aconsejable que se trate de medidas previamente negociadas —desde el inicio mismo de su gestación— tanto por trabajadores como por empresarios, con el fin de evitar procesos de negociación extremadamente complejos, e impedir que se frustre finalmente la aprobación del plan al encontrarse con obstáculos en la fase final de su elaboración. Así, se puede presuponer que si la creación y composición de la Comisión de Igualdad ha sido pactada entre representantes de trabajadores y empresarios, finalmente no se plantearán demasiados impedimentos a la aprobación final de las medidas y estrategias que ésta proponga.

2.º Asegurar la permanencia de los miembros de la comisión:

Para garantizar la operatividad de las decisiones adoptadas, debe articularse un sistema que permita que sea la misma comisión no sólo la que elabore el plan y controle su ejecución, sino también la que resuelva las posibles dudas interpretativas que su aplicación práctica pueda suscitar, evalúe el impacto final de las medidas que se aprobaron y en su caso, idee estrategias nuevas destinadas a potenciar (cuando esto sea necesario) los resultados de las anteriormente ensayadas, si es que éstos no ofrecieron los resultados esperados¹⁰.

Constituir múltiples comisiones para encomendar a cada una de ellas la participación en cada una de las fases de elaboración del plan de igualdad no hace más que complicar esta tarea, producir errores y

⁹ GARCÍA CAMPÁ, Santiago, «Primera doctrina judicial sobre planes de igualdad en las empresas», en AAVV, *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla*, Ed. Cortes Valencianas, 2014, págs.281-292.

¹⁰ Así pues, el Anexo VI de la Resolución de 21 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Nokia Siemens Networks, SL. (Código de Convenio número 90017852012010), BOE de 5 de octubre de 2012 distingue las siguientes fases de trabajo de la Comisión de Igualdad: Fase I: Diagnóstico de la situación: Evaluación de necesidades y diseño de las fases posteriores. Fase II: Preparación y planificación: Fijación de los concretos objetivos (Metas) de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución. Fase III: Etapa de Implementación: Metodología y procesos de implantación en la empresa. Fase IV: Etapa de Evaluación.

discrepancias en la valoración de los datos, y en definitiva, ralentizar la consecución de los objetivos que se pretenden alcanzar en la empresa en materia de igualdad.

De esta forma, no sólo se rechaza constituir comisiones diferentes para supervisar cada una de las fases de elaboración de un plan de igualdad (por ejemplo, una comisión de diagnóstico, una comisión de elaboración y una comisión de seguimiento, con atribuciones efímeras), sino también atribuirles a los miembros que la componen un mandato demasiado breve. Así, puede ocurrir que aunque acertadamente se haya constituido una única Comisión de igualdad que concentre todas las funciones citadas, se opte por fijar unos periodos de designación de sus miembros de tan escasa duración, que este hecho les imposibilite no sólo tener una visión global del éxito o fracaso de las medidas inicialmente aprobadas, sino también emprender acciones de mejora apropiadamente motivadas¹¹.

Y es que sólo las personas que participaron en la elaboración del plan y conocen la situación de partida en la que se encontraba la empresa, la razón de ser y la finalidad esperada de las estrategias de actuación implantadas podrán realizar un seguimiento útil y efectivo del grado de cumplimiento del plan de igualdad y valorar, en sus justos términos, los alcances reales que haya podido alcanzar el plan de igualdad. En caso contrario, la existencia de sucesivos componentes que no mantienen una permanencia razonable puede producir que sus diferentes puntos de vista conlleven la aplicación de unas estrategias cambiantes, dispares y descoordinadas.

Ahora bien, ¿cuál es la duración del mandato que resulta aconsejable? Se trata ésta de una pregunta de difícil respuesta, pues son muchos los factores que pueden influir. Parece oportuno fijar como razonable una duración coincidente con la duración inicialmente prevista de vigencia para el concreto plan de igualdad aprobado en la empresa. Asegurando esta coincidencia se garantiza también que, antes

¹¹ Y es que se ha de tener presente que la existencia de una Comisión de igualdad, puede facilitar en gran medida la elaboración y seguimiento que exige la puesta en práctica de todo plan de igualdad. Sobre la necesidad de realizar una correcta implantación y ejecución de los planes de igualdad en las empresas para poder obtener los distintivos de igualdad en las empresas, véase MENENDEZ CALVO, Remedios, «Impacto laboral de la implementación de planes y políticas de igualdad en las empresas», *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 4, 2011, págs. 167-197.

de proceder a revisar el contenido del plan, exista el suficiente tiempo material para que las distintas estrategias ideadas puedan dejar sentir sus efectos (al respecto no se puede olvidar que el contenido del plan es dinámico y cambiante, constantemente actualizable en virtud de los cambios normativos operados, los resultados que arrojen las medidas de acción aprobadas en cuanto transcurre el periodo temporal marcado en su correspondiente cronograma, las nuevas necesidades que se pudieran detectar en la empresa, sugerencias de mejoras planteadas por los trabajadores o sus representantes, errores o lagunas detectados en su redacción, etc.).

De esta forma, teniendo en cuenta cuál haya sido la situación de partida en la que se encontrara la empresa y la naturaleza y entidad de las estrategias de actuación que se hayan aprobado, el plazo previsto para la revisión del plan de igualdad será más o menos amplio. Como la práctica permite demostrar, la gran parte de las empresas españolas optan por fijar un plazo de revisión que oscila entre uno y cuatro años. Así pues, sea cual fuera el periodo de vigencia inicialmente previsto para el plan de igualdad, parece que también resultará oportuno atribuir esta misma duración al periodo de mandato de los miembros de la Comisión de igualdad¹².

3.º Formación oportuna en materia de igualdad de género

Debido a las especiales competencias que asume, resulta aconsejable ofrecer una formación adecuada a los miembros de la Comisión de igualdad en esta materia, asegurándoles la participación en cursos específicos de formación para profesionales en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres¹³.

Disponer de este tipo de conocimientos facilitará el trabajo de la comisión, ahorrará problemas derivados de la existencia de diversos puntos de vista entre sus miembros, y en definitiva, agilizará la labor

¹² Así por ejemplo, el art. 57 del I Convenio colectivo de Accepta Servicios Integrales, SLU, (BOE 6 de junio de 2012) en el que se aprueba el plan de igualdad previsto para la citada empresa, contempla la revisión anual del convenio del plan de igualdad.

¹³ En lugar de ello, en el Plan de Igualdad incorporado al Anexo VI, Sección III del I Convenio colectivo del Grupo de empresas AENA (Entidad Pública Empresarial AENA y Aena Aeropuertos, SA), BOE 20 de diciembre de 2011, se acuerda que la citada comisión puede valerse en sus reuniones del «asesoramiento de personas ajenas especialmente cualificadas» en materia de igualdad de género y oportunidades.

de valoración de los datos obtenidos, fomentando el acuerdo en la adopción de nuevas estrategias o planes de actuación o mejora que se pretendan implantar en la empresa.

4.º Composición equilibrada de la comisión:

El primer presupuesto que se ha de respetar, teniendo en cuenta la propia naturaleza de la comisión el tipo de funciones que tiene encomendada, es el que obliga a mantener una presencia equilibrada entre hombres y mujeres.

Precisamente por esto, quizá resulta superfluo especificar que sólo se cumplirá la verdadera razón de ser que inspira la creación de este tipo de comisiones, si se respeta la igualdad de género en su composición. De esta manera, siguiendo las indicaciones de la LO 3/2007 debe respetarse la previsión de que ninguno de los sexos tenga una representación mayor del 60% ni menor del 40%. En caso contrario no se habrán respetado los presupuestos básicos que aseguren la idoneidad y razonabilidad de las decisiones del citado órgano. Para ello, se han de articular procedimientos que intenten estimular al sexo con menor representación en la empresa a presentar candidaturas postulándose expresamente como candidato para formar parte de esta concreta comisión de trabajo. De la misma forma, por lo que respecta a los representantes de los trabajadores, se ha de intentar que éstos pertenezcan a diferentes categorías y grupos profesionales con el fin de aportar una visión lo más completa posible de las necesidades y deficiencias de la empresa.

En definitiva, una Comisión de igualdad no es más que una concreta comisión de trabajo constituirá en el seno de una empresa que tiene atribuidas las funciones específicas de velar por el respeto de la igualdad de oportunidades en el entorno empresarial¹⁴. Por lo general, su creación se aprueba en el seno de un proceso de negociación colectiva (en la mayor parte de los casos como presupuestos previo y complementario al compromiso de elaboración de un plan de igualdad). Es este mismo acuerdo de constitución el que determinará el número de miembros que la deben integrar, sus funciones y el procedimiento de actuación.

¹⁴ Respecto a su estructura y funcionamiento, véase el estudio detallado que realiza MENDOZA NAVAS, Natividad, «Comisiones de Igualdad», en AAVV, «*Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*» (coord. por ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo), Cinca, Madrid, 2010, págs. 160-175.

Para optimizar la tarea de creación de la comisión, resulta razonable exigir que el convenio colectivo no sólo predetermine la composición de la comisión previendo que porcentaje de miembros corresponderán a cada parte, sino que de un paso más en este proceso de designación y publique directamente los nombres de los miembros que la van a componer y el periodo de vigencia de su nombramiento. De esta manera se agiliza el trabajo, se aprovecha la presencia simultánea de representantes de los trabajadores y de los empresarios en el proceso de negociación colectiva para hacer la propuesta de designación concreta, y se evita el tiempo de espera que sin duda debería transcurrir si el acuerdo adoptado en materia de creación de la comisión debe completarse en un momento posterior con la designación de sus componentes.

Por lo que hace al número de miembros de la comisión que actuarán en representación de la parte laboral, conviene aclarar que no existe ninguna obligación de que las personas que integren la Comisión de igualdad deban seleccionarse entre los representantes de los trabajadores. Y es que este tipo de comisión no tiene por que ser un subgrupo de trabajo dentro del Comité de empresa o de los delegados de personal¹⁵. Parece entonces que será cualquier trabajador el que pueda desarrollar este tipo de funciones (en particular, si ha recibido formación adecuada para ello)¹⁶, siempre que su designación haya sido aprobada por el Comité de empresa¹⁷.

¹⁵ Aunque, a modo de excepción, el art. 44 del Convenio colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU, (BOE 31 de marzo de 2011) opta por designar a sus miembros entre los componentes del Comité de empresa.

¹⁶ Amplia referencia a las personas que pueden integrar esta Comisión en representación de los trabajadores que se aprecia, entre otros muchos, en el Anexo dedicado al Plan de igualdad del Convenio colectivo del Grupo Colt en España (código de convenio n.º 90100243012014), BOE 15 de diciembre de 2014.

¹⁷ GARCÍA CAMPÁ, Santiago, en «Primera doctrina judicial sobre planes de igualdad en las empresas», en AAVV, *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla*, Ed. Cortes Valencianas, 2014, se ocupa de realizar un recorrido por las distintas resoluciones judiciales dictadas en los últimos años ante los conflictos suscitados por la falta de acuerdo en lo que a la composición de la Comisión de igualdad se refiere. En concreto, en la pág. 284 analiza las SSTs de 5 de octubre de 2010 (RC 227/2009), 20 de octubre de 2011 (RC 23/2011) y 24 de enero de 2012 (RC 22/2011), en las que se sostiene que todos los sindicatos participantes en la mesa de negociación del convenio colectivo (aunque finalmente no hayan sido firmantes del mismo) tienen derecho a participar en la Comisión de igualdad (al igual que en cualquier otra comisión de trabajo constituida en la empresa, sea esta una comisión meramente negociadora o una comisión ejecutiva) en proporción a su representatividad, y si se les excluye sólo por el hecho de no haber sido firmantes

Ahora bien, en el caso de que se opte por esta alternativa, resulta aconsejable extender mediante la negociación colectiva también a los miembros de esta comisión y durante el desarrollo de su periodo de mandato, las mismas garantías y derechos previstos para los representantes de personal en el art. 68 ET (crédito horario, derecho a la indemnidad, etc.)¹⁸. Y también el deber de sigilo del art. 65 ET, matizado no obstante por las funciones propias de la Comisión de Igualdad relativas a la difusión de información de sobre la situación de partida de la empresa, las medidas seleccionadas para corregirla, el grado de cumplimiento de estas estrategias, y los concretos efectos prácticos que estas medidas están reflejando.

Por razones de operatividad, se aconseja que se integre por un número de miembros comprendido entre cuatro y ocho personas en total (dependiendo de las dimensiones de la empresa, dispersión de sus centros de trabajo, número de trabajadores en plantilla, etc.)¹⁹. Fijar un número inferior de miembros implicaría posiblemente la sobrecarga de trabajo para las personas que la integren, y un número superior dificultaría las reuniones y toma de decisiones, introduciendo un factor de complejidad que es necesario evitar²⁰.

del convenio colectivo, la designación de los miembros de la citada comisión deberá considerarse nula por haberse producido con violación del derecho fundamental a la negociación colectiva.

¹⁸ Previsión que se incluye expresamente en el art. 41 *in fine* del Convenio colectivo de las empresas Mercadona, SA, Forns Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SL y Saskibe, SL (BOE de 30 de enero de 2014).

¹⁹ Algunos convenios colectivos optan por determinar que la comisión para la igualdad de trato «estará formada por tres miembros en representación de los sindicatos firmantes del convenio y otros tres en representación de la empresa». Así por ejemplo, lo hace el XVI Convenio colectivo de la empresa Bridgestone Hispania, SA (delegaciones), (código de convenio núm. 90002181011981) de 18 de julio de 2014. En similares términos, el art. 7 del Convenio Colectivo de la empresa Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas, (código de convenio n.º: 90006852011991) suscrito con fecha 17 de enero de 2013, establece que la comisión paritaria quedará constituida e integrada «por tres miembros de la Representación Legal de los Trabajadores y de las trabajadoras y tres de la Dirección».

²⁰ Aunque en ocasiones se opta por una composición mucho más numerosa que la que en estas líneas se propone. A estos efectos, véanse las previsiones relativas a la creación de una Comisión de Igualdad incluidas en el Anexo VI, Sección III del I Convenio colectivo del Grupo de empresas AENA (Entidad Pública Empresarial AENA y Aena Aeropuertos, SA), BOE 20 de diciembre de 2011. En esta ocasión se acuerda que la citada comisión estará integrada por 7 miembros en representación de la parte laboral, y otros 7, en representación de la parte empresarial.

4. FORMA DE ACTUACIÓN Y PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE ACUERDOS DE LA COMISIÓN DE IGUALDAD

Como las funciones encomendadas a la Comisión de igualdad se realizan en interés de la empresa, será ésta la que deba aportar los medios materiales y humanos necesarios para poder desarrollar sus funciones²¹: no sólo debe considerar como tiempo de trabajo el invertido por los miembros de esta comisión en las reuniones de trabajo y en la elaboración de la documentación que su mandato requiera, sino también se ha de facilitar un lugar de reunión adecuado²². De la misma forma, se han de adecuar las exigencias de productividad con el fin de adaptarlas a la situación particular de los trabajadores a los que se les hayan atribuido en estas funciones, con el fin de que esta labor de representación no les reporte un perjuicio directo o indirecto.

En cualquier caso, se debe advertir que no todas las empresas que manifiesten expresamente en el seno de un proceso de negociación colectiva su intención de avanzar en el proceso de equiparación de oportunidades entre hombres y mujeres, optan al mismo tiempo por constituir una comisión de igualdad. En ciertas ocasiones, se toma la decisión de que sea la propia comisión paritaria (de creación obligada en todo proceso de negociación colectiva, pues actúa como uno de los contenidos mínimos que necesariamente debe respetar todo convenio colectivo) la que asuma las funciones de velar por la garantía de la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres en la empresa. Se trata de una decisión que resulta especialmente razonable en las empresas de pequeñas dimensiones.

²¹ El Plan de Igualdad del Grupo Asegurador Reale aprobado por Resolución de 12 de marzo de 2014, de la Dirección General de Empleo (BOE de 27 de marzo de 2014) incluye expresamente un compromiso de la empresa que garantiza que la comisión de igualdad dispondrá en todo momento de «los recursos humanos y materiales necesarios para su implantación, seguimiento y evaluación».

²² A estos efectos, podrían resultar aconsejables fórmulas como la siguiente: «Medios: Para el cumplimiento de las funciones encomendadas a la Comisión de Seguimiento y Evaluación, la empresa se compromete a facilitar los medios necesarios, en especial: — Lugar adecuado para celebrar las reuniones.

— Material preciso para ellas. — Aportar la información estadística, desagregada por sexo, establecida en los criterios de seguimiento acordados para cada una de las medidas con la periodicidad correspondiente.

Las horas de reunión de la Comisión y las de preparación de la misma, que serán como máximo iguales a las de la reunión, serán remuneradas y no se contabilizarán dentro del crédito horario de la representación de los trabajadores y las trabajadoras».

Ahora bien, cuando la empresa en cuestión puede calificarse como una empresa de tamaño mediano o grande, resulta aconsejable deslindar estas concretas tareas atribuyéndolas a una comisión específica, pues en caso contrario podría conllevar un exceso de trabajo para la comisión paritaria que redunde en perjuicio de la atención constante que la igualdad de géneros requiere.

Como las partes negociadoras son libres para determinar la composición, competencias y forma de actuación de la comisión de igualdad, también será ésta la que deba determinar si se constituye una única comisión de igualdad intercentros (en el caso de que la empresa disponga de más de un centro de trabajo) o una comisión individual en cada centro de trabajo para asegurar una presencia más cercana a los trabajadores.

Desde otro punto de vista, conviene tener en cuenta que aunque las comisiones de igualdad de ámbito de empresa sean las más frecuentes, también se puede acordar la creación de una «comisión de igualdad de ámbito sectorial» compuesta por representantes de todas las empresas y los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, que realice las tareas citadas en el correspondiente sector de actividad, y para cuya actuación cuente con medios materiales y humanos facilitados por las distintas entidades implicadas.

5. CONCLUSIONES

No se puede olvidar que para que la comisión de igualdad pueda desarrollar sus funciones, debe contar necesariamente con la colaboración de la empresa. Entre otras cosas porque a la hora de realizar tanto el diagnóstico previo de la situación como el control del grado de cumplimiento periódico de las iniciativas adoptadas, precisa de la información que le facilite la empresa relativa a la distribución por géneros de los trabajadores de la plantilla.

A estos efectos puede afirmarse que el derecho de información que la legislación laboral reconoce a los representantes legales de los trabajadores, debe extenderse también a los miembros de la comisión de igualdad, sean o no, a su vez, representantes legales de los trabajadores (tal y como se puede concluir realizando una lectura extensiva de los arts. 64.1 y 64.3 ET). Y es que sólo facilitando el conocimiento generalizado de los datos relativos a la situación empresarial en materia de igualdad de género y oportunidades, no sólo entre los trabaja-

dores que integran las distintas comisiones de trabajo que se hubieran podido constituir en la empresa, sino entre la generalidad de la plantilla, se conseguirá respetar la «transparencia en la implantación del plan de igualdad» que exige el art. 47 de la LO 3/2007²³.

Así pues, debe insistirse en que la obligación de la empresa de facilitar información no termina una vez realizado el diagnóstico inicial de la situación, sino que, habida cuenta de la necesidad de revisión y readaptación constante del plan de igualdad, será necesario que la comisión de igualdad disponga de información actualizada relativa al número de nuevos contratos realizados y el sexo de las personas contratadas, de la distribución por géneros de los nuevos ascensos, el número de personas que cada año disfrutan en la empresa de una excedencia por cuidado de hijos o familiares, etc.

Con el fin de facilitar la labor de seguimiento del plan de igualdad, se aconseja transmitir a los miembros de la comisión la información de forma periódica (con carácter trimestral, semestral o anual, en función de lo pactado) con el fin de poder evaluar la acepción de las medidas adoptadas, detectar obstáculos que puedan minorar su eficacia, y en definitiva, valorar el grado de implantación de los compromisos acordados en la empresa.

De la misma manera, y persiguiendo también el objetivo de garantizar que se realice un seguimiento periódico y real del plan de igualdad, entre las funciones que se suelen atribuir a la comisión de igualdad, se encuentra la de elaboración de un informe anual que reflejará el avance respecto a los objetivos de igualdad dentro de la empresa²⁴, con el fin de comprobar la eficiencia de las medidas puestas en marcha para alcanzar el fin perseguido, proponiendo, en su caso, medidas correctoras.

²³ Y es que dicho precepto hace referencia únicamente a los «representantes de los trabajadores» y no a los miembros del comité de empresa o delegados de personal, reconociendo así tácitamente que pueden existir otras personas que actúen en representación de los trabajadores (como los miembros de la comisión de igualdad), sin ser previamente miembros del comité de empresa ni delegados de personal.

²⁴ Así, el art. 41 del Convenio colectivo de las empresas Mercadona, SA, Forns Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SL y Saskibe, SL (BOE de 30 de enero de 2014) contempla que «se elaborará un informe anual de seguimiento, donde se refleje el diagnóstico de situación con el fin de comprobar la eficiencia de las medidas puestas en marcha», en similares términos, el art. 68 de la Resolución de 25 de abril de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

Por último, resultará muy útil que el acuerdo de constitución de la comisión de igualdad vaya acompañado de la aprobación de un reglamento destinado a regular su régimen interno de funcionamiento. En caso contrario, resultará exigible que sea la propia comisión de igualdad la que en su primera reunión acuerde y plasme por escrito las normas internas que regirán su forma de actuación, la periodicidad de sus reuniones, normas de convocatoria, procedimiento de adopción de acuerdos, mayorías exigidas²⁵ o forma de redacción y archivo de las actas de las reuniones²⁶.

²⁵ Por ejemplo, el Anexo VI, Sección del I Convenio colectivo del Grupo de empresas AENA (Entidad Pública Empresarial AENA y Aena Aeropuertos, SA), BOE de 20 de diciembre de 2011, aclara que «*la Comisión de Igualdad se reunirá de forma ordinaria dos veces al año, pudiendo realizar reuniones extraordinarias a petición razonada de cualquiera de las dos representaciones. Los Acuerdos en el seno de la Comisión se adoptarán por mayoría absoluta de cada una de las dos representaciones*».

²⁶ A estos efectos, puede sugerirse una cláusula del siguiente tipo: «La Comisión se reunirá cada 6 meses durante los dos primeros años de vigencia y, cada año los restantes con carácter ordinario, pudiéndose celebrar reuniones extraordinarias siempre que sea requerida su intervención por cualquiera de las organizaciones firmantes o sindicatos integrados en la misma, previa comunicación escrita al efecto indicando los puntos a tratar en el orden del día. Las reuniones de la Comisión se celebrarán dentro del plazo que las circunstancias aconsejen en función de la importancia del asunto, que en ningún caso excederá de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud de intervención o reunión. La Comisión se entenderá válidamente constituida cuando a ella asista, presente o representada, la mayoría absoluta de cada representación. Los acuerdos de la Comisión, para su validez, requerirán del voto favorable de la mayoría absoluta de cada una de las dos representaciones». Previsiones de este tipo se encuentran, entre otros, en el Anexo II del Convenio colectivo de Logifruit, SL., (BOE 26 de febrero de 2013), o en el Capítulo VIII del Convenio colectivo de Mercadona, SA, Forns Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SL y Saskibe, SL., (BOE 30 de enero de 2014).

BIBLIOGRAFÍA

- FABREGAT MONFORT, Gemma, «Planes de igualdad», en AAVVV «*Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*», (coord. por ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, Ed. Cinca, 2013, págs. 176-187.
- GARCÍA CAMPÁ, Santiago, «Primera doctrina judicial sobre planes de igualdad en las empresas», en AAVV, «*Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla*», Ed. Cortes Valencianas, 2014, págs.281-292.
- MENDOZA NAVAS, Natividad, «Comisiones de Igualdad», en AAVV, «*Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*» (coord. por ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo), Cinca, Madrid, 2010, págs. 160-175.
- , MENÉNDEZ CALVO, Remedios, OTAEGUI JÁUREGUI, Amaia, «Comisiones específicas de igualdad, atribución puntual de competencias a la «Civea» o creación de otro tipo de comisiones, en AAVV, «*La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*» (coord. por ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo), Cinca, Madrid, 2008, págs. 314-325.
- MENENDEZ CALVO, Remedios, «Impacto laboral de la implementación de planes y políticas de igualdad en las empresas», *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 4, 2011, págs. 167-197.

Capítulo Tercero
EL ACCESO AL EMPLEO, LA CONTRATACIÓN
Y LA PROMOCIÓN PROFESIONAL
PILAR CHARRO BAENA

SUMARIO

1.- INTRODUCCIÓN. 2.- MARCO CONSTITUCIONAL, SUPRANACIONAL Y LEGAL. 3.- ACCESO AL EMPLEO: 3.1. Cuestiones generales. 3.2. Ofertas de empleo. 3.3. Procesos de selección. 3.4 Medidas de acción positiva en el acceso al empleo. 3.5. Modalidades de contratación. 4.- EL PERÍODO DE PRUEBA COMO LÍMITE A LA INCORPORACIÓN DEFINITIVA A LA EMPRESA. 5.- PROMOCIÓN INTERNA EN LA EMPRESA. 6.- CONCLUSIONES. – BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Las tasas de ocupación de los últimos años nos muestran cómo la integración de la mujer en el mercado de trabajo es un fenómeno dinámico y en expansión como consecuencia de las políticas emprendidas en los años noventa dirigidas a la inserción laboral de la mujer¹. No obstante, todavía se aprecian diferencias importantes que permiten calificar el mercado laboral femenino como hermético².

La legislación laboral española, como ocurre en las legislaciones de países de nuestro entorno, ha superado antiguas desigualdades legales, de modo que hoy en día puede afirmarse que prácticamente no existe en los textos normativos discriminación formal, y frontal, entre hombres y mujeres.

Sin embargo, esta igualdad formal no se corresponde con la realidad de los hechos. A pesar de los indiscutibles avances hacia la plena integración de la mujer en el mundo laboral, subsisten discriminaciones y desigualdades que, aunque van adoptando formas cada vez más sutiles, siguen siendo relevantes y teniendo efectos reales.

Transcurridos ocho años desde la aprobación de la Ley 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), parece conveniente hacer un balance respecto al índice de cumplimiento de sus mandatos en materia de acceso al empleo, contratación

¹ GONZÁLEZ DÍAZ, F.: «Evolución del proceso de igualdad de la mujer en las relaciones laborales: igualdad de trato y familia», en AA.VV.: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004, 2005, pág. 233.

² BALLESTER PASTOR, M.A.: «Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo», *Relaciones Laborales 1993-I*, pág. 179.

y promoción por parte de la negociación colectiva. No en vano, la LOI expresamente dota a la negociación colectiva de un papel central en la prevención o eliminación de conductas discriminatorias; el art. 85.1 ET³ dispone que, sin perjuicio de la libertad de las partes para fijar el contenido de los convenios colectivos, «en la negociación colectiva existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad». El estudio pretende trascender a lo meramente descriptivo e incidir tanto en las fortalezas como en las debilidades que presenta la negociación colectiva en la actualidad.

2. MARCO CONSTITUCIONAL, SUPRANACIONAL Y LEGAL

Sin ánimo exhaustivo, y a fin de resaltar los ítems fundamentales en materia de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo y promoción profesional, a continuación se hará un breve recorrido por los preceptos constitucionales, supranacionales y legales en juego.

En materia de acceso al empleo, contratación y promoción profesional ha de traerse a colación, en primer lugar, el art. 38 CE, que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. En términos jurídico-laborales, significa que el empresario es titular de un ámbito de organización y dirección, teniendo por ello el derecho a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial⁴. Lo anterior se traduce en que se reconoce a los particulares una libertad de decisión, no solo para crear empresas, sino también para establecer los objetivos de la misma y planificar su actividad en atención a las condiciones del propio mercado⁵.

Dicho precepto constitucional debe ponerse en conexión, como luego se insistirá, con el art. 14 CE, que garantiza la igualdad entre hombres y mujeres, el art. 9.2 CE, que encomienda a los poderes pú-

³ Las siglas ET corresponden al Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Contratación laboral y libertad de empresas», en AA. VV. *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. (Dir. F.J. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL). Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 2005, pág. 70.

⁵ RODRÍGUEZ CRESPO, M^a.J.: «Límites a la libertad contractual: igualdad y no discriminación en materia de intermediación, selección y contratación», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 2, 2013, www.westlaw.es, BIB 2013, 935, pág. 4.

blicos el promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas y el art. 10.1 en el que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, se erigen como fundamento del orden político y de la paz social.

En el ámbito internacional, el Convenio núm. 111 de la OIT, sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958, ratificado por España en 1967, obliga a los Estados firmantes a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados, a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto. A los efectos que ahora interesan, es importante destacar que «los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo».

La igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo han estado siempre presentes en la normativa de la europea, siendo principios que cuentan con mayor tradición legislativa en este ámbito supranacional⁶. Ya en las primeras normas comunitarias se prohíbe la discriminación por razón de sexo y se garantizan la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en las empresas. Tempranamente, la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos prescribía, si bien limitadamente, la igualdad de retribuciones entre los trabajadores y trabajadoras.

El art. 14.1. a) de la Directiva 2006/54/CE establece que «no se ejercerá ninguna discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción».

⁶ SERRANO GARCÍA, J.M^a.: *La igualdad en la crisis del empleo*. Bomarzo, Albacete, 2013, pág. 15.

En fin, el art. 157.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea proporciona la base jurídica específica para la adopción de medidas destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 prescribe el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación (arts. 20 y 21).

En el ámbito interno, el art. 5.1 LOI dispone que «el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas».

Por su parte, el art. 4.2.c) ET reconoce a los trabajadores el derecho básico a no ser discriminado directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razón de sexo. Este derecho básico se refuerza con lo previsto en el art. 17 ET, en la redacción dada por la LOI.

3. ACCESO AL EMPLEO

3.1. Cuestiones generales

Sin duda, cuántos trabajadores contrata y a quiénes contrata son cuestiones que forman parte del contenido del poder de dirección organizativo del empresario. Tempranamente lo advertiría el Tribunal Constitucional en Sentencia 147/1986, de 25 de noviembre⁷, al afirmar que del art. 38 CE se deduce que el empresario cuenta con total libertad a la hora de seleccionar a los trabajadores más adecuados a sus necesidades productivas, dado que forma parte de la libertad de empresa.

⁷ RTC 1986, 147.

Así se advierte en muchos pactos colectivos, cuando se afirma que «Será facultad de la Compañía la decisión sobre el número de trabajadores a contratar, así como la asignación de los mismos a la categoría y nivel salarial de convenio»⁸. Mayor claridad no se le puede pedir al Convenio colectivo de Oca Inspección Técnica de Vehículos, SA⁹, cuando dispone que «Es facultad exclusiva [...] de la empresa, la creación de nuevos puestos de trabajo, así como la definición y el establecimiento de los requisitos y pruebas que hayan de exigirse al personal aspirante a dichos puestos, teniendo en cuenta las tareas básicas y las características de los puestos a cubrir». Más matizada es la previsión contenida en el Convenio colectivo de Alterna BPO¹⁰, al señalar que «sin perjuicio de las facultades exclusivas de la empresa sobre esta materia [empleo y contratación]», se fijan ciertos principios que deben inspirar a la empresa en materia de contratación; lamentablemente, entre dichos principios no se encuentra ninguno relativo al principio de no discriminación de trato e igualdad de oportunidades por razón de sexo en el acceso al empleo. Lo mismo podría señalarse respecto al Convenio colectivo del sector de Mediación y Seguros Privados¹¹, siendo en este caso la ausencia más llamativa, pues alude a la promoción de otros colectivos, como son los trabajadores jóvenes.

Sin embargo, frente a la libertad de contratar al trabajador más adecuado al puesto de trabajo ofertado, se alza el principio de prohibición de la discriminación, que actuará limitando la libertad empresarial. El propio Tribunal Constitucional, tras afirmar que el principio de igualdad no juega de la misma forma en el momento de la contratación en el ámbito del sector privado que en el del Derecho Público, defiende que la autonomía de los sujetos privados está limitada «por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE»¹².

Es evidente que en el momento de incorporación de la mujer a un puesto de trabajo es cuando la discriminación por razón de sexo puede hacerse claramente patente¹³. En este caso, la prohibición de discrimi-

⁸ Art. 4.1. del IV Convenio colectivo de la empresa Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo y sus trabajadores Técnicos de Mantenimiento.

⁹ Art. 11.1.

¹⁰ Art. 38.

¹¹ Art. 10.

¹² STC 198/1989, de 27 de noviembre (RTC 1989, 198).

¹³ MERCADER UGUINA, J.R.: «La “parte general” de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: la extensión material de la tutela por razón de sexo», en AA.VV. *La Ley de Igualdad: Consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la*

nación opera en una fase previa al empleo, antes de que llegue a nacer el contrato de trabajo, que precisamente se podría ver frustrado por actos discriminatorios. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto declarando la trascendencia del acceso al empleo como vehículo de superación de la situación social peyorativa de los colectivos discriminados, no siendo necesario que una relación laboral esté en curso para que se genere una conducta discriminatoria¹⁴.

La negociación colectiva puede intervenir, para limitar, la autonomía privada del empresario, a fin de garantizar el principio de igualdad y no discriminación en el empleo, actuando asimismo en las fases previas a la celebración del contrato de trabajo. Precisamente en esta etapa previa a la colocación, la acción de la negociación colectiva tiene un papel sumamente importante a la hora de garantizar el principio de igualdad de oportunidades, promoviendo la inclusión de cláusulas en los convenios colectivos que incorporen medidas y acciones que faciliten el empleo a determinados colectivos —señaladamente, a las mujeres— con especiales dificultades de inserción laboral¹⁵.

En estos primeros párrafos introductorios habría que llamar la atención sobre los Convenios colectivos que incluyen declaraciones generales sobre la implantación en la empresa de políticas que eviten cualquier comportamiento contrario a la igualdad de acceso al empleo¹⁶; en particular, en el reclutamiento y selección¹⁷, o en «las condiciones de contratación, salariales, formación, promoción y condiciones de trabajo

empresa (Coord. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA), Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 29.

¹⁴ Véanse SSTC 41/1999, de 22 de marzo (RTC 1999, 41) y 173/1994, de 7 de junio (RTC 1994, 173).

¹⁵ LÓPEZ AHUMADA, J.E.: «La negociación colectiva y la igualdad en el acceso al empleo», en *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004, 2005, ISBN 84-8417-184-1, pág. 811.

¹⁶ Art. 60.1 del III Convenio colectivo de la empresa Centrales Nucleares Almaraz Trillo, AIE; art. 41 del Convenio colectivo de Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, SA; art. 10 del Convenio colectivo de Cash Converters y sociedades vinculadas (aunque incluye también la prohibición de discriminación por razón de estado civil, discapacidad, orientación sexual, edad, raza, condición, ideas religiosas o políticas, filiación o no aun sindicato, etc) y art. 33 del Convenio colectivo del grupo T-Systems (T-Systems ITC Iberia, SAU, T-Systems Eltec, SL y D-Core Network Iberia, SL).

¹⁷ Artículo 29 del Convenio colectivo de Expertus Servicios Hoteleros, SL. En la misma línea, artículo 28 del Convenio colectivo de Merchanservis, SA; artículo 29 del Convenio colectivo de CPM Expertus Field Marketing, SAU.

en general»¹⁸. Sin embargo, si estas cláusulas generales no van acompañadas de medidas específicas pareciera que el objetivo de alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres se reduce a cumplir simplemente con la encomienda que el legislador estatutario hace a las partes negociadoras del convenio colectivo, a la que anteriormente se hacía referencia.

Vaya por delante que a pesar de que los convenios colectivos son instrumentos adecuados para garantizar la igualdad real de oportunidades en este aspecto, no es frecuente que contengan previsiones a este respecto.

Un ejemplo significativo de lo que resulta una excepción, sería el contenido en el Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, que literalmente dispone que, entre otros, será principio en torno al cual debe girar la política de empleo «promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y contribuir a la eliminación de discriminación y al cumplimiento de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación»¹⁹. Esta previsión se completa con la creación de un «Observatorio de empleo» con el objetivo de avanzar y profundizar en el conocimiento del sector, la situación del mismo y la cantidad de empleo que se genera; este Observatorio estará formado por representantes de las organizaciones sindicales firmantes del Convenio colectivo.

Para reforzar este compromiso empresarial asumido, debería ser acompañado, como hace el Convenio colectivo de la empresa Essilor España, SA²⁰, de la obligación de incluir en la información trimestral a la representación sindical, los datos de plantilla desglosados por sexo con información sobre los contratos realizados.

Es destacable el Convenio colectivo de la Empresa Altadis, SA²¹, que no solo contiene una declaración de principio, sino que se compromete, lo que es sumamente relevante para que tal declaración sea eficaz, a aportar todos los recursos técnicos, organizativos y económicos posibles orientados a tal finalidad y las representaciones sindicales comprometen su colaboración.

¹⁸ Art. 18 del XVII Convenio colectivo general de la Industria Química.

¹⁹ Art. 15, además, de este principio, se incluye el de no discriminación por razón de la naturaleza del contrato y la racionalización en la distribución del tiempo de trabajo para el desarrollo del empleo.

²⁰ Art. 10.

²¹ Apartado II.1, sobre Principios informadores de la negociación colectiva.

En ocasiones, se limitan a declarar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 85.1 ET, que en materia de política de empleo y contrataciones, la empresa garantiza que el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral²², aunque con posterioridad, en el articulado de la norma colectiva, no se encuentran previsiones concretas que promuevan dicha igualdad de trato y de oportunidades²³.

A pesar de que se trata de un compromiso general, resulta muy completo, a los efectos que ahora se están analizando, el II Convenio colectivo de la empresa Sun Planet, S.A., suscrito, con fecha 21 de septiembre de 2010²⁴, en el que la empresa se compromete a aplicar el principio de igualdad y a garantizar la eliminación de cualquier tipo de discriminación, medida o práctica laboral que suponga un trato discriminatorio por razón de sexo, edad, religión, etnia, nacionalidad, discapacidad, orientación sexual, ideología y afiliación sindical. Y es precisamente este principio el que le lleva a justificar la adopción de acciones y políticas, entre otros, en los siguientes aspectos: a) Acceso al empleo, incluyendo la formación ocupacional, la definición de las vacantes y los sistemas de prevención; b) Contratación, especialmente en lo referente a las modalidades utilizadas; y c) Clasificación profesional.

En este epígrafe se va a dar cuenta del estado de la negociación colectiva en materia de acceso al empleo, advirtiendo que en esta expresión se incluyen aspectos diferentes: oferta de empleo, proceso de selección y tipo de contratación.

3.2. Ofertas de empleo

Como se sabe, la LOI añadió un nuevo artículo 22 bis a la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, rotulado precisamente como «Discriminación en el acceso al empleo»²⁵, cuyo contenido se encuentra hoy integrado en el art. 35 de la Ley de Empleo, cuyo texto refundido ha sido aprobado por RDLeg 3/2015, de 23 de octubre.

²² Art. 9 del II Convenio colectivo de la Corporación RTVE.

²³ Art. 26 del Convenio colectivo de Babé y Cía, S.A.

²⁴ Art. 8. En términos semejantes, puede consultarse el artículo 10 del Convenio colectivo de la empresa Essilor España, S.A.

²⁵ Un comentario más detenido del precepto puede consultarse en CHARRO BAENA, P.: «Disposición Adicional decimoséptima. Modificaciones a la Ley de Empleo», en AAVV. *Comentarios a la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mu-*

En su número 1 se contiene una norma dirigida a los intermediarios laborales y no directamente a los empleadores —para éstos, recuérdese que la prohibición de discriminación en el acceso al empleo se prescribe en los artículos 17.1 y 4.2. c) ET— a fin de que velen para evitar la discriminación y, en concreto, mandan a aquéllos que si apreciaren en las ofertas de colocación carácter discriminatorio, lo comunicarán a quien la hubiese formulado. Sin embargo, el número 2 del precepto, aunque pudiera parecer en una primera lectura va dirigido sólo a los intermediarios laborales que deben examinar las ofertas de empleo presentadas a efectos de determinar si resultan discriminatorias, lo cierto es que el precepto presenta un alcance más amplio, y sus prescripciones son de plena aplicación en el ámbito de las relaciones laborales.

Así, el legislador parte de una declaración general al considerar que las ofertas de empleo dirigidas a un solo sexo son discriminatorias desde el convencimiento de que en la mayoría de las ocasiones, la reserva de determinadas actividades laborales a uno de los sexos encierra exclusiones sociales o meros estereotipos sobre el papel que corresponde a cada uno de ellos. La anterior declaración general, no obstante, se excepciona en limitados supuestos cuando el sexo se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar, o como cierto sector doctrinal ha denominado, contiene la excepción de la buena fe ocupacional²⁶. Al establecer la referida excepción, el legislador hace uso de la autorización contenida en el artículo 14.2 de la Directiva 2006/54/CE, 5 de julio, en la línea de lo que disponía el artículo 4 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre que, a su vez, retoma la excepción general introducida en la Directiva 76/207, relativa a la igualdad de trato en las condiciones de trabajo entre hombres y mujeres, aunque más matizada gracias a las aportaciones que desde su aprobación realizara el TJCE.

El Tribunal europeo ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de supuestos en los que el sexo puede ser una condición determinante para ciertos trabajos, con un criterio restrictivo, y exigiendo que el

eres y Hombres. (Codir. C. SÁNCHEZ TRIGUEROS y A.V. SEMPERE NAVARRO). Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2007, págs. 903-908.

²⁶ LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Dossier Práctico.: Ley de Igualdad y contrato de trabajo.* Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2007, pág. 36.

objeto sea legítimo y el requisito proporcionado²⁷. Así los vigilantes de prisiones, en la STJCE de 30 junio 1988, asunto Comisión/Francia²⁸, o para determinadas actividades como las de policía ejercidas en una situación de graves disturbios internos, en la STJCE de 15 de mayo de 1986, asunto C-222/84 Johnston²⁹. En la STJCE de 26 octubre 1999, asunto C-273/97, asunto Sirdar³⁰, declaró que, aunque por regla general, no quedan excluidas del principio de no discriminación en el acceso al empleo las normas relativas al trabajo en las Fuerzas Armadas, con objeto de garantizar la eficacia en combate, es procedente la negativa a la contratación de una mujer como cocinera en los Royal Marines, porque se trata de una fuerza de efectivos especial, reducidos, cuyos integrantes deben estar preparados para intervenir en primera línea de combate. Por otra parte, la exclusión debe referirse a actividades concretas; precisamente por tratarse de una prohibición de acceso al empleo de las mujeres de carácter general, la STJCE de 11 de enero de 2000, asunto C-285/98, Kreil³¹, consideró contrario a las normas comunitarias que se prohibiera el acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas, a excepción de las unidades de asistencia sanitaria y formaciones de música militar.

En nuestro ordenamiento, como se sabe, el Decreto de 26 de junio de 1957, ya derogado, excluía a las mujeres de ciertos trabajos, afirmando el Tribunal Constitucional en la Sentencia 229/229, de 14 de diciembre, y respecto del trabajo en el interior de las minas, que «no existen razones concluyentes que permitan llevar a la conclusión de que las condiciones especialmente gravosas del trabajo en el interior de las minas o el riesgo para la salud o de accidentes se incrementen en todos los casos por la constitución y condiciones de la mujer respecto del varón». Aunque son constitucionalmente legítimas las diferencias en las condiciones de acceso al empleo y en las condiciones de trabajo basadas en el orden biológico natural para las que el sexo no pueda ser irrelevante, para que esa diferencia biológica pueda justificar la disparidad de trato es necesario calibrar adecuadamente las razones de

²⁷ STJCE de 19 marzo 2002, asunto C-476/99, Lommers.

²⁸ TJCE 1988, 184.

²⁹ TJCE 1986, 86.

³⁰ TJCE 2000, 2.

³¹ TJCE 2000, 2.

la tutela, teniendo en cuenta muy en particular si la protección puede ser actual o potencialmente lesiva también de los derechos y de los intereses de la mujer.

En todo caso, prevé la legislación vigente, se considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basadas en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico. Existe consolidada jurisprudencia constitucional que declara discriminatoria la utilización exclusiva e irrazonable del criterio del esfuerzo físico, cualidad predominantemente masculina desconociendo otras características del trabajo (atención, cuidado, asiduidad, responsabilidad, etc.) más neutras en cuanto a su impacto. Así, la STC 145/1991, de 1 de julio³², respecto al diferente tratamiento económico entre peones y limpiadoras. Resulta sumamente interesante la STC 250/2000, de 30 octubre³³, en la que se afirma el carácter sospechoso del factor de esfuerzo, por lo que tiene de cualidad predominantemente masculina, como único criterio de valoración retributiva, e implica una ventaja injustificada para los varones. Ahora bien, aunque sea con carácter muy restrictivo, puede admitirse siempre y cuando quede supeditado a la doble condición de que dicho factor sea un elemento esencial en la tarea de que se trate, y de que en la valoración no sea un criterio en exclusiva.

Del examen de la negociación colectiva puede concluirse sin riesgo a equívocos que se guarda un casi absoluto silencio en relación al tipo de ofertas de empleo, siendo verdaderamente excepcionales las cláusulas que aluden a la cuestión. Muestra de esta excepcionalidad es el compromiso de la empresa en orden a la «presentación de ofertas de empleo no excluyentes por razón de sexo, sin perfiles o condiciones exclusivas para el puesto precisado que, sin ser necesarias para el desempeño, puedan llevar a la auto-exclusión de la demanda», que se contiene en el artículo 10 del Convenio colectivo de la empresa Essilor España, S.A.

Por su parte, el XXIV Convenio colectivo de la empresa Bridgestone Hispania y el Convenio colectivo de la empresa Repsol Butano, SA obliga a que «las ofertas de empleo se redactarán de modo que no contenga mención alguna que induzca a pensar que las mismas se dirigen exclusivamente a personas de uno u otro sexo».

³² RTC 1991, 145. La misma doctrina se reitera en las SSTC 58/1994, de 28 febrero (RTC 1994, 58) y 147/1995, de 16 octubre (RTC 1995, 147).

³³ RTC 2000, 250.

En ocasiones, la dificultad de acceso a un determinado puesto de trabajo viene determinada no porque se haga una oferta discriminatoria, sino porque se trata de un puesto o sector masculinizado. Por eso, con afán pedagógico, en absoluto despreciable, son bienvenidas las cláusulas convencionales en las que se contiene expresamente que «en las convocatorias públicas para las nuevas contrataciones, se especificará que a dicho puesto de trabajo pueden acceder personal de ambos sexos»³⁴. Comparte esta finalidad la cláusula convencional que mantiene que «todas las peticiones [para cubrir una vacante] que se reciban de conformidad con los requisitos de la convocatoria, sin discriminación alguna, darán derecho a la entrevista de evaluación correspondiente, y en su caso, a participar en las pruebas de acceso a la vacante que la Dirección estime oportuno convocar»³⁵.

En todo caso, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que en el examen que se ha realizado del contenido de las cláusulas convencionales no se han encontrado previsiones que contuviesen ofertas de empleo directamente discriminatorias, por lo que se ha de extremar la precaución para que no se incorporen cláusulas que contengan una discriminación encubierta o indirecta, tratando de publicar una oferta aparentemente neutra pero que pueda suponer una desventaja particular.

Desde luego, la empresa no puede incorporar a las ofertas de empleo requisitos o titulaciones profesionales que excedan de las previsiones del Convenio colectivo, tal y como se pronunció con contundencia nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de mayo 2000³⁶, en la que se afirmó que el título de Formación Profesional-2 exigido por la empresa para acceder a tal contratación de especialista excedía de las previsiones del Convenio colectivo que no exigía ninguna titulación para ello, y aunque tal exigencia afecta formalmente por igual a hombres y mujeres, resultaba desproporcionada —dada la mínima cualificación de la categoría controvertida— y perjudicial para el colectivo femenino, que por razones socio-económicas no suele poseer tal título.

³⁴ Art. 18.1 del Convenio colectivo de Construcciones y Auxiliares de Ferrocarriles, SA.

³⁵ Art. 15 del I Convenio colectivo del Grupo Air France y KLM Compañía Holandesa de Aviación.

³⁶ RJ 2000, 4266.

3.3. Procesos de selección

La discriminación, también por razón de sexo, durante los procesos de selección es una de las fases donde es más difícil advertirla, ya que el empresario tiene un amplio margen de maniobra y no es infrecuente que la negociación colectiva atribuya a éste la competencia en exclusiva, formando parte de su poder de dirección³⁷.

En escasas ocasiones las normas colectivas refieren expresamente que la selección del personal de nuevo ingreso se efectúe «respetando el principio de no discriminación por razón de sexo»³⁸ o el «principio de igualdad de oportunidades»³⁹.

Se destaca como buena práctica lo previsto en el II Convenio colectivo de Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A. y Twins Alimentación, SA, en el que, conscientes de la situación de discriminación en el empleo que han tenido las mujeres dispone que, de conformidad con lo regulado en el Plan de Igualdad, en los centros de nueva apertura que requieran nuevas contrataciones, «se diversificará la plantilla desde el comienzo de la actividad, seleccionando, siempre que haya personas candidatas y en igualdad de condiciones y competencias, plantilla de ambos sexos en proporción equilibrada en los diferentes puestos»⁴⁰.

Para evitar las actuaciones que atenten con los principios de igualdad de oportunidades, los procedimientos de selección han de ser objetivos y basarse en competencias y conocimientos y no en otro tipo de criterios de apreciación más subjetiva. Parece acertada la previsión de que «El proceso de selección se llevará a cabo de acuerdo a los principios de igualdad de mérito y publicidad, debiéndose establecer la titulación requerida y/o la aptitud y capacidad adecuada»⁴¹.

³⁷ Art. 34 del II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección menores, art. 15 del Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización.

³⁸ Arts. 29 del XXIV Convenio colectivo de la empresa Bridgestone Hispania, SA y art. 13 del XXV Convenio colectivo de la empresa Bridgestone Hispania, SA, aunque en este último pacto se amplía a motivos de raza, etnia, nacionalidad, edad, idioma, religión, credo, condición social, discapacidad o cualquier otro factor relacionado.

³⁹ Art. 35.2 del XXIV Convenio colectivo de la empresa Bridgestone Hispania, SA y art. 35 del Convenio colectivo de la empresa Repsol Butano, SA.

⁴⁰ Art. 10.

⁴¹ Art. 14 del Convenio colectivos de Transformación Agraria, SA.

Una forma de evitar el amplio margen de discrecionalidad que ostenta la dirección de la empresa es la de exigir la participación de la representación de los trabajadores en todas las fases de la selección de candidatos a puestos de trabajo a cubrir. Sin embargo, se trata de una cuestión que no es acogida por la negociación colectiva actual, salvo algún supuesto puntual. Esta limitada presencia podría justificarse en los convenios colectivos sectoriales, pero no tiene razón de ser en los de ámbito inferior, donde la política concreta de selección y acceso al empleo es —o debería ser— conocida por las partes negociadoras del convenio.

La escasa participación de los representantes de los trabajadores en los procesos de selección para el ingreso en la empresa se arbitra en la negociación colectiva, en todo caso, con diversas fórmulas y distinta intensidad.

Algunos pactos colectivos les otorgan facultades de vigilancia y control. Así se desprende de la previsión expresa que se contiene en los Convenios colectivos de la empresa Finanzauto, en donde se señala que tanto el comité de empresa como el comité intercentros velarán «no solo porque en los procesos de selección de personal se cumpla la normativa vigente pactada, sino también por los principios de no discriminación, igualdad de sexo y fomento de una política racional del empleo»⁴².

En ocasiones, se prevé la previa información a la representación de los trabajadores de los puestos a cubrir⁴³. Señala Serrano García⁴⁴ que, en estos casos, el traslado de la información a los representantes tiene como finalidad controlar el proceso de selección, aunque no se diga expresamente.

Cada vez con más frecuencia, los pactos colectivos prevén la creación de comisiones de contratación *ad hoc*, en ocasiones de carácter consultivo y formada por dos vocales representantes de los trabajadores, designados por el comité de empresa, dos vocales del área de personal y un vocal designado por la dirección del área donde se vaya a producir la contratación, que actuará como presidente⁴⁵.

⁴² Arts. 71 y 86, respectivamente.

⁴³ Art. 18 del Convenio colectivo de la empresa Gallina Blanca, SA y art. 22 del Convenio colectivo de la empresa Saint-Gobain Vicasa, SA.

⁴⁴ SERRANO GARCÍA, J.M^º: «Igualdad por razón de género en el empleo. Una cuestión pendiente de la negociación colectiva, *cit.*, pág. 195.

⁴⁵ Art. 15 de Convenio colectivo de la empresa Minas de Almadén y Arrayanes, Sociedad Anónima, BOE de 14.01.2015, MAYASA.

Las posibilidades de composición de las citadas comisiones son muy variadas, pero en todo caso se trata de comisiones en las que se incluyen —aunque no siempre en la misma proporción— representantes de la empresa y de los trabajadores⁴⁶.

También se prevé que toda contratación efectuada por la empresa pueda ser comprobada por la Comisión de Verificación, que se constituye en el seno de la Comisión Paritaria de Interpretación y Vigilancia⁴⁷.

Todas las iniciativas que promueven la creación de órganos especializados y encargados del proceso de selección y contratación son bienvenidas; sin embargo, hay un dato que llama poderosamente la atención. Y es que en la composición de estos órganos especializados se aprecia una presencia equilibrada, en mayor o menor medida, de miembros que representan los intereses de la empresa y el personal, pero hay una llamativa ausencia de previsiones acerca de la paridad entre hombres y mujeres en dichas comisiones.

En ocasiones se alude a la constitución de un tribunal examinador cuando sea necesario efectuar una prueba de acceso para cubrir una vacante, que estará compuesto por una comisión paritaria y mixta de empresa y comité de empresa⁴⁸, o por dos miembros elegidos por el comité de empresa y otros dos por la dirección de la empresa⁴⁹.

Como se ha dicho, la determinación de las pruebas de selección a realizar es competencia de la empresa, como manifestación de su poder de organización y dirección, y así queda reflejado expresamente en algunos pactos colectivos⁵⁰. La dirección de la empresa será la que fijará las pruebas de selección que estime oportunas⁵¹; excepcional-

⁴⁶ Por ejemplo, en el art. 27 del I Convenio colectivo de la empresa Corporación RTVE se prevé una comisión de empleo compuesta por diez miembros por parte de la empresa y 5 en representación de los trabajadores, siendo éstos designados por el comité intercentros.

⁴⁷ Art. 16 del Convenio de la empresa Hibu Connect, SAU.

⁴⁸ Art. 10 del Convenio colectivo de la empresa Sociedad General de Autores y Editores.

⁴⁹ Art. 23 del Convenio colectivo de la empresa Saint-Gobain Vicasa, SA.

⁵⁰ Art. 29 del XXIV Convenio colectivo de la empresa Bridgestone Hispania, SA; art. 35 del Convenio colectivo de la empresa Repsol Butano, SA y art. 15 del I Convenio colectivo del Grupo Air France y KLM Compañía Holandesa de Aviación.

⁵¹ art. 18 del Convenio colectivo de la empresa Gallina Blanca, SA.

mente, es el tribunal calificador de las candidaturas el que determina las pruebas oportunas en función de las condiciones establecidas en la convocatoria⁵².

Una garantía de que se va a respetar el principio de igualdad de trato y de oportunidades con el fin de corregir toda forma de discriminación por razón de sexo, máxime cuando en la norma colectiva se ha comprometido a garantizar dicho principio, es la participación de los representantes de los trabajadores, como se prevé en el II Convenio colectivo de la Corporación RTVE⁵³, incluso, aunque más limitadamente, cuando existe obligación de informar a la representación de los trabajadores de las pruebas de aptitud que se realizarán en el proceso de selección⁵⁴.

Un aspecto particular en los procesos de selección es el establecimiento de determinadas pruebas. Aunque todavía no son muy abundantes las expresiones en la negociación colectiva, hay claros ejemplos de lo que debería ser. Así, se prevé que «estas pruebas de selección consistirán en exámenes psicotécnicos, teóricos, prácticos, de méritos y experiencia profesional⁵⁵.

Otros ejemplos de cláusulas que tienen como objetivo establecer procesos de selección objetivos, estableciendo la previsión de que con carácter previo al ingreso de los trabajadores, se realicen pruebas de selección, prácticas psicotécnicas y médicas⁵⁶; «pruebas de selección que consideren necesarias para comprobar si su grado de aptitud y su preparación son adecuadas a la categoría y puesto de trabajo que vayan a desempeñar»⁵⁷. Más generalmente, se prevé el establecimiento de «sistemas objetivos de selección que permitan la contratación de los más cualificados para el puesto»⁵⁸.

⁵² Art. 14 del Convenio colectivo de la empresa Telefónica Telecomunicaciones Públicas, SA.

⁵³ Art. 11.3.

⁵⁴ Art. 15 del Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización.

⁵⁵ Art. 16 del XII Convenio colectivo de la empresa Hibu Connect, SAU.

⁵⁶ Art. 13 del Convenio colectivo de Bercose, SL, si bien en este caso se establece con carácter potestativo. Asimismo, puede señalarse el art. 6.4 del Convenio colectivo de Artes Gráficas, Manipulado de Papel y Cartón.

⁵⁷ Art. 10 del Convenio colectivo de Aniser Facility, SLU.

⁵⁸ Art. 10 del XXVI Convenio colectivo de la empresa Bimbo, SAU.

No debe olvidarse, al hilo de esta cuestión, el consejo dado por el Instituto de la Mujer en la Guía Técnica para la elaboración de Planes de Igualdad en orden a que la empresa asegure que los test y las pruebas profesionales que se utilicen en la selección de los candidatos/as a ocupar un puesto de trabajo determinado no analicen habilidades y aptitudes que sobrevaloren las personas de uno u otro sexo⁵⁹.

Aun siendo un criterio neutro, y sin duda trata de conseguir una adaptación adecuada al perfil definido para el puesto de trabajo, la experiencia profesional puede ser un factor de discriminación indirecta hacia las mujeres que, por lo general, tienen carreras profesionales más breves que las de los trabajadores varones.

En fin, no es infrecuente que la negociación colectiva prevea, cuando sea preciso cubrir puestos de trabajo con personal de nuevo ingreso, dar preferencia al personal ya previamente vinculado a la misma⁶⁰, o quien haya «desempeñado en la empresa funciones de carácter eventual o interinidad a satisfacción de [la empresa]»⁶¹, cuestión que linda con la promoción profesional de los trabajadores y sobre la que se volverá en el último epígrafe de este trabajo.

Incluso, se prevé la creación de bolsas de empleo. Así, se establece que «En cada empresa se establecerá una Bolsa de Empleo que incluirá entre otros a aquellos trabajadores y trabajadoras que hayan prestado servicios para la misma, por un período mínimo de seis meses y hayan obtenido una evaluación positiva (apto) en el período de permanencia en ella»⁶². El III Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos, de 2014, es mucho más completo que su predecesor y, manteniendo la exigencia de la creación de una bolsa de empleo, prevé que la renuncia o falta al llamamiento determinará la baja definitiva en la bolsa, salvo que el trabajador justifique que se ve afectado por alguna de las siguientes causas: gestación, descanso por maternidad/

⁵⁹ http://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/docs/Orientaciones_para_negociar_medidas_y_planes_de_igualdad_de_oportunidades_entre_mujeres_y_hombres_en_las_empresas.pdf

⁶⁰ Art. 16 del Convenio de la empresa Hibu Connect, SAU; art. 18 del Convenio colectivo de la empresa Gallina Blanca, SA; art. 14 del Convenio colectivo de la empresa Telefónica Telecomunicaciones Públicas, SA.

⁶¹ Art. 15 del IX Convenio colectivo estatal de entrega domiciliaria.

⁶² Art. 23 del II Convenio colectivo para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros y su mantenimiento y reparación.

paternidad, lactancia natural, enfermedad grave o accidente de trabajo. La anterior manifestación puede calificarse como una medida que salvaguarda la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo al vincularse, en parte, al ejercicio de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, con fuerte conexión con la igualdad por razón de sexo.

3.4. Medidas de acción positiva en el acceso al empleo

Las medidas de acción positiva —o acción afirmativa, como se conoce en el mundo anglosajón, surgieron en los años sesenta en los Estados Unidos; en su origen, estas medidas tenían como finalidad paliar la discriminación padecida por el colectivo afroamericano en ese país; posteriormente su objeto se amplió para proteger a otros colectivos desfavorecidos, entre los que se encuentran las mujeres. Las acciones positivas son definidas por el Comité para la Igualdad entre Hombres y Mujeres del Consejo de Europa define la acción positiva en los siguientes términos: «estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que tiendan a contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales». Las acciones positivas, por tanto, son medidas que benefician a personas concretas por el hecho de su adscripción a un cierto colectivo; aunque formalmente son una desigualdad de trato, responden al objetivo de tutela antidiscriminatoria y no contradicen el principio de igualdad al no ser irrazonables ni desproporcionadas⁶³.

El art. 11.1 LOI da carta de naturaleza a lo que constitucionalmente ya se permitía, por mor de la aplicación conjunta de los arts. 14 y 9.2 CE, al establecer que «con el fin de hacer efectivo el principio constitucional de igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso». El párrafo 2 del mismo artículo completa la anterior

⁶³ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente», *Lan Harremanak* núm. 25, 2012, pág. 37.

previsión permitiendo que «también las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley». El art.43 LOI, por su parte, expresamente habilita a la negociación colectiva a establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres. En fin, el art. 17.4 ET⁶⁴ admite la existencia de acciones positivas a favor de las mujeres tanto en el acceso, como en la clasificación profesional, promoción y formación profesional.

Por su parte, existe una consolidada doctrina constitucional que avala las medidas de tratamiento preferencial a favor de las mujeres, o medidas de acción positiva que tienen su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones de empleo.

Las medidas de acción positiva a favor de la contratación de mujeres, dejando a salvo que los méritos y perfiles profesionales son equivalentes e igualmente idóneos para cubrir el puesto convocado⁶⁵, previstas en la negociación colectiva analizada en materia de acceso al empleo consisten en el establecimiento de criterios de preferencia o «cláusulas de desempate».

Entre esos criterios de preferencia destacan los siguientes.

- Preferencia del trabajador del sexo que se encuentre menos representado en el grupo profesional al que se postule.

⁶⁴ «Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo profesional de que se trate. Asimismo, la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso al grupo profesional o puesto de trabajo de que se trate».

⁶⁵ Art. 60.2 del III del Convenio colectivo de la empresa Centrales Nucleares Almaraz Trillo, AIE.

Así puede leerse en el art. 6 del Convenio colectivo de Logifruit, SL⁶⁶, lo que resulta sumamente importante, dado que la empresa, dedicada a la manipulación e higienización de envases reutilizables, tratamiento y manipulación de cartón y plástico, según aparece reflejado en el Plan de Igualdad aprobado, tiene una plantilla formada por un 30% mujeres y 70% de hombres⁶⁷.

En esta línea, el I Convenio colectivo de Accepta Servicios Integrales, SLU prevé la posibilidad de establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones, aunque posteriormente concreta dicha medida en otorgar preferencia a las personas del sexo menos representado en el grupo profesional de que se trate⁶⁸, lo que, al menos teóricamente, puede favorecer, según las circunstancias, a mujeres y hombres.

- Preferencia a las mujeres desempleadas que durante el año anterior a la fecha de la contratación hubieran tenido un hijo (biológico, por adopción o por acogimiento) o hubiesen sido declaradas víctimas de violencia de género⁶⁹.
- Preferencia, en igualdad de puntuación, a los trabajadores de la empresa, a los viudos y viudas de éstos y, en su defecto, a los huérfanos o descendientes en primer grado⁷⁰. Dejando al

⁶⁶ También, el art. 30 del Convenio colectivo de la empresa Hertz de España, SA; art. 16 del XII Convenio colectivo de la empresa Hibu Connect, SAU BOE de 12.06.2013, aunque se trata de una previsión contenida en el precepto dedicado a las condiciones de ingreso del personal, parece que será solo de aplicación a la promoción en la propia empresa, pues se afirma que «si persistiera la igualdad entre dos del mismo sexo, prevalecerá el de más antigüedad en la empresa».

⁶⁷ Resolución de 19 de octubre de 2012, por la que se aprueba el Plan de Igualdad de Logifruit S.A. BOE del 8 de noviembre de 2012.

⁶⁸ Art. 7. BOE de 6.06.2012. Nótese que las acciones positivas pueden favorecer al trabajador o la trabajadora, pues tratan de otorgar preferencia al sexo menos representado, así ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «El complejo juego entre la Ley y la negociación colectiva en la nueva Ley de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres: significación general y manifestaciones concretas». Relaciones Laborales núm. 8, 2007, www.laley.es, La Ley 1560/2007, pág. 11.

⁶⁹ Art. 60.2 del III Convenio colectivo de la empresa Centrales Nucleares Almaraz Trillo, AIE; incluso, para reforzar la medida se señala expresamente que «Esta preferencia prevalecerá frente a los demás criterios establecidos en el presente capítulo».

⁷⁰ Art. 16 del Convenio colectivo de la empresa Automóviles Citroën España, SA.

margen la preferencia por los trabajadores de la empresa, la dirigida a parientes de los trabajadores plantea problemas en orden al principio de igualdad⁷¹.

- Preferencia a quienes hayan desempeñado hasta la terminación normal del tiempo convenido, funciones en cada uno de los centros de trabajo con contrato suscrito con la empresa por tiempo determinado o interino, siempre y cuando la prestación anterior de sus servicios haya sido como mínimo durante dos períodos de contratación de seis meses, continuos o alternos, dentro de los dos años inmediatamente anteriores a la fecha prevista de contratación y en un puesto de trabajo igual o similar⁷².
- Preferencia por el hecho de haber «desempeñado funciones en la empresa con carácter eventual, interino o contratos por tiempo determinado»⁷³, aunque en ocasiones se acompaña de otros como el ser hijo o hija del personal, ser persona con discapacidad y riesgo de exclusión⁷⁴.

El XXVI Convenio colectivo de la empresa Bimbo, SAU, aunque establece como principio general en la contratación el establecimiento de sistemas objetivos de selección que permitan la contratación de los más cualificados para el puesto, a continuación, y de acuerdo con el principio de diversidad, prevé que la empresa establecerá sistemas de reclutamiento de personal que permitan la «incorporación efectiva de determinados colectivos de trabajadores/as, y en especial desarrollará políticas activas que hagan efectiva la contratación de mujeres»⁷⁵.

Muy específico es el contenido del art. 18.1 del Convenio colectivo de Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A., que manifiesta la voluntad de favorecer el acceso de las mujeres al empleo, por lo que «para las nuevas contrataciones, y siempre que el número de candidaturas lo haga

⁷¹ MONTROYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. 4ª ed. Aranzadi, Elcano, 2001, pág. 122.

⁷² Art. 18 del Convenio colectivo de la empresa Gallina Blanca, SA.

⁷³ Artículo 38 del Convenio colectivo de Industrias de fabricación de alimentos compuestos para animales.

⁷⁴ Disposición adicional séptima del Convenio colectivo de la empresa de Galletas Siro, SA.

⁷⁵ Art. 10.2.

posible, se acepta que el 25%, como mínimo, sean mujeres». Se trata de un ejemplo absolutamente minoritario en la negociación colectiva, nada proclive a establecer cuotas de presencia. Pero no sólo es importante que las mujeres accedan a un puesto de trabajo, sino que tengan presencia en los puestos de trabajo en los que se encuentran subrepresentadas. Por ello, prevé que en lo relativo a las nuevas incorporaciones para producción y para aquellos puestos de trabajo en los que no sea requisito necesario estar en posesión de un título de formación de Grado Medio o Superior, se fijará «un porcentaje del 30% para el personal femenino, que será orientativo y o limitado y que solo podrá dejar de cumplirse en el caso de que la capacitación de las mujeres sea insuficiente para cubrir los puestos de que se trate, debiéndose justificar debidamente dicha falta de capacidad, o no se hayan presentado candidaturas de mujeres en número suficiente para cubrir aquel porcentaje».

Muy completo es el art. 11 del XVII Convenio colectivo general de la Industria Química: «Para hacer efectivo el principio de acción positiva señalado en el artículo 18 del presente convenio deberán establecerse en la empresa exclusiones, reservas y preferencias en las condiciones de contratación de forma que, en igualdad de preferencias en las condiciones de contratación, de forma que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o función de que se trate». Asimismo, se obliga a que en cada centro de trabajo o empresa, la Dirección comunique a los representantes de los trabajadores el puesto o puestos de trabajo a cubrir, las condiciones que deben reunir los aspirantes, las pruebas de selección a realizar y la documentación a aportar. Y avanza algo más posibilitando que los representantes de los trabajadores podrá emitir informe al respecto, velarán por su aplicación objetiva así como por la inexistencia de discriminación», lo que revela el papel fundamental, se diría que de colaborador necesario en la consecución de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en el empleo, de los representantes de los trabajadores. En todo caso, «los criterios a utilizar en los procedimientos de selección deberán ser objetivos y neutros para evitar cualquier tipo de discriminación directa o indirecta desfavorable por razón de edad, discapacidad, género, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social o lengua».

Como se ha advertido, este tipo de cláusulas son las más adecuadas para el logro de la igualdad real, pero puede verse empañada su eficacia si no van acompañadas del control de la representación legal

de los trabajadores, dejando a la dirección de la empresa que controle todo el proceso de selección (determinación de las pruebas, elección definitiva del aspirante final, etc.)⁷⁶.

3.5. Modalidades de contratación

En cuanto al tipo de contratación, son anecdóticas las cláusulas convencionales que incluyen previsiones sobre la igualdad y no discriminación en materia de elección de las modalidades contractuales a celebrar en la empresa.

Se ha afirmado, y con razón, que la regulación de las modalidades contractuales en sede negociada carece en nuestros días de enfoque de género, aunque se trata de una materia que cuenta con un gran potencial aun por explorar por los interlocutores sociales⁷⁷. Lo cierto es que la regulación legal tampoco ha contribuido a fomentar este tipo de previsiones convencionales, pues se ha limitado en la mayoría de los casos a establecer medidas tendentes a fomentar la contratación de mujeres mediante la técnica de la subvención o la bonificación en las cuotas patronales a la Seguridad Social; desde luego, no existe una medida legal imperativa de imposición de cuotas de contratación femenina⁷⁸.

Lo cierto es que lo habitual es encontrar declaraciones generales del tipo «la contratación de trabajadores se ajustará a las normas legales generales sobre el empleo, comprometiéndose la empresa a la utilización de los diversos modos de contratación de acuerdo con la finalidad de cada uno de los contratos»⁷⁹.

⁷⁶ SERRANO GARCÍA, J.M^a.: «Igualdad por razón de género en el empleo. Una cuestión pendiente de la negociación colectiva», *cit.*, pág. 198.

⁷⁷ MOLINA HERMOSILLA, O.: «Tratamiento convencional de la igualdad de género en un contexto de crisis económica», Lan Harremanak núm. 25, 2012, pág. 108.

⁷⁸ Sobre este punto puede consultarse VICENTE PALACIO, A.: «En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social», Lan Harremanak núm. 25, 2012, pág. 201.

⁷⁹ Artículo 8 del Convenio colectivo de Quick Meals, S.L. Alude a observar «sin excepción» las normas legales vigentes en materia de contratación y generales de colocación, el artículo 26 del Convenio colectivo de Alcor Seguridad S.L. Puede consultarse en parecidos términos, el artículo 15 del Convenio colectivo de Acciona Multiservicios SA; artículo 8 del Convenio colectivo de Pastificio Service, S.L.

Como en epígrafes anteriores, puede afirmarse que una garantía de que la contratación se lleva a cabo sin discriminación puede estar en que los representantes de los trabajadores participen en el diseño de la política de contrataciones. No en vano no hay que olvidar que la disposición adicional 11^a.15 de la LOI modificó el contenido del art. 64.1, añadiendo un párrafo segundo de ese apartado (hoy, art. 64.3, según redacción dada por el RDLeg 2/2015), incluyendo el derecho de los representantes legales de los trabajadores a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, incluyendo datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad.

Sin embargo, este tipo de cláusulas son verdaderamente excepcionales, siendo lo frecuente que la política de contratación de la empresa se diseñe conforme a criterios de competitividad de la empresa y la mejora del empleo mediante la reducción de la temporalidad y la rotación del mismo⁸⁰ o, simplemente, el fomento de la estabilidad en el empleo⁸¹. Y es que parece que en este contexto de rotación en el empleo, lo que preocupa es que la contratación del personal se lleve a cabo mediante parámetros que aseguren o tiendan a la contratación estable de los trabajadores⁸². En efecto, son muchos los convenios colectivos que incorporan como principio general que inspirará la política de contratación el mantenimiento o el incremento del empleo estable llegando a asumir concretos compromisos, como el que las empresas afectadas por el convenio que tengan una plantilla superior a diez trabajadores obligatoriamente contarán con un 75% de trabajadores con contrato indefinido⁸³.

⁸⁰ Art. 16 del Convenio colectivo de Recursos En Punto de Venta, SL. BOE de 20.03.2013; art. 21 del II Convenio colectivo general del sector de asistencia en tierra en aeropuertos —Handling—; art. 21 del III Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos.

⁸¹ Art. 29 del XXIV del Convenio colectivo de la empresa Bridgestone Hispania, SA. BOE de 03.03.2014.

⁸² Art. 25 del Convenio colectivo de Merchanservis, SA, BOE de 21.03.2013; art. 25 del Convenio colectivo de CPM Expertus Field Marketing, SAU, BOE de 19.12.2013; art. 17 del Convenio colectivo de Hottelia Externalización, S.L., BOE de 22.07.2013; art. 8 de Convenio colectivo de Magma cultura, S.L., BOE de 07.05.2014.

⁸³ Artículo 16 del Convenio colectivo estatal del Comercio minorista de Droguerías, Herboristerías y Perfumerías. Con la misma filosofía, pero con distintos porcentajes, art. 13 del III Convenio colectivo de empresas de centro de jardinería, el que se prevé la

Dada la alta tasa de temporalidad de las mujeres en el mercado de trabajo español, que alcanzó el 24,5% en el año 2014⁸⁴, una de las más elevadas de la Unión Europea (solo superada por Polonia, con un 28,1%, y muy cerca de Portugal —21,2%— y de Países Bajos —22,4—, aunque en este último caso las razones de tan elevada cifra sean bien distintas y estén vinculadas al ejercicio de derechos de conciliación), son bienvenidas las referidas previsiones convencionales que de manera indirecta influyen o pueden influir en el empleo de calidad de las mujeres.

Volviendo a la cuestión de la elección del tipo de contrato de trabajo a celebrar, en esta investigación se ha prestado atención fundamental en una de las modalidades contractuales en las que siguen siendo protagonistas las mujeres, se está haciendo referencia al contrato a tiempo parcial. En este aspecto, se han encontrado que algunos convenios colectivos, y respecto a las horas complementarias, prevén cláusulas respetuosas con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Así son bienvenidas, y sin duda constituyen una buena práctica convencional, los pactos que permiten que «el trabajador o trabajadora podrá dejar sin efecto el pacto de horas complementarias de acuerdo con los supuestos de la ley de conciliación de la vida familiar y laboral»⁸⁵, o que el trabajador puede renunciar al pacto de horas complementarias cuando acredite «la atención de las responsabilidades familiares enunciadas en el artículo 37 ET»⁸⁶, o solo cuando se trate de reducción de jornada por motivos familiares⁸⁷.

Figura próxima al contrato a tiempo parcial es la del contrato de fijos discontinuos. En este tipo de contratos es habitual que la negociación colectiva regule el orden y la forma de llamada de los trabajadores. Y no es inusual que dentro de este procedimiento se prevea

obligatoriedad de tener un 80% de trabajadores con contrato indefinido, en aquellas empresas que tengan una plantilla de quince o más trabajadores, y del 70% en las que tengan menos de quince trabajadores.

⁸⁴ <http://www.Imayo.ccoo.es/nova/NPortada?CodPortada=1155>

⁸⁵ Artículo 12 del Convenio colectivo de Pastificio Service S.L; artículo 10 del Convenio colectivo de Quick Meals, S.L.

⁸⁶ Artículo 20 del Convenio colectivo de Bercose, S.L. En parecidos términos, art. 23 del III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

⁸⁷ Art. 20 del Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio.

que la falta de confirmación o incorporación en el plazo establecido se entienda como renuncia en la relación laboral, exceptuándose los supuestos en que esa falta obedece, con carácter general, a causas justificadas⁸⁸. Pues bien, debe resaltarse la oportunidad contenida en el Convenio colectivo de Gamestop Iberia, SLU⁸⁹, que declara que la falta de incorporación al llamamiento no supondrá la pérdida del turno que el trabajador tenga cuando éste se encuentre «en situación de incapacidad temporal, período de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, excedencia, licencia o aquellas otras justificadas y que estén debidamente acreditadas».

En fin, para finalizar el panorama de las previsiones convencionales sobre contratación y sus tipos que prevean la perspectiva de género como circunstancia prohibida de discriminación baste señalar que alguna norma colectiva al regular la materia de la contratación laboral, alude a la necesidad de adecuar la organización empresarial por el ejercicio de los derechos de conciliación laboral y familiar, a cuyo fin la empresa, podrá celebrar, si lo considera oportuno, contratos de interinidad, a tiempo completo o a tiempo parcial, a fin de sustituir a los /las trabajadores en situación de excedencia o de suspensión del contrato de trabajo por maternidad o paternidad, así como en las de reducción de la jornada de trabajo⁹⁰.

En relación a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral sí que existen cláusulas convencionales que lo que regulan son las modalidades contractuales que podrán celebrar como consecuencia del ejercicio del derecho a la reducción de estos derechos, como el contrato de interinidad, incluso la posibilidad de concertar un solo contrato de este tipo para sustituir a varios trabajadores/as con jornada reducida por guarda legal⁹¹.

⁸⁸ Art. 21 del Convenio colectivo de SGE Quality Services SL.

⁸⁹ Art. 12.6.

⁹⁰ Artículo 47 del IV Convenio colectivo de la empresa Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU. En el mismo sentido, art. 21 del III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

⁹¹ Ar. 16 del Convenio colectivo estatal del Comercio minorista de Droguerías, Herboristerías y Perfumerías. En norma paccionada, muy completa, se prevé la incorporación de una cláusula adicional en los contratos de interinidad por motivos de conciliación por la que se aceptaría la novación de su contrato a una interinidad de media jornada si la reincorporación de personal con jornada reducida a que se sustituyese se encontrase no alcanzase la jornada completa.

4. EL PERÍODO DE PRUEBA COMO LÍMITE A LA INCORPORACIÓN DEFINITIVA A LA EMPRESA

Se ha considerado oportuno incluir en este estudio un epígrafe independiente al tratamiento que la negociación colectiva proporciona al período de prueba por la importancia que reviste en orden a la incorporación definitiva del trabajador/a a la empresa.

De sobra es conocido por todos que el pacto del período de prueba es potestativo, si bien la realidad demuestra que la práctica totalidad de los contratos de trabajo que se celebran en España incorporan dicho pacto. También en los contratos temporales, pues no existe limitación alguna⁹².

Siendo la finalidad de la prueba, en puridad, que el empresario —teóricamente puede predicarse de cualquiera de los sujetos de la relación laboral— compruebe si las actitudes sociolaborales y personales del trabajador son adecuadas para incorporarle definitivamente a la estructura de la empresa⁹³, el efecto prototípico es que cualquiera de las partes puede desistir del contrato en dicho período, sin alegar causa alguna, y sin tener que indemnizar al trabajador por la resolución anticipada del vínculo contractual.

Sin duda, las consecuencias en materia extintiva del período de prueba, lo hace especialmente sensible a que encubra decisiones extintivas discriminatorias.

⁹² El RDley 16/2013 rectifica limitadamente la doctrina jurisprudencial que admitía que la duración legal del período de prueba operaba también para las contrataciones temporales de duración inferior. Así, la STS de 17 de enero de 1985(RJ 1985, 67) que considera que «no cabe argüir que tal estipulación entrañe abuso de derecho, pues aunque coincidiera la duración del contrato y al del período de prueba pactado, sería perfectamente ajustado a derecho el acto que supondría la posibilidad de resolución por cualquiera de las partes, en cualquier momento en que el periodo de prueba esté transcurriendo». En igual sentido, STS de 12 de julio de 1988 (RJ 1988, 5805). La nueva redacción del art. 14.1 ET incorpora, desde la entrada en vigor del citado RDley, que «en los supuestos de los contratos temporales de duración determinada del artículo 15 concertados por tiempo no superior a seis meses, el período de prueba no podrá exceder de un mes, salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo».

⁹³ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Pactos “típicos” en el contrato de trabajo», en *El contrato de trabajo. Vol. I: Régimen General del contrato de trabajo*. (Dir. A.V. Sempere Navarro. Coord. P. Charro Baena). Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pág. 738.

Una abrumadora mayoría de convenios colectivos incluyen en su articulado alguna previsión sobre el período de prueba, aunque solo sea porque el legislador estatutario llama expresamente al pacto colectivo para determinar la duración de dicho período. Sin embargo, se detecta que en la práctica negocial hay una generalizada omisión de reglas, previsiones o cautelas que hagan referencia al principio de no discriminación por razón de género en materia de período de prueba.

Un número muy importante de los convenios colectivos examinados se limitan a cumplir con el mandato legal, de forma que establecen la duración del período de prueba⁹⁴, y a reproducir otras previsiones estatutarias⁹⁵, como la facultad de rescindir unilateralmente el contrato sin necesidad de preaviso ni derecho a indemnización⁹⁶, reconociendo el derecho del trabajador a percibir la remuneración correspondiente a la categoría profesional para la que fue contratado⁹⁷, para prescribir la nulidad del pacto cuando el trabajador haya desempeñado las mismas

⁹⁴ Artículo 26 del Convenio colectivo de Industrias de fabricación de alimentos compuestos para animales; artículo 16 del Convenio colectivo de Jdeacux España; artículo 2º del Convenio colectivo de ATE Sistemas y Proyectos Singulares, S.L.; artículo 8 del Convenio colectivo de Magmaicultura S.L.; art. 22 del Convenio colectivo de la Empresa Sociedad de Prevención de Fremap, SLU.

⁹⁵ A título de ejemplo, Convenio colectivo de Fissa servicios Auxiliares, S.L.; Convenio colectivo de Claved, SA; Convenio colectivo de Ex In Tubulares, S.L; Convenio colectivo de Sherco al Detalle, S.L.; Convenio colectivo de Agencias de Viajes; Convenio colectivo de Alcor Seguridad S.L. y Convenio colectivo de Alternativa BPO.

⁹⁶ Art. 10 del Convenio colectivo de Aniser Facility S.L.U; art. 27 del Convenio colectivo de Merchanservis, SA; artículo 16 del Convenio colectivo de Prestaciones de Servicios Auxiliares concretos y específicos a empresas, S.L; art. 19 del Convenio colectivo de Hottelia Externaliza, S.L.; artículo 29 del Convenio colectivo de Kidsco, S.L., BOE de 31.10.2014; artículo 19 del Convenio colectivo de Rocsa; art.16 Convenio colectivo de Denbolan Outsourcing, BOE de 18.03.2014; artículo 22 del Convenio colectivo de Recursos en punto de venta, S.L.; art. 6.4.2 del Convenio colectivo de Artes Gráficas, Manipulado de Papel y Cartón; art. 16 del Convenio colectivo de SGE Quality Services S.L; art. 8 del Convenio colectivo de la empresa NEC Unified Solutions España, S.A.; art. 12 del Convenio colectivo de empresas de elaboración de productos del mar con procesos de congelación y refrigeración; art. 12 del III Convenio colectivo de empresas de centro de jardinería; art. 22 del II Convenio colectivo para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros y su mantenimiento y reparación; art. 11 del V Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria; art. 6.11. del Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón.

⁹⁷ Entre otros muchos, Convenio colectivo de Denloban outsourcing; art. 11 del Convenio colectivo de Sistemas de Encofrado de Navarra; Convenio colectivo de Rango10, S.L; art. 28 del Convenio colectivo de CPM Expertus Field Marketing, SAU; Convenio colectivo de Alcor Seguridad S.L.; art. 6.14 del Convenio colectivo para la empresa fotográfica.

funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación⁹⁸ o, en fin, para reconocer el cómputo a efectos de antigüedad⁹⁹. En ocasiones, tan solo se recoge una remisión genérica a lo preceptuado en el artículo 14 ET¹⁰⁰.

Pero como se decía, la resolución del contrato de trabajo por la no superación del período de prueba puede encubrir situaciones discriminatorias de difícil detección y prueba. Máxime cuando el Tribunal Constitucional, en Sentencia 173/2013, de 10 de octubre¹⁰¹, ha afirmado que la nulidad objetiva o protección reforzada que el ET (art. 55.5. b) establece para las trabajadoras embarazadas en caso de despido¹⁰² no es extensible a los supuestos de desistimiento empresarial durante el período de prueba. Es por ello que el silencio de la negociación colectiva en esta cuestión es especialmente llamativo y preocupante. Obviamente, la extinción del contrato en el período de prueba será nula si se produce con vulneración de derechos fundamentales, pero en este caso concreto, el TC consideró que no había indicios de discriminación y que no se apreciaba móvil discriminatorio en la decisión extintiva.

Señala el ET, en el párrafo 3 del número 1 del art. 14 que «el empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba», lo que lleva a que la prueba se proyecte sobre las circunstancias objeto del contrato de trabajo. Pero no exige que se lleve a cabo un tipo u otro de «experiencias», exámenes, test, etc.; ni siquiera que se realicen a fin de determinar si se

⁹⁸ Artículo 10 del Convenio colectivo de Administración de Loterías y sus empleados.

⁹⁹ Art. 15 del VI Convenio colectivo estatal para los centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y de oficios artísticos.

¹⁰⁰ Art. 11 del Convenio colectivo de Granada Unión Detallistas de Alimentación, S.A.; art. 9 del Convenio colectivo de Quick Meals, S.L.; art. 11 del Convenio colectivo de Covirán S.C.A.; art. 23 del II Convenio colectivo estatal de empresas de reparto sin direccionar.

¹⁰¹ RTC 2013, 173.

¹⁰² Las SSTC 92/2008, de 21 de julio (RTC 2008, 92) y 124/2009, de 18 de mayo (RTC 2009, 124) entendieron que el artículo 55.5 b) LET (en la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre) establecía una garantía absoluta y objetiva de nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas (salvo que se acreditara la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo), no vinculada al conocimiento por el empresario del embarazo, rechazándose la interpretación que exigía tal conocimiento para declarar nulo el despido. Sobre esta cuestión, véase el completo estudio de SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Trabajo y embarazo: de la protección al blindaje ciego», en AA.VV. *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*. (Dir. C. Sánchez Trigueros), Aranzadi, 2006, págs. 247 a 259.

ha superado o no el período de prueba. En este sentido, y a fin de limitar la discrecionalidad de la actuación empresarial —y tratar de evitar las posibles decisiones discriminatorias— se valoran positivamente las cláusulas convencionales que establecen la obligatoriedad de realizar, durante este período, «las pruebas profesionales, psicotécnicas y reconocimientos médicos que estime conveniente la empresa»¹⁰³. Al hilo de esta cuestión, téngase en cuenta que la exigencia de realización de cursos o pruebas de admisión al trabajo no impide que se someta al trabajador a prueba y que, en su caso, tenga que superarla a partir del momento en que se suscriba el correspondiente contrato de trabajo¹⁰⁴.

Los períodos de prueba deberían serlo de trabajo efectivo¹⁰⁵ y, por tanto, que descuentan cualquier situación o motivo que suponga la no prestación de servicios durante todo o parte del período fijado. En consonancia con ello, algunos convenios colectivos aluden a la interrupción del cómputo del período de prueba cuando el contrato de trabajo se suspenda por cualquier causa¹⁰⁶, incluyendo entre ellas la maternidad o el disfrute de licencia o permiso¹⁰⁷, o fijando una duración mínima que debe tener la ausencia para interrumpir el cómputo del período de prueba¹⁰⁸, en el bien entendido que una ausencia prolongada del trabajador haría estéril el pacto de prueba.

A este respecto, recuérdese que el art. 14.3 prevé que «las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad, que afecten al trabajador durante el período de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre las partes».

No es extraño que la negociación colectiva se ha eco de aquella sugerencia legal, y dejando a salvo el siempre posible pacto entre las partes, prevén circunstancias que interrumpirán el cómputo del pe-

¹⁰³ Art. 13 del I Convenio colectivo sectorial estatal para el sector de industrias de aguas de bebidas envasadas.

¹⁰⁴ Art. 22 del II Convenio colectivo para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros y su mantenimiento y reparación.

¹⁰⁵ Art. 12 del III Convenio colectivo de empresas de centro de jardinería.

¹⁰⁶ Art. 7 del VIII Convenio colectivo de la empresa Supermercados Sabeco, S.A.; art. 9 del Convenio colectivo de Enercon Windenergy Spain, S.L.

¹⁰⁷ Artículo 22 del Convenio colectivo de Repomartket SLU y artículo 13 del Convenio colectivo de ATE Sistemas y Proyectos singulares, S.L.

¹⁰⁸ De forma indirecta, lo contempla el art. 10 del III Convenio colectivo de la empresa Grupo 20 minutos, SL —antes Multiprensa y Más, S.L., al referirse a «otras ausencias laborales superiores a 10 días consecutivos».

río de prueba. Por lo general, recogen solo algunas de las situaciones enunciadas en el ET: incapacidad temporal, maternidad, adopción o acogimiento que afecten al/a trabajador/a durante el período de prueba, para advertir que interrumpen el cómputo del mismo¹⁰⁹, o lo interrumpen cuando la dirección y la persona afectada alcanzan un acuerdo¹¹⁰. Más limitadamente, a «las situaciones de maternidad o incapacidad temporal»¹¹¹.

El Convenio colectivo de Gamestop Iberia SLU¹¹², como otros más¹¹³, incluye expresamente la suspensión por paternidad. Aun resultando más apegado al contenido del artículo 14 ET, que incorpora,

¹⁰⁹ Art. 12 del Convenio colectivo de Tiresur S.L.; art. 13 del Convenio colectivo de Agfa Graphics, N.V. España; art. 12 del Convenio colectivo de Alliance Outsourcing, S.L.; art. 20 del Convenio colectivo de las empresas Motorpress Ibérica, SAU y Motorpress Rodale, SAU; art. 28 del Convenio colectivo de la empresa La Verdad Multimedia; art. 15 del Convenio colectivo de la empresa Uniprex, SAU; art. 9 del I Convenio colectivo de la Sociedad Anónima de Electrónica Submarina; art. 11.1 del I Convenio colectivo para las empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas de España —UnaEA—; art. 13 del I Convenio colectivo sectorial estatal para el sector de industrias de aguas de bebidas envasadas; art. 9 del III Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios; art. 20 del IV Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales; art. 20 del Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing), art. 13 del Convenio colectivo de trabajo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios; art. 21 del V Convenio colectivo del sector de la Construcción; art. 10 del XVI Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos; art. 10 del XVII Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos; art. 6.14 del Convenio colectivo para la empresa fotográfica; art. 12 del Convenio colectivo estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo.

¹¹⁰ Art. 17 del III Convenio colectivo de las empresas Distribuidora de Televisión Digital, SA —DTS, SA— y Compañía Independiente de Televisión, SL —CIT, SL— (antes Grupo Sogecable) y art. 18 del I Convenio colectivo de Unedisa Comunicaciones, S.L.

¹¹¹ Art. 14 del Convenio colectivo del sector de Mediación y Seguros Privados. Con cierta falta de rigor técnico, el art. 49 del III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, deja abierta la relación de supuestos suspensivos del cómputo («baja médica, maternidad, etc.»); indirectamente, también, por referirse a situaciones que supongan la no prestación de servicios durante un tiempo, el artículo 62 del III Convenio colectivo de asistencia en tierra (handling) para el personal que presta servicios en la empresa Flihcare, S.L.

¹¹² Art. 12. En parecidos términos, el art. 21 de Convenio colectivo de la Asociación para la gestión de la integración social, GINSO; artículo 7 del Convenio colectivo de Masquetpet SRL y art. 9.5 del Convenio colectivo de Bull (España), SA.

¹¹³ Por ejemplo, art. 17 del Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo.

como se ha dicho antes, también la suspensión por paternidad como una de las situaciones que, previo pacto, pueden interrumpir el período de prueba, en nuestra opinión se conecta más intensamente con la promoción de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral que con la consecución del principio de igualdad de oportunidades y de trato, aunque ciertamente las fronteras entre una y otro son en la actualidad muy débiles.

Hay que destacar que es manifestación excepcional de la negociación colectiva el incluir también la suspensión del contrato de trabajo por decisión de la persona víctima de violencia de género¹¹⁴, que si bien se podía entender incluida en las cláusulas generales que aluden a la interrupción por la suspensión del contrato de trabajo, sin diferenciar el motivo o causa, debe valorarse positivamente esta mejora respecto a lo sugerido por el art. 14 ET o lo exigido por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género.

Una medida de acción positiva, aunque tenue, es la contemplada en el Convenio colectivo de ISS Servicios de Información y Control de Accesos, SL, en el que se establece que la situación de IT no interrumpirá el período de prueba, pero por el contrario las situaciones de descansos maternos, adopción o acogimiento sí¹¹⁵.

En otras ocasiones, estas situaciones vinculadas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (además de la IT) juegan a la inversa, previéndose que no suspenderán el cómputo de la duración del período de prueba establecido¹¹⁶, salvo que se produzca acuerdo entre las partes¹¹⁷.

Sin embargo, hay que advertir que se aprecia una mayor proporción de convenios colectivos que solo prevén, sin justificación aparente, la interrupción del cómputo del período de prueba si el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal (en ocasiones se

¹¹⁴ Art. 23 de Convenio estatal de perfumerías y afines.

¹¹⁵ Art. 14; art. 24.5 del Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio.

¹¹⁶ Art. 10 del Convenio colectivo de la Empresa Europcar IB, SA y art. 17 del Convenio colectivo de Translimp Contract Services, SA.

¹¹⁷ Art. 28 del Convenio colectivo interprovincial de la Empresa Renault España, SA.

somete a acuerdo entre las partes)¹¹⁸, cualquiera que sea el motivo de la misma¹¹⁹, o que derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional¹²⁰. Advierte el Convenio colectivo de ámbito estatal, para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para el comercio exclusivista de los mismos materiales para los años 2014, 2015 y 2016, que la situación de incapacidad temporal que afecte al trabajador durante el período de prueba interrumpe el cómputo del mismo, pero no la del contrato a tiempo o servicio u obra determinado¹²¹. Finalmente, en ocasiones, se incorpora la previsión contraria de que la situación de incapacidad temporal no interrumpirá el cómputo del período de prueba¹²².

5. PROMOCIÓN INTERNA EN LA EMPRESA

Aunque las tasas de formación de hombres y mujeres está en niveles similares, la segregación vertical que sufren las mujeres es un hecho evidente; hoy todavía hay menos mujeres en puestos de responsabilidad de las que cabría esperar en función de la edad, la educación y la experiencia profesional. Las mujeres encuentran barreras

¹¹⁸ Art. 14 del Convenio colectivo de Safenia, S.L.; art. 14 del Convenio colectivo de Limpiezas Lafuente, S.L.; art. 14 del Convenio colectivo del Altair Ingeniería y aplicaciones, SA; art. 16 del Convenio colectivo de Acciona Mutiservicios, SA; art. 11 del Convenio colectivo de J2Y Serhotel outsourcing, SLU; art. 9 del Convenio colectivo de Pastificio Service S.L.; art.17 del Convenio colectivo del Grupo de empresas JD-Sprinter-Sprinter Megacentros del Deporte, SL y JD Spain Sports Fashion 2010, S.L.; art. 25 del I Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales; art. 17 del III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios; art. 14 del V Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados; art. 18 del Convenio colectivo nacional de prensa no diaria; art. 40 del Convenio colectivo de mataderos de aves y conejos; art. 11 del Convenio colectivo estatal de jardinería y art. 32 del Convenio colectivo para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas.

¹¹⁹ Art. 8 del Convenio colectivo de Cimodin, S.L.; art. 10 del Convenio colectivo Cimenta2 Gestión e Inversiones S.L.U.; art. 11 del Convenio colectivo de Koodza, S.L.U.; art. 12 del III Convenio colectivo de empresas de centro de jardinería y art. 5 del Convenio colectivo estatal de Grandes Almacenes.

¹²⁰ Artículo 6 del Convenio colectivo de Alain Afflelou España, S.A.U., BOE de 10.05.2013; art. 18 del V Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento y art. 18 del VI Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento.

¹²¹ Art. 62.6.

¹²² Artículo 14 del Convenio colectivo de Oca Inspección Técnica de Vehículos, SA; artículo 14 del Convenio colectivo de Berrose, S.L.

a la promoción interna, casi siempre de carácter invisible, que evitan su acceso a categorías profesionales superiores, pese a disfrutar de formación suficiente para ocupar esos puestos¹²³.

De todos es conocido que en el empleo femenino existe el llamado «techo de cristal», es decir, aquella barrera invisible que impide o dificulta a las mujeres acceder a los niveles de responsabilidad y decisión. Baste señalar que dicho techo les condena a una progresión muy limitada de sus carreras profesionales y las posterga, en una proporción muy significativa, a las categorías o niveles —también en el ámbito de las universidades— más bajos; muy expresiva es la expresión que comienza a generalizarse de «suelo pegajoso», imagen que define el conjunto de factores que mantienen a demasiadas mujeres atrapadas en la base de la pirámide económica.

La promoción interna en la empresa es clave para la eliminación de la segregación vertical. A estos efectos, la promoción es entendida como «el cambio de un grupo profesional a otro con remuneración superior, o el cambio de un nivel inferior a otro superior dentro del mismo grupo profesional o la designación para ocupar un cargo de libre designación»¹²⁴.

A los preceptos aludidos constitucionales, supranacionales y legales en el epígrafe 2 de este trabajo, debe traerse a colación lo previsto en el art. 23.2 ET, que señala que «En la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos [promoción y formación profesional en el trabajo], que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre trabajadores de uno u otro sexo». Previsión que ha de completarse con lo dispuesto en el art. 24.1 respecto a los ascensos, que no son sino una forma de promoción profesional, que refuerza el anterior contenido, afirmando que «los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación».

¹²³SERRANO GARCÍA, J.M^º.: *La igualdad en la crisis del empleo*. Bomarzo, Albacete, 2013, pág. 71.

¹²⁴Art. 19 del Convenio colectivo de la empresa Hibu Connect, SAU.

Por tanto, en la legislación interna se cuenta con preceptos que, por una parte, comportan una llamada obligatoria a la negociación colectiva para que regule un sistema de promoción profesional, ante el silencio del ET en esta materia, que en todo caso debe ser ausente de discriminación directa o indirecta por razón de género y, por otra, compelen a la empresa para que los sistemas de ascenso y promoción se ajusten a sistemas que garanticen, asimismo, la ausencia de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo.

Los términos del legislador no pueden ser más rotundos. Sin embargo, esta contundencia no se corresponde con una práctica convencional adecuada. Si bien es cierto que gran parte de los convenios colectivos analizados abordan la cuestión de la promoción interna y los ascensos, muy pocos lo hacen desde una perspectiva de género.

Vaya por delante que lo frecuente es que los pactos colectivos recuerden la facultad empresarial¹²⁵ en la determinación de las exigencias del puesto a cubrir por vacante (también de promoción interna en la empresa) y la designación definitiva de la persona que cubra el puesto de trabajo¹²⁶. Aunque se establezcan sistemas o procedimientos de participación de la representación legal de los trabajadores o pruebas objetivas, aspectos sobre los que se incidirá con posterioridad, se deja a salvo las vacantes que «impliquen mando o que sean considerados de confianza por la dirección»¹²⁷ o «puestos que impliquen mando»¹²⁸, que se cubrirán por libre designación de ésta.

Debe recordarse en este momento que la discrecionalidad no puede significar nunca arbitrariedad; ninguna facultad discrecional del empresario puede ser utilizada para vulnerar un derecho funda-

¹²⁵ Art. 34 del II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección menores.

¹²⁶ Art. 19 del VI Convenio colectivo de la empresa NCR España, SL.

¹²⁷ Art. 15 del Convenio colectivo de la empresa «Parker Hannifin España, S.L.»; art. 19 del Convenio colectivo de la empresa Hibu Connect, SAU; art. 25 del Convenio colectivo de la empresa Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo. Soc.Coop. Limitada —HEFAME—; art. 17 del Convenio colectivo de la empresa Uniprex, SAU, que entiende por tales «los caracterizados por la alta confidencialidad de la información que manejen o aquellos puestos del grupo I que impliquen jefatura».

¹²⁸ Art. 28 del XV Convenio colectivo de la empresa Petróleos del Norte, SA— Petronor—.

mental y el hecho de no tener que motivar determinadas decisiones no enerva que, desde la perspectiva constitucional, sea ilícita una decisión contraria a los derechos fundamentales del trabajador¹²⁹.

Por lo general, en el estudio de la negociación colectiva realizado se deja traslucir que en el procedimiento de ascenso y promoción primará el principio de organización del trabajo y las necesidades del servicio, y de hecho, expresamente así se contiene en alguna norma colectiva¹³⁰.

No son infrecuentes las previsiones en orden a que una vacante sea cubierta por quienes «reúnan los requisitos objetivos y personales que exijan y cubran satisfactoriamente las pruebas de aptitud que pudieran establecerse»¹³¹.

En ocasiones, el Convenio colectivo prevé expresamente que la promoción interna se realizará respetando los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad¹³².

Excepcionalmente, se encuentran cláusulas generales o declarativas, reconociendo el derecho de los trabajadores/as a la promoción profesional y económica dentro de la empresa y garantizando los principios constitucionales de igualdad de trato y no discriminación, y se impone que «no se podrán aplicar criterios y/o condiciones que excluyan a ningún colectivo, salvo los determinados por la función profesional»¹³³.

El Convenio colectivo de la empresa Autopista Concesionaria Astur-leonesa, S.A. dispone que: «Se reconoce el derecho a la promoción de los trabajadores teniendo en cuenta la formación y méritos del trabajador, así como las facultades organizativas de la empresa, respetando en todo caso el principio de no discriminación. Para contribuir eficazmente a la aplicación del principio de no discriminación y a su desarrollo bajo los conceptos de igualdad de [sic] entre ambos

¹²⁹ SSTC 94/1984, de 16 de octubre de 1984 (RTC 1984, 94), 166/1988, de 26 de septiembre de 1988 (RTC 1988, 166), 198/1996, de 3 de diciembre de 1996 (RTC 1996, 198) y 90/1997, de 6 de mayo de 1997 (RTC 1997, 90).

¹³⁰ Art. 19 del VI Convenio colectivo de la empresa NCR España, SL.

¹³¹ Art. 9 del Convenio colectivo de la empresa Transportes Ferroviarios Especiales, SA.

¹³² Art. 26 del XVII Convenio colectivo de la empresa Transformación Agraria, SA (TRAGSA).

¹³³ Art. 44 del Convenio colectivo de la empresa Thyssenkrupp Elevadores, SLU.

sexos, es necesario desarrollar una acción positiva particularmente las condiciones de contratación, formación y, en la medida de lo posible promoción, de modo que en igualdad de condiciones de idoneidad tendrán preferencia las personas del género menos representado en el grupo profesional que se trate»¹³⁴.

Sin concretar cuáles pueden ser las medidas a adoptar, seguramente consistirá en otorgar preferencia a un sexo en igualdad de méritos y capacidad, se expresa el Convenio colectivo de la empresa Auto-transporte turístico español, S.A.¹³⁵, disponiendo que «los ascensos y la promoción profesional en la Empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación».

Estas cláusulas generales se deberían acompañar de previsiones específica sobre los criterios y condiciones a aplicar para promover la igualdad por razón de sexo, pero lamentablemente, no se encuentran.

En otras ocasiones, el convenio colectivo comprende los factores a tener en cuenta para el ascenso de categoría. Aparentemente, estas normas colectivas se incluyen factores neutros. Sirva de ejemplo lo previsto en el Convenio colectivo de la empresa Radio Popular, SA.—COPE—¹³⁶ en el que se establecen los siguientes factores a tener en cuenta en el ascenso de categoría: cursos de formación profesional organizados o autorizados por la empresa, superados con éxito; capacidad demostrada para la realización de las funciones de la categoría a la que se pretende acceder; realizar habitualmente funciones de categoría superior; la experiencia acumulada a lo largo de los años en la categoría en la que se encuentra clasificado el trabajador; los premios concedidos y las sanciones impuestas por la empresa; la disponibili-

¹³⁴ Art. 16. En el mismo sentido, art. 30.3 del Convenio colectivo de la empresa Hertz de España, S.L.

¹³⁵ Art. 15.

¹³⁶ Art. 10. En parecidos términos, aunque no prevé el criterio de la disponibilidad para el traslado, el art. 17 del Convenio colectivo de la empresa Uniprex, SAU (antigüedad en la empresa, cursos de formación profesional organizado o autorizado por la empresa y superado con éxito, la obtención de algún título académico de grado medio o superior relacionado o no con el puesto de trabajo, título similar de conocimiento de un idioma, méritos relevantes reconocidos por entidades ajenas a la empresa, premios y menciones).

dad para el traslado; y la obtención de títulos académicos de grado medio o superior desde el último ascenso, siempre que tengan relación con la función desempeñada por el trabajador.

Desde luego debería descartarse la evaluación de valores culturalmente masculinos, como pudieran ser la competitividad o el individualismo, sino basarse en cualidades y habilidades necesarias para el correcto desempeño del puesto.

Es habitual que se opte porque los procesos de promoción interna se rijan por razón de antigüedad¹³⁷ —en algún convenio colectivo se prevé como requisito de participación en estos procesos una antigüedad de al menos uno¹³⁸ o dos años en el actual puesto de trabajo¹³⁹—. En ocasiones, los convenios colectivos contemplan que si es necesario cubrir un puesto de trabajo vacante se acuda preferentemente al personal que está trabajando en la empresa, siendo una manifestación propia de la promoción profesional interna de los trabajadores¹⁴⁰.

Debe llamarse la atención, de nuevo, sobre la inoportunidad de utilizar, menos aun de forma exclusiva, el criterio de la antigüedad como elemento determinante para el ascenso o la promoción interna. La antigüedad en el empleo o en la empresa favorece claramente al varón¹⁴¹, que contará, por regla general, con trayectorias profesionales más prolongadas.

Mejor consideración merece el X Convenio colectivo de la empresa Red Eléctrica Española, SAU¹⁴², que deja a salvo las facultades organizativas de la dirección de la empresa en la toma de decisiones sobre ascensos y promociones en el trabajo, sin embargo,

¹³⁷ Art. 26 del XVII Convenio colectivo de la empresa Transformación Agraria, S.A. La antigüedad con carácter subsidiario, y tras la promoción del ascenso de las personas cuyo género se encuentre subrepresentado, art. 15 del X Convenio colectivo de la empresa Red Eléctrica Española, SAU.

¹³⁸ Art. 17 del Convenio colectivo de la Empresa Uniprex, SAU.

¹³⁹ Art. 26 del XVII Convenio colectivo de la empresa Transformación Agraria, S.A.

¹⁴⁰ LÓPEZ AHUMADA, *cit.*, pág. 817.

¹⁴¹ En este sentido se pronunciaba FERNÁNDEZ PROL, F.: «Igualdad por razón de sexo/género en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesional», en AA.VV. *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. (Coord. J.F. LOUSADA AROCHENA), Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales núm. 85. Ministerio de Empleo e Inmigración. Madrid, 2008, pág. 119.

¹⁴² Art. 15.

se compromete a promover que «a igualdad de mérito y capacidad, se contemple positivamente el acceso de personas cuyo género no esté debidamente representado en un grupo profesional o función determinada».

Sin llegar a mencionar la igualdad por razón de sexo, el Convenio colectivo de la empresa Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros¹⁴³, prevé que en los ascensos y promociones, el Tribunal calificador «promoverá la igualdad de oportunidades entre los opositores para alcanzar las plazas previstas, diseñando con criterios generalistas el contenido de las pruebas y valorando conforme a dicho principio la formación recibida». Pero lo que singulariza a esta norma colectiva es que la empresa, con el visto bueno del Tribunal calificador, podrá contratar los servicios de una consultora externa para que elabore el temario, diseñe las pruebas e, incluso, que corrija los exámenes, velando por el correcto funcionamiento del proceso en todo momento, conforme a criterios de igualdad.

A la hora de cubrir las vacantes, en igualdad de condiciones, no es infrecuente que se otorgue prioridad de los trabajadores de plantilla sobre las solicitudes externas¹⁴⁴, lo que puede fomentar el perpetuar situaciones de discriminación en plantillas masculinizadas. No ya preferencia, sino que primeramente se atiende al personal interno de la empresa para cubrir vacantes en el Convenio colectivo de la empresa Sociedad General de Autores y Editores¹⁴⁵, en el que las plazas a cubrir serán convocadas entre el personal de la SGAE, y solo cuando no fuera alcanzada por ningún candidato la puntuación exigida, «la Empresa convocará a continuación nueva prueba entre el personal ajeno a ella y el personal de la casa, incluyo los que ya participaron».

En la línea de lo anterior, y sin mencionar expresamente la exigencia de ausencia de discriminación por razón de sexo, son valoradas positivamente las cláusulas convencionales que prevén, para los supuestos de promoción y ascenso, pruebas de aptitud¹⁴⁶ y concurso de

¹⁴³ Art. 8.

¹⁴⁴ Art. 19 del VI Convenio colectivo de la empresa NCR España, SL.

¹⁴⁵ Art. 11.

¹⁴⁶ El art. 14 del Convenio colectivo de la empresa Saint-Gobain Vicasa, SA, dispone que éstas consistirán en exámenes teóricos, pruebas prácticas, de habilidades o competencias y, cuando se estime conveniente, pruebas psicotécnicas y de aptitud física.

las categorías inferiores¹⁴⁷, pruebas teóricas y prácticas, así como psicotécnicas¹⁴⁸, entrevistas¹⁴⁹, o simplemente por concurso-oposición¹⁵⁰.

Como en epígrafes anteriores, se ha de resaltar la conveniencia de la participación de los representantes de los trabajadores en los procesos de promoción y ascensos, a fin de limitar la autonomía de la dirección de la empresa en esta materia. Su participación es diferente en intensidad y materia: en la determinación de los criterios a aplicar; en los tribunales que resuelven las solicitudes¹⁵¹; en la reclamación de los ascensos¹⁵² o, incluso, en las entrevistas personales, salvo renuncia expresa del candidato¹⁵³.

Extraerse de la facultad unilateral del empresario o la dirección de la empresa en la determinación de quiénes han de ocupar una vacante es, también, la finalidad de la creación de «tribunales calificadoros para promociones», como ocurre en el Convenio colectivo de la empresa Saint Gobain Pam España, SA¹⁵⁴, cuya composición se establece en cuatro miembros, uno de los cuales, al menos, tendrá la categoría igual a la del puesto a cubrir y dos miembros serán nombrados por la Dirección de la empresa.

Aunque no se contenga en el texto de la norma paccionada el proceso de gestión de vacantes y promoción del personal, también resultan adecuadas las cláusulas en las que se crea una comisión en cada proceso interno de promoción, salvo los relativos a puestos de responsabilidad y dirección, que tendrá conocimiento de los candidatos a la vacante, del proceso definido y la resolución del mismo¹⁵⁵.

¹⁴⁷ Art. 12 del Convenio colectivo de empresas de elaboración de productos del mar con procesos de congelación y refrigeración.

¹⁴⁸ Art. 15 del Convenio colectivo de la empresa «Parker Hannifin España, S.L.

¹⁴⁹ Art. 14 del Convenio colectivo de la empresa Saint-Gobain Vicasa, S.A.

¹⁵⁰ Art. 19 del Convenio colectivo de la empresa Hibu Connect, SAU.

¹⁵¹ Art. 6 del Convenio colectivo de la empresa Transportes Bacoma, S.A., art. 14 del Convenio colectivo de la Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas.

¹⁵² art. 12 del Convenio colectivo de empresas de elaboración de productos del mar con procesos de congelación y refrigeración.

¹⁵³ Art. 26 del XVII Convenio colectivo de la empresa Transformación Agraria, S.A.

¹⁵⁴ Art. 16.

¹⁵⁵ Art. 25 del Convenio colectivo de la empresa Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo. Soc.Coop. Limitada —HEFAME—.

Comisiones que estarán compuesta en la mayoría de los supuestos por vocales designados por la dirección de la empresa y representantes del personal¹⁵⁶.

Tímidamente, dados los términos literales que utiliza, el Convenio colectivo de la empresa Minas de Almadén y Arrayanes, SA —MASAYA— establece que «con la finalidad de garantizar en la mayor medida de lo posible que no se den situaciones discriminatorias, o generadoras de desequilibrios no deseados, a propuesta de la representación social y en el seno de la Comisión paritaria¹⁵⁷, se procederá a estudiar los supuestos que se consideren convenientes para, en el caso de ser así estimado, se eleven a la dirección de la empresa, quien adoptará la decisión más conveniente»¹⁵⁸. De alguna forma, estos términos tan generales se acompañan con el principio general relativo a los ascensos que sigue la empresa, que otorga esa facultad a la dirección de la empresa¹⁵⁹.

Más allá de las acciones positivas o el otorgamiento de preferencia al sexo que se encuentra menos representado, son bienvenidas las cláusulas convencionales que establecen un sistema completo de promoción profesional, con valoración de los puestos de trabajo y expresión de méritos y exámenes necesarios para promocionar. Con una regulación exhaustiva del régimen de promoción pueden eliminarse o, al menos atenuarse, los efectos de una discriminación vedada o indirecta. En este sentido, destacan las regulaciones contenidas en el Convenio colectivo de la empresa Automóviles Citroën España, S.A., o en el XV Convenio colectivo de la empresa Petróleos del Norte, SA —Petronor—¹⁶⁰ que considerará méritos o factores básicos «la cantidad y calidad de trabajo desarrollado en el grupo profesional de origen, así como los conocimientos y adaptación al nuevo grupo profesional al que se intenta promocionar y que puede evidenciarse, entre

¹⁵⁶ Art. 15 del Convenio colectivo de la empresa «Parker Hannifin España, S.L.».

¹⁵⁷ Art. 26 del XVII Convenio colectivo de la empresa Transformación Agraria, S.A.

¹⁵⁸ Art. 17.

¹⁵⁹ Art. 16 del Convenio colectivo de la empresa Minas de Almadén y Arrayanes, SA —MASAYA—, «En función de las necesidades de producción, prestación de servicios, atención al cliente y atendiendo a la capacitación técnica y profesional, experiencia, dotes efectivas de mando, formación, plurifuncionalidad, etc., la dirección de la empresa ascenderá o promocionará a los trabajadores que considere necesario y posible».

¹⁶⁰ Art. 28.

otros hechos, por la asistencia a cursillos organizados por la Empresa o por otros centros ajenos a la misma, aprovechamiento obtenido en los mismos».

Establecen también criterios objetivos, aunque no incorporan un procedimiento detallado, entre los que se encuentran «las circunstancias de la titulación adecuada, conocimiento del puesto de trabajo, historial profesional, evaluación del desempeño y superación de las pruebas que al efecto se establezcan»¹⁶¹.

Un sistema bastante completo de promoción, en el que se distinguen hasta tres tipos¹⁶²: a) promoción por antigüedad, que será de aplicación automática; b) promoción por capacitación, mediante la realización de pruebas objetivas, una vez transcurrido un mínimo de antigüedad en un determinado grupo profesional, siendo destacable el compromiso de la empresa en realizar anualmente las acciones formativas que permitan la preparación adecuada del personal de la empresa; y c) promoción personal sujeto a ciclos de progresión, para determinados puestos de trabajo en los que es necesaria, además de la formación académica precisa, la concurrencia de formación específica sobre métodos, sistemas y procedimientos de trabajo en la propia empresa, para lo cual se establecen ciclos previos a la adquisición de la consolidación definitiva de las cualificaciones necesarias para desempeñarlos.

Debe insistirse en la necesidad de que no se utilicen criterios o factores más propios de los varones. En este sentido, el criterio de la formación puede jugar en contra de una real y efectiva igualdad de género. Por eso es bienvenida la previsión contenida en el Convenio colectivo de la empresa Federación Farmacéutica, S.C.C.¹⁶³, que prevé que «con el objetivo de mejorar la empleabilidad de las mujeres y su permanencia en el empleo, se potenciará su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado», previsión que se completa con aquella que «con el objetivo de garantizar la igualdad real, podrán establecerse acciones positivas en el acceso a la formación con el fin de evitar sesgos en los siguientes colectivos: mujeres, jóvenes, trabajadores con contrato de duración determinada, inmigrantes, discapacitados, o víctimas de violencia de género».

¹⁶¹ Art. 18 del Convenio colectivos de la empresa La verdad Multimedia, SA.

¹⁶² Art. 13 del Convenio colectivo de la Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas.

¹⁶³ Art. 11.

6. CONCLUSIONES

Por regla general, la negociación colectiva actual faculta a la dirección de la empresa a determinar cuántos trabajadores contrata y quiénes resultan más idóneos para el puesto de trabajo ofertado, dado que dichas cuestiones quedan comprendidas dentro de la libertad de empresa reconocida constitucionalmente.

Pero que dichas cláusulas negociadas pasen el test básico de constitucionalidad no significa que resulten las más adecuadas. Muy al contrario, el momento de incorporación de la mujer a un puesto de trabajo es en el que la discriminación por razón de sexo puede ser más intensa, por ser más difícil detectable y acreditable.

Por ello, deben fomentarse las prácticas convencionales que exijan la participación de la representación de los trabajadores en las fases de los procesos de incorporación al puesto de trabajo, como garantes de procesos no discriminatorios, en especial, en lo relativo a la determinación de las ofertas de empleo —aspecto prácticamente olvidado en los convenios colectivos examinados— y en la elección de las pruebas de selección —que han de basarse, en todo caso, en pruebas objetivas basadas en competencias que no sobrevaloren las de uno u otro sexo, y, a ser posible, para contrarrestar el amplio margen de maniobra que el que cuenta el empresario, que se constituyan comisiones *ad hoc* para el seguimiento del proceso—. Ejemplos de buenas prácticas negociales en este sentido se han dado noticia en las páginas anteriores.

Por descontado, son bienvenidas las cláusulas convencionales que incluyen, además, el compromiso empresarial de dotar los recursos técnicos, organizativos y económicos posibles orientados a la consecución de la igualdad de género, como se obliga en el Convenio colectivo de la Empresa Altadis, SA.

Aunque algunos convenios colectivos contienen declaraciones generales sobre la implantación en la empresa de políticas que eviten cualquier comportamiento contrario a la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso y promoción en el empleo, se aprecia una significativa ausencia de enfoque de género en estas materias, sobre todo en los convenios colectivos de sector, siendo algo más apreciable esa perspectiva en los niveles inferiores de negociación.

Una buena fórmula para compensar esta asignatura pendiente sería el reforzamiento de la técnica de acciones positiva en el acceso y promoción al empleo. La acción positiva, como medida avalada por la doctrina constitucional que tendría como razón de ser erradicar la histórica situación de inferioridad de la población femenina, no es desconocida, en absoluto, por nuestra negociación colectiva. Sin embargo, del examen efectuado se aprecia un insignificante papel de esta técnica en la promoción del empleo de las mujeres, siendo mucho más frecuente que se utilicen otras circunstancias para favorecer, en igualdad de méritos y capacidad, el empleo de determinados colectivos, como es la anterior vinculación a la empresa o, incluso, la más que discutible relación familiar con los propios trabajadores de la empresa.

No existe tampoco un enfoque de género en la regulación convencional sobre las modalidades contractuales a utilizar por la empresa. A lo sumo, en algunas de ellas se tiene en cuenta el ejercicio de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, como es en la regulación del trabajo a tiempo parcial y, significadamente, en la realización de horas complementarias. Más allá de eso, —y a lo sumo, que se promocióne la contratación indefinida y ello repercute indirectamente en el empleo de calidad de las mujeres— la negociación colectiva no incluye previsiones que fomenten la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. En este sentido, es especialmente decepcionante la regulación convencional del período de prueba, pacto laboral, cuyo régimen jurídico con abrumadora mayoría forma parte del contenido de los convenios colectivos.

En fin, la promoción interna en la empresa, clave para la eliminación de la segregación vertical por razón de género, y romper el llamado «techo de cristal» o «suelo pegajoso» que tienen las mujeres en el mercado de trabajo, no encuentra su acomodo en clave de género en la negociación colectiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Pactos `típicos´ en el contrato de trabajo», en El contrato de trabajo. Vol. I: Régimen General del contrato de trabajo. (Dir. A.V. SEMPERE NAVARRO. Coord. P. CHARRO BAENA). Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- BALLESTER PASTOR, M.A.: «Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo», *Relaciones Laborales* 1993-I.
- CHARRO BAENA, P.: «Disposición Adicional decimoséptima. Modificaciones a la Ley de Empleo», en AAVV. *Comentarios a la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres* (Codir. C. SÁNCHEZ TRIGUEROS y A.V. SEMPERE NAVARRO). Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.: «El complejo juego entre la Ley y la negociación colectiva en la nueva Ley de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres: significación general y manifestaciones concretas». *Relaciones Laborales* núm. 8, 2007, www.laley.es, La Ley 1560/2007.
- FERNÁNDEZ PROL, F.: «Igualdad por razón de sexo/género en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesional», en AA.VV. El principio de igualdad en la negociación colectiva. (Coord. J.F. LOUSADA AROCHENA), Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales núm. 85. Ministerio de Empleo e Inmigración. Madrid, 2008.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F.: «Evolución del proceso de igualdad de la mujer en las relaciones laborales: igualdad de trato y familia», en AA.VV.: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004, 2005.
- LÓPEZ AHUMADA, J.E.: «La negociación colectiva y la igualdad en el acceso al empleo», en AA.VV.: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004, 2005.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Dossier Práctico: Ley de Igualdad y contrato de trabajo*. Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2007.
- MERCADER UGUINA, J.R.: «La `parte general´ de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: la extensión material de la tutela por razón de sexo», en AA.VV. La Ley de Igualdad: Consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa (Coord. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA), Lex Nova, Valladolid, 2007.
- MOLINA HERMOSILLA, O.: «Tratamiento convencional de la igualdad de género en un contexto de crisis económica», *Lan Harremanak* núm. 25, 2012.
- MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. 4ª ed. Aranzadi, Elcano, 2001.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente», *Lan Harremanak* núm. 25/2012.

- RODRÍGUEZ CRESPO, M^a.J.: «Límites a la libertad contractual: igualdad y no discriminación en materia de intermediación, selección y contratación», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 2, 2013, www.westlaw.es, BIB 2013, 935.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y ARETA MARTÍNEZ, M.: «El derecho al trabajo en igualdad de oportunidades y la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 141, 2009.
- «La formación profesional para el empleo y el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades» (en colaboración con María Areta Martínez), *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF), núm. 307, 2008.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Trabajo y embarazo: de la protección al blindaje ciego», en AA.VV. *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades* (Dir. C. SÁNCHEZ TRIGUEROS), Aranzadi, 2006.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Contratación laboral y libertad de empresas», en AA.VV. *Libertad de empresa y relaciones laborales en España* (Dir. F.J. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL). Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 2005.
- SERRANO GARCÍA, J.M^a: *La igualdad en la crisis del empleo*. Bomarzo, Albacete, 2013.
- VICENTE PALACIO, A.: «En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social», *Lan Harremanak* núm. 25, 2012.

Capítulo Cuarto
FLEXIBILIDAD INTERNA:
MOVILIDAD FUNCIONAL Y GEOGRÁFICA
ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

SUMARIO

1.- MOVILIDAD FUNCIONAL: 1.1. Cobertura de vacante. 1.2. Cambio de turno. 2.- MOVILIDAD GEOGRÁFICA: 2.1. Traslados. 2.1.1. Preferencia en el traslado para la reunificación familiar. 2.1.2. Preferencia en el traslado para la atención del trabajador discapacitado. 2.1.3. Mecanismos convencionales que impiden el traslado. 2.1.4. Preferencia para la permanencia por reunificación familiar y circunstancias conexas. 2.2.- Desplazamientos. 3.- INDEMNIZACIONES POR TRASLADOS O DESPLAZAMIENTOS. 4.- CONCLUSIONES. – BIBLIOGRAFÍA.

MOVILIDAD FUNCIONAL Y GEOGRÁFICA

No ha sido muy frecuente que los convenios colectivos traten la movilidad funcional o geográfica desde la perspectiva de la igualdad entre hombre o mujeres, o que incluyan materias directamente relacionadas con las derivaciones de este principio general del ordenamiento en su conjunto.

Sus manifestaciones se han reducido a prever algunos aspectos tangenciales al objeto de estudio: reagrupación familiar en traslados, imposibilidad de desplazamiento de determinados trabajadores por motivos relacionados con el embarazo o el cuidado de la prole, etc., pero de manera sustantiva, nuclear, con contenido autónomo y propio referido a la igualdad no hay materia sustancial que reseñar¹. Con todo, conviene exponer, en un análisis de conjunto como lo es éste, estas expresiones complementarias, con el objeto de averiguar hasta qué punto los valores axiológicos relativos a la igualdad, aquellos que imprimen contenido normativo, han sido proyectados en esta materia. La ausencia de proyección de este valor axiológico en este ámbito de la movilidad también es una conclusión reseñable.

¹ La bibliografía jurídica sobre esta materia es escasa. Aun así conviene citar el estudio de SEMPERE NAVARRO, A. V.: «La movilidad geográfica de los trabajadores en los convenios colectivos recientes», en VV.AA. (RIVERO LAMAS, J.): *La flexibilidad laboral en España*, Universidad de Zaragoza, Instituto de Relaciones Laborales, Zaragoza, 1993, pp. 267-292. Véase también el trabajo de RUIZ CASTILLO, M^a. del M.: «Movilidad geográfica, funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo en convenios colectivos del sector», *Revista de trabajo y Seguridad Social*, núm. 18 (1995), pp. 93-118.

Más recientemente, en una perspectiva más apegada al objeto de estudio, puede verse TORRENTS MARGALEF, J.: «La introducción de medidas de contrapoder en la regulación de la movilidad funcional en los convenios colectivos de empresa», en VV. AA. (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. J.): *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 219-228.

1. MOVILIDAD FUNCIONAL

La inmensa mayoría de los convenios colectivos se dedican en esta materia a realizar una referencia expresa y directa al art. 39 del ET², a veces también junto con una mención al art. 22 ET³, y otras precisando que en esta materia se aplicará «*lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores*»⁴, o bien empleando fórmulas genéricas

² Así, por ejemplo, entre otros muchos, véanse: el art. 8.3 del XI Convenio colectivo de Schweppes (BOE 21/7/2012); art. 23, del Convenio colectivo estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (BOE 13/3/2013); art. 55 del Convenio colectivo para las empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, droguería, perfumería y afines (BOE 15/12/2011); art. 31 del IV Convenio colectivo de Tradia Telecom, SAU (BOE 30/7/2013); art. 15 del Convenio colectivo de la empresa Docks Logistics Spain, S.A., (BOE 30/11/2011); art. 13 del IV Convenio colectivo de la empresa Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU (BOE 3/5/2013); art. 13 del Convenio colectivo del Grupo Champion (BOE 10/5/2013).

³ Como acontece, por ejemplo, entre otros muchos ejemplos: en el art. 15 del III Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE 13/4/2012); art. 16.1 del IV Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (BOE 21/10/2013); art. 21 del Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center (antes telemarketing) (BOE 27/7/2012), art. 26 del V Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 20/3/2013); art. 20 del Convenio colectivo nacional de prensa no diaria (BOE 23/12/2013); art. 21 del Convenio colectivo de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial (BOE 4/7/2013); art. 24 del V Convenio colectivo de la Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, SA —COLEBEGA (BOE 8/6/2012); art. 9 del VI Convenio colectivo de Decathlon España, SA. (BOE 3/1/2014); art. 34, del V Convenio colectivo estatal del corcho (BOE 21/9/2012); art. 42 del Convenio colectivo del sector de la madera (BOE 27/11/2012); art. 16 del Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización (BOE 28/6/2013); art. 17 del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 23/12/2013); art. 17 del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 24/5/2014); art. 44 del Convenio colectivo de mataderos de aves y conejos (28/3/2014); art. 8.7 del Convenio colectivo estatal para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho (BOE 3/10/2013); art. 29 del Convenio colectivo del sector de granjas avícolas y otros animales (BOE 22/12/2012); art. 82 del Convenio colectivo de ámbito estatal, para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE 20/6/2011), también el art. 82 del Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE 14/8/2012), y el art. 80 del Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para los años 2014, 2015 y 2016 (BOE 5/6/2014).

⁴ Así, por ejemplo, el art. 34 Convenio colectivo de Provienda (BOE 20/7/2013); art. 9 del V Convenio colectivo estatal de gestorías administrativas (BOE 20/4/2011), y el art. 9 del VI Convenio colectivo estatal de gestorías administrativas (BOE 24/2/2014).

como la siguiente: la «*movilidad funcional dentro de un mismo grupo profesional no tendrá más limitaciones que las establecidas en el Estatuto del Trabajador*»⁵.

Son pocos, muy pocos, los convenios que tienen en consideración la igualdad para implementar fórmulas propias y creativas en relación con la movilidad funcional o las instituciones que se relacionan con ella. Pero más allá de las dos breves menciones que seguidamente se comentan no ha habido una regulación convencional lo suficientemente rica como para ser destacada.

1.1. Cobertura de vacante

Así, por ejemplo, para la preferencia en la cobertura de vacante en el ámbito de un convenio se ha establecido un orden de prelación en el que juega como uno de los criterios a tener en consideración el que el trabajador haya sido excedente «*por nacimiento ó adopción de hijo*»⁶. De esta forma, se da valor a la situación familiar para favorecer la cobertura del puesto de trabajo. Pero no como prioridad absoluta, sino como un elemento más a tener en consideración para la cobertura de la vacante.

Podría ser oportuno que la negociación colectiva implementase mecanismos convencionales similares a este con el propósito de proyectar los valores inmanentes en la igualdad en la movilidad funcional, favoreciendo, en definitiva, la cobertura de las vacantes a madres con hijos menores de determinada edad, a aquellas que apuran el período acumulado de lactancia, etc.

1.2. Cambio de turno

También se ha tenido en consideración la igualdad para regular cómo se ordenar los cambios de turno en el ámbito de un convenio.

Así, por ejemplo, el art 22 del VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (Boe 18/05/2012) prevé que «*Tendrá preferencia para el cambio de turno, dentro de su categoría,*

⁵ Como lo hace el art. 48 del Convenio colectivo para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas (BOE 26/1/2012).

⁶ Art. 50.1.A) del Convenio Colectivo de la Empresa Compañía Logística de Hidrocarburos CLH, SA., (BOE 20/6/2011).

el personal que acredite mayor puntuación, en base al baremo redactado en el anexo IV, así como los trabajadores y trabajadoras que por circunstancias personales deban conciliar su situación laboral con la familiar, en los términos legalmente establecidos». De nuevo un criterio relacionado con la igualdad forma parte de los varios que se barajan para consentir un cambio de turno.

Más allá de este tipo de menciones no hay una significativa proyección del principio de igualdad con respecto a la regulación de la movilidad funcional en los convenios colectivos.

2. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

La regulación de la movilidad geográfica en la negociación colectiva desde la perspectiva de la igualdad de hombres y mujeres también ha sido muy escasa. Es muy usual, como en el supuesto de movilidad funcional, que se acuda como criterio de autoridad a lo que disponga a estos efectos el ET. Por ello es muy frecuente que los convenios colectivo remitan el desarrollo de estas cuestiones a lo dispuesto en el art. 40 del ET⁷,

⁷ Así, por ejemplo, véanse los siguientes ejemplo, entre otros varios: art. 13 del Convenio Colectivo Estatal del Comercio Minorista de Droguerías, Herboristerías y Perfumerías (BOE 2/10/2014); Convenio colectivo de Servicio BSH al Cliente Zona 2 Norte (BOE 31/10/2013); art. 16 del I Convenio colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural (BOE 8/3/2011); art. 9 del Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición (BOE 28/5/2014); art. 21 del II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE 27/11/2012); art. 12 del Convenio colectivo de Tüv Rheinland Ibérica Inspection, Certification & Testing, SA (BOE 21/4/2012); art. 26 del X Convenio Colectivo de la Compañía Española de Tabaco en Rama, S.A. —CETARSA— (BOE 30/1/2012), de 25 de noviembre de 2011; art. 12 del III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (BOE 2/10/2014); art. 13 del IV Convenio colectivo de trabajo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE 10/11/2012), art. 13 del V Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE 13/5/2014); art. 12 del Convenio colectivo de Danone, SA. (BOE 29/19/2012); art. 12 del Convenio colectivo de Nunhems Spain, SAU (BOE 11/7/2012); art. 13 del VI Convenio colectivo de la Delegación de ESK, SA en la provincia de Huelva y sus zonas de influencia (BOE 4/10/2011); art. 44 del Convenio colectivo del sector de la madera (BOE 27/11/2012); art. 11.2 del IX Convenio colectivo estatal de entrega domiciliaria (BOE 28/6/2013); art. 8.3 del VII Convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias (BOE 5/7/2012); art. 44 del Convenio colectivo de mataderos de aves y conejos (BOE 28/3/2014); art. 29 del Convenio colectivo del sector de granjas avícolas y otros animales (BOE 22/12/2012); art. 19 del Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio 2010-2015 (3/10/2013); art. 47 del Convenio colectivo básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales (BOE 26/12/2014); art. 25.3 del XIV Convenio colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas (BOE 2/5/2012); art. 28 del XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE 9/19/2012); art. 31

o bien a lo que prevea la legislación vigente⁸.

Con todo, algunos convenios sí priorizan en el orden de prelación que realizan para organizar los traslados o desplazamientos determinadas circunstancias familiares, o que se relacionan con la conciliación de la vida familiar y laboral, aspectos tangenciales de la materia aquí tratada. En los dos sentidos posibles, teniendo en consideración las circunstancias para favorecer el traslado, o bien considerando las mismas para la permanencia en el puesto de trabajo, eludiendo, por atención a la circunstancia, la aplicación de la medida general de movilidad.

Como suele ser habitual en esta materia es conveniente, también para el análisis de los convenios colectivos que lo regulan, diferenciar entre traslados y desplazamientos.

2.1. Traslados

Dos han sido los grupos de circunstancias que podemos citar en esta materia. Convenios colectivo que favorecen a determinados trabajadores en el traslado por motivos familiares o por otras circunstancias relacionadas con la conciliación de la vida familiar y laboral, y convenios que impide el traslado de determinados trabajadores por las mismas circunstancias.

2.1.1. Preferencia en el traslado para la reunificación familiar

Ha sido bastante usual que convenios prevean la movilidad de un trabajador de la empresa a otro puesto de trabajo vacante en otra localidad con «*la finalidad de conseguir una reunificación familiar con su cónyuge o pareja de hecho*»⁹. Calificándose esta posibilidad como singular movilidad «*intercentros*» por «*circunstancias de carácter familiar*»¹⁰.

del IV Convenio colectivo de Tradia Telecom, SAU (BOE 30/7/2013); Convenio colectivo de la empresa Mediterránea Merch, SL (BOE 21/3/2013), y Convenio colectivo del Grupo de empresas JD-Sprinter —Sprinter Megacentros del Deporte, S.L., y JD Spain Sports Fashion 2010, S.L.— (BOE 9/10/2014).

⁸ Como lo hace, entre otros muchos, el art. 16.3 del IV Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (BOE 21/10/2013) y el art. 39 del XXII Convenio colectivo nacional de autoescuelas (BOE 9/10/2013).

⁹ Como lo prevé el art. 47 del Convenio Colectivo de la Empresa Compañía Española de Petróleos —Cepsa— (BOE 19/12/2013).

¹⁰ Como lo hace el art. 66 del XVIII Convenio colectivo de la empresa SEAT, S.A., (BOE 19/10/2012).

Es una singular priorización de determinados trabajadores en el traslado tanto si el cónyuge o pareja de hecho es trabajador de la empresa como si no lo es. Es decir, la medida se aplica tanto si con anterioridad dicho cónyuge o pareja de hecho fue movilizadado por la empresa por ser trabajador de ella, como si no ejercer actividad laboral para esta pero reside en localidad distinta del trabajador de la empresa. Localidad al que el trabajador o trabajadora de la empresa quiere ir a residir.

Existen, desde este punto de vista, dos sub-modalidades algo diferentes. La que parte de la premisa de que el cónyuge o pareja de hecho ya fue movilizadado con anterioridad por la empresa, es decir, que los cónyuges o pareja de hechos son los dos trabajadores de la empresa, y la que no tiene en consideración la variable de que ambos sean trabajadores de la misma empresa sino únicamente el hecho de la reunificación. Así, por ejemplo, correspondiente al primer grupo podemos citar, entre otros varios, el art. 18 del I Convenio colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural (Boe 8/3/2012) cuando dispone que «*Si por traslado uno de los cónyuges cambia de residencia, el otro, si fuera trabajador o trabajadora de la misma empresa, tendrá derecho preferente a ocupar las vacantes que puedan producirse en el nuevo servicio al que ha sido destinado su cónyuge siempre que así lo solicite expresamente y exista vacante en igual o similar puesto de trabajo que el que viniera desarrollando*».

Del segundo grupo muy gráfico es el art. 47 del Convenio Colectivo de la Empresa Compañía Española de Petróleos —Cepsa— (BOE 19/12/2013) cuando dispone que «*tendrán prioridad para el traslado a vacantes acordes con su perfil profesional, el personal empleado que solicite su traslado con la finalidad de conseguir una reunificación familiar con su cónyuge o pareja de hecho*».

Es bastante común que los convenios que prevean esta singular movilidad por «*reagrupamiento familiar*»¹¹, expresamente incluyan no sólo al cónyuge sino también a la pareja de hecho del trabajador¹², o más sencillamente al «*compañero/a, con quien exista convivencia acredita-*

¹¹ Como lo denomina, para organizar idéntica circunstancia que la última descrita, el art. 14 del XV Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal (BOE 1/4/2011).

¹² Así, por ejemplo, lo prevé el art. 10-V del I Convenio colectivo estatal del sector de radiodifusión comercial sonora (BOE 7/3/2012) cuando confiere el derecho al «*matrimonio o pareja de hecho*».

da»¹³, lo cual da valor a las meras relaciones de hecho no formalizadas o protocolizadas. Pero los convenios que exclusivamente emplean el término «cónyuge» parecen limitar la interpretación amplia de sus dictados. Así, por ejemplo, el art. 22 del convenio colectivo de la empresa Radio Popular, S.A. —COPE— y sus trabajadores (BOE 4/1/2012) concreta que «*Cuando el trabajador siga a su cónyuge por cambio de residencia de éste, a causa de traslado forzoso, tendrá derecho preferente a ocupar un puesto de trabajo, si existiera vacante de igual o similar categoría profesional al que viene desempeñando, si la empresa tuviera centro de trabajo en la localidad del nuevo domicilio conyugal*»¹⁴. El precepto concreta el ámbito subjetivo de la movilidad: por traslado de cónyuge, y el objetivo a conseguir con la misma: la convivencia en un nuevo domicilio conyugal. Tal y como está redactado el precepto parece poco probable que pueda incluirse a las parejas de hecho.

La técnica mediante la que se implementa dicha posibilidad es sencilla. Se dispone en el convenio colectivo correspondiente que dicha circunstancia familiar es preferente para la movilidad. El art. 28.3 del XVII Convenio colectivo general de la industria química (BOE 9/4/2013) es un buen ejemplo de ello cuando dispone que: «*Si por traslado uno de los cónyuges cambia de residencia, el otro, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho preferente a ocupar las vacantes que puedan producirse en el nuevo centro de trabajo al que ha sido destinado su cónyuge siempre que así lo solicite expresamente y exista vacante en igual o similar puesto de trabajo que el que viniera desarrollando*»¹⁵.

El derecho preferente a la movilidad sitúa al trabajador en una situación de expectativa de traslado para cuando se produzca la vacante, pero no le asegura el traslado si no se dan las demás circunstancias relacionadas con la operatividad de la medida convencionalmente: la existencia de la vacante, y que ésta sea de idéntica o similar cualificación o categoría profesional.

¹³ Como dispone el art. 15 del convenio colectivo de Servicios de Colaboración Integral, SL (BOE 28/2/2011).

¹⁴ En el mismo sentido el art. 7.6 del Convenio colectivo estatal para la industria fotográfica (BOE 19/12/2013).

¹⁵ En idéntica línea véase el mismo sentido, el art. 23 del V Convenio colectivo de Aldeas Infantiles SOS de España (BOE 7/3/2012) prevé que «*Si por traslado, uno de los cónyuges cambia de residencia y el otro fuera trabajador, también de la Asociación, tendrá derecho el no trasladado a ser trasladado a la misma localidad*».

Más allá de establecer una lineal preferencia de dicha circunstancia familiar para el traslado no ha sido usual que los convenios realicen un auténtico orden de prelación, situando esta circunstancia en un lugar preferente dentro de ese orden. Es decir, prevén la circunstancia junto con otras igualmente atendibles, pero no establecen un orden preferencial a atender cuando se produzcan varias solicitudes al mismo tiempo por diferentes circunstancias.

Cuando así lo han hecho no ha sido para privilegiar esta reunificación por encima de otras circunstancias. Generalmente sigue privilegiándose la circunstancia de ser representante de los trabajadores¹⁶. En definitiva, la reunificación familiar es una circunstancia más de las varias que se tienen en consideración en la elaboración de dicho orden de prelación¹⁷.

En algún convenio esta posibilidad de reunificación familiar por traslado de alguno de los cónyuges que trabaje en la empresa se configura no sólo como un derecho del cónyuge no trasladado a tener una perspectiva de traslado y una colocación preferente en el orden de prelación que en la empresa se establece para ello, sino prácticamente en una obligación empresarial. Así, por ejemplo, el art. 24-V del IV Convenio colectivo estatal de prensa diaria (BOE 3/10/2013) dispone que *«Cuando en una misma Empresa o Centro de Trabajo presten sus servicios dos trabajadores que sean matrimonio o pareja de hecho.../...y uno de ellos fuese afectado por el traslado, las Empresas procurarán trasladar a ambos, siempre que las necesidades organizativas y productivas del centro de origen y de destino lo permitan»*. Obviamente el caballo de batalla se centra

¹⁶ Como por ejemplo hace el art. 60 del Convenio colectivo estatal del sector de las industrias cárnicas (BOE 30/1/2013).

¹⁷ Así, por ejemplo, el art. 68 del III Convenio colectivo de asistencia en tierra (handling) para el personal que presta servicios en la empresa Flightcare, S.L. (BOE 2/7/2011) denominado *«Criterios de prioridad en la concesión»* expone que *«Cuando concurren varios trabajadores que hayan solicitado la movilidad geográfica voluntaria y reúnan los requisitos de idoneidad exigidos»*, la Dirección procederá a su concesión atendiendo al *«orden de preferencia que se refleja a continuación: 1. Los trabajadores afectados por un cierre de instalaciones o reconversión. 2. Estar en situación de movilidad geográfica obligatoria. 3. Mayor antigüedad en la solicitud. 4. Movilidad obligatoria de uno de los cónyuges, cuando esta circunstancia esté debidamente acreditada. 5. Prescripción médica que aconseje la movilidad del trabajador o de alguno de los familiares que con él convivan a sus expensas. En estos casos, además es necesario dictamen médico de la Seguridad Social. La Empresa solicitará un informe médico que podrá ser conocido por la representación legal de los trabajadores. 6. Movilidad obligatoria de uno de los cónyuges de otras Empresas cuando este hecho sea demostrado fehacientemente. A igualdad de circunstancias la prioridad vendrá dada por: a) Mayor antigüedad en la función. b) Mayor antigüedad en la Empresa»*.

en el ámbito y extensión que le damos a la obligación de «*procurar el traslado*», pero es evidente que tal y como se configura en este precepto estamos ante algo más que un derecho preferente o una expectativa privilegiada de traslado, y nos acercamos a lo que pudiera catalogarse como una obligación empresarial.

También se ha previsto, aunque no es ni mucho menos lo más usual, tener en consideración el período de escolarización de los hijos de los trabajadores para hacer efectivo el traslado. Así, por ejemplo, en el VI Convenio colectivo de Telefónica Móviles España, SAU. (BOE 9/10/2014) se repara en que «*En los casos de trabajadores que tengan hijos en edad escolar, el traslado se realizará, siempre que sea posible, de modo que no interrumpa el desarrollo del curso*».

Otro mecanismo de concreción de quién va a ser trasladado, respetando los derechos en juego es la elaboración, para cada traslado, de un baremo *ad hoc* en el que, entre otras variables, se tenga en consideración algunas de las circunstancias familiares. No hay un orden preestablecido, sino que para traslado tiene que concretarse el baremo que organiza el convenio en un listado prioritario de trabajadores trasladados.

Así lo hace, por ejemplo, el art. 17 del X Convenio Colectivo de la Compañía Española de Tabaco en Rama, S.A. —CETARSA— (BOE 3071/2012) cuando elabora un «*baremo aplicable en los concursos*» de traslados realizando para cada caso «*una evaluación de las circunstancias de cualificación y posibilidades de adaptación al nuevo puesto, antigüedad, las personales de residencia previa obligada del cónyuge y familiares dentro del primer grado de consanguinidad*». Es decir, no se prevé, como en los supuestos anteriores un sistema cerrado y pétreo de prelación para la movilidad, sino, más abiertamente, un mecanismo que permite un análisis singular para cada caso. Las circunstancias personales o familiares son las mismas, pero en este caso no juegan una posición concreta en el orden de prelación, sino que forman parte del elenco de supuestos a tener en consideración, entre otros pensables.

2.1.2. *Preferencia en el traslado para la atención del trabajador discapacitado*

Aunque no es una circunstancia que se relaciona directamente con la igualdad entre hombres y mujeres que estamos analizando en este trabajo, sino con la conciliación familiar y laboral, conviene señalar

que algunos convenios han previsto la circunstancia de que el trabajador desee trasladarse a otro puesto de trabajo de otra localidad para recibir un adecuado tratamiento médico o fisioterapéutico con el propósito de proteger más eficazmente su salud.

Así el art. 63.1 del IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (BOE 13/2/2014) prevé que *«1. Los trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de rehabilitación, físico o psicológico relacionado con su discapacidad, para hacer efectivo su derecho de protección a la salud»* tengan un *«derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional y nivel competencial, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento»*. De manera muy similar el art. 28.3 del XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE 9/10/2012): prevé que *«Los trabajadores y trabajadoras con discapacidad que tengan necesidad de recibir, fuera de la localidad donde se ubica el centro de trabajo, un tratamiento de rehabilitación relacionado con su discapacidad tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tenga vacante en cualquiera de sus otros centros de trabajo, con más fácil accesibilidad al centro en donde esté recibiendo el tratamiento»*.

Estamos en presencia de una variable que se tiene en consideración por el convenio colectivo para favorecer la movilidad geográfica de los trabajadores.

Podría ser razonable que el negociador colectivo previese en el futuro fórmulas de prelación en los traslados más abiertas, que dieran cobertura a este tipo de necesidades, con el propósito de favorecer la conciliación no sólo de la vida familiar con la laboral, tino también la personal con la laboral. En este caso además se estaría protegiendo un valor intrínsecamente humano, la salud.

2.1.3. Mecanismos convencionales que impiden el traslado

En algunos convenios se han previsto mecanismos que dificultan, o incluso impiden, el traslado de determinados trabajadores que se encuentran en alguna concreta situación protegible, no pudiendo afec-

tar a los empleados en alguna de las siguientes que se relaciona con la conciliación de la vida familiar y laboral: trabajadora embarazada; empleados con disfrute del permiso por baja por maternidad o paternidad; período de lactancia; durante la reducción de jornada por cuidado de menores o de discapacitados o de familiares; empleados en situación de excedencia voluntaria por nacimiento o adopción de hijo o acogimiento, etc.

Muy gráfico es el art. 40 del Convenio colectivo del Grupo Asegurador Reale (BOE 10/5/2013) cuando concreta que «*Se establece la imposibilidad de proceder al traslado de las empleadas en situación de embarazo, lactancia de un hijo menor de 9 meses, prevista en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, o de reducción de jornada por cuidado de hijo prevista en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, salvo que medie acuerdo entre las partes o que el traslado se produzca a petición de la interesada*»¹⁸.

Es un mecanismo cuya generalización se recomienda, en la medida en que se erige en un instrumento muy útil para la tutela de los derechos de conciliación en juego, no es complicado de concretar e implementar en el convenio y tiene una gran operatividad práctica.

2.1.4. *Preferencia para la permanencia por reunificación familiar y circunstancias conexas*

De forma similar a la técnica empleada, también es muy común que lo que se establezca en los convenios sea una preferencia para la permanencia en la empresa por (diversos) motivos familiares. Funciona de manera muy similar, listando una serie de circunstancias familiares que deben apreciarse para ordenar qué trabajadores son trasladados y cuáles no. Obviamente esta técnica adquiere una virtualidad operativa inmensa en traslados colectivos y cambio de localidad de las empresas y sus sedes o filiales.

Y puede implementarse normativamente de varias maneras, esencialmente dos. Previendo, en primer lugar, una preferencia sencilla, directa y concreta hacia un solo familiar o por una sola circunstan-

¹⁸ Véase, en el mismo sentido, el art. 18 del Convenio colectivo de las empresas «Zurich Insurance PLC, Sucursal en España», «Zurich Vida, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.» y «Zurich Services, AIE» (BOE 12/9/2013).

cia familiar; o regulando, en segundo lugar, un concreto orden de prelación en el que las circunstancias personales (embarazo, parto o lactancia) o familiares (reunificación familiar, niños menores de determinada edad, etc.) son consideradas para ubicarlas en un concreto número dentro de dicho orden.

En el primer supuesto, se puede citar el XXIV Convenio colectivo de la empresa Repsol Butano, S.A. (BOE 4/4/2012) cuando mantiene como criterio en la ordenación de la movilidad geográfica para favorecer la permanencia el criterio de los trabajadores las «*mayores cargas familiares*». También puede verse el art. 51.A).2.2 del Convenio colectivo de la empresa Thyssenkrupp Elevadores, SLU. (BOE 19/4/2013) cuando precisa como criterio para el mantenimiento en el centro de trabajo la «*voluntariedad de las trabajadoras embarazadas, así como la prioridad de permanencia, en iguales circunstancias, de los trabajadores/as con cargas familiares*». Y, en el mismo sentido, entre otros varios, puede citarse el art. 67 del XXI Convenio colectivo estatal de contratistas ferroviarias (Boe 24/2/2014) que dispone que «*Las trabajadoras embarazadas, así como los padres y madres con hijos menores de 3 años tendrán preferencia en la permanencia en el centro de trabajo cuando existan traslados*»¹⁹.

Es cierto que estamos en presencia de medidas condicionadas a la existencia de vacante, pero, desde luego, constituyen un avance significativo en la conciliación de la vida familiar y laboral, y en esta senda se debe seguir caminando. Sería deseable, en este sentido, que se generalizase la implementación de este tipo de medidas, con el objeto de coadyuvar a la deseable conciliación de roles familiares y laborales. El principio está enunciado, lo que ocurre es que el negociador colectivo continúa privilegiando, con excesiva frecuencia, la circunstancia de ser representante de los trabajadores por encima de cualquiera otra consideración personal o familiar. Como por ejemplo hace el art. 60 del Convenio colectivo estatal del sector de las industrias cárnicas (BOE 30/1/2013): «*Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en los puestos de trabajo a que se refiere este artículo*».

¹⁹ A veces dicha prelación es menos sutil, más gruesa, menos concreta, regulando únicamente el principio y dejando la concreción para el momento del traslado. Así, por ejemplo, véase el art. 62 del IX Convenio colectivo de la empresa Telefónica Telecomunicaciones Públicas, SA (BOE 2/4/2012) mantiene como criterio para el traslado forzoso las «*circunstancias personales, familiares*» con el objeto de que el traslado lo «*sufran*» quienes «*resulten, en lo posible, menos perjudicados*».

En el segundo grupo puede hacerse referencia, entre otros varios, al art. 9.º10 del Convenio colectivo del Grupo de empresas Pans & Company (BOE 14/3/2012) cuando prevé, para la ordenación del traslado el siguiente orden de prioridad en cuanto a la permanencia en el centro de trabajo: «1) *Aquellas personas cuyo cónyuge trabajase por cuenta ajena, siempre que no sea posible también su traslado a la localidad objeto del mismo por no existir puesto de trabajo vacante para él o ella en el organismo o Empresa en que preste servicios.* 2) *Personal con discapacidad física.* 3) *Personal con hijos/as, cónyuge con discapacidad y, otro tipo de parientes en la misma situación con quienes conviva el trabajador, así como quienes tengan personas mayores a cargo.* 4) *Titulares de familia numerosas.* 5) *Personal con hijos/as en edad escolar.* 6) *Personal con mayor antigüedad en la Empresa.* 7) *Representantes de los trabajadores».*

En similar sentido véase el art. 36 del Convenio colectivo del personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional para el periodo 2013-2018 (BOE 23/12/2013) cuando prevé en los supuestos de «*sufrir movilidad geográfica dentro de cada especialidad profesional*», un orden de prelación, enunciando en el inciso d) como criterio de prelación, a los «*Titulares de familia numerosa*».

En el orden de prelación suele ser bastante frecuente que se mencione la circunstancia de ser representante de los trabajadores para situarse en un lugar privilegiado en el elenco de trabajadores no trasladables²⁰.

²⁰ Otros ejemplos de este grupo son los que siguen: el art. 7 del Transportes Bacoma, S.A. (7/3/2012) mantiene como criterios para el traslado y la movilidad geográfica a las «*Trabajadoras embarazadas o con hijos menores de 1 año*», justo después de los «*Representantes de los trabajadores*» y antes que los «*Trabajadores/as con cargas familiares*»; el art. 40.1 del II Acuerdo general para las empresas de transporte de mercancías por carretera (BOE 29/3/2012) prevé para regular los traslados y desplazamientos que «*Estas necesidades serán atendidas, en primer lugar, con quienes, reuniendo las condiciones de idoneidad, acepten voluntariamente su traslado; a falta de éstos, tendrán preferencia para ser afectados por la movilidad en último lugar, por este orden, los representantes de los trabajadores en el seno de la empresa, las trabajadoras embarazadas o con hijos menores de un año y quienes tengan cargas familiares*»; el art. 11 del Convenio colectivo de Velpa, SA. (BOE 13/10/2013) cuando dispone que «*tendrán preferencia para ser afectados por la movilidad en último lugar, por este orden, los representantes de los trabajadores en el seno de la empresa, las trabajadoras embarazadas o con hijos menores de un año y quienes tengan cargas familiares*». De manera similar, el art. 11 del III Convenio Colectivo de las empresas Cia. Logística Acotral, S.A., Transportes Consolidados Andaluces, S.L., y Acotral Distribuciones Canarias, S.A. (BOE 28/9/2011) dispone que «*tendrán preferencia*

La técnica de establecer un orden de prelación es más usual que se implemente en los convenios colectivos que organizan un sistema de traslado colectivo, que no son todos. Pero en realidad el orden de prelación funciona de la misma manera, con la misma técnica, aunque en los convenios que pre-ordenan el traslado colectivo se tiende a establecer un orden de prelación más elaborado, con más previsiones normativas al respecto²¹.

Algunos convenios contienen, no obstante, mandatos directos a los negociadores de los traslados colectivos para que en el periodo de consultas incluyan previsiones específicas con respecto a grupos concretos de trabajadores que van a ser, o no van a ser, objeto de traslado. Es decir, se obliga a que esta cuestión se discuta en el período de consultas tomando parte activa en una u otra dirección. Así, por ejemplo, el art. 59 del IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (BOE 13/2/2014) precisa que *«En el periodo de consultas, podrán establecerse prioridades de permanencia a favor de trabajadores con cargas familiares, de mayores de 50 años de edad o de personas con discapacidad»*. Obsérvese que, en todo caso, estamos tratando de prioridades a tener en consideración, no de mandatos imperativos para la movilidad o la permanencia, por lo que en cada caso se deducirá una solución concreta.

para ser afectados por la movilidad en último lugar; por este orden, los representantes de los trabajadores en el seno de la empresa, las trabajadoras embarazadas o con hijos menores de un año y los trabajadores de mayor antigüedad en la empresa».

²¹ Así, por ejemplo, véase el art. 27.4 del Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo (BOE 16/7/2013) precisa que concluido el período colectivo de traslado *«y no habiendo sido cubiertas las plazas, la empresa podrá designar directamente las personas y los puestos que hayan de ser ocupados, con comunicación simultánea a la representación legal de los trabajadores, atendiendo al respecto los siguientes criterios: 1.º Requerimientos profesionales del puesto. 2.º Cargas y condicionamientos familiares. 3.º Experiencia y menor antigüedad en la empresa. 4.º Si es trasladado uno de los cónyuges, el otro, si fuere de la misma empresa, tendrá derecho preferente al traslado a la misma localidad, si existiere puesto de trabajo»*.

En la misma línea puede consultarse el art. 17 del XXI Convenio colectivo estatal de contratas ferroviarias (BOE 24/2/2014) cuando dispone que *«La designación del trabajador concreto deberá respetar, por ese orden, los criterios de antigüedad, responsabilidades familiares y proximidad del domicilio del trabajador al nuevo centro. De tal forma que, a igualdad de nivel salarial será cambiado el trabajador más moderno; a igualdad de antigüedad el que no tenga responsabilidades familiares; y a igualdad de responsabilidades familiares el que tenga el domicilio más próximo al nuevo centro de prestación de servicios»*.

2.2. Desplazamientos

La regulación en los convenios colectivos de normas atinentes a desplazamientos ha sido menos común que en relación con los traslados. Salvo error u omisión, no se ha encontrado convenio colectivo alguno que patrocine un sistema de desplazamiento privilegiado por motivos familiares y demás circunstancias relacionadas con la conciliación de la vida familiar y laboral. Es decir, un convenio que organice un sistema de desplazamiento voluntaria por estos motivos.

En general, lo que sí se ha previsto son mecanismos convencionales que impiden o dificultan los desplazamientos, generalmente por circunstancias relacionadas con la conciliación de la vida familiar y laboral. Bien, en primer lugar, como acontece para los traslados en los supuesto que se acaban de analizar, impidiendo de manera directa que determinados trabajadores, por sus circunstancias personales o familiares, pueden ser desplazados, o bien, en segundo lugar, implementado un sistema de prelación específico para ordenar los desplazamientos.

Del primer grupo podemos destacar, entre otros varios, el art. 10.2 del Convenio colectivo de la industria azucarera (BOE 15/10/2013) que dispone que *«No podrán ser desplazados los menores de 18 años y aquellas personas que tengan reconocida, por resolución firme del instituto nacional de la seguridad social, algún tipo de incapacidad permanente»*. En el mismo sentido puede citarse el art. 48 del IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (BOE 13/2/2014) cuando dispone que *«Durante los períodos de embarazo y lactancia de un hijo menor de doce meses ya sea natural, en adopción o acogimiento, la trabajadora no podrá ser trasladada ni desplazada en comisión de servicio a un centro de trabajo que implique movilidad geográfica, salvo que exista acuerdo con la interesada a petición expresa de la misma. Esta garantía es aplicable también al otro progenitor en el supuesto de que ambos cónyuges o miembros de pareja de hecho trabajen en la empresa»*²².

²² Véase también el art. 24 del I Convenio colectivo de Gas Natural Fenosa 2012-2015 (BOE 24/5/2013) cuando prevé que *«durante los periodos de embarazo y de lactancia de un hijo menor de 9 meses, incluyendo los supuestos de adopción y acogimiento, la trabajadora no podrá ser desplazada a un centro de trabajo que implique un alejamiento de su domicilio particular si no es previo acuerdo con ella salvo traslado colectivo del conjunto de la Unidad de adscripción, o cierre del centro de trabajo»*.

Del segundo grupo se puede citar, entre otros varios, el art. 28 del V Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento (BOE 9/4/2013) «*Las Empresas podrán desplazar a sus trabajadores hasta el límite máximo de un año. Las Empresas designarán libremente a los trabajadores que deban desplazarse, cuando el destino no exija pernoctar fuera de casa, o cuando existiendo esta circunstancia no tenga duración superior a tres meses. En los supuestos en que el desplazamiento exija pernoctar fuera del domicilio y tenga una duración superior a tres meses, las Empresas propondrán el desplazamiento a los trabajadores que estimen idóneos para realizar el trabajo y en el supuesto que por este procedimiento no cubrieran los puestos a proveer, procederá a su designación obligatoria entre los que reúnan las condiciones de idoneidad profesional para ocupar las plazas, observando las siguientes preferencias, para no ser desplazado: a) Representantes legales de los trabajadores; b) Disminuidos físicos y psíquicos; c) Reducción de jornada por guarda legal u otros supuestos establecidos por Ley*»²³.

El sistema pretende la designación del candidato más idóneo para el desplazamiento, elaborando un sistema de prelación en el que se tiene en consideración las circunstancias personales para determinar la idoneidad del trabajador desplazado.

3. INDEMNIZACIONES POR TRASLADOS O DESPLAZAMIENTOS

Ha sido muy frecuente que se prevea, en aquellos convenios que regulan aspectos relacionados con los desplazamientos y los traslados, con la movilidad geográfica en general, como derecho propio del trabajador, una indemnización por los gastos que le ocasiona dicho traslado o desplazamiento, incluyendo tanto los gastos propios como los de los familiares que conviven con él, concretando las menciones estatutarias.

Dichas indemnizaciones pueden agruparse conceptualmente en los siguientes dos tipos.

²³ Igual redacción tiene el art. 28 del VI Convenio colectivo del sector de derivados del cemento (BOE 28/3/2014).

En primer lugar, las que organizan un sistema indemnizatorio a tanto alzado por el mero hecho del traslado o desplazamiento, con limitaciones relacionadas con los efectivos gastos realizados²⁴, o bien

²⁴ Como sucede, por ejemplo, en el art. 7.4 del Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (BOE 27/12/2011) cuando prevé la «compensación, previa justificación, el importe de los siguientes gastos» así como la «indemnización en metálico igual a dos mensualidades de salario real, si es cabeza de familia, y de 45 días de salario real si no lo es», así como la «diferencia justificada en los gastos de escolaridad de sus hijos, si la hubiere, hasta finalizar el curso escolar en el que tenga lugar el traslado». En la misma línea puede citarse también el art. 7.4 del Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (BOE 23/8/2013).

Véase también el art. 14 del Convenio colectivo para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos (BOE 10/10/2012) cuando dispone que: «En los casos de traslado forzoso, la Empresa estará obligada a satisfacer como mínimo los siguientes gastos: b) El abono de cinco días de dietas, en la cuantía especificada en este Convenio, cuando tengan a su cargo hasta un mínimo de tres familiares menores de edad o mayores incapacitados; de diez días si es casado o viudo/a y tiene a su cargo a más de tres y menos de siete familiares en aquellas condiciones y, por último, quince días de dietas al casado o viudo/a que tenga a su cargo siete o más familiares menores de edad o con incapacidad».

Igualmente puede verse el art. 25 del V Convenio colectivo de la Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, SA —COLEBEGA (BOE 8/6/2012) en la ordenación que hace de los gastos por movilidad geográfica en los siguientes términos: «a) Abono de los gastos ocasionados por la mudanza, debidamente justificados. b) Abono de una cantidad en función de las circunstancias personales y familiares: Indemnización básica, 14.479,91 euros brutos. Y por cada ascendiente o descendiente en primer grado, del trabajador o su cónyuge, dependientes de éste y que convivan en el domicilio familiar, 1.930,64 euros brutos. Alternativamente a las indemnizaciones del apartado b) anterior, el trabajador podrá optar por alguna de las siguientes posibilidades: 1) doce meses de alquiler por un importe de hasta 1163,18 euros, más 172,47 euros por cada uno de los familiares definidos en b), siempre importes brutos y mensuales. 2) dieciocho meses de alquiler por un importe de hasta 902,55 euros, más 127,44 euros por cada uno de los familiares definidos en b), siempre importes brutos y mensuales. 3) veinticuatro meses de alquiler por un importe de hasta 766,74 euros, más 115,82 euros por cada uno de los familiares definidos en b), siempre importes brutos y mensuales. Para el cobro de las anteriores cantidades el trabajador deberá justificar documentalmente el alquiler».

Véase también el art. 27.3 VII Acuerdo marco del Grupo Repsol (BOE 4/4/2012), para concretar los Gastos de traslado: «Prestación por traslado. Cantidad a fondo perdido, a percibir en el momento del traslado. La cuantía total de determinará de acuerdo con los siguientes criterios: Trabajador: 10.494,58 €. Cónyuge o pareja de hecho: 3.148,32 €. Hijo: 1.574,17€. Se considerarán los hijos incluidos como beneficiarios de asistencia sanitaria en la cartilla de la Seguridad Social de cualquiera de los cónyuges o miembros de la pareja de hecho, con un máximo de dos. En el caso de traslado de un matrimonio, ambos cónyuges percibirán la parte de la prestación correspondiente al trabajador, ninguno percibirá la parte correspondiente a cónyuge y sólo uno de ellos percibirá la correspondiente a hijos. El importe de esta prestación tendrá durante dos años, a contar éstos desde la fecha de traslado, la condición de préstamo sin interés de la Empresa al interesado, a reintegrar, por tanto, por el trabajador si en el curso de este período de tiempo causa baja en la empresa, salvo que dicha baja obedeciera a fallecimiento, invalidez o excedencia forzosa».

previando, en segundo lugar, fórmulas más genéricas, sin limitaciones en la cuantía, que abarcan, en principio, todos los gastos propios y de su familia, como, por ejemplo, sucede en el VI Convenio colectivo de Telefónica Móviles España, SAU. (BOE 9/10/2014): *«Si el traslado no se realizara a petición del interesado, el trabajador tendrá derecho a que se le abonen los gastos de traslado, tanto propios como de su familia y enseres, percibiendo, además, una indemnización equivalente a tres mensualidades»*.

Los diferentes mecanismos ideados tienen en común tres características: se abonan los gastos por traslados o desplazamientos forzoso, no voluntario, siempre se relacionan con los gastos efectivamente ocasionados erigiéndose como mecanismo compensatorio de carácter indemnizatorio no salarial, y exigen la justificación, más o menos detallada, más o menos intensa, de los gastos efectivamente soportados.

Pero junto con este tipo de medidas, que son las más comunes y también las más fáciles de regular y controlar, se han previsto otras más heterogéneas y difíciles de someter a un régimen conceptual común. Ayudas para *«la búsqueda de empleo para la pareja por parte de una empresa especializada»*²⁵, o *«ayuda escolar transitoria por causas justificadas»*²⁶. Pues bien, las posibilidades de desarrollo de este tipo

En el mismo sentido se conduce el art. 42.B) del Convenio colectivo de CLH Aviación, SA. (BOE 30/9/2011): *«El trabajador afectado por un traslado forzoso, salvo caso de sanción, tendrá derecho a que se le abonen los gastos de transporte de familiares y mudanza de enseres, así como a una indemnización que se fija en 52.319,48 euros para 2010 y en 53.156,59 euros para 2011. En el caso de que decida adquirir en propiedad una vivienda en el lugar a que ha sido trasladado, tendrá derecho a la concesión de un aval de hasta el 75% del importe de adquisición de vivienda, con el límite de que las amortizaciones no superen el 30% de los ingresos brutos, en su nuevo puesto, con una bonificación de cinco puntos de interés sobre las condiciones que el trabajador negocie con cualquier institución de crédito. El mencionado aval deberá ser solicitado por el interesado dentro del plazo preclusivo de seis meses a contar desde la fecha de incorporación a su nuevo puesto, teniendo que acompañar la documentación precisa a tal fin. El aval será otorgado por la Compañía en el plazo de los tres meses siguientes»*.

²⁵ Art. 12 del Convenio colectivo de Nunhems Spain, SAU (BOE 11/7/2012).

²⁶ Art. 37 del IX Convenio colectivo de la empresa Siemens, S.A. (BOE 15/8/2014).

Véase también el Art. 13 del V Convenio colectivo de Grupo Generali (BOE 14/8/2013) cuando prevé el abono de una *«ayuda escolar: Abono de 100 euros brutos mensuales por hijo, hasta el término del año en que cumpla la edad de 18 años, que se hará efectiva, en todo caso, una vez se acredite la matriculación de escolaridad en el Centro Educativo elegido»*.

de medidas abiertas no han sido frecuentemente transitadas por el negociador colectivo, que prefiere leer el escenario en términos económicos estrictos cuantificables numéricamente. Es más fácil, qué duda cabe, articular un sistema indemnizatorio cerrado y cierto, que abrir el convenio a la implementación de medidas más imaginativas y novedosas. Es cierto, también, que la recepción laboral de las primeras puede ser insuficiente para garantizar una completa satisfacción de los gastos ocasionados, especialmente aquellos de difícil cuantificación, que puede favorecerse con medidas más abiertas, menos encorsetadas, de contenido sustancial no eminentemente económico.

4. CONCLUSIONES

Los convenios colectivos no suelen incluir en los preceptos dedicados a la movilidad funcional menciones relativas a la igualdad entre hombres y mujeres. Muy probablemente porque no se aprecia como necesario. No hay, al parecer, una práctica generalizada discriminatoria por razón de sexo en la movilidad funcional, ni parece un campo abonado para generar problemas hermenéuticos o de aplicación.

Aun así tampoco estaría de más que se realizase algún tipo de mención genérica a los valores y principios que informan esta materia, entre los que debe ocupar un lugar preeminente la igualdad entre hombres y mujeres y la no discriminación por razón de sexo. Se tendría así un asidero hermenéutico sobre el que apoyarse para dar solución a problemas límite o fronterizos, en donde junto con la problemática de la conciliación se debatiera algún otro derecho preferente.

El traslado por reunificación familiar es un instrumento usual en los convenios colectivos, y muy útil desde el punto de vista de la conciliación familiar. Sería conveniente que en su proyección normativa se diese cobertura no sólo a las situaciones matrimoniales, sino también a las afectivas de derecho o de hecho. Por otro lado, y desde un punto de vista de su operatividad práctica, podría ser razonable que se incluyese expresamente en la concreción de la vacante la circunstancia de que dicho traslado preferente pueda serlo a un puesto de trabajo de similar configuración profesional, no de la misma categoría, pues se favorecería así la potencialidad de la movilidad.

Los mecanismos ideados para impedir el traslado forzoso o el desplazamiento temporal en determinadas circunstancias (maternidad, período de lactancia, hijos menores de determinada edad, etc.) deberían generalizarse en la negociación colectiva, deberían ser divisa de calidad del convenio en esta materia. Es un mecanismo sencillo de implementar, de eficacia directa y que protege muy bien a determinados colectivos especialmente sensibles.

La perspectiva indemnizatoria en traslados y desplazamientos ha sido cultivada por la negociación colectiva con fruición, incidiendo principalmente en la creación de un sistema cerrado de indemnizaciones, incluyendo todos los gastos que se le ocasionan al trabajador, sólo algunos de ellos, o incluso los de los familiares. Su mayor o menor amplitud indemnizatoria puede ser cuestionada, pero su propósito es eficiente. Pudiera ser razonable, no obstante la bondad de un buen sistema indemnizatorio cerrado, prever mecanismos más abiertos de indemnización, no cercenando la posibilidad de crear escenarios variables y móviles de ayuda a la conciliación: ayudas familiares de adaptación escolar, búsqueda de empleo de familiar, incentivos a la movilidad forzada no estrictamente económicos, preferiblemente de contenido horario o de jornada, etc. En este ámbito a lo mejor la búsqueda de soluciones más imaginativas descarga la presión indemnizatoria al alza que experimenta un sistema cerrado de indemnizaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- RUIZ CASTILLO, M^a. DEL M.: «Movilidad geográfica, funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo en convenios colectivos del sector», *Revista de trabajo y Seguridad Social*, núm. 18 (1995).
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «La movilidad geográfica de los trabajadores en los convenios colectivos recientes», en VV.AA. (RIVERO LAMAS, J.): *La flexibilidad laboral en España*, Universidad de Zaragoza, Instituto de Relaciones Laborales, Zaragoza, 1993.
- TORRENTS MARGALEF, J.: «La introducción de medidas de contrapoder en la regulación de la movilidad funcional en los convenios colectivos de empresa», en VV. AA. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R. J.): *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Capítulo Quinto
DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA
SOFÍA OLARTE ENCABO

SUMARIO

1.- ANÁLISIS CRÍTICO DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN Y ESBOZO EXPLICATIVO DE LA MISMA. 2.- DISCRIMINACIONES RETRIBUTIVAS DIRECTAS. 3.- DISCRIMINACIONES RETRIBUTIVAS INDIRECTAS. 4.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. – BIBLIOGRAFÍA.

1. ANÁLISIS CRÍTICO DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN Y ESBOZO EXPLICATIVO DE LA MISMA

La brecha salarial entre hombres y mujeres es la diferencia entre salarios partidos por trabajadores de ambos sexos sobre la base de la diferencia media de los ingresos brutos por hora de todos los trabajadores¹. Actualmente, la brecha salarial media entre hombres y mujeres en la Unión Europea es del 16,4%, media que en España es, según las cifras más optimistas, del 17,8%, en contraste con los mejores resultados académicos de las mujeres en el sistema educativo (el 60% de las personas con titulación universitaria en la UE son mujeres). Además, es importante tener en cuenta que la percepción de retribuciones inferiores de las mujeres está en la base de otras realidades discriminatorias económicas conexas: inferiores pensiones, peor calidad de vida y mayor riesgo de pobreza y exclusión social.

La explicación «laboral» —basada en factores relativos al tipo de contrato y condiciones de trabajo— de la brecha salarial entre hombres y mujeres remite a aspectos tales como la temporalidad, el trabajo a tiempo parcial y la menor implicación de las mujeres en puestos directivos o de responsabilidad relacionados con las exigencias de conciliación y la «doble jornada». En alusión al hecho de que el cuidado de los hijos y el trabajo doméstico recae mayoritariamente sobre las mujeres.

¹ El dato es suficientemente ilustrativo de la persistencia de la discriminación salarial entre sexos, pese a que el cálculo de la brecha por la UE no esté lo suficientemente ajustado por no considerar todos los factores que inciden en la diferencia (educación, experiencia laboral, número de horas de trabajo) y solo considerar el salario hora y no pagas extraordinarias y otros conceptos retributivos, que darían como resultado una brecha salarial superior.

Pero junto a esta explicación, los estudios sobre brecha salarial ponen de manifiesto otros datos menos evidentes: de un lado, en los casos de salarios más altos y más altas cualificaciones, los salarios de los hombres son, a su vez, más altos que los de las mujeres con alta cualificación y puestos de trabajo de dirección, además de que dichos salarios más elevados —correspondientes a altas cualificaciones— son más bajos en los sectores de mano de obra feminizados; y de otro lado, incluso haciendo abstracción del grado de cualificación, en los sectores de actividad «feminizados» los salarios en general son más bajos que en los «masculinizados»

La peor retribución del trabajo de las mujeres es una realidad incontestable en la UE y en nuestro país, pese al importante avance del Derecho Social antidiscriminatorio desarrollado en el ámbito de la UE, siendo el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades, especialmente por razón de sexo², el que mayor proyección normativa y política ha desplegado sobre los Estados miembros, destacando la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación —que derogó las siete directivas anteriores en esta materia—, cuyo artículo 4, dentro del Capítulo Primero sobre «Igualdad de retribución», que lleva por rúbrica «prohibición de discriminación» establece: «Para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de elementos y condiciones de retribución. En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la

² El artículo 141 del TUE establece que «Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor». Entendiendo, según el apartado 2, por retribución «el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo». Y la igualdad de retribución sin discriminación por razón e sexo, significa que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida: que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo. Y por último, el apartado 3 establece que el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

determinación de las retribuciones, este sistema se basará en criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos y se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo».

La noción jurídica de «trabajo de igual valor», clave en la lucha contra la discriminación retributiva de que son objeto las mujeres, está igualmente recogida en el ámbito internacional en el Convenio OIT núm. 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor.

Estas exigencias y nociones jurídicas específicas están recogidas expresamente en nuestro ordenamiento interno en el artículo 28 del ET, que establece que *«El empresario está obligado a pagar por la prestación de trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla».*

La noción jurídica de «trabajo de igual valor», es, por tanto, clave para poder determinar la existencia de discriminación retributiva —incorporada en el ET por la Ley 11/1994—, sin embargo, el artículo 28 ET no da una definición legal de «trabajo de igual valor». No obstante, podemos considerar que, tal como define la *Guía de buenas prácticas para garantizar la igualdad retributiva*, del Instituto de la Mujer, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 2001, *«se consideran trabajos de igual valor aquéllos a los que corresponde un conjunto equivalente de requerimientos relativos a capacidades (conocimientos, aptitudes e iniciativa), esfuerzo (físico, mental y emocional), responsabilidades (de mando o supervisión de personas, sobre la seguridad de los recursos materiales y de la información y sobre la seguridad y el bienestar de las personas) y condiciones de trabajo.* Es una definición que cuida una igual valoración de factores típicamente vinculados a uno u otro género, así, por ejemplo, cuando se tiene en cuenta el esfuerzo para valorar puestos de trabajo, se indica que se ha de considerar tanto el esfuerzo físico —típicamente masculino— como el mental —de ambos— y el emocional —más propio del género femenino—.

La noción de trabajo de igual valor es, por tanto, de gran utilidad para progresar en la igualdad retributiva, sin embargo, es preciso, conceptualmente hablando, proyectar la noción de trabajo de igual valor más allá del ámbito de una empresa o de un sector determinado, bus-

cando una noción de trabajo de igual valor de carácter general o global. En efecto, la diferente valoración social del trabajo de las mujeres y sus capacidades escapa del estricto ámbito empresarial o del ámbito de los convenios colectivos sectoriales y se produce entre diferentes sectores de actividad económica, unos masculinizados y otros feminizados. Por ejemplo, se pueden comparar los salarios del sector de limpieza con los salarios de limpieza de calles o recogida de basuras, donde se observa que, tratándose de una actividad similar, el hecho de que el trabajo (de similar requerimiento de capacidad, esfuerzo o responsabilidad) se lleve a cabo en el ámbito de diferentes sectores o ámbitos de convenios colectivos (uno feminizado y otro masculinizado) permite la introducción de grandes diferencias retributivas que reflejan una muy diferente valoración social del trabajo predominantemente masculinizado y del predominantemente feminizado, pese a que, paradójicamente, dicha diferencia resultaría ser respetuosa con el principio de igualdad salarial por trabajos de igual valor tal y como se viene definiendo —es decir, limitando el término de comparación al ámbito de la empresa o del sector—, y no globalmente como proponemos.

Bajo esta problemática subyace, más allá de prácticas empresariales discriminatorias —ya que el art. 28 ET sitúa al empresario como sujeto obligado a retribuir igualmente y sin discriminación— y de convenios colectivos con sistemas retributivos discriminatorios —ya que efectivamente son los convenios los instrumentos de regulación del régimen salarial con muy pocas normas estatales de derecho necesario relativo— estamos ante un problema de base cultural, social y económica: la infravaloración de tareas y sectores de actividad típicamente femeninos y la no resolución de la cuestión del «trabajo reproductivo». Es decir, en primer lugar, nuestra sociedad se sustenta en una cultura que valora más características del esfuerzo masculino que del femenino (por ejemplo, esfuerzo físico y fuerza física frente a habilidades comunicativas). No puede ser más ilustrativa de la valoración social de determinados trabajos la STC 145/1991, de 1 de julio; valoración que el TC trata de combatir cuando declara: *«el órgano judicial ha considerado objetivamente justificada la diferencia de tratamiento económico entre peones y limpiadoras en atención a la mayor penosidad y esfuerzo físico que caracteriza a la categoría de peón. Sin embargo, la utilización exclusiva e irrazonable de este criterio objetivo ha producido consecuencias desiguales y perjudiciales para la mujer. Se ha partido de una premisa no demostrada, la mayor*

penosidad y esfuerzo físico, dando más valor así injustificadamente a una cualidad predominantemente masculina, desconociéndose otras características del trabajo (atención, cuidado, asiduidad, responsabilidad, etc.) más neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos». Y es que realmente, los convenios colectivos, al valorar el trabajo y establecer la retribución, reproducen valores sociales que priman características típicamente masculinas.

Y, en segundo lugar, que la incorporación masiva de las mujeres al mercado de trabajo no ha venido acompañada de un cambio social y político —ni una solución— en la asignación del trabajo «reproductivo», lo que supone que las mujeres sigan asumiendo éste además del «productivo», lo que se traduce en que éstas se desenvuelvan en el mercado de trabajo con limitaciones derivadas de la conciliación familiar y el trabajo doméstico, y ello las «penaliza» en el mercado, sin que se haya procedido a asignar una retribución por este trabajo «reproductivo», ni se hayan explorado otras alternativas.

La negociación colectiva es el instrumento regulador por excelencia del salario y demás condiciones de trabajo, por lo que la hipótesis explicativa de la discriminación salarial más sencilla pasaría por la «culpabilización» de los convenios colectivos y de los propios agentes sociales. Planteado en estos términos el problema, nos proponemos analizar en qué medida es cierto que los convenios colectivos se limitan a reproducir estos esquemas sociales, culturales y económicos. Hasta ahora todos los estudios doctrinales sobre la materia, incluso reconociendo algunos avances apuntan a esta hipótesis, sin embargo, merece la pena ahondar más, yendo más allá de los datos, en la búsqueda de una explicación —no justificación— de las razones que están en la base de la realidad, pues solo comprendiendo el por qué, en su caso, podríamos plantear los cambios necesarios para que la igualdad retributiva sea una realidad en un futuro cercano. Y es que, pese al relevante papel de la autonomía colectiva para progresar en la igualdad retributiva, la cuestión es más compleja dadas sus limitaciones en orden a modificar valores culturales muy arraigados y a proporcionar alternativas económicamente viables. Acogiendo la «concepción compleja del Derecho»³ como suma de elementos sustantivos —*outputs* del sistema jurídico, fuentes positivas—, estructurales —instituciones

³ FRIEDMAN, I.: «Legal culture and social development» en *Law and the behavioral sciences*, Indianapolis 1969, pp. 1000 y ss.

y organización— y culturales —actitudes y valores que ensamblan el sistema como un todo unitario—, es éste último (el elemento cultural) el que determina el verdadero lugar del Derecho en el conjunto de la sociedad. Pues bien, en el caso de la discriminación retributiva entre mujeres y hombres podríamos decir que contamos con un marco jurídico —internacional, comunitario, constitucional e interno— suficiente, que prohíbe cualquier forma de discriminación en el empleo y condiciones de trabajo, muy especialmente por razón de género y en materia retributiva. Igualmente, contamos con un conjunto estructural y organizativo adecuado para la consecución del mandato legal, sin embargo, la realidad, las actitudes y los valores muestran la insuficiente asunción de un modelo retributivo no discriminatorio por razón de género, siendo éste el reto en el que puede hacer una gran aportación la negociación colectiva.

2. DISCRIMINACIONES RETRIBUTIVAS DIRECTAS

Con carácter general las mujeres perciben retribuciones inferiores que los hombres, y ello sean cuales sean las circunstancias laborales, personales y empresariales. Si se observan factores personales, es claro que a mayor nivel de formación y cualificación, más alta posición jerárquica y más edad los salarios son superiores tanto si son hombres como mujeres. Sin embargo, la brecha de género se mantiene aún en iguales condiciones personales⁴. Si se analizan las características de la empresa, se comprueba que la mayor dimensión, la intensa actividad exportadora, el ámbito de aplicación del convenio aplicable más reducido, la forma jurídica de sociedad anónima inciden en niveles salariales superiores, sin embargo la brecha salarial es incluso superior. Brecha que llega casi al 37% en empresas que establecen sistemas de trabajo por rendimiento. Y si consideramos el sector, por ejemplo la construcción, la brecha crece en aquéllos típicamente masculinizados. Por último, en función del tipo de contrato de trabajo, los niveles retributivos son superiores cuando se trata de contratos indefinidos y a jornada completa, que están masculinizados, frente a la feminización de las modalidades temporales y a tiempo parcial.

⁴ Puede consultarse el documento «Determinantes de la brecha salarial de género en España. Un análisis de la retribución en función de las características personales, empresariales y de la competitividad», www.msssi.gob.es/.../IgualdadOportunidades/.../Igualdad_salarial/Brecha.

La existencia de tan importantes diferencias retributivas encuentra su fundamentación jurídica en los convenios colectivos, sin embargo, puede afirmarse que en estos momentos los convenios no contienen ningún tipo de diferencia abierta o groseramente discriminatoria, es decir, no hay en los convenios colectivos cláusulas que de forma expresa e intencional establezcan diferente salario en función del sexo. Estudios previos sobre la negociación colectiva ya han puesto de manifiesto la práctica o total desaparición de este tipo de discriminaciones, lo que casa con la desaparición de procesos de impugnación judicial por esta causa⁵.

Los negociadores han prestado especial atención a la configuración de los grupos profesionales, evitando diferenciar puestos de trabajo o grupos en masculino o femenino, de impacto directo en la retribución. Se observa que los convenios utilizan bien el masculino y el femenino (camarero/camarera), bien una denominación neutra (personal de...) en todos los grupos profesionales y en los puestos de trabajo. No obstante, el proceso de depuración terminológica en los sistemas de clasificación profesional no ha concluido, por la persistencia del empleo de uno u otro género para denominar grupos profesionales y puestos de trabajo que de hecho están masculinizados o feminizados.

En los momentos actuales se percibe cierta falta de decisión sobre el género a emplear en la denominación de grupos profesionales, siendo muchos los que cambian de criterio, sin que los cambios tengan un sesgo sexista. Por ejemplo el Convenio Colectivo Estatal de Comercio Minorista de Droguerías, Herboristerías y Perfumerías al regular en el artículo 47 incrementos salariales emplea en unos casos ambos géneros —«directores/as», «consejeros/as de venta y de imagen del establecimiento»— mientras que en otros se emplea únicamente el masculino —«Mandos» dentro del que incluye a «jefe»

⁵ *Vid.* en este sentido, LOUSADA AROCHENA, Jaime: «Principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres: la aplicación judicial por la jurisdicción ordinaria», en *Actualidad Laboral*, 2004, Tomo I, pg. 11 y ss.; VV.AA., coord. DEL REY GUANTER, Salvador: *El estado actual de la negociación colectiva en España. Balances y perspectivas*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, MTAS, Madrid, 2003; PEREZ DEL RÍO, Teresa: «Discriminación por razón de género y negociación colectiva», en VV.AA., *El estado actual de la negociación colectiva... op. cit.* Para tener una visión evolutiva de la progresiva desaparición de cláusulas de discriminación directa, *vid.* QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz: *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Marcial Pons, Barcelona, 1996.

de unidad, sector, equipo y sección— No cabe derivar del empleo de uno u otro género la existencia de trato discriminatorio por cuanto tanto el grupo de directores/as como el de «mandos» tienen la misma retribución.

Más allá del ejemplo concreto, en general, el empleo del género masculino sólo o el de ambos géneros en las tablas salariales, obedece, en algunos casos, a la inexistencia de un término neutro o del término correspondiente en femenino —por ejemplo mandos, no existe «mandas»—. En otros, ante la falta de un criterio gramatical claro de cómo o cuando emplear un género u otro sin incurrir en discriminación, lo resuelven con una cláusula definitoria en la que establecen que aunque se emplee sólo el masculino se incluye o alude indistintamente a ambos géneros. Lo relevante, más allá de una cuestión de lenguaje cuya complejidad no nos corresponde analizar aquí, es que, bajo el «caos» gramatical que ha provocado la búsqueda de un lenguaje no sexista, no se «escapen» algunas discriminaciones salariales directas, por la adscripción de grupos profesionales y puestos de trabajo según sexo de los trabajadores.

3. DISCRIMINACIONES RETRIBUTIVAS INDIRECTAS

El análisis de las cláusulas de los convenios colectivos pone de manifiesto que se ha completado el proceso de depuración de las discriminaciones directas en materia retributiva, sin embargo, no se puede afirmar lo mismo de las discriminaciones indirectas⁶, que son mucho más sofisticadas y difíciles de identificar, ya que se ocultan bajo regulaciones formalmente neutras, debiendo analizar el resultado objetivamente desfavorable en el género femenino. Este criterio, el resultado desfavorable que incide de una forma desproporcionada sobre un sexo, aunque formalmente no sea selectivo, es el seguido doctrinal y jurisprudencialmente para determinar cuándo se está ante una regulación convencional discriminatoria indirecta.

⁶ Sobre esta evolución, *vid.*, QUINTANILLA NAVARRO, B.: Diferencias salariales por razón de sexo, Marcial Pons, Madrid, 1996 y LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres: la aplicación judicial por la jurisdicción ordinaria, AL, 2004, Tomo, pg. 15.

De hecho vamos a identificar las que, desde nuestro punto de vista, tienen mayor presencia en la práctica convencional, concretando aquéllas cláusulas que resultan indirectamente discriminatorias. Y a partir de los datos, se llegará a la determinación de los aspectos o circunstancias que están en la base de diferencia retributiva.

La prohibición de discriminación salarial indirecta por razón de género está expresamente establecida en numerosos convenios —generalmente, convenios que cuidan no incurrir en un lenguaje sexista—. Es decir, abundan las cláusulas pedagógicas o recordatorias de lo dispuesto en el art. 28 del ET, que como es sabido, prohíbe estas discriminaciones retributivas en sentido amplio, cualquiera que sea la naturaleza, salarial o extrasalarial, y sin que se admita discriminación «en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla»; lo que implica una cláusula prohibitiva absoluta de discriminación económica por razón de sexo. La generalización de esta cláusula en los convenios no se considera superflua, por más que se trate de meras cláusulas generales que reproducen lo establecido legalmente⁷, exigiendo iguales salarios para trabajos de igual valor. Son estipulaciones que con frecuencia aparecen en primer lugar, encabezando el capítulo dedicado a la regulación del salario y las retribuciones.

Del estudio de los convenios colectivos de ámbito nacional actualmente en vigor, se desprende que, de entrada, las cláusulas que incurren o pueden incurrir en formas de discriminación retributiva indirecta se centran más en los complementos salariales y otros conceptos retributivos que en la regulación del salario base. El análisis de las formas de discriminación en la regulación de los salarios base nos obligaría a analizar los sistemas de clasificación profesional —que son objeto de estudio en otro capítulo de esta obra— y poner en relación dichos sistemas con los salarios bases, para lo que nos remitimos expresamente a dicho capítulo. Por tanto, en esta parte se analiza fundamentalmente la incidencia de cláusulas discriminatorias en materia retributiva a través de la regulación de complementos salariales y otros conceptos retributivos diversos.

⁷ *Vid.*, a título ilustrativo el II Convenio Colectivo de Transportes y Trabajos Aéreos con Helicópteros y su Mantenimiento y Reparación, cuyo artículo 50 reproduce el principio de igual salario por trabajo de igual valor.

En primer lugar, uno de los complementos salariales más generalizados y cuantitativamente de más relevancia económica son los que premian la antigüedad —«premios de antigüedad»—, sobre todo las de muy larga duración, que, pese a no distinguir formalmente entre sexos, favorecen a los trabajadores masculinos que son quienes por razones históricas se hallan vinculados a las empresas por períodos más dilatados. Por ejemplo, el Convenio Colectivo Estatal de Comercio Minorista de Droguerías, Herboristerías y Perfumerías establece en su artículo 50 un complemento salarial por llevar trabajando en la empresa 25 o 48 años de antigüedad, denominado «bodas de oro y plata». Sin embargo, lo cierto es que se está produciendo un cambio importante en este complemento, ya que cada vez más convenios están limitando o suprimiendo este componente retributivo, precisamente para evitar discriminar desfavorablemente a los trabajadores temporales, lo que, a la postre supone evitar una discriminación salarial indirecta de las trabajadoras⁸, por más que el TJCE —Sentencia de 3 de octubre de 2006, Caso Cadman, asunto C-17/05— haya considerado conforme al derecho comunitario antidiscriminatorio este tipo de complementos, por considerar que su finalidad es legítima (recompensar la experiencia adquirida, que contribuye a la mejor realización de las tareas); y ello aunque el propio TJCE reconozca, incluso, que objetivamente los complementos por antigüedad perjudican a las mujeres, con tasas de temporalidad y rota-

⁸ Así, por ejemplo, conduce a la desaparición de la retribución de la antigüedad el Convenio Colectivo estatal de empresas de elaboración de productos del mar con procesos de congelación y refrigeración. Artículo 15. Complemento personal por años de servicio prestados. En las empresas afectadas por este convenio en las que se viniese abonando un complemento o plus por años de servicio prestados para la empresa —conceptos de antigüedad o equivalentes—, se mantendrá dicho concepto salarial en los siguientes términos: A) Para aquellos trabajadores con relación laboral vigente al 31 de diciembre de 2003 con la empresa, continuarán percibiendo con la denominación de complemento consolidado personal el mismo importe que percibían por antigüedad, complementado con la parte proporcional correspondiente al trienio o quinquenio, u otro módulo de cálculo que rigiese en la empresa a la fecha de 1 de enero de 2004, y que estuviera en trance de adquisición. No obstante, los trabajadores que a la fecha de 1 de enero de 2004 no contaran con 12 meses de antigüedad en la empresa no devengarán derecho a este complemento. El importe así resultante lo seguirá percibiendo con tal calificación de C.C.P., pero sin que se devenguen ya en el futuro más trienios —o módulo alternativo empleado en su empresa— por antigüedad. Este C.C.P. quedará ya como un importe fijo, tendrá carácter de no absorbible, y será objeto de revisión anual conforme al incremento salarial pactado en cada ejercicio. B) Para aquellos trabajadores contratados a partir del 1 de enero de 2004, ya no se devengará importe alguno por años de servicio prestados para la empresa, ni se devengará tampoco en aquellas empresas en las que ya con anterioridad al presente convenio no aplicasen a su personal retribución alguna por dicho concepto.

ción laboral significativamente superiores. En definitiva en un contexto como el español, con un mercado laboral fuertemente sustentado en el empleo temporal, parecería más razonable reducir la valoración económica de dichos complementos, a favor de otros complementos más neutros, así como exigir períodos de antigüedad más razonables (más cortos, anuales, por ejemplo), en coherencia con períodos acumulados de experiencia profesional en otras empresas y contrataciones anteriores; y finalmente, poner unos topes máximos a la acumulación de períodos de antigüedad. Es decir, en la medida en que los trabajadores tienden a sufrir una mayor rotación laboral, parecería lógico cambiar el criterio de medición de la previa experiencia laboral que es lo que quiere premiar la empresa a través de estos complementos, considerando todos los períodos anteriores —en la misma o en otras empresas— en los que el trabajador o trabajadora han desempeñado las mismas funciones. La configuración de estos complementos de antigüedad— al igual que los denominados premios de permanencia o vinculación a la empresa— en el sentido aquí sugerido sería más coherente con las características de nuestro mercado de trabajo y contribuiría a un acortamiento de la brecha salarial entre hombres y mujeres.

En segundo lugar, entre los complementos de puesto de trabajo, destacan por su elevada retribución los complementos por nocturnidad o turnicidad —con incrementos medios entre el 15% y el 25%—. Formalmente, los convenios que los regulan lo hacen en sentido neutro y no contienen diferencias de trato por razón de género (ni restringen el trabajo nocturno a los trabajadores masculinos), sin embargo, el hecho de que las mujeres sean menos proclives a aceptar ambas condiciones de trabajo (nocturnidad y turnicidad) por su incompatibilidad con las responsabilidades familiares determina que sean mayoritariamente hombres quienes perciben dichos complementos. Ello tiene una incidencia importante en la brecha salarial en la medida en que estos complementos suponen incrementos salariales muy relevantes, incluso superiores a complementos de penosidad que, en abstracto, pueden beneficiar por igual a trabajadores masculinos y femeninos, ya que las determinaciones temporales de la prestación de servicios afectan desfavorablemente a las mujeres frente a los hombres por motivos de conciliación⁹.

⁹ Por ejemplo, en sectores que no desarrollan actividades nocturnas por su propia naturaleza, el Convenio estatal de empresas de elaboración de productos del mar con procesos de congelación y refrigeración, que establece —art. 14.4. un incremento por nocturnidad del 25% respecto del trabajo diurno, mientras que el plus de penosidad por trabajos

Los convenios colectivos siguen contemplando diferencias salariales importantes en función del esfuerzo físico, criterio de diferenciación que el TC consideró conforme al texto constitucional, admitiendo la mayor retribución para los cargadores, descargadores y apiladores del convenio de manipulación y envasado de agrios de Murcia (STC 250/2000). La negociación colectiva adopta un concepto de «penosidad» o de peligrosidad restrictivo, sin considerar tales muchos tipos de actividades feminizadas (instrumentos cortantes, carga de estrés, contacto con público), por lo que sería recomendable identificar y adaptar a la evolución tecnológica y productiva dichos conceptos para una consideración más neutra de los mismos.

La falta de perspectiva de género puede verse igualmente en complementos salariales de festividad y descanso semanal, como el contemplado en el art. 40 del Convenio Colectivo Marco Estatal de ocio educativo y animación sociocultural, que establece, sin perjuicio de la compensación con tiempo de descanso equivalente, un incremento del 40% respecto del salario base por cada día trabajado en estas condiciones. Al igual que sucede con el complemento de nocturnidad, la mayoría de trabajadores que aceptan la realización de trabajos en festivos y durante el descanso semanal son hombres.

El complemento o plus de disponibilidad previsto en muchos convenios colectivos es, entiendo, indirectamente discriminatorio también, ya que premia el estar a disposición, en tiempo y espacio localizado, para la prestación de servicios, lo que afecta, como el resto de complementos que tienen que ver con el tiempo de trabajo, negativamente a las mujeres con cargas familiares, cuya disponibilidad es mucho más limitada.

En el mismo sentido que otros elementos relativos al tiempo de trabajo, el complemento por horas extraordinarias es otro de los componentes salariales que mayor incidencia tienen en la brecha salarial por razón de género, ya que establecen incrementos muy elevados que vienen a premiar la mayor dedicación al trabajo, opción que se vincula a comportamientos laborales típicamente masculinos, que, como en el resto de los aspectos temporales del

con temperaturas de —18 C o inferiores es del 25%, siendo la penosidad peor valorada que la nocturnidad. La valoración de esta diferencia perjudica a las mujeres, que, no teniendo mayores dificultades para sufrir la exposición a bajas temperaturas, en cambio sí las tienen para asumir un trabajo nocturno cuando compatibilizan su vida familiar.

contrato de trabajo, se explican en la predominante implicación femenina en la conciliación familiar. Así por ejemplo, en un sector ya de por sí masculinizado como el de empresas de transporte sin direccionar, el artículo 34 establece un complemento consistente en un incremento como mínimo del 50% respecto de la hora ordinaria. No puede decirse que los convenios colectivos estén desincentivando la realización de horas extraordinarias, optando mayoritariamente por la retribución, en lugar del descanso —que tiene un impacto neutro en la retribución— sino que, además, lo que es más grave, se establecen cuantías muy elevadas respecto al coste de las horas ordinarias. Desde la perspectiva de género, no cabe duda de que una regulación más moderada o que impusiera la compensación por tiempos de descanso, contribuiría a la equiparación salarial de hombres y mujeres, sin embargo, en períodos de crisis económica en la que los salarios no han crecido —incluso han decrecido—, no parece el escenario más oportuno para que esta sugerencia pudiera ser asumida por los negociadores. Y tampoco nuestros tribunales han considerado estas cláusulas indirectamente discriminatorias.

El complemento de asistencia o asiduidad previsto en algunos convenios trata no solo de luchar contra el absentismo laboral sino de evitar las faltas al trabajo en actividades en las que es especialmente grave la ausencia. En algunos casos, este complemento se regula en términos respetuosos con los derechos de conciliación familiar —siendo mujeres la mayoría en acogerse a los mismos—. Es el caso, por ejemplo del I Convenio Colectivo Estatal de Radiodifusión Comercial Sonora, cuyo art. 42, sobre estructura salarial, establece que para la percepción de dicho complemento es necesario no haber incurrido en más de dos faltas de asistencia por la causa que sea, exceptuando las faltas por IT en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional y permisos de maternidad y paternidad y otros permisos que guardan relación con los derechos de conciliación, por lo que realmente esta regulación no incurre en discriminación indirecta. Sin embargo, no todos los convenios son tan cuidadosos a la hora de regular el plus de asiduidad o asistencia. A título ilustrativo el III Convenio Colectivo de Acuicultura Marina Nacional, cuyo artículo 22 establece un «plus variable de producción» que el trabajador pierde por no asistencia al trabajo por cualquier causa salvo «reconocimiento médico por cualquier causa o empleo sindical».

Junto a los complementos salariales que premian aspectos que afectan al tiempo de trabajo y su flexibilidad, los complementos de penosidad suelen vincularse a actividades masculinizadas, sin embargo, no se pueden considerar indirectamente discriminatorios en la medida en que, en principio, pueden ser realizados igualmente por trabajadoras que por trabajadores; habiendo aceptado, además, el TC —entre otras STC 250/2000— las diferencias salariales por penosidad, aunque se vincule a trabajos masculinizados. Es incuestionable que los trabajos que exigen mayor esfuerzo físico son desempeñados mayoritariamente por hombres, sin embargo, siempre es posible buscar mecanismos de compensación entre géneros, premiando cualidades más femeninas. En el caso de una actividad penosa como el buceo profesional, el II Convenio Colectivo de buceo profesional y medios hiperbáricos establece complementos que premian el exceso de penosidad en una actividad que ya lo es de por sí (complementos de profundidad extrema, de profundidad prolongada, de inmersión en aguas contaminadas), a la vez que también se prima la diligencia preventiva (más vinculada al género femenino) a través del complemento de mantenimiento de equipos individuales de trabajo.

Entre los complementos de vencimiento periódico superiores al mes, las pagas extraordinarias tal y como están reguladas en los convenios colectivos no entrañan discriminación salarial y, por tanto, en principio, son neutras desde la perspectiva de género. Sin embargo, en la medida en que la forma de cálculo de las mismas incorpore o tenga en cuenta no solo el salario base sino determinados complementos específicos, traslativamente, las pagas extraordinarias comportan diferencias salariales importantes entre hombres y mujeres que en algún caso pueden comportar una discriminación indirecta. Así a título de ejemplo, el Convenio Colectivo Marco Estatal de ocio educativo y animación sociocultural, establece —art. 48— que «Los trabajadores y trabajadoras comprendidos en el ámbito de aplicación del presente convenio deben percibir, como complemento periódico de vencimiento superior a un mes, el importe de 2 gratificaciones extraordinarias, equivalentes cada una a una mensualidad de salario base y la parte proporcional de los complementos específicos en media anual». Es decir, que la paga extraordinaria tiene un efecto multiplicador sobre la brecha salarial en la medida en que potencia las diferencias que se producen a través del sistema de complementos salariales, existiendo alternativas

de cálculo más neutras en las que no se tengan en cuenta complementos indirectamente discriminatorios o que son los principales causantes de la diferencia entre géneros.

La regulación convencional de los anticipos salariales con cargo al trabajo ya realizado o por antigüedad o permanencia no contienen discriminación directa por razón de sexo, sin embargo, en la medida en que se restringen a los trabajadores que tienen una determinada antigüedad en la empresa —seis meses, un año—...—, y teniendo en cuenta la mayor tasa de temporalidad de las trabajadoras, se podría considerar que dicha exigencia comporta una discriminación indirecta. Siendo, además, una exigencia carente de justificación objetiva, ya que el anticipo se limita a retribuciones ya devengadas, sea cual sea la antigüedad. En tal sentido el Convenio Colectivo Estatal de Comercio Minorista de Droguerías, Herboristerías y Perfumerías —art. 49— lo limita a los trabajadores con seis meses de antigüedad. En contraste, más razonable parece la regulación establecida por el Convenio Colectivo de Transporte de Mercancías por Carretera (art. 24), que no condiciona los anticipos a ningún requisito de antigüedad previa, lo que resulta no solo más conforme con el principio de no discriminación sino con la naturaleza de estos anticipos con cargo al trabajo ya realizado y devengados.

Una de las tendencias salariales más destacable es, desde luego, la introducción de sistemas de retribución variable, resultando llamativo que, al margen de factores relacionados con la productividad, se incide también en los aspectos temporales de la prestación de servicios. El II Convenio Colectivo General del sector de servicios de asistencia en tierra en Aeropuertos —Handling—, destaca por su mayor cuantía el complemento de jornada fraccionada (art. 28.6), que por su desigual impacto en trabajadores de uno y otro sexo debiera reconsiderarse, o, al menos, compensarlos con otras circunstancias o factores más ligados al sexo femenino, al margen de que no hay una clara vinculación entre jornada partida y productividad. Relacionado con ello, los pluses o complementos por beneficios o resultados de las empresas, tal y como se regulan en los convenios colectivos, suelen quedar restringidos a determinados grupos de trabajadores vinculados a funciones de dirección, lo que, en función de que las mismas estén desempeñadas solo o predominantemente por hombres, pueden considerarse regulaciones que incurren en discriminación indirecta (por el impacto o efecto objetivamente desfavorable sobre la retribución de las mujeres).

En algunos casos, los convenios implantan medidas tendentes a la igualación a través de figuras como «conceptos salariales generales», que son los que perciben todos los trabajadores y que se compone, por ejemplo en el Convenio Colectivo estatal de Reforma Juvenil y Protección de Menores, de salario base, más complemento específico y complemento de antigüedad, que se denomina «salario mínimo garantizado». Son convenios que, aunque contemplan complementos salariales que premian factores relacionados con el tiempo de trabajo, establecen cuantías más moderadas por nocturnidad y festividad —en torno al 10%, frente a convenios en los que estos complementos alcanzan el 50% de incremento respecto a los tiempos ordinarios de trabajo—.

Los conceptos retributivos, aunque no tengan naturaleza salarial, que consisten en percepciones económicas relacionadas con las obligaciones familiares cuentan con una regulación que puede calificarse de excepcional —en cuanto no es muy frecuente su previsión—. En los casos en que se contemplan, los preceptos convencionales son cuidadosos en lo que a género se refiere, ya que emplean expresamente el masculino y el femenino —no el femenino de forma exclusiva—, por lo que pueden beneficiarse de ellos tanto los trabajadores masculinos como los femeninos. No podemos afirmar que se trate de una percepción que incurra en discriminación indirecta, es más el hecho de que se asigne indiferenciadamente a trabajadores masculinos y femeninos vendría a sustentar la tesis de que la negociación colectiva pretende una mayor implicación de los trabajadores masculinos en la conciliación familiar, sin embargo, nada más lejos de ello, ya que, no se hace ningún tipo de distinción y únicamente se condiciona su concesión a tener hijos menores de una edad, tener gasto de guardería y contar con un mínimo de antigüedad en la empresa¹⁰. Y, sobre las dudas que suscita este tipo de previsiones, supuestamente igualatorias para lograr una mayor implicación de los hombres en el cuidado de los hijos, la STC 128/1987 declaró constitucional precisamente lo contrario, es decir, la adecuación constitucional de cláusulas convencionales que preveían dicha ayuda solo para el personal femenino con hijos de corta edad, ya que la situación de unos y otros ha variado, teniendo las mujeres mayores dificultades de acceso y permanencia en el empleo. Doctrina que posteriormente ha aplicado la jurisdicción social.

¹⁰ *Vid.* el Convenio Colectivo Estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria.

En otros casos la «ayuda a guardería» se regula sobre un principio de proporcionalidad, no entre el coste mensual y la cuantía de la ayuda, evidentemente, sino entre la contratación a tiempo completo o a tiempo parcial. De modo que los trabajadores a tiempo parcial tienen derecho a una parte de dicha ayuda directamente proporcional a su tiempo de trabajo. Desde mi punto de vista, y aunque la mayor parte de los trabajadores a tiempo parcial sean mujeres, la objeción a dichas regulaciones no radica en ello sino en el hecho de que cuando una trabajadora a tiempo parcial utiliza servicios de guardería, en muchos casos no puede utilizarlos parcialmente, ya que el coste mensual y horario es único, lo que determina que el presupuesto de que estos trabajadores tienen más tiempo para el cuidado de los hijos no sea conciliable con horarios e inscripciones flexibles en guarderías.

En cuanto a los complementos por IT, muy generalizados en la negociación colectiva, la única objeción detectada desde la perspectiva de género es la exigencia de períodos de antigüedad en la empresa para su percepción. La razón, en parte, ya está dicha y nos remite a la mayor incidencia de la temporalidad sobre las trabajadoras que sobre los trabajadores, lo que puede comportar que sean muchas más mujeres trabajadoras que hombres trabajadores quienes no devenguen el derecho a esta mejora de la Seguridad Social, además de su escaso acomodo a las características de nuestro mercado laboral y la cuestionable razonabilidad de la exigencia en función de la finalidad perseguida.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A lo largo de las páginas anteriores se ha puesto de manifiesto la complejidad de factores que inciden en la resistencia a la desaparición de la brecha salarial entre mujeres y hombres. Brecha que sólo parcialmente se va acortando por la vía de la superior cualificación de las mujeres. Son muchas las variables a considerar, sin embargo, limitando lo más posible —ya que es imprescindible tenerlas en cuenta también— la cuestión al estricto ámbito de la incidencia de los convenios colectivos en la existencia de diferencias salariales discriminatorias por razón de género, varias son las razones que explicarían los escasos progresos en el ámbito de las discriminaciones retributivas indirectas, una vez se ha superado la fase inicial de depuración de las cláusulas convencionales directamente discriminatorias.

En primer lugar, se constata que la brecha salarial existente se sustenta, tanto sobre las diferencias derivadas de la percepción de complementos salariales, como también en las diferencias en los salarios base entre actividades masculinizadas y feminizadas. La diferente valoración del salario por unidad de tiempo (salario base) entre trabajos que no requieren alta cualificación, reside en la superior consideración del esfuerzo físico o la especial penosidad, por lo que cualquier cambio retributivo de los salarios base pasaría por revalorizar otros aspectos no predominantemente masculinos de los trabajos no cualificados (carga de estrés, carga de atención continuada, precisión...). Y en ese sentido, se habría de avanzar hacia un concepto más general e intersectorial de «trabajo de igual valor».

En segundo lugar, los complementos salariales parecen premiar retributivamente aspectos relacionados con la productividad y los tiempos de trabajo y su flexibilidad. Incluso se vincula la productividad, más que con resultados objetivos, con aspectos temporales de la prestación de servicios. Ello pone de manifiesto el enorme valor que las empresas dan a este aspecto de la prestación laboral, tanto como para retribuirlo especialmente. La negociación colectiva refleja esta apuesta empresarial por la amplia disponibilidad temporal de los trabajadores, lo que se refleja en la estructura retributiva (pluses como el de nocturnidad, turnicidad, festividad y descanso semanal, asiduidad, jornada partida., horas extraordinarias, disponibilidad...) son complementos en ascenso cuantitativamente y cualitativamente hablando. Y es precisamente el tiempo de trabajo el aspecto en el que las mujeres trabajadoras están más fuertemente limitadas por las obligaciones en el ámbito de la conciliación familiar. Es fácil indicar que lo correcto debiera ser rebajar el valor de este tipo de complementos por su impacto negativo sobre las trabajadoras y, en su lugar, introducir otros nuevos más neutros desde la perspectiva de género. Sin embargo, los empresarios retribuyen aquéllos aspectos que consideran más valiosos de la mano de obra que contratan y a la vista está que valoran la disponibilidad y flexibilidad horaria y la asiduidad, siendo valorado como un aspecto clave para la competitividad de la empresa.

Siendo conscientes de esta realidad económica y social, que excede a los agentes sociales, lo cierto es que la negociación colectiva puede incidir en la innovación, sobre todo, de los complementos salariales tradicionales, reduciendo el peso específico de algunos e introduciendo otros nuevos. Pero ello exige un cambio de valoración

social del trabajo de las mujeres que debe comenzar con el estudio de los factores diferenciales del trabajo feminizado para reivindicar su valoración y poder llegar a introducirlo en los convenios colectivos, de forma ponderada con los componentes retributivos que favorecen mayoritariamente a trabajadores masculinos. Aquí nos hemos limitado a sugerir algunos cambios progresivos en esa dirección con el objeto de proceder a la revisión de las estructuras salariales tradicionales, sin desconocer las necesidades de la contraparte empresarial.

BIBLIOGRAFÍA

- CABEZA PEREIRO, Jaime: «Derecho colectivo y principio de igualdad», en VV.AA. *Ley de Igualdad y contrato de trabajo*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2007.
- LOUSADA AROCHENA, Jaime: «Principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres: la aplicación judicial por la jurisdicción ordinaria», en *Actualidad Laboral*, 2004, T. I.
- QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz: *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Marcial Pons, Barcelona, 1996.
- PÉREZ DEL RÍO PEREZ DEL RÍO, Teresa: «Discriminación por razón de género y negociación colectiva», en VV.AA., *El estado actual de la negociación colectiva en España. Balances y perspectivas*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2003.
- VV.AA., coord. DEL REY GUANTER, Salvador: *El estado actual de la negociación colectiva en España. Balances y perspectivas*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, MTAS, Madrid, 2003.
- VV.AA. (dir. LOUSADA AROCHENA): *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2008.

Capítulo Sexto
EL TIEMPO DE TRABAJO Y SU ORGANIZACIÓN
M^a TERESA VELASCO PORTERO

SUMARIO

1.- CUESTIONES GENERALES. IGUALDAD, ORGANIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y PODER DE DIRECCIÓN. 2.- LA DURACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA JORNADA: 2.1. Jornada máxima. 2.2. Jornada continuada vs. Jornada partida. 2.3. Descanso semanal. 2.4. Turnicidad. 2.5. La flexibilidad en la distribución de la jornada: jornada irregular y jornada flexible. 2.5.1. Jornada irregular. 2.5.2. Jornada flexible (flexibilidad horaria en atención a las necesidades del trabajador). 2.6. Desarrollo del art. 34.8 ET: el derecho del trabajador a la modificación o adaptación de su jornada en los términos establecidos en la negociación colectiva. 3.- LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR NACIMIENTO DE HIJOS PREMATUROS, LA REDUCCIÓN POR GUARDA LEGAL O CUIDADO DE FAMILIARES Y LA REDUCCIÓN POR ENFERMEDAD GRAVE DEL MENOR. 3.1 Introducción. 3.2. La reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares. 3.3. Reducción de jornada para el cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave. 3.4. Reducción de jornada por parto prematuro. 4.- LOS PERMISOS POR MOTIVOS FAMILIARES. 4.1. El permiso por matrimonio. 4.2. El permiso por nacimiento e hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. 4.3. Permiso por traslado. 4.4. Los permisos por motivos médicos. 4.5. Otros permisos. 4.6. Permisos no retribuidos. 5.- EL PERMISO DE LACTANCIA. 6.- LAS VACACIONES. – BIBLIOGRAFÍA.

1. CUESTIONES GENERALES. IGUALDAD, ORGANIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y PODER DE DIRECCIÓN

La cuestión del tiempo de trabajo y su organización es un factor clave para la consecución de la igualdad de oportunidades en la empresa. Es sabido que nuestra sociedad sigue guardando un esquema tradicional de reparto de las responsabilidades familiares de forma tal que, a pesar de que en los últimos años se ha avanzado en la coresponsabilidad, las mujeres siguen asumiendo en mayor medida que los hombres las tareas del hogar y el cuidado de menores y dependientes¹. Por tanto, las disposiciones convencionales que regulen este tema, aunque aparentemente sean neutras, tienen efectos distintos sobre hombres y sobre mujeres. Las medidas de flexibilidad empresarial extrema, por ejemplo, impedirán en muchas ocasiones que las mujeres puedan mantener su puesto de trabajo, por no serle compatible con

¹ Este distinto reparto de roles se pone de manifiesto en los datos publicados por el INE sobre empleo se pueden encontrar en la página web del INE, en la publicación *Mujeres y Hombres en España*, uno de cuyos capítulos está dedicado a Empleo del tiempo y conciliación trabajo y familia. También se pueden consultar en este sentido las estadísticas publicadas por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, sistematizadas en la página web del Instituto de la Mujer: por ejemplo, en 2014 la excedencia para el cuidado de hijos se tomó por las madres en un 94,02% de los casos; la excedencia por cuidado de familiares se tomó por mujeres en el 84,67% de los casos. Con respecto al uso del tiempo, la última Encuesta de Uso del Tiempo (2009-2010) ponía de manifiesto que mientras las mujeres dedican un total de 4 h 7' al día al «hogar y familia» los hombres le dedican 1 h 54'. Especialmente llamativo es el resultado que arroja el módulo del año 2010 de la Encuesta de Población Activa sobre conciliación entre la vida laboral y familiar, según el cual el 97,3% de las personas ocupadas a tiempo parcial por hacerse cargo del cuidado de hijos de 14 o menos años (propios o de la pareja) eran mujeres. *Vid.* KAHALE CARRILLO, D. «Igualdad y no discriminación», en AAVV (Dir. SEMPERE NAVARRO, A.), *La reforma laboral de 2010, comentarios al RDecreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

las responsabilidades familiares que en la práctica están asumiendo ellas. También son cuestionables las medidas «paternalistas» que, teniendo como únicas destinatarias a las mujeres, finalmente las abocan a reducir su jornada, o abandonar temporalmente el trabajo con la consiguiente pérdida de poder adquisitivo y perjuicio de su carrera profesional.

Por ello, desde una perspectiva de género, desde luego hay que prestar atención a la cuestión de si se le establecen límites a la flexibilidad empresarial y si se apuesta por la participación de la persona trabajadora en la configuración de su horario, así como si están suficientemente cubiertas las eventualidades familiares que deben prevalecer sobre la prestación ordinaria del trabajo (no solo las relativas al cuidado de los niños, sino todas las que tienen que ver con la atención a mayores dependientes). Pero también, y de manera muy importante, hay que observar si se están introduciendo medidas de corresponsabilidad, que favorezcan que los hombres avancen en la asunción de responsabilidades familiares. Es decir, analizar si se están tomando medidas que eliminen los obstáculos que en la mayoría de las ocasiones perjudican a la mujer en el desarrollo de su vida profesional y, al mismo tiempo, si se está apostando por la corresponsabilidad facilitando a ambos sexos, en igualdad de oportunidades, conciliar su vida personal, laboral y familiar.

La negociación colectiva podría desarrollar un gran papel en este sentido, puesto que la organización del tiempo de trabajo es un tema delicado y al tiempo conflictivo, en el que confluyen los intereses del trabajador derivados de sus necesidades de conciliación de vida laboral, familiar y personal, y los intereses del empresario derivados fundamentalmente de sus necesidades organizativas y productivas. Ambas partes demandan flexibilidad, pero con sentidos diferentes: una parte demanda flexibilidad para ajustar el tiempo de trabajo a las necesidades de la empresa y la otra flexibilidad para ajustar el tiempo de trabajo a las necesidades personales y familiares. El choque entre las dos caras de la flexibilidad es inevitable, con una casuística tan amplia que resulta imposible que pueda ser abarcada por vía legislativa; por tanto, por más que la ley contenga múltiples disposiciones regulando el régimen de ejercicio tanto de los derechos de conciliación como del poder de dirección y organización del empresario, la solución más eficaz y práctica va a pasar siempre por la vía del consenso, tanto a través de pactos colectivos como de acuerdos individuales.

Sin embargo, pese a la creciente importancia de la conciliación, la protección a la familia y la igualdad de oportunidades, lo más llamativo de los convenios analizados es que, en este tema, siguen apostando en primera instancia por la primacía de las necesidades de la empresa. Esto es apreciable incluso en las cláusulas generales de los convenios, donde la gran mayoría reconoce que la facultad de organización del trabajo forma parte de los poderes del empresario, mencionando expresamente en algunos casos la organización del tiempo de trabajo: «Será facultad de la empresa la organización en los centros de trabajo de la jornada más conveniente, estableciendo a tales efectos turnos de trabajo, jornada continuada, etc., de conformidad con la legislación vigente»².

Excepcionalmente se establece alguna fórmula de participación de los trabajadores en la organización de su propio tiempo de trabajo, al margen de las preferencias para el cambio o la elección de turno que veremos en el apartado correspondiente, más adelante. Nos referimos a lo establecido con respecto al Grupo de mandos en el art. 29 CC de grandes almacenes³, aunque quizás este ejemplo no es demasiado afortunado porque, en la práctica, ha sido criticado por utilizarse de manera torticera, subordinando las necesidades personales de trabajador a las organizativas⁴.

² Art. 28 CC para la fabricación de conservas vegetales: «Será facultad de la empresa la organización en los centros de trabajo de la jornada más conveniente, estableciendo a tales efectos turnos de trabajo, jornada continuada, etc., de conformidad con la legislación vigente».

³ «Los trabajadores encuadrados en el Grupo de mandos podrán flexibilizar su horario de forma que puedan modificar sus tiempos de trabajo y descanso atendiendo a los ciclos y necesidades específicos del puesto o coordinándolos con otros trabajadores de su misma responsabilidad, siempre que quede garantizada una correcta atención a los objetivos del puesto»; de forma similar en el art. 28.3 del CC Grupo Eroski, el art. 21 CC del Grupo Champion y el art. 15.X del CC de Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA. Esta posibilidad de flexibilizar, que los convenios configuran como un derecho de la persona trabajadora y no como una obligación, en la práctica ha sido cuestionada, por suponer en ocasiones una fórmula para exigir al trabajador la realización de facto de una jornada superior a la máxima establecida en el convenio y muy condicionada por las necesidades del servicio. Los centros del El Corte Inglés de Las Palmas de Gran Canarias, donde uno de los trabajadores interpuso una demanda en este sentido, han sido sancionados por la Inspección de trabajo por este motivo.

⁴ De hecho, así lo da a entender la representación del El Corte Inglés que, en el procedimiento de recurso de casación contra la STSJ Cataluña de 9 de junio de 2010 que apreciaba la existencia de discriminación indirecta por razón de sexo en el sistema de promoción al cuadro de mandos, argumentaba que la desproporción entre el número de

En definitiva, un gran número de convenios recogen una cláusula expresa que recuerda que la organización del trabajo en las empresas «corresponde a la facultad de dirección de las mismas, de acuerdo con lo previsto legal y convencionalmente»⁵, sin que en dichas cláusulas se haga mención a que la dirección de la empresa deba tener en cuenta el elemento de las necesidades personales o familiares, ni la necesaria conciliación: el protagonismo se le otorga a la productividad y a las necesidades de la empresa. Es el caso por ejemplo, del art. 17 del CC de reforma juvenil y protección de menores, que expresamente incluye los principios que fundamentan la organización del trabajo, y ninguno de ellos es la conciliación⁶. Como excepción podemos citar el art. 21 del CC de asesores fiscales, que al regular en general la jornada señala que «Las direcciones de las empresas ayudarán a las personas que trabajan en las mismas a conseguir un equilibrio adecuado entre la vida familiar y laboral»⁷. También el art. 10 del CC de centros de jardinería, que señala que la empresa «llevará a cabo la organización del trabajo sin discriminación alguna».

hombres y mujeres que promocionaban se debía al hecho de que «para ser mando es requisito necesario trabajar a jornada completa y tener la jornada partida y el horario flexible, así como trabajar los domingos» (STS de 18 de julio de 2011, FD Sexto 3).

⁵ Art. 8 del I CC estatal del sector de radiodifusión comercial sonora, art. 12 CC estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales, art. 10 del CC estatal para empresas de gestión y mediación inmobiliaria, art. 8 CC estatal de prensa diaria, art. 9 CC empresas transporte de mercancías por carretera, art. 7 CC de cadenas de tiendas de conveniencia, art. 10.5.1 CC para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria; art. 8 V CC estatal de técnicos tributarios y asesores fiscales, art. 11 CC estatal del sector de contact center (antes telemarketing), art. 19 CC estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas, art. 15 CC para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios, art. 32 CC General para la industria salinera, art. 13 CC servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, art. 10 CC prensa no diaria, art. 17 CC reforma juvenil y protección de menores, que incluye criterios y no están los motivos familiares o personales, solo de empresa y trabajo.

⁶ Cita la racionalización y mejora de los procesos educativos, la profesionalización y promoción, la eficacia, la eficiencia, la valoración de puesto, etc., pero no la conciliación familia-trabajo.

⁷ Art. 21 del CC, que continúa: «Para ello podrán autorizarse medidas de flexibilidad en relación con el tiempo de trabajo, consistentes en retrasar la hora de entrada o adelantar la hora de salida, en sustitución de reducir el tiempo para la comida, a quienes tengan a su cargo hijos menores de ocho años o para el cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad con alguna discapacidad física o psíquica, o mayores de 65 años, todo ello sin perjuicio de las necesidades del servicio».

2. LA DURACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA JORNADA

2.1. Jornada máxima

La duración de la jornada es un elemento clave para la conciliación⁸. Aunque la jornada máxima prevista en el ET es de 40 horas semanales como media de cómputo anual, los convenios colectivos tienen la facultad de reducirla. En la práctica no se avanza mucho en este sentido: tiende a regularse una jornada máxima anual, que en muchas ocasiones sigue coincidiendo con las cuarenta horas semanales⁹ aunque algunas veces es de 39¹⁰, 38 y media o, de manera mucho menos frecuente, 37 o menos¹¹.

Algunos convenios colectivos ponen el acento en la jornada semanal, aunque establezcan también su equivalencia en horas anuales¹², aunque lo más habitual es que el convenio colectivo establezca una jornada anual y, a continuación, se señale la jornada ordinaria semanal que se corresponde con la anterior¹³. Otra modalidad muy frecuente es permitir una distribución no homogénea de la jornada (no trabajar el mismo número de horas todos los días o todas las semanas) pero estableciendo una serie de límites, tanto en el número de horas de trabajo como en los descansos obligatorios¹⁴. Otro tipo de regulación por medio de límites, más simple,

⁸ Vid. KAHALE CARRILLO, D., *El distintivo empresarial en materia de igualdad*, Editorial Síntesis, Madrid, 2012.

⁹ Art. 40 CC mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas: 40 horas semana o 1786 horas al año, art. 68 CC sector de la construcción: 1738 o 40 horas.

¹⁰ Art. 55 CC reforma juvenil y protección de menores, art. 22 CC de telemarketing.

¹¹ Art. 26 CC prensa no diaria: 37 horas y 35 durante julio y agosto.

¹² Como es el caso del art. 26 CC para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales: «Los trabajadores afectados por el presente convenio tendrán una jornada laboral de 40 horas semanales de trabajo efectivo con equivalencia en cómputo anual a una jornada máxima de 1747 horas».

¹³ Art. 14 III CC para la acuicultura marina nacional: «La duración ordinaria de la jornada de trabajo prevista en el presente CC para el sector, será de 1.776 horas anuales de trabajo efectivo, a aplicar a partir del 1 de enero de 2013. Esta jornada se corresponderá en general al desarrollo de 40 horas ordinarias de trabajo efectivo a la semana, aplicándose tanto al horario partido como al continuado».

¹⁴ Es el caso, por ejemplo, del art. 21 del CC del sector autotaxi: «Artículo 21. Duración y cómputo de la jornada. La jornada máxima de trabajo efectivo será de 1.790 horas anuales, y en su distribución deberá respetarse un cómputo de 40 horas semanales, todo ello salvo pacto en contrario. Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo doce horas. El descanso semanal se disfrutará de manera coincidente con el descanso semanal previsto para el vehículo por la normativa emanada de las corporaciones locales, o entidades comunitarias donde existan turnos de descanso de vehículos. Todos/as los/as traba-

es por ejemplo la establecida en el art. 18 del CC del sector radiodifusión comercial del sector servicios: «I. La jornada máxima durante la vigencia del presente convenio queda establecida en 1.800 horas en cómputo anual y 40 horas como máximo en cómputo semanal, que podrán ser distribuidas de forma irregular de lunes a domingo».

En cuanto a las jornadas anuales que se fijan, la casuística es muy amplia: 1792 horas¹⁵, 1780 horas¹⁶, 1790 horas¹⁷, 1670 horas¹⁸, 1752 horas¹⁹, 1756 horas²⁰, 1755 horas²¹, 1764 horas²², 1768 horas²³, 1742 horas²⁴, 1746 horas²⁵, 1826 horas²⁶, 1776 horas²⁷, 1788 horas²⁸, 1772 horas²⁹, 1687.5 horas³⁰, 1771 horas³¹, 1760 más 40 horas diarias dedicadas a la formación³²,

jadores/as tendrán derecho a un descanso mínimo semanal de dos días consecutivos siempre que la normativa administrativa lo permita, en caso contrario, como mínimo se descansará según lo establecido en el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores».

¹⁵ Art. 39 CC empresas organizadoras juegos del bingo, art. 31 del CC estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías.

¹⁶ Art. 26 CC empresas de naturopatía y profesionales naturópatas.

¹⁷ Art. 19 CC sector de industrias de aguas de bebida envasadas, art. 21 sector de autotaxi, art. 21 CC de gestorías administrativas.

¹⁸ Art. 18 CC que regula las relaciones laborales de las empresas proveedores civiles privados de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional, aunque en este caso la jornada se refiere solo a la realizada en trabajos aeronáuticos.

¹⁹ Art. 30 CC servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios, art. 26 CC empresas de instalaciones deportivas y gimnasios, art. 38 CC estatal del corcho, art. 46 CC sector de la madera.

²⁰ Art. 46 CC industria azucarera.

²¹ Art. 26 CC empresas de reparto sin direccionar.

²² Art. 22 CC contact center-antes telemarketing—.

²³ Art. 9.1 CC industria fotográfica.

²⁴ Art. 48 CC del sector de ocio educativo y animación sociocultural.

²⁵ Jornada máxima en el caso de jornada nocturna, art. 27 CC industria textil y de la confección.

²⁶ Art. 34 CC empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición, art. 10.2.1. CC sector estiba portuaria.

²⁷ Art. 14 CC sector acuicultura marina, art. 24 CC mayoristas distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos.

²⁸ Art. 19 CC empresas de centros de jardinería, art. 21 CC gestorías administrativas, art. 19 CC comercio de flores y plantas.

²⁹ Art. 36 CC empresas gestión y mediación inmobiliaria.

³⁰ Art. 28 CC prensa diaria.

³¹ Art. 55 CC reforma juvenil y protección de menores.

³² Art. 38 CC sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros y su mantenimiento y reparación.

1750 horas³³, 1748 anuales³⁴, 1736³⁵, 1800 horas³⁶, 1720 horas³⁷, 1786 horas³⁸, 1740 horas³⁹, 1738 horas⁴⁰, 1806 horas⁴¹, 1674 horas⁴², 1770 horas⁴³, 1782 horas⁴⁴, 1744 horas⁴⁵, etc.

Algunos convenios prevén una disminución del número de horas en los años sucesivos⁴⁶. Otros optan por fijar jornadas distintas para distintos grupos de trabajadores, como es el caso de los convenios del sector de enseñanza, que distinguen entre docentes y no docentes⁴⁷; también en otros sectores, como por ejemplo el de atención a dependientes, que distingue entre el personal de ayuda a domicilio y el resto⁴⁸.

2.2. Jornada continuada vs. Jornada partida

En cuanto a la opción entre jornada continuada y partida, lo habitual es que la cuestión se remita a la negociación de ámbito empresarial, permitiendo jornadas continuadas o partidas. Son ex-

³³ Art. 24 CC peluquerías, institutos de belleza y gimnasios.

³⁴ Art. 49 CC general para la industria salinera, art. 26 CC nacional para las industrias de pastas alimenticias.

³⁵ Art. 34 CC industrias derivadas del cemento.

³⁶ Art. 27 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección, que se elevan a 1818 horas en el caso de jornada continuada porque tienen un descanso de quince minutos y se reducen a 1746 si es trabajo nocturno.

³⁷ Art. 42 CC de perfumería y afines.

³⁸ Art. 40 CC del sector de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas.

³⁹ Art. 28 CC yesos y escayolas, art. 20 CC Colt España.

⁴⁰ Art. 68 CC sector de la construcción.

⁴¹ Art. 23 CC de CTC externalización, SL.

⁴² Art. 34 CC de Bombardier European Investments, SLU.

⁴³ Art. 17 CC de ámbito nacional para las industrias de turrones y mazapanes.

⁴⁴ Art. 44 CC empresas de seguridad.

⁴⁵ Art. 9.1 CC estatal de pastas, papel y cartón.

⁴⁶ Es el caso del CC asesores fiscales que establece una jornada de 1765 en 2013, 1762 en 2014 y 1759 en 2015, y también el CC de asistencia en tierra en aeropuertos, o el CC de instalaciones deportivas y gimnasios, en el que de 1760 pasan a 1752.

⁴⁷ Así el art. 18 CC de centros de enseñanza de peluquería y estética, enseñanzas musicales y artes aplicadas y oficios artísticos (33 o 34 horas para docente y 39 para no docente), el art. 15 del CC de centros de enseñanza y formación no reglada (1446 para docentes y 1715 no docentes), el art. 21 CC de colegios mayores universitarios (1742 o 34 horas para docentes y 1688 o 39 horas para no docentes) y el art. 9 del CC nacional de autoescuelas, que fija 35 horas semanales para los docentes y 40 para los no docentes.

⁴⁸ Art. 37 CC de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, establece una jornada anual de 1792 horas, salvo para el personal de ayuda a domicilio que será de 1755.

cepcionales los convenios en que la norma general es la jornada continuada⁴⁹. En algunos convenios se establece que en determinados periodos de tiempo (normalmente en los meses de verano) la jornada será continuada⁵⁰, e incluso también se regula esta modalidad de jornada con respecto a los viernes⁵¹ o a días muy par-

⁴⁹ Es el caso del art. 25.2 CC de la Banca «Se mantiene el horario continuado actualmente establecido, que será el siguiente: — Lunes a viernes: 8 a 15 horas, en las que están computados como de trabajo efectivo los 15 minutos diarios de descanso obligatorio. — Sábados: 8 a 13,30 horas, en las que están computados como de trabajo efectivo los 15 minutos diarios de descanso obligatorio. — Libranza de los sábados comprendidos entre el 1 de abril y el 30 de septiembre de cada año. No obstante, con la finalidad de alcanzar la libranza de todos los sábados, en el ámbito de cada Empresa podrá acordarse con la Representación Legal de los Trabajadores la aplicación de las horas correspondientes a dichos sábados en otros días laborables de la misma o distinta semana, de forma que puedan mejorarse las posibilidades de conciliación de la vida personal de modo compatible con las necesidades del servicio». El horario partido, que también se regula, será voluntario, y se ofrecerá por la empresa a los trabajadores que estime conveniente.

⁵⁰ Por ejemplo, el art. 14 CC acuicultura marina nacional establece para los meses de julio y agosto jornada laborable intensiva de siete horas productivas para el personal no afecto a turnos; en el caso del CC de reforma juvenil y protección de menores su art. 57 habla de su posible establecimiento después de un estudio; en el art.22 CC estatal de estaciones de servicio, «El personal administrativo y de oficinas disfrutará de doce semanas en las que la jornada laboral será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo en régimen de jornada intensiva, en el período comprendido entre el 1 de junio y el 30 de septiembre, debiéndose disfrutar rotativamente». El art. 39 CC sector del corcho: «Podrá pactarse de común acuerdo entre la empresa y la RLT la posibilidad de establecer la jornada continuada durante el verano». Art. 21 CC estatal de colegios mayores universitarios: «La jornada de todo el personal durante los meses de julio y agosto se desarrollará de forma continuada en aquellas empresas que no realicen actividad alguna en dicho período o se vea ésta reducida muy considerablemente, estableciéndose los turnos que sean precisos para el mantenimiento de los servicios, en el marco de la capacidad organizativa de la empresa». Art. 19 CC estatal para los centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos: para el personal no docente se establece la jornada continuada durante los meses de julio y agosto, art. 58 CC Grupo Aena, art. 25 CC Gestión de Publicaciones y Publicidad, SL, art. 19 CC Siemens, jornada intensiva en agosto en el art. 5 CC Grupo Nacionalista Galego, entre el 15 de junio y el 15 de septiembre en el CC de Liberty Seguros.

⁵¹ Art. 20.2. CC Grupo Colt de España, art. 11 CC que afecta a una pluralidad de empresas: BME Sociedad Holding de Mercados y Sistemas Financieros, SA; MEEF, Sociedad Rectora de Productos Derivados, SAU; MEEF Tecnología y Servicios, SAU; MEEF Euroservices, SAU; AIAF Mercado de Renta Fija, SAU; Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro de Compensación y Liquidación de Valores, SAU; Sociedad Rectora de la Bolsa de Valores de Madrid, SAU; BME Innova, SAU; Infobolsa, SA; Visual Trader Systems, SL; Sociedad de Bolsas, SA; BME Servicios Corporativos, SA; BME Sistemas de Negociación, SA; Instituto BME, SLU; BME Market Data, SA; la Sociedad Rectora de la Bolsa de Valores de Valencia, SAU y Gestión de Estudios y Proyectos, SA., art. 16.7 CC del Grupo Air France y KLM Compañía Real Holandesa de Aviación.

ticulares como son la víspera de Navidad o Año Nuevo⁵². Como práctica interesante a efectos de conciliación, podemos destacar la regulada en art. 51 del CC de empresas de gestión y mediación inmobiliaria: «Posibilidad de jornada intensiva para personas con hijos menores de 8 años, minusvalía, enfermedad grave (propia o cónyuge o pareja de hecho o familiares hasta 2º grado de consanguinidad o afinidad) o cuidado de personas dependientes y que tengan una antigüedad de al menos tres años en la empresa».

Cuando la jornada es partida se regula el descanso de mediodía, señalando que debe ser como mínimo de una hora, de hora y media o incluso de dos horas y dos horas y media⁵³. Resulta curioso que se hable de un descanso mínimo tan amplio como un derecho del trabajador, cuando en realidad la conciliación de vida familiar y personal exigiría un descanso más corto, para acumular la jornada y poder salir más temprano. Más razonable, aunque no sea la tónica general, es fijar un máximo de descanso que puede ser disminuido por pacto entre empresa y trabajador, con fórmulas como las siguientes: «en los supuestos de jornada partida el periodo de descanso para comida, salvo pacto expreso con el trabajador y con la intervención de los representantes de los trabajadores, no podrá exceder de 2 horas»⁵⁴ o bien: «el tiempo máximo para la comida será de 2 horas, salvo que a petición del colaborador y aceptación del responsable se pueda modificar dicho tiem-

⁵² Art. 31 CC despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales: «Al objeto de ayudar a conciliar la vida laboral con la vida familiar, las empresas se comprometen a intentar adaptar su calendario laboral de manera que durante todo el año se evite trabajar los viernes por la tarde. En todo caso no se trabajará los viernes por la tarde durante el período comprendido entre el 1 de agosto y el 30 de septiembre, procurando que durante este periodo se realice jornada intensiva». También el art. 28 CC de Liberty Seguros.

⁵³ Art. 27.2 CC personal de neuropatía y profesionales naturópatas: «mínimo de hora y media para comer, preferentemente entre las 13 h. y las 16.30», art. 25 CC de trabajo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios, «mínimo de hora y media para comer, comprendido en el periodo de las 13 a las 16 horas, siendo fijada la misma por el empresario en función de las necesidades de la empresa», art. 33 CC comercio minorista de perfumería y afines: el tiempo mínimo de reposo en las jornadas partidas será de dos horas, salvo pacto en contrario», art. 41 CC estatal de las empresas de seguridad: «si la jornada de trabajo fuera partida, el trabajador tendrá derecho, al menos, a dos horas y media de descanso entre la jornada de la mañana y de la tarde, salvo pacto en contrario».

⁵⁴ Es lo establecido en el art. 42 CC estatal de perfumería y afines.

po»⁵⁵. En otras ocasiones se da una horquilla, por ejemplo entre una y tres horas⁵⁶, o se permite adelantar la salida reduciendo el tiempo de descanso por comida⁵⁷.

Nos parece destacable la cláusula del CC de la industria textil y de la confección, que explicita la relación entre jornada continuada y conciliación: «Art. 28.7. Jornada y conciliación de la vida familiar: Con el fin de avanzar en la conciliación de la vida familiar y laboral, en las empresas de un solo turno de trabajo, siempre que la organización del trabajo lo permita y de común acuerdo entre la empresa y la R.L.T. se podrá establecer la jornada de forma continuada».

Durante la jornada continuada también está previsto un descanso, que normalmente es de los 15 minutos estatutarios⁵⁸, pero que también puede ser de veinte minutos o incluso de veinticinco⁵⁹ o treinta⁶⁰. Dicho descanso habitualmente es remunerado. En algunos casos nos encontramos con regulación que no respeta los mínimos legales, como es el caso del art. 5 del CC de Bercose S.L. «En jornadas continuadas de más de ocho horas se establece un descanso, que no será considerado como tiempo efectivo de trabajo, de 15 minutos»⁶¹.

⁵⁵ Art. 17 CC del Grupo de empresas Cetelem (Banco Cetelem, SA; Cetelem Gestión, AIE; Cetelem Servicios Informáticos, AIE; Fimestic Expansión, SA, y Euro Crédito Establecimiento Financiero de Crédito, SA.

⁵⁶ Como es el caso del art. 9 CC autoescuelas.

⁵⁷ El art. 4 CC de Vodafone España SAU permite adelantar la hora de salida reduciendo entre 30 y 45 minutos la hora y media de descanso por comida.

⁵⁸ Art. 33 CC comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías, art. 18 CC sector de radiodifusión comercial sonora, art. 18 CC empresas de elaboración de productos del mar con procesos de refrigeración y congelación, art. 37 CC de la industria textil y de la confección.

⁵⁹ Art. 24 CC industria del calzado: «en la jornada que se pacta en este convenio y para la jornada continuada, el descanso por bocadillo, será de 25 minutos, por lo que de trabajo efectivo se deberán realizar 40 horas semanales de las que no se podrán descontar los citados tiempos de descanso».

⁶⁰ Art. 10 CC autoescuelas: «en caso de desarrollarse la jornada de manera continuada en un sólo bloque los trabajadores y trabajadoras tendrán derecho a treinta minutos de descanso retribuido», art. 14 CC para la acuicultura marina nacional: quince minutos para la jornada continuada de más de seis horas y treinta minutos si dicha jornada continuada supera las ocho horas.

⁶¹ Recordemos que, según el art. 34.4 ET, siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Se trata de un mínimo de protección para el trabajador.

Como veremos en el apartado dedicado al desarrollo del art. 34.8 ET por la negociación colectiva, existe algún ejemplo de buena práctica en el sentido de regular un procedimiento mediante el cual los trabajadores, por circunstancias familiares, podrán solicitar el cambio de jornada partida a jornada continuada, como es el caso previsto en el art. 38 CC Martínez Lorite, SA.

2.3. Descanso semanal

Hay que recordar que el art. 37 ET establece que los trabajadores tienen derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. En este sentido, los convenios colectivos aportan una cierta mejora con respecto a la ley, ya que en muchas ocasiones apuestan por la jornada de lunes a viernes, aunque sea con fórmulas más ambiguas de lo deseable, como las siguientes: «la distribución de la jornada en cada empresa y/o secciones de las mismas será pactada entre los representantes legales de los trabajadores y la dirección. El sábado será día laborable, pero si las circunstancias y condiciones de cada tarea lo permiten, la jornada se distribuirá preferentemente de lunes a viernes»⁶²; «la distribución de la jornada en cada empresa y/o secciones de las mismas será establecida por la empresa, previa deliberación con los representantes legales de los trabajadores; la jornada se distribuirá preferentemente de lunes a viernes»⁶³; «d) la prestación de servicios en días laborables se realizará de lunes a viernes, a excepción de las jornadas establecidas para cubrir los servicios de los sábados por la mañana, sin perjuicio de que la jornada de trabajo de días laborables sea de lunes a sábado»⁶⁴; e, incluso, la siguiente: «aun considerando como laboral el día del sábado, se acuerda que la jornada habitual establecida en el presente convenio se efectúe de lunes a viernes, con las excepciones fijadas en materia de ordenación anual de la jornada»⁶⁵.

⁶² Art. 16 CC industrias lácteas y sus derivados.

⁶³ Art. 18 CC empresas de elaboración de productos de mar con procesos de congelación y refrigeración.

⁶⁴ Art. 37 CC empresas de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

⁶⁵ Art. 39 CC sector de curtidos, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías. Más ejemplos son el CC del corcho: «Artículo 41. Descansos. La jornada de trabajo establecida en el artículo 38 se distribuirá de lunes a viernes, excepto

En otras ocasiones se establece la distribución de jornada de lunes a sábado, pero con la posibilidad de realizar pactos para acumular el horario a fin de librar los sábados⁶⁶, o bien de lunes a viernes con la posibilidad de pactar a nivel de empresas el trabajo en sábado⁶⁷.

No faltan, desde luego, los convenios que establecen sin ambages que la jornada será de lunes a viernes⁶⁸. En otros convenios se reconocen los dos días de descanso continuado a la semana, pero sin garantizar que coincidan con el fin de semana⁶⁹.

para las empresas en que se trabaje a turnos y para las actividades de mantenimiento. En estas empresas el descanso semanal, con carácter general, será de dos días consecutivos». También el art. 21 CC colegios mayores universitarios: «El personal administrativo desarrollará su jornada preferentemente de lunes a viernes, estableciéndose, de acuerdo con las necesidades de la empresa, un régimen de turnos rotativos para los sábados». El art. 31 CC empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, droguería, perfumería y afines dice lo siguiente: «Las partes firmantes el convenio acuerdan realizar los estudios oportunos, al objeto de que sí las condiciones técnicas y productivas así lo permiten, la jornada de trabajo se distribuya de lunes a viernes». Art. 36 CC centros de educación universitaria e investigación: «Todo el personal reducirá su jornada a 35 horas semanales efectivas en forma continuada y no recuperables durante los meses de julio y agosto. Durante ese periodo se podrán establecer turnos para que los distintos servicios queden atendidos. A petición del comité de empresa, esa jornada se efectuará de lunes a viernes».

⁶⁶ Art. 27 industria textil y de la confección: «4. En relación con las jornadas previstas en los párrafos anteriores y sin perjuicio de lo que, respecto a esta materia, se disponga especialmente en el Convenio con carácter general o en los anexos, cuando la especial distribución del calendario laboral haga necesario superar las cuarenta horas semanales a causa de recuperación pactada para posibilitar la liberación de sábados, con el fin de distribuir la jornada de lunes a viernes, cuando se trabaje en régimen de uno o dos turnos, podrá hacerse para alcanzar la totalidad de la jornada anual convenida. En estos supuestos, el tiempo de trabajo diario no podrá exceder de nueve horas».

⁶⁷ Art. 26.4 CC industrias de pastas alimenticias: «4. La jornada, se distribuirá, con carácter general, de lunes a viernes, salvo que entre Empresa y Representación Legal de los Trabajadores en la misma se convenga otra cosa».

⁶⁸ Así lo hace el art. 14 CC industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho, y también el art. 9 CC de autoescuelas.

⁶⁹ El art. 48 CC industrias cárnica opta por consagrar también dos días seguidos de descanso semanal: «Los trabajadores tendrán derecho a un descanso semanal de dos días ininterrumpidos, siendo, como regla general, uno de ellos domingo y otro el sábado o el lunes. Las empresas distribuirán la jornada de lunes a viernes o de martes a sábado, respetándose las situaciones existentes salvo pacto en contrario». Otra fórmula es la adoptada por el art. 28 CC de la prensa diaria, que establece que el descanso semanal será de dos días, pero rotativo de lunes a domingo.

2.4. Turnicidad

El art. 36.3 ET considera trabajo a turnos toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas. La mayoría de los convenios analizados contemplan la posibilidad de establecer esta forma de organización del trabajo, y muchos de ellos la regulan expresamente⁷⁰. En algunos

⁷⁰ Art. 15 CC para la acuicultura marina nacional, art. 34 CC general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos —Handling, art. 43 CC estatal de perfumería y afines, art. 41.3 CC industria azucarera para el período 2013-2014: «aquellos centros de trabajo que debido a su actividad, tengan que mantener un sistema de trabajo habitualmente denominado a turnos, en el caso de refinería durante un periodo distinto al de campaña de remolacha, así como en los centros de empaquetado, alcoholeras y fábricas de levadura, podrán establecer previa comunicación a los representantes de los trabajadores, sistemas de trabajo que permitan cubrir las necesidades de la empresa y obtener promedios semanales de 40 horas en el intervalo de un año, no excediendo de nueve horas de trabajo efectivo, estableciendo el trabajo a turnos de la siguiente forma y distribución, independientemente de otros sistemas de organización de turnos expresamente pactados o que se pudieran establecer», art. 23 CC Air Europa, Líneas Aéreas, SAU, y sus técnicos de mantenimiento de aeronaves: «Programación de jornada de trabajo. 8. La Empresa hará pública la programación mensual de turnos con una antelación suficiente (de diez días) al inicio del mes. Se publicarán las cinco semanas siguientes al inicio de cada mes». Art. 27 CC Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U., para su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico): «En función de la actividad de cada aeropuerto, la empresa podrá establecer los siguientes turnos básicos: (...) La programación de turnos para el personal fijo se realizará mensualmente, publicándose con una antelación de 15 días de tal modo que cada día 15 del mes se haga pública una programación del mes siguiente. En la programación de los turnos se tendrá en cuenta la rotación de los mismos y se establecerá un descanso mínimo de diez horas entre cada jornada. Se programará un máximo de siete días de trabajo continuado en la misma franja horaria alternado con libranzas. Sobre la programación mensual la empresa podrá realizar cambios de turno preavisándose con 36 horas de antelación como mínimo». Artículo 66 CC Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U., para su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico): «Trimestralmente la empresa realizará y hará pública una programación orientativa, incluyendo vacaciones, los descansos y los turnos, a efectos de conciliar la vida laboral con la vida familiar». Art. 7 CC de la empresa Navantia, S.A.: «Régimen de turnos. La Dirección de la Empresa en cada centro podrá establecer los turnos rotatorios que demande el proceso productivo, fijándose el horario de los mismos en el calendario laboral. Las modalidades de jornada por el sistema de turnos se realizarán en período diurno, es decir, turnos de mañana y tarde, salvo los servicios de carácter permanente». Art. 24 CC empresa «Vega Mayor, S.L.» «Organización de la Jornada. Será facultad de la empresa la organización en los centros de trabajo de la jornada más conveniente, estableciendo a tales efectos, turnos de trabajo, jornada continuada, etc., de conformidad con la legislación vigente». Art. 16 CC Eurocopter España, SA: «Turnos de trabajo. Se conviene expresamente, como condición objetiva y general de las relaciones laborales en la Empresa,

casos los turnos han de negociarse con la RLT⁷¹, en otros ésta simplemente deberá ser informada⁷². En ocasiones, se permite expresamente el intercambio de turnos entre los trabajadores, aunque con autorización de la empresa⁷³. A pesar de que en la regulación de los turnos se suele prever su publicación mensual o trimestral, los convenios a veces contemplan expresamente la posibilidad de que el empresario pueda cambiar el turno, con un preaviso mínimo (36 horas, dos días, siete días...)⁷⁴. Otras veces se consagra la facultad del empresario para

la aceptación por parte del personal del establecimiento, modificación o supresión del trabajo por turnos, cuando las necesidades técnicas de la producción o las conveniencias del servicio o de la organización del trabajo así lo exijan o aconsejen, a juicio de la Dirección. La distribución del personal en los distintos turnos es facultad de la Dirección de la Empresa. Esta podrá proceder al establecimiento de turnos rotativos de trabajo, para todo el personal o parte de él, preavisando a los trabajadores afectados con suficiente antelación que, a ser posible, se concretará en siete días». Art. 25 CC de la empresa «ESC Servicios Generales, S.L.»: «En todo caso a partir de la firma de este Convenio se acuerda que la programación de los servicios se realizará en régimen de trabajo a turnos rotativos de acuerdo a la composición de turnos y horarios que se establezcan por la empresa para cada uno de los servicios».

⁷¹ Art. 32 CC comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías: «Durante los meses de noviembre y diciembre de cada año, la empresa elaborará y negociará con la representación legal de los trabajadores el calendario laboral anual. En el mismo deberá constar necesariamente los días festivos, días hábiles de trabajo y los turnos generales de trabajo, con indicación de horario de entrada y salida y con el descanso semanal que a cada uno corresponda así como los periodos de las vacaciones anuales». Art. 19.3 CC para el sector de industrias de aguas de bebida envasadas: «Las empresas que hayan de trabajar en régimen de turnos rotativos de lunes a domingo, lo harán mediante el correspondiente acuerdo en la empresa». Art. 6.2. CC de la empresa Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo, S.A. y sus trabajadores Técnicos de Mantenimiento: «Programación de turnos. Existirá un turno teórico anual. Los turnos se publicarán mensualmente, el día 15 del mes anterior, en colaboración con los representantes de los trabajadores».

⁷² Art. 19 CC de buceo profesional y medios hiperbáricos: «las empresas someterán a la aprobación de la representación de los trabajadores el correspondiente horario y calendario de trabajo de su personal al menos con 4 semanas de antelación, y lo coordinarán en los distintos servicios para el más eficaz rendimiento. La representación de los trabajadores será informada de la organización de los turnos y relevos».

⁷³ Art. 27 CC Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U., para su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico).

⁷⁴ Art. 7 CC de la empresa Navantia, S.A.: «Para cualquier variación en el turno, el trabajador habrá de ser avisado con siete días de antelación». Art. 27 CC Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U., para su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico): «Sobre la programación mensual la empresa podrá realizar cambios de turno preavisándose con 36 horas de antelación como mínimo». Art. 21 CC Alliance Outsourcing, S.L. «Cualquier cambio de turno se notificará a los trabajadores afectados con dos días laborables de antelación y se comunicará en el mismo plazo a los representantes de los trabajadores». En el art. 26 CC SGE QUALITY SERVICES el preaviso es de 7 días naturales.

establecer turnos, pero se remite a la negociación colectiva la posibilidad de que los turnos sean rotativos⁷⁵. En algún caso se prevé que el personal pueda ser contratado bajo la modalidad específica de trabajo a turnos⁷⁶.

En general, la regulación de los turnos de trabajo que hacen los convenios colectivos no es respetuosa con la conciliación de vida familiar y laboral, dejando un margen muy amplio a la discrecionalidad del empresario. Se aprecia también un escaso desarrollo de los derechos establecidos en la propia legislación, como es el caso de lo establecido en el art. 26. 1 de la LPRL con respecto a la trabajadora en situación de embarazo o parto reciente⁷⁷, y prácticamente no hay referencias al tema del cambio de turno en los supuestos de ejercicio del derecho a la reducción de jornada por guarda legal previsto en el 37.6 ET⁷⁸.

Así, son escasas las ocasiones en que la negociación se ocupa expresamente de regular alguna circunstancia familiar o personal que pueda influir en su régimen de trabajo a turnos, aunque hay algunos ejemplos de buenas prácticas en este sentido que merece la pena re-

⁷⁵ Art. 45 CC sector del saneamiento público: la empresa podrá establecer turnos por razones técnicas, organizativas o de producción, salvo que impliquen modificaciones sustanciales de contrato; mediante negociación colectiva se podrá establecer cualquier régimen de rotación de turnos.

⁷⁶ Art. 2.2 CC de la empresa TecnoCom España Solutions, S.L.: «Turnos 7 x 24. El personal de nuevo ingreso, podrá ser contratado en la modalidad de turnos que estarán explícitamente vinculados a los contratos firmados con el cliente o departamentos dedicados a dar servicios internos a la compañía conteniendo dicha cláusula».

⁷⁷ Art. 26.1 LPRL: «La evaluación de riesgos a que se refiere el art. 16 de la presente ley deberá comprenderla determinación de la naturaleza, el grado, y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimiento o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o el feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una simple repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización del trabajo nocturno o de trabajo a turnos».

⁷⁸ Sobre la posición de la jurisprudencia respecto a este problema, *vid.* VELASCO PORTERO, M^a.T., «Conciliación y flexiseguridad en el ejercicio de los derechos a la reducción de jornada», DL, n^o 100, 2014, y POQUET CATALÁ, R., «Los nuevos derechos de conciliación de la vida laboral y familiar: la distribución horaria sin reducción de jornada», AL, n^o 21, 2012, p. 2085.

saltar. Es el caso, por ejemplo, del art. 33 CC de cadenas de tiendas de conveniencia (los populares «24 horas»), que establece que «los trabajadores con hijos menores de tres años de edad tendrán derecho de preferencia sobre nuevas contrataciones a la elección de turno u horario de trabajo», o el art. 17 CC del CC Grupo de empresas Cetelem (Banco Cetelem, SA; Cetelem Gestión, AIE; Cetelem Servicios Informáticos, AIE; Fimestic Expansión, SA, y Euro Crédito Establecimiento Financiero de Crédito, SA): «para la primera elección de turnos se tendrá en cuenta la problemática de cargas familiares y luego será rotativo». También es muy interesante lo previsto tanto en el art. 99 CC de centros y servicios de atención a personas con discapacidad como en el art. 44.3 del CC prestaciones de servicios auxiliares concretos y específicos a empresas, S.L.: «tendrán prioridad en la elección de turno (...) las personas que tengan a su exclusivo cargo a menores de seis años o personas discapacitadas que requieran permanente ayuda y atención».

Algunos convenios favorecen que sean los propios trabajadores los que lleguen a un acuerdo entre ellos, con fórmulas diversas⁷⁹. Excepcionalmente nos encontramos con alguna referencia al cambio de turno en el caso de trabajadora embarazada o en periodo de lactancia⁸⁰.

⁷⁹ Art. 37 CC de empresa CC de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal: «La empresa facilitará, en la medida de lo posible, cambios de turno a los trabajadores para el acompañamiento a consulta médica de familiares menores o dependientes hasta el primer grado de consanguinidad. A estos efectos, se tendrán en cuenta los acuerdos entre trabajadores y trabajadoras comunicados a la empresa». Art. 43 CC de perfumería y afines: «Con el fin de que se pueda conciliar la vida personal, familiar y laboral, en el caso de empresas que tengan implantado un sistema de trabajo a turnos, y dos trabajadores estén interesados en intercambiar el turno en el que están adscritos, se favorecerá la adscripción voluntaria a un determinado turno siempre que las circunstancias del trabajo, grupo profesional y cualificación profesional del trabajador lo permitan».

⁸⁰ Art. 28 in fine CC Logifruit: «Trabajo a turnos: Durante el periodo de gestación, la trabajadora en un puesto de trabajo a turnos, pasará a instancia suya a jornada normal, en un puesto de trabajo sin riesgo para su salud y la del feto. Lo mismo será de aplicación a las trabajadoras en periodo de lactancia». Art. 99 CC de centros y servicios de atención a personas con discapacidad: «3. Tendrán prioridad en la elección de turno las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la Ley de prevención de riesgos laborales y artículo 10 de la Ley de conciliación de la vida laboral y familiar; también tendrán similar preferencia las personas que tengan a su exclusivo

Con todo, la regulación más completa sobre este importante aspecto de la conciliación es la que contiene el CC de Martínez Lorient, SA, cuyo art. 39 regula una serie de situaciones, por orden de preferencia, en las que el personal adscrito a turnos rotativos puede solicitar la prestación de servicios en turno fijo⁸¹.

cargo a menores de seis años o personas discapacitadas que requieran permanente ayuda y atención»; exactamente la misma disposición se repite en el art. 44.3 del CC prestaciones de servicios auxiliares concretos y específicos a empresas, S.L.

⁸¹ Art. 39: «Turnos fijos de trabajo de personal a turnos: El personal adscrito a turnos rotativos podrá solicitar realizar la prestación de servicios en turno fijo, debiendo tener en cuenta para ello las distintas situaciones que se indican y su preferencia en el orden alfabético expuesto. a) Situación de Guarda Legal: Trabajadores-trabajadoras al cuidado de hijos-hijas menores de 8 años o cuidado directo de un hijo-hija discapacitado psíquico, físico o sensorial, así como cuidado directo de familiares hasta 1º grado de consanguinidad y afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y que convivan con el o la solicitante. b) Madres-padres separados-separadas, solteros-solteras, viudos-viudas: Con hijos-hijas de 8 a 14 años que conviven y dependen del solicitante. c) Madres-padres: Con hijos-hijas de 8 a 14 años que convivan y dependan del solicitante. d) Resto de situaciones: Circunstancias personales. Deberán tenerse en cuenta los siguientes condicionantes: El turno fijo solicitado no será compatible con la solicitud de reducción de jornada. Cada trabajador-trabajadora optará en primer lugar por el Turno Fijo en la Sección a la que se encuentre adscrito, pudiendo optar a otras Secciones si existieran vacantes y siempre en relación a sus conocimientos y aptitudes. Se destinará para este concepto, el número de plazas coincidente con el 2% del total de la plantilla, correspondiente a mano de obra directa. Cada Sección/Zona, tendrá el número de vacantes de Turno Fijo, dependiendo de las circunstancias y situación en que se encuentren en cada momento (índice de producción, distribución de la plantilla, etc.), sin que necesariamente tengan que ser coincidentes el número de plazas que se oferten en una sección y/o zona, con la de otras. La opción de Turno Fijo, podrán solicitarla los trabajadores-trabajadoras en activo y con una antigüedad mínima de 12 meses. En caso de que hubiese vacantes podrán optar los trabajadores-trabajadoras con menor antigüedad. El número de puestos será limitado, según las necesidades de producción y de la Sección a la que pertenezcan. El acceso a las plazas de este turno fijo no supone en ningún momento un derecho adquirido para los trabajadores-trabajadoras. Al existir orden de preferencia, en el momento haya una nueva solicitud, se estudiará si hay alguna persona en situación menos preferente y se revocará su solicitud hasta que vuelva a quedar una nueva vacante. Las solicitudes caducarán a 31 de diciembre de todos los años. Los mismos trabajadores-trabajadoras deben renovar su solicitud de acceso al mismo cada año. Solicitud de renovación del 15 de noviembre al 15 de diciembre de cada año. En caso de que se produzcan más solicitudes que el número de plazas existentes, se asignarán atendiendo el orden de preferencia establecido, realizándose un sorteo entre las solicitudes presentadas. Los trabajadores-trabajadoras en situación de Guarda Legal serán la máxima prioridad; caso a), después b) y así sucesivamente. Todos los casos deben de ser debidamente acreditados en el momento de la solicitud (libro de familia, certificado de minusvalía, certificado de empadronamiento, etc.). Los turnos fijos que se creen para las circunstancias anteriormente descritas en los apartados a) hasta d) suponen una situación excepcional en la organización de la Empresa, siendo un esfuerzo para la misma la creación de dichos turnos, por lo que tras el periodo de vigencia de los turnos, en Diciembre de todos los años se estudiará mantener los mismos en vigor a la vista del resultado de su funcionamiento y consecuencias. Dado el exceso de candidatos-candidatas para el turno

En cuanto al trabajo a turnos y la concreción de los derechos a lactancia, reducción de jornada, etc., no es un tema que esté muy presente en los convenios pero, cuando lo hace, a veces es de forma poco afortunada. Es el caso por ejemplo del art. 42 del CC empresas Siro⁸², que excluye la posibilidad de que el trabajador que ejerce su derecho a la reducción de jornada por motivos familiares pueda solicitar un turno fijo cuando la jornada ordinaria lo es a turnos. Esta exclusión es cuestionable a la luz de la doctrina de nuestro TC⁸³, que entiende

fijo, perderán su adscripción al mismo, cuando se permanezca en situación de baja médica (IT, maternidad, riesgo embarazo, AT.), durante dos meses continuados, o tres meses si son acumulados a lo largo del año. La posibilidad de acogerse a esta opción finalizará cuando el hijo-hija del trabajador-trabajadora cumpla los 8 o los 14 años según modalidad de concesión».

⁸² «La concreción horaria y la determinación del período de disfrute de permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los arts. 37.4 y 37.5 del ET corresponderá al trabajador o trabajadora, dentro de su jornada ordinaria, no obstante, de conformidad con lo previsto en el art. 37.6 del ET se establecen los siguientes criterios para las reducciones de jornada que no estuviesen vigentes a la firma del presente convenio: a) La reducción horaria lo será sobre su jornada ordinaria diaria, haciendo coincidir el inicio o el final de su jornada reducida con el inicio o final del turno normal de trabajo b) La concreción horaria se ajustará al sistema de rotación de turnos que le sea de aplicación al trabajador o trabajadora, no pudiéndose solicitar turnos fijos si su jornada ordinaria lo es a turnos. c) Si la solicitud de concreción horaria del trabajador o trabajadora, supusiese la coincidencia horaria de más del 10% de trabajadores en los que concurren puesto, nivel y turno (y estén disfrutando de otras reducciones amparadas por el presente artículo), se entenderá que concurre causa productiva y organizativa suficiente para que la empresa puede limitar el ejercicio simultaneo de este derecho».

⁸³ Para la doctrina judicial más afianzada, la generalidad de los términos en que está redactado el art. 37.6 ET no autoriza a excluir cualquier posibilidad de que el ajuste de horario a la nueva duración de la jornada reducida pueda comportar un cambio en el régimen de turnos, o incluso establecerse un turno fijo. En el caso de que la empresa se oponga a la concreción horaria propuesta habrá que ponderar casuísticamente todas las circunstancias concurrentes, debiendo resolverse el conflicto entre el derecho del trabajador a conciliar y el derecho de la empresa a la organización del trabajo a favor de aquél cuyo interés resulte prevalente para favorecer la efectividad de los derechos constitucionales en juego sin provocar ningún perjuicio trascendente a la actividad productiva de la empresa. En este sentido de la ponderación es clave la STC 3/2007, de 15 de enero, en la que se enjuiciaba el caso de una trabajadora de un centro comercial con una jornada de doble turno de lunes a sábado, que para poder conciliar la vida laboral y familiar solicitó a la empresa la reducción de la jornada, pero además que la jornada reducida en vez de prestarla de lunes a sábado se le acumulase de lunes a miércoles, y pasar de turnos rotatorios a turno fijo de mañana. El TC hace hincapié en que hay que interpretar los derechos del 37.5 y 6 ET teniendo en cuenta los derechos constitucionales en juego, que son la no discriminación y la protección a la familia y el menor. También considera que, al no decir nada el ET sobre cuáles son los intereses prevalece, si los del empresario o los del trabajador, esto significa que se tiene que ponderar para hacer compatibles todos ellos. Finalmente, el TC concluye que, dado que en este caso la valoración de las circunstancias concretas no se realizó, el

que hay que ponderar casuísticamente todas las circunstancias concurrentes⁸⁴.

2.5. La flexibilidad en la distribución de la jornada: jornada irregular y jornada flexible

2.5.1. Jornada irregular

La posibilidad de distribuir irregularmente la jornada, que inicialmente estaba reservada a la negociación colectiva o al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, fue extendida por la reforma laboral de 2012⁸⁵ a la voluntad unilateral del empresario, con unos límites que han sido objeto de ampliación por el RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. Así, según la nueva redacción del art. 34.2 ET, en defecto de pacto el empresario puede distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10% de la jornada de trabajo, respetando los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley, teniendo derecho el trabajador a conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo.

derecho fundamental de la trabajadora no fue tutelado y se produjo una discriminación indirecta. Por tanto, podemos afirmar que en los casos en que el trabajador solicite al mismo tiempo la reducción de jornada y el cambio de turno no hay que aceptar automáticamente el cambio, pero tampoco será automático su rechazo. En esta línea, la doctrina judicial más reciente entiende que también en estos casos habrá que ponderar, y la ponderación exige tener presentes las exigencias de la buena fe, la interdicción del abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, de modo que se compatibilicen los intereses del menor y del trabajador con las facultades empresariales de organización del trabajo. Y, por supuesto, como en los demás casos de concreción horaria, teniendo en cuenta que protección de la familia y derecho a la igualdad son derechos constitucionalmente reconocidos, lo que les da un especial valor. (*Vid.* in extenso VELASCO PORTERO, M^a T. «El conflicto entre conciliación y necesidades empresariales en la organización del tiempo de trabajo: regulación legal, doctrina judicial e importancia de la negociación», RGDTSS, n^o 41/2015).

⁸⁴ Sobre el tema de la interpretación del art. 37.5 y 6 del ET, *vid.* NÚÑEZ-CORTÉS, P. y LOUSADA AROCHENA, J.F., *Jornada de trabajo y derechos de conciliación*, Tecnos, 2015, pp. 131 y ss.

⁸⁵ RD-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Que el empresario pueda distribuir irregularmente la jornada (lo que supone que no se trabajen las mismas horas todos los días o semanas del año), unido al hecho de que la comunicación al trabajador se realice con un escaso margen de tiempo, supone un serio inconveniente para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Por el contrario, la jornada regular facilita al trabajador la planificación y organización de su vida personal y familiar, cuyas necesidades en muchas ocasiones vienen marcadas por horarios que generalmente se repiten semanalmente.

Antes de la reforma de 2012, cuando la posibilidad de fijar una jornada irregular tenía que pactarse en convenio colectivo o acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, era habitual que el tema de la jornada quedase más o menos predeterminado en los convenios colectivos de sector, fijando una jornada máxima en cómputo anual y habilitando expresamente la posibilidad de adoptar una distribución irregular al pacto o acuerdo de empresa. Se trataba de una solución bastante razonable, ya que con la distribución irregular de la jornada lo que se pretende es permitir una mayor adaptación de ésta a las necesidades de los procesos productivos, por lo que determinación debe estar a nivel de empresa⁸⁶. La gran mayoría de los convenios colectivos recogían entonces la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada, combinando varias fórmulas⁸⁷: los menos atribuían al empresario la potestad de distribuir irregularmente la jornada, unas veces exigiendo la causalidad y otras no, y la mayoría exigían la participación de los trabajadores para llegar a un acuerdo.

Con la reforma del art. 34.2 ET el papel del convenio colectivo cambia radicalmente, ya que en defecto de pacto, la empresa puede distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10% de la jornada de trabajo, respetando los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y con un preaviso al trabajador de cinco días. Es decir, sin necesidad de llegar a ningún tipo de acuerdo con los trabajadores, el empresario les puede imponer este tipo de organización del tiempo de trabajo tan poco compatible con las necesidades de con-

⁸⁶ MARTÍN VALVERDE Y GARCÍA MURCIA (Dir.), *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 949-950.

⁸⁷ Siguiendo la clasificación de SANTOS GONZÁLEZ, D., «Anualización y distribución irregular de la jornada como medidas flexibilizadoras. Análisis evolutivo de la negociación colectiva estatal (1990-2012)», *Noticias jurídicas*, marzo 2014.

ciliación de vida laboral, familiar y personal, al menos con respecto al diez por ciento de la jornada y preavisándoles solo con cinco días de antelación. Posteriormente el RDL 16/2013 ha ampliado todavía más la flexibilidad, al posibilitar que las diferencias de jornada, por exceso o por defecto, se compensen en el año siguiente al momento en que se produzcan⁸⁸. De esta manera, la planificación de la vida privada del trabajador queda muy condicionada.

La nueva regulación legal ha tenido repercusión en la regulación convencional de la jornada irregular, como era previsible. De entre los convenios analizados son mayoría los que en su regulación reiteran el derecho del empresario a distribuir irregularmente una parte de la jornada, sin necesidad de llegar a un acuerdo con la representación legal de los trabajadores. Lo más habitual es que ese porcentaje coincida con el 10% previsto en el ET⁸⁹, aunque también

⁸⁸ «En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan».

⁸⁹ Art. 42 CC de empresas de perfumería: «Por necesidades de trabajo y para poder reaccionar con mayor flexibilidad ante demandas del mercado, la Empresa podrá cambiar la distribución de hasta 100 horas anuales [la jornada anual son 1752], que serán siempre de libre disposición de la misma, en un centro de trabajo o sección del mismo o a un determinado trabajador, mediando un preaviso mínimo de cinco días a los Representantes de los Trabajadores y a los propios afectados». Art. 49.2 CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad: «Sobre el calendario publicado, la empresa podrá disponer, como bolsa de horas flexibles, de hasta un 10% de horas anuales a distribuir de forma irregular y que tendrán los efectos de horas ordinarias de trabajo. En el caso de los centros educativos el número de horas flexibles será de un 5% del total anual». En el sector de la madera se regula el establecimiento de un calendario anual, y, según su art. 47: «El empresario podrá distribuir irregularmente 175 horas anuales [del total de 1752], pudiendo afectar por ello la jornada máxima semanal o mensual pero no a la máxima anual. Igualmente podrá afectar a los horarios diarios, preavisando con cinco días de antelación a los afectados y a la representación de los trabajadores. Asimismo, el empresario dispondrá de una bolsa de 5 días o 40 horas al año que podrá alterar la distribución prevista en el calendario anual. Con carácter previo a su aplicación, la empresa deberá preavisar con 5 días de antelación a los afectados y a la representación de los trabajadores». El art. 62.6 CC industria salinera también reconoce al empresario a distribuir irregularmente el 10% de la jornada en defecto de pacto. El art. 47 CC sector de la madera permite la distribución irregular de 175 horas anuales de un total de 1752, con preaviso de 5 días. Art. 5 CC del Grupo Nacionalista Galego, que tampoco fija un límite al número de horas de distribución irregular de la jornada: «Artículo 5. Jornada de trabajo. 1. Dadas las particulares características de la actividad política es precisa una flexibilidad horaria que se adapte a las diferentes intensidades y necesidades de actuación del Bloque Nacionalista Galego. No obstante, la jornada laboral pactada en cómputo semanal será de 35 horas de trabajo efectivo como referencia. 2. El horario de trabajo diario será distribuido en cada centro de trabajo en función de las necesidades operativas, siendo comunicado al trabajador o trabajadora con quince días de

hay casos en que es más⁹⁰ e incluso menos (máximo de 5% de la jornada, del 8% de la jornada anual, hasta cien horas por trabajador y año...) ⁹¹. En ocasiones, el convenio se limita a fijar los límites

antelación como mínimo». Lo mismo ocurre con el art. 19.2 CC KOODZA S.L.U., que además de no fijar límite a las horas que se pueden distribuir irregularmente establece que se comunicará con un preaviso menor a los cinco días que consagra el ET: «Planing. Con objeto de dotar de la mayor flexibilidad a la organización de la empresa y acomodar las horas de trabajo al flujo de clientes, se establecerá por parte de la empresa un Planing con carácter mensual que deberá estar elaborado con 10 días de antelación al inicio de cada mes natural, notificándose el mismo a todos los trabajadores bien mediante entrega física del mismo o mediante remisión a la cuenta de correo electrónico de cada trabajador. El planing podrá ser objeto de variación con 48 horas de antelación, salvo mutuo acuerdo, en aquellos supuestos en los que se produzcan ausencias al puesto de trabajo o variaciones en cuanto a la perspectiva de ventas que no hubieran sido previstas en el momento de la elaboración del calendario laboral. Las jornadas diarias no podrán ser inferiores a cuatro horas ni superiores a nueve horas».

⁹⁰ Art. 19 CC de Banque Psa Finance. Sucursal de España: «Distribución irregular de la jornada. En tal sentido y previa consulta a la representación legal de los trabajadores, la dirección de la empresa podrá distribuir de forma irregular hasta un máximo de 173 horas de la jornada anual [sobre una jornada anual de 1.643,81 horas] (...) En el supuesto de hacer uso de esta disponibilidad, se comunicará al trabajador afectado al menos con cinco días de antelación a la aplicabilidad de la medida». Art. 33 CC Grupo de empresas Acciona Energía: máximo de 200 horas anuales. Art. 26 CC de ROCSA: «Jornada irregular y flexible. 1. Se establece una distribución irregular de la jornada a lo largo del año. La empresa podrá, al objeto de adecuar su capacidad productiva a los imprevistos que se puedan originar, disponer de hasta 300 horas/año de su calendario anual». Art. 22 CC Bercose: «Se establece un porcentaje máximo del 20% de la jornada de trabajo que podrá distribuirse de manera irregular a lo largo del año».

⁹¹ El art. 56 CC de reforma juvenil establece un máximo del 5% de la jornada para la distribución irregular. El art. 2.4 CC de Tecnocom establece un límite de horas anual del 8%, diario de 9 horas, semanal de 45 y mensual de 5 meses al año, solo se hace referencia a las necesidades de la empresa y comunicación a RLT. Art. 40 CC de instalaciones acuáticas: «Sobre el calendario laboral que rija en la empresa o individualmente con cada trabajador, si este es contratado bajo algunas de las modalidades de duración determinada, especialmente por obra o servicio determinado o por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, la dirección de la empresa podrá disponer como jornada u horario flexible, de hasta cien horas por cada trabajador/año, independientemente de la duración del contrato, que consideradas por naturaleza ordinaria, a pesar de su carácter irregular, formaran parte del cómputo anual o contractual de la jornada, sin que el mismo pueda en ningún caso superar la jornada máxima anual establecida en este Convenio [esta jornada es de 1786]. Tales horas flexibles serán de aplicación en los días laborables que resulten para cada trabajador, pudiendo superarse el tope de jornada de las cuarenta horas semanales y nueve diarias señaladas en la ley, con respeto de los descansos legalmente establecidos. La compensación de las horas flexibles o de libre disposición realizados, será a juicio de la empresa, previa consulta a los representantes de los trabajadores, descansada o retribuida». (Hay que tener en cuenta que el mismo convenio contempla un plus por jornada flexible). Art. XI CC AP-1 Europistas, Concesionaria del Estado, SAU: «El 8% de

diarios o semanales y los descansos que en todo caso hay que respetar, pero sin establecer un límite de horas anuales ni de porcentaje con respecto a la jornada⁹². Como ejemplo extremo de indefinición podemos citar el art.18 CC de Lodisna, SLU, que permite que el empresario programe la jornada de una semana para otra y, además, pueda modificarla de un día para otro⁹³.

la jornada podrá ser distribuida irregularmente». La determinación se hará por los responsables de cada servicio, aunque el trabajador tendrá la posibilidad de proponer la elección de 5 posibles alternativas. En caso de desacuerdo, prevalecerá la decisión del responsable. Además, «todo el personal de la empresa podrá ser asignado a trabajar en cualquiera de los turnos de mañana, tarde o noche, así como en jornada partida y jornada reducida o parcial, si bien su jornada anual será la establecida en el presente convenio». Los adelantos o retrasos en los turnos no computarían dentro del 8% de flexibilidad. El art. 27 CC Lyberty hace referencia a una bolsa de horas de 14 horas al año. Se preavisará con tiempo para favorecer la conciliación. La Sección 2ª, art. 2.2. del CC de Tecnomoc España Solutions, Tecnomoc Telecomunicaciones y Energía y Tecnomoc SyA: Jornada irregular y flexibilidad horaria, máximo 8% de la jornada anual. Art. 15 CC Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU: «Con un preaviso mínimo de 10 días las empresas, por razones imprevistas y justificadas, podrán aumentar la jornada hasta dos horas diarias durante un máximo de 50 días al año y disminuirla, en compensación, en los mismos límites y por el mismo tiempo. Igualmente podrán efectuar los cambios de horario que estime necesarios, con respecto a la jornada pactada en el presente convenio colectivo, con el debido conocimiento de los representantes legales de los trabajadores. Cuando se trate de un cambio que tenga consideración de modificación sustancial de condiciones de trabajo, el procedimiento a seguir será el establecido en el art. 41 ET».

⁹² Art. 18 CC de radiodifusión consagra la posibilidad de distribución irregular de lunes a domingo, en cuyo caso jornada mínima de 5 horas y máxima de 9. Art. 29.2 CC sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados: «Cuando se practique por la empresa una distribución irregular de la jornada, se limitará ésta a los toques mínimos y máximos de distribución siguientes: en cómputo diario no podrá exceder de un mínimo y máximo de 7 a 9 horas; en cómputo semanal dichos límites no podrán exceder de 35 a 45 horas». Art. 19 CC Tradia Telecom, SAU permite el horario flexible, pero se remite a un Anexo que hace una planificación horaria por semanas, de jornada entre 6 y 9 horas y fija unas franjas horarias de trabajo. El art. 23 CC empresas de telemarketing establece la posibilidad de distribución irregular de la jornada, de forma tal que «las empresas informarán mensualmente a la representación de los trabajadores del establecimiento de las jornadas, turnos y horarios de cada una de las campañas o servicios, así como de las modificaciones que se puedan producir». No señala límites.

⁹³ Art. 18 CC de Lodisna, SLU: «Flexibilidad-Modulación horas de trabajo: Ambas partes manifiestan que debido a las particularidades del sector del transporte, la carga de trabajo a lo largo de los días de la semana o del mes no es la misma, pudiendo variar de forma considerable. Es por ello que han considerado necesario establecer un mecanismo de modulación que permita adecuar el tiempo de trabajo diario del trabajador a las necesidades de la empresa. En base a lo anterior, se establece que el tiempo de trabajo diario de cada trabajador será de un mínimo de 6 horas y un máximo de 10 horas, programándose por parte de la empresa el trabajo de una semana para la siguiente. No obstante lo anterior,

Algunos convenios siguen exigiendo que el establecimiento de jornada irregular sea negociado con la representación legal de los trabajadores⁹⁴; en otras ocasiones, como en el caso del CC de perfumería y afines, se explicita que las modificaciones de jornada por encima de lo previsto con respecto a la jornada irregular deberán seguir el procedimiento del art. 41 del ET⁹⁵. Otros convenios establecen un sistema mixto, de manera que en primera instancia optan por la negociación

en casos excepcionales y ante necesidades imprevistas la empresa podrá modificar este programa de un día para el siguiente, sin necesidad de acuerdo previo con el trabajador. Este sistema de modulación respetará los periodos de descanso previstos por el Estatuto de los trabajadores y demás normativa legal de aplicación. El promedio de trabajo efectivo será de 40 horas semanales».

⁹⁴ Art. 27.6 CC de la industria textil y de la confección: «entre la empresa y la RT, al pactar el calendario, podrá establecerse una distribución irregular de la jornada, sin superar el máximo de horas anuales, aunque superen las cuarenta semanales y las nueve diarias». Art. 21 del CC de Citius Outsourcing Enterprise, SL. establece que excepcionalmente habrá que acudir a una flexibilidad coyuntural, «en situaciones imprevistas vinculadas a la carga de trabajo existente en cada momento» y en este caso la empresa, previo informe a la RLT, preavisará con un mínimo de 7 días naturales de antelación a los trabajadores individualmente afectados. Durante el periodo de preaviso establece la obligación de negociar. Si por este motivo el trabajador debiera horas a la empresa se le tendrán por trabajadas, y si tuviera a su favor un saldo de horas se le retribuirá. La flexibilidad puede ser de dos tipos: prolongar la jornada hasta en 2 horas diarias hasta un máximo de 40 días laborables, o bien una bolsa de 80 horas al año, en las cuales puede realizar una variación de los días en que están distribuida la jornada ordinaria». Art. 16 CC Grupo Mercantil ISS regula la distribución irregular de la jornada, con la posibilidad de aumentar la jornada diaria durante un máximo de 50 días al año y disminuirla en compensación, con preaviso mínimo de 10 días. Es necesaria la negociación previa con la representación sindical. Art. 21 CC de asesores fiscales: «Las empresas podrán establecer en la elaboración de los calendarios anuales de trabajo, incluidos como horarios especiales, la distribución irregular de la jornada en periodos de máxima actividad comercial. En este caso la jornada semanal, incluidas las horas extraordinarias, no podrá exceder de 48 horas y con respeto absoluto al descanso semanal señalado y al diario regulado en el Estatuto de los Trabajadores. (...) En todo caso la introducción de una jornada irregular en los centros que no la tuvieran establecida deberá tener la consideración de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y estará sujeta a lo establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores».

⁹⁵ Art. 42 CC perfumería y afines:»Los trabajadores afectados por el presente Convenio, tendrán una jornada laboral máxima anual de 1.720 horas de trabajo efectivo para los años 2.012 y 2013. La jornada laboral máxima anual podrá flexibilizarse o adaptarse en función de las necesidades de trabajo de la empresa. La aplicación práctica a nivel de centro de trabajo de esta flexibilización o adaptación, se llevará a cabo de acuerdo con los Representantes de los Trabajadores o con los propios trabajadores donde no haya representantes de los mismos, siempre dentro de los límites establecidos por la legislación vigente».

pero, en caso de no llegar a un acuerdo, el empresario podría hacer uso de la facultad que le otorga el 34.2. ET de distribuir irregularmente el 10% de la jornada⁹⁶.

En algunos convenios se habla de «jornada flexible», pero refiriéndose igualmente a la posibilidad de distribución irregular por motivos empresariales⁹⁷; otros hablan de Bolsa de Horas, como el art. 10 CC de Eads-Casa, Airbus Operations, SL y Eads Casa Espacio, que bajo el epígrafe «Normas para la regulación de la flexibilidad en el tiempo de trabajo» regula una «bolsa individual de horas de trabajo, de saldo variable a lo largo del tiempo», donde se van contabilizando tanto los excesos de jornada como los descansos del personal en días laborables. Se trata de unos descansos que se producen a requerimiento de la empresa, con antelación mínima de 48 horas, previa información al comité de empresa. Esta antelación es menor a los 5 días previstos en el ET, pero en este caso el convenio prevé que pueda haber negativa por parte de los trabajadores e intervención del comité de empresa⁹⁸.

Pero no siempre es así, siendo relativamente frecuente que el convenio regule un plazo de preaviso inferior al previsto en el art. 34.2 ET. Se trata de una cuestión conflictiva, máxime después

⁹⁶ Art. 9.7: «Conforme a lo previsto en el artículo 34.2 del ET, con carácter previo a la aplicación de la distribución irregular de la jornada, establecida en el calendario laboral, la empresa convocará con una antelación mínima de tres días a la representación legal de los trabajadores del centro de trabajo objeto de esta medida, y donde no exista la misma directamente a los trabajadores implicados, al inicio de una ronda de reuniones con el objetivo de concretar las personas, colectivos, porcentajes y condiciones de dicha distribución irregular. Esta distribución podrá alterar la jornada máxima semanal, mensual y/o los horarios diarios, respetando el período mínimo de descanso legalmente establecido, así como las vacaciones individuales. Si transcurridos cinco días desde el inicio del proceso anterior no se ha alcanzado un acuerdo entre las partes sobre la totalidad de las materias antes expuestas, se estará, respetando las condiciones de distribución irregular de la jornada del párrafo anterior, a lo establecido en el artículo 34.2 del ET. Cuando la devolución o compensación de las jornadas no pudiera producirse dentro del año natural, será necesario el acuerdo con la representación legal de los trabajadores y donde no exista la misma directamente con los trabajadores implicados».

⁹⁷ Art. 19 CC centros de jardinería.

⁹⁸ «La persona afectada, si fuese voluntaria, cumplirá el requerimiento hasta un máximo de 15 días de calendario, si los días son consecutivos, o hasta el máximo de saldo negativo si los días fuesen alternos. Si no fuese voluntaria, se acordará dentro del mismo plazo con el Comité de Empresa, distinguiéndose los dos siguientes casos. Las horas de la bolsa que se utilicen en días no laborables tendrá una compensación económica expresa».

de la STS de 16 abril 2014⁹⁹, según la cual dicho plazo constituye una norma de derecho necesario, aún en el supuesto de que la empresa y los representantes de los trabajadores acuerden reducir el porcentaje de un 10% establecido en dicho precepto. Esta sentencia afecta, por ejemplo, a lo previsto en el art. 46 CC de Cofeley España SAU¹⁰⁰, que establece un preaviso de 72 horas y a los arts. 22 y 23 CC del CC Alliance Outsourcing SL¹⁰¹ (48 horas), al art. 19.2

⁹⁹ Sala de lo Social, Rec. n.º 183/2013, FD 4: «Así pues, siendo también el art. 34.2 ET, como el 37.3, una disposición de derecho necesario relativo en cuanto contempla que «el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación resultante» de la distribución irregular a lo largo del año del 10% de la jornada de trabajo (norma imperativa «hacia abajo» y dispositiva «hacia arriba», es decir, lo que la doctrina ha calificado como principio de norma mínima), la consecuente operación jurídica, según ya expusimos en nuestro citado precedente, «consiste en un proceso de depuración de la norma convencional, eliminando de ella, uno por uno, todos los aspectos que no respeten los mínimos establecidos en la norma legal de derecho necesario relativo que ha establecido dichos mínimos». FD 5. «El art. 34.2 ET permite la distribución irregular de la jornada acordada en convenio colectivo o acuerdo de empresa, sin limitación alguna; el límite del 10% solo opera en defecto de pacto y, por consiguiente, en el convenio se podría haber pactado cualquier porcentaje de reducción. Sin embargo, no sucede lo mismo en relación al plazo de preaviso porque, en un párrafo distinto de ese mismo precepto estatutario, junto a la garantía del descanso diario y semanal, se establece la garantía del preaviso de cinco días, y ese plazo, que, ampliándolo, igualmente podría haberse mejorado, no cabe empeorarlo, como hace el convenio, reduciéndolo hasta 24 horas».

¹⁰⁰ Artículo 46: «Flexibilidad. Con el fin de preservar el empleo y adecuar la capacidad productiva de la empresa con la carga de trabajo existente en cada momento, se establece una flexibilidad de 16 horas año por trabajador. Dicha jornada flexible se regulará de la siguiente forma: 1. El calendario laboral de cada centro de trabajo se confeccionará sobre la base de las horas anuales de trabajo efectivo de cada año. 2. La empresa, podrá, alegando razones de carácter técnico organizativo y/o productivo, disponer de hasta 16 horas/año por trabajador del citado calendario laboral anual, variando la distribución de jornada inicialmente establecida y sin más requisitos que los siguientes: a) La empresa preavisará con un mínimo de 72 horas a los trabajadores afectados y a su Representación Sindical, del uso de las horas que nos ocupan, indicando la causa o causas que las motivan».

¹⁰¹ Artículo 22: «Adecuación de jornada. Las especiales características de la empresa, así como los compromisos de realización de servicios para terceros amparados en contratos concretos, precisan de una cierta libertad de actuación en la distribución de las jornadas de trabajo en función de las necesidades concretas previstas e imprevistas, circunstancias de producción, puntas de trabajo, ausencias de personal, entregas urgentes, disminución de la actividad etc. Así, se establece que cuando concurren causas suficientes en función de lo referido, que se pueden englobar en los términos de causas organizativas, técnicas, de producción y estructurales, la jornada de trabajo podrá extenderse hasta un máximo de 12 horas diarias. La comunicación a los trabajadores de estas situaciones les serán comunicadas con la máxima antelación posible, procurando siempre un mínimo de 48 horas. La falta de horas trabajadas como «falta de actividad», se compensan directamente con tiempo en exceso del mismo mes. Artículo 23. Bolsa de horas. Además de la posibilidad que

CC KOODZA S.L.U.¹⁰² (48 horas), al art. 43 CC prestaciones de servicios auxiliares concretos y específicos a empresas, S.L.¹⁰³ (2 días), al CC de Cogelec (48 horas)¹⁰⁴, al art. 26 de Convenio colecti-

conforme al artículo 34.2 del ET, recogida en el precedente apartado, con el fin de adecuar la capacidad productiva a la carga de trabajo existente en cada momento, se pacta expresamente la creación una bolsa de horas adicional, que permita y facilite la flexibilidad interna del tiempo de trabajo a cuenta de la bolsa de horas. Esta bolsa de horas será de un máximo anual de 180 horas por trabajador y se podrá distribuir para cada trabajador de forma irregular durante el transcurso del año natural. La aplicación de la bolsa de horas atenderá a criterios de rotación, no pudiendo existir más de 50 horas de diferencia entre el trabajador que más uso haya hecho de la bolsa y el trabajador que menos uso haya hecho de la misma, teniendo en cuenta para esta comparación a trabajadores de la misma especialidad, dentro del mismo centro de trabajo, departamento o proyecto. Para poder regular la jornada del trabajador en aplicación de la bolsa de horas, la empresa deberá realizar un preaviso al trabajador de dos días laborables, como mínimo, sin perjuicio de que la empresa intentará, en la medida de lo posible realizar el preaviso al trabajador con mayor antelación, si las circunstancias lo permitiesen».

¹⁰² Art. 19.2: «Planing. Con objeto de dotar de la mayor flexibilidad a la organización de la empresa y acomodar las horas de trabajo al flujo de clientes, se establecerá por parte de la empresa un Planing con carácter mensual que deberá estar elaborado con 10 días de antelación al inicio de cada mes natural, notificándose el mismo a todos los trabajadores bien mediante entrega física del mismo o mediante remisión a la cuenta de correo electrónico de cada trabajador. El planing podrá ser objeto de variación con 48 horas de antelación, salvo mutuo acuerdo, en aquellos supuestos en los que se produzcan ausencias al puesto de trabajo o variaciones en cuanto a la perspectiva de ventas que no hubieran sido previstas en el momento de la elaboración del calendario laboral. Las jornadas diarias no podrán ser inferiores a cuatro horas ni superiores a nueve horas».

¹⁰³ «Jornada irregular. 1. En los centros especiales de empleo, atendiendo al carácter productivo de las actividades en ellos realizadas, podrá establecerse la distribución irregular de jornada a lo largo del año, en los términos establecidos en el artículo 41 del presente convenio. La distribución irregular de la jornada deberá respetar, en todo caso, los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en el presente convenio y en el Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto 1561/1995. 2. Este convenio colectivo acuerda la flexibilidad horaria en tanto que ordenación flexible del tiempo de trabajo y su concreción en la empresa para la mejor adaptación a las necesidades de la empresa, de los usuarios de sus servicios y de los trabajadores y trabajadoras que prestan sus servicios. La distribución irregular de la jornada de trabajo se regula en este sector al objeto de evitar en lo posible las horas extraordinarias, por lo que empresa y comité de empresa velaran por el cumplimiento de este objetivo y por la reducción de las horas extraordinarias. 3. El número de horas de trabajo efectivo de distribución irregular, se concretará en cada empresa o centro de trabajo, atendiendo a las necesidades organizativas y de servicios de éstos y deberá ser comunicado a la representación legal de los trabajadores y a los trabajadores afectados con un mínimo de 2 días de antelación indicando día y hora de inicio de la jornada irregular de acuerdo con la legislación vigente».

¹⁰⁴ Art. 12 CC de Cogelec SA (2014): «Distribución irregular de la jornada de trabajo. Máximo de 5% de la jornada anual. Siempre con antelación mínima de 48 horas, salvo supuestos de emergencia, fuerza mayor o necesidad justificada. Bolsa horaria: Se establece una bolsa

vo CTC Externalización, S.L.¹⁰⁵ (48 horas), al art. 16 CC del sector

horaria para los centros de trabajo donde, por el horario establecido en el calendario laboral, no se alcance el número de horas de la jornada laboral anual en los siguientes términos: 1. Se recuperará hasta un máximo del 98% de la jornada laboral anual. 2. Dicha recuperación se hará dentro del centro de trabajo del que se trate y siempre previa comunicación por escrito al interesado con una antelación mínima de 48 horas, salvo supuestos de emergencia, fuerza mayor o necesidad justificada. 3. Se podrá exigir sólo de lunes a viernes y con un máximo de diez horas de manera que las horas entre la 8^a y la 10^a computen a razón de 2 horas de la bolsa por hora trabajada para la jornada laboral anual. 4. El tiempo que exceda de las diez horas se considerará como horas extraordinarias. 5. Cuando el trabajador sea desplazado temporalmente a otro centro de trabajo distinto del habitual, el tiempo que exceda de las cuarenta horas semanales, se abonarán como horas extraordinarias. 6. La recuperación de estas horas se organizará de modo que no haya un desfase superior al 25% entre los trabajadores de un mismo centro de trabajo y se cerrará por año natural. 7. Tanto la recuperación de horas como el cómputo de la jornada anual quedará cerrado por año natural, comenzando de cero el 1^o día de cada año de vigencia del presente convenio».

¹⁰⁵ «Adecuación de la jornada: Las especiales características de la empresa, así como los compromisos de realización de servicios para terceros amparados en contratos concretos, precisan de una cierta libertad de actuación en la distribución de las jornadas de trabajo en función de las necesidades concretas previstas e imprevistas, circunstancias de producción, puntas de trabajo, ausencias de personal, entregas urgentes, disminución de la actividad, etc. Así, se establece que cuando concurren causas suficientes en función de lo referido, que se pueden englobar en los términos de causas organizativas, técnicas, de producción y estructurales, la jornada de trabajo podrá extenderse hasta un máximo de 12 horas diarias. La comunicación a los trabajadores de estas situaciones les serán comunicadas con la máxima antelación posible, procurando siempre un mínimo de 48 horas. La falta de horas trabajadas como «falta de actividad», se compensan directamente con tiempo en exceso del mismo mes. Si este saldo fuere negativo para el trabajador, recibirá el salario completo pero quedarán pendientes de regularización las horas debidas en el plazo de los tres meses inmediatamente posteriores hasta donde alcance, no considerándose como horas extras las necesarias para cubrir esta compensación debida. Este saldo queda, en cualquier caso, cerrado a final de cada ejercicio. Los pluses que van asociados a la presencia diaria y que dejen de percibirse en estos casos de «falta de actividad» deberán abonarse en el momento en que estas horas se recuperen; siempre en proporción de las horas que se vayan recuperando (días completos u horas adicionales). Asimismo en los casos que una recuperación por falta de actividad deba realizarse en una de las 6 fiestas abonadas no nacionales (4 autonómicas y 2 locales) las horas trabajadas se computarán con un 15% adicional pasando estas horas adicionales a ser consideradas como de recuperación de otras «falta de actividad» pasado o futura. Este periodo de tres meses para compensar las faltas de actividad se ampliará en el tiempo que fuese interrumpido por causas ajenas a la empresa, tales como vacaciones o bajas médicas del trabajador. Si del total mensual de horas realizadas resultara un saldo favorable al trabajador y este exceso de horas no pudiera ser compensado en su totalidad por descanso, la parte restante le sería abonada como horas extraordinarias, sin superar éstas el límite de 80 horas anuales. Dada que la retribución de los trabajadores lo es en la modalidad mensual, si el trabajador cesara en la empresa teniendo con la misma un débito de horas, éstas le podrán ser descontadas de la liquidación-finiquito a efectuar en su caso».

de industrias lácteas (72 horas)¹⁰⁶, al art. 36 CC ATE sistemas y proyectos singulares, S.L.¹⁰⁷ (24 horas), al CC de Inergy Automotive Systems, SA¹⁰⁸ que también señala un plazo de 48 horas, aunque en este caso el convenio prevé que el trabajador pueda negarse hasta en tres ocasiones. El CC de Ocan ITV SA ni siquiera fija un plazo mínimo de preaviso, sino que se refiere a un ambiguo concepto de que haya determinados trabajos que se deban hacer, en cuyo caso el trabajador deberá alargar su jornada¹⁰⁹. También podemos citar aquí el ya mencionado art.18 del CC de Lodisna, SLU, que permite

¹⁰⁶«Dentro del cómputo anual establecido al principio del artículo, las empresas dispondrán para la distribución irregular de la jornada, de 90 horas anuales que podrán ser distribuidas libremente a lo largo del año, a fin de adaptarse a las necesidades de la producción. Un trabajador no podrá ser obligado, en aplicación de esta distribución irregular de la jornada, y salvo pacto individual o colectivo en contrario, a prolongar su jornada ordinaria en más de 2 horas diarias o reducirla en más de 1 hora. Se podrá hacer uso de esta distribución irregular, tanto al principio como al final de la jornada ordinaria, obligándose la empresa a comunicarle dicha alteración con 72 horas de antelación mínima, salvo casos de fuerza mayor. No obstante lo anterior, cuando la ampliación de la jornada diaria en dos horas suponga la realización de una décima hora de trabajo, deberá este extremo pactarse previamente con la representación legal de los trabajadores».

¹⁰⁷«Adaptación de jornada de trabajo. Atendiendo a la naturaleza de la actividad que desarrolla la empresa, así como los compromisos de realización de servicios para terceros amparados en contratos concretos, se precisa flexibilidad para la distribución de la jornada diaria en función de las necesidades concretas prevista e imprevistas, circunstancias de la producción, puntas de trabajo, ausencias de personal entregas urgentes, disminución de la actividad, etc. Por ello, ateniendo a las circunstancias anteriormente expuestas que se puede englobar en la categoría amplia de causas económicas, técnicas, organizativas y productivas la jornada de trabajo podrá extenderse hasta un máximo de 12 horas diarias. De igual forma, la jornada de trabajo se podrá reducir diariamente diaria, semanal o mensualmente. La comunicación a los trabajadores se realizará con la mayor antelación posible y, en todo caso, con 24 horas de antelación».

¹⁰⁸Art. 13 regula un pacto de flexibilidad: «La convocatoria de trabajadores para trabajar en sábado, domingos y festivos se realizará con un mínimo de 4 días de antelación (...) Se podrán acortar los plazos de la convocatoria si se diera alguna situación de las denominadas de fuerza mayor».

¹⁰⁹Art. 24 CC de Ocan Inspección Técnica de Vehículos S.A: «Ambas partes acuerdan la distribución irregular de un 20% de la jornada a lo largo del año, debido a las especiales características de la actividad empresarial de «OCA Inspección Técnica de Vehículos, S.A.» En consecuencia de lo anterior, el trabajador afectado está obligado a adaptar su horario a las especiales circunstancias de los clientes. Siempre que se dé la circunstancia de que hay determinados trabajos que se deben hacer, no pudiendo quedar pendientes, y en virtud de la flexibilidad pactada, el trabajador deberá alargar su jornada hasta la finalización de los mismos, respetando en todo caso los descansos mínimos establecidos en la legislación vigente».

que el empresario programe la jornada de una semana para otra y, además, pueda modificarla de un día para otro¹¹⁰.

El art. 71 CC de la construcción prevé un sistema de «recuperación de horas no trabajadas por causas no imputables a la empresa» que podríamos considerar también como supuesto de jornada irregular, y que tampoco prevé límite máximo de horas ni plazo mínimo de preaviso: «El 70 por 100 de las horas no trabajadas por interrupción de la actividad debido a causas de fuerza mayor, accidentes atmosféricos, inclemencias del tiempo, falta de suministros o cualquier otra causa no imputable a la empresa, se recuperarán a razón de una hora diaria en los días laborables siguientes, previa comunicación a los trabajadores afectados y, en su caso, a sus representantes legales en el centro de trabajo».

En cuanto a la posibilidad introducida por el RDL 16/2013 de que el empresario compense los excesos de jornada en los doce meses siguientes a que se produzcan, algún convenio ya contenía anteriormente cláusulas en este sentido¹¹¹. Sin embargo, lo más habitual es

¹¹⁰«Flexibilidad-Modulación horas de trabajo: Ambas partes manifiestan que debido a las particularidades del sector del transporte, la carga de trabajo a lo largo de los días de la semana o del mes no es la misma, pudiendo variar de forma considerable. Es por ello que han considerado necesario establecer un mecanismo de modulación que permita adecuar el tiempo de trabajo diario del trabajador a las necesidades de la empresa. En base a lo anterior, se establece que el tiempo de trabajo diario de cada trabajador será de un mínimo de 6 horas y un máximo de 10 horas, programándose por parte de la empresa el trabajo de una semana para la siguiente. No obstante lo anterior, en casos excepcionales y ante necesidades imprevistas la empresa podrá modificar este programa de un día para el siguiente, sin necesidad de acuerdo previo con el trabajador. Este sistema de modulación respetará los periodos de descanso previstos por el Estatuto de los trabajadores y demás normativa legal de aplicación. El promedio de trabajo efectivo será de 40 horas semanales».

¹¹¹Así, por ejemplo, el art. 34 del CC nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición: «Si un trabajador por necesidades del servicio no pudiese realizar su jornada mensual asignada, deberá compensar su jornada en los doce meses siguientes, bien en el centro o centros de trabajo asignados, bien en cualquier otro centro que señale la empresa siempre que existan necesidades reales de servicio y que la localización del nuevo centro de trabajo se encuentre dentro de lo que se define como localidad en el artículo 8 de este CC o que no diste con el asignado o alguno de los asignados en más de 25 kilómetros». También el art. 28 CC de Risk Steward, SL:»La jornada de trabajo será de mil ochocientos dieciséis horas en cómputo anual. No obstante, en ambos casos, la empresa, de acuerdo con la representación de los trabajadores podrá establecer fórmulas alternativas para el cálculo de la jornada mensual a realizar. Asimismo, si un trabajador por necesidades del servicio no pudiese realizar su jornada mensual, deberá compensar su jornada en los doce meses

que se fijen periodos de recuperación más cortos, de dos meses¹¹², cuatro meses¹¹³ o seis meses¹¹⁴.

Un sistema más respetuoso con la conciliación es el establecido en el CC general de trabajo de la industria textil y la confección, en el que parte de las horas acumuladas en la bolsa de horas se disfrutan según las necesidades del trabajador¹¹⁵.

siguientes a los que se produjo el defecto de jornada sin que éstas puedan considerarse horas extraordinarias» Lo mismo hace el art. 23 del CC de recursos en punto de venta: «Asimismo, se acuerda que la jornada ordinaria diaria podrá ser superior a 9 horas, con respeto en todo caso del descanso entre jornadas establecido en la Ley. Si un trabajador por necesidades del servicio no pudiese realizar su jornada mensual asignada, deberá compensar su jornada en los doce meses siguientes, bien en el centro o centros de trabajo asignados, bien en cualquier otro centro que señale la empresa siempre que existan necesidades reales de servicio y que la localización del nuevo centro de trabajo se encuentre dentro de lo que se define como localidad en el artículo 10 de este Convenio Colectivo o que no diste con el asignado o alguno de los asignados en más de 50 kilómetros».

¹¹²Art. 16 CC de Ariete Seguridad, SL: «Asimismo, si un trabajador por necesidades del servicio no pudiese realizar su jornada mensual, deberá compensar su jornada, en el mismo o distinto servicio, en los dos meses siguientes».

¹¹³Art. 9 CC CC de Lloyd Outsourcing, SL, 2012: «Dicho exceso de jornada se computará en un periodo de cuatro meses, compensándose por tiempo libre en el periodo máximo de los cuatro meses siguientes, y sin que, en ningún caso la bolsa de horas motivada por la distribución irregular pueda sobrepasar 200 horas en los referenciados periodos de 4 meses». Igualmente el art. 14 CC de Expertus Servicios Hosteleros, SL y el art. 13 CC de Externa Team, SL.

¹¹⁴Art. 26 I CC de Auxiliar Logística Aeroportuaria, SA.: «Jornada laboral. La jornada máxima ordinaria de trabajo será computada anualmente y, en concreto, será de 1.768 horas de trabajo efectivo. Esta jornada se realizará como máximo en doscientos veintidós días en cómputo anual. Se entiende por distribución irregular de la jornada aquella que sea programada por encima o por debajo de la jornada ordinaria. Se acuerda que como máximo el 10% de la jornada de trabajo anual podrá distribuirse de forma irregular a lo largo del año para prolongar o reducir la jornada ordinaria de trabajo. Como norma general, la distribución irregular se programará coincidiendo con la publicación de los horarios, salvo en aquellos casos en que no sea posible por circunstancias organizativas o productivas sobrevenidas en los que mediará un preaviso mínimo de cinco días. Se respetará el descanso entre jornadas que disponga la legislación vigente (...). En cuanto a la compensación de las horas trabajadas en caso de haberse prolongado la jornada ordinaria será posible la acumulación en días completos. Como norma general la compensación debe realizarse dentro de los seis meses siguientes a la realización de las horas». Art. 14 CC de Merchanservis SA: para el caso de que el trabajador hubiese realizado un exceso de horas respecto a la jornada ordinaria, el exceso se compensará con descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

¹¹⁵Art. 28: el número de semanas de horario modificables serán de 17 al año, con un máximo del 10% de la jornada que fija el convenio y un preaviso de 5 días. Con las horas realizadas de más se forma una bolsa individual que se podrá disfrutar para necesidades de carácter personal y/o familiar siempre en días completos, fijándose por acuerdo entre las

Algunos convenios introducen confusas referencias a la conciliación de vida familiar y laboral, como es el caso del art. 25 Convenio colectivo de Tuntac Invest, SL: «Adecuación de jornada. Por el tipo de servicio que presta esta empresa a nuestros clientes, que es la base de nuestra existencia, es imprescindible contar con un grado de flexibilidad que queda expuesto y desarrollado en la distribución irregular de la jornada, adecuando y conciliando la vida familiar y profesional. Todo ello hace que, en función de cada servicio, deban producirse pactos de flexibilidad, para alcanzar los efectos antes citados». Es una cláusula poco clara, aunque podría significar que para poder distribuir irregularmente la jornada es necesario un pacto que tenga en cuenta también las necesidades de conciliación y no solo las de la empresa; no es el único convenio que se expresa en estos términos, podemos encontrar otros con una redacción muy similar¹¹⁶.

A pesar de que la tónica general en la materia es la aumentar la flexibilidad en virtud de las necesidades de la empresa, también podemos encontrar algunos ejemplos de buenas prácticas que exceptúan del régimen general a determinados trabajadores con especiales circunstancias familiares o personales. Es el caso de la establecida en el

partes. En caso de desacuerdo, el 50% lo fijará el empresario (preaviso de 5 días) el resto por la persona afectada, con preaviso de 10 días y con cautelas (no acumular en puentes ni vacaciones, ni en épocas con impacto en las necesidades de la empresa. Se pueden disfrutar en el primer trimestre del año siguiente.

¹¹⁶ Arts. 25 y 26 CC SGE Quality Services SL: «Art. 25. Adecuación de jornada. Por el tipo de servicio que presta la empresa a sus clientes, que es la base de su existencia, es imprescindible contar con el grado de flexibilidad que queda expuesto y desarrollado en la distribución irregular de la jornada, adecuando y conciliando la vida familiar y profesional. Todo ello hace que, en función de cada servicio, deban producirse pactos de flexibilidad para alcanzar los efectos antes citados. Artículo 26. Distribución irregular de la jornada. En atención a las especiales características de la actividad desarrollada por la empresa, y al amparo del artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores, se pacta expresamente la distribución irregular de la jornada, prestada de lunes a domingo con respeto en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley. Asimismo, y para la correcta coordinación de los procesos productivos, los calendarios laborales se ajustarán a los establecidos por el cliente en cada centro de trabajo o servicio. El trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo para atender las necesidades específicas de la empresa en cada servicio». Art. 25 del I CC de Tuntac Invest, SL.:»Adecuación de jornada. Por el tipo de servicio que presta esta empresa a nuestros clientes, que es la base de nuestra existencia, es imprescindible contar con un grado de flexibilidad que queda expuesto y desarrollado en la distribución irregular de la jornada, adecuando y conciliando la vida familiar y profesional. Todo ello hace que, en función de cada servicio, deban producirse pactos de flexibilidad, para alcanzar los efectos antes citados».

art. 51 CC del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia que, tras reconocer el derecho del empresario a distribuir irregularmente un 10% de la jornada, establece que «quedan excluidas de la flexibilidad horaria todas las personas que tuviesen reducción de jornada por cuidado de hijos, lactancia, cuidado de familiares, personas víctimas de violencia de género y personas con discapacidades». También son interesantes las que establecen que la jornada flexible no podrá aplicarse a trabajadores y trabajadoras que por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, embarazo o periodos de lactancia, tengan limitada su presencia¹¹⁷. Algunos convenios establecen la exclusión solo para las embarazadas¹¹⁸ y otros sólo para los que disfruten de reducción de jornada por motivos familiares¹¹⁹.

¹¹⁷ Como es el caso del art. 42.3 CC de la industria Química para el periodo 2013-2015. También otros como el art. 33 del CC comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías: «En cualquier caso, la prolongación de jornada consecuencia de esa distribución irregular y de la aplicación de las horas flexibles, no podrá ser de aplicación a aquellos trabajadores/as que tengan limitada su presencia por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, embarazo o períodos de lactancia». La misma cláusula en el art. 49 CC del sector de ocio educativo y animación sociocultural y en el art. 42 de CC del sector de curtidos, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías: «La jornada flexible no podrá ser de aplicación al personal que tenga limitada su presencia en la empresa, por razones de seguridad en el lugar de trabajo, salud, cuidado de menores, embarazo o períodos de lactancia». Art. 31 CC para las empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, droguería, perfumería y afines: «En cualquier caso, la prolongación de jornada consecuencia de esa distribución irregular y de la aplicación de las horas flexibles, no podrá ser de aplicación a aquellos trabajadores/as que tengan limitada su presencia por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, embarazo o períodos de lactancia». Art. 27 CC Nunnems Spain: «Distribución irregular de la jornada. La distribución de la jornada de trabajo anual podrá ser irregular de acuerdo a lo estipulado en cada contrato individual, con aplicación de un calendario de distribución irregular de la jornada, y con posibilidad de superar las nueve horas ordinarias de trabajo efectivo, de acuerdo con lo previsto en el art. 34 del Estatuto de los Trabajadores. En cualquier caso, la prolongación de jornada consecuencia de esta distribución irregular no podrá ser de aplicación a empleado/as/empleadas que tengan limitada su presencia por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, embarazo o períodos de lactancia».

¹¹⁸ Art. 31 CC estatal de grandes almacenes: «Las trabajadoras en situación de embarazo estarán exentas de realizar una jornada superior a la normal contratada». Art. 21.5 CC de Alain Afflelou S.A.U «Las trabajadoras en situación de embarazo estarán exentas de realizar una jornada superior a la normal contratada».

¹¹⁹ Art. 40.2 CC del sector curtidos, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías: «Quedan excluidos de la aplicación de esta distribución irregular de jornada los trabajadores que disfruten de una reducción de jornada por las causas previstas en el art. 37.5 del ET».

Por último, aunque no sea exactamente jornada irregular, queremos dejar aquí constancia de una buena práctica, que evita que se prolonguen innecesariamente las jornadas. Se trata de la prevista en el art. 26 CC de Asepeyo: «La convocatoria de reuniones con posterioridad a las 17.30 será absolutamente excepcional y requerirá autorización previa».

2.5.2. *Jornada flexible (flexibilidad horaria en atención a las necesidades del trabajador)*

La flexibilidad horaria en atención a las necesidades del trabajador también es una medida muy adecuada para la conciliación de vida familiar, personal y laboral, y está presente en mayor o menor medida en gran número de convenios. En muchos de ellos es una regla de carácter general y en otros se reserva para determinados puestos o categorías de trabajadores (los trabajadores a turnos, por ejemplo, normalmente se excluyen de la flexibilidad general y la posibilidad de su implantación se remite a un estudio más detallado). En otros casos se remite su estudio y negociación al ámbito de la empresa. Un último grupo de convenios son los que reconocen el derecho de los trabajadores con determinadas responsabilidades familiares o situaciones personales puedan solicitar la flexibilidad horaria; se trata de un supuesto que expondremos más adelante, en el apartado dedicado al desarrollo convencional del derecho a la adaptación y modificación de la jornada laboral.

Las modalidades de flexibilidad horaria son de lo más variado: flexibilidad de entrada y salida de una hora (media hora en la jornada intensiva de verano)¹²⁰, flexibilidad pero adaptada a las necesidades del servicios y los clientes¹²¹, quince minutos en entrada y

¹²⁰ Art. 21 CC Liberty Seguros.

¹²¹ Art. 26 CC de KUTXABANK S.A.: «Horario flexible. El Banco se reserva el derecho de que cada persona trabaje el total del caudal anual horario, permitiendo en los casos de jornada general, el uso de horario flexible, debiendo adaptarse el mismo a los condicionantes que en cada momento puedan derivarse de la atención a las necesidades del servicio y de las y los clientes. La recuperación de la flexibilidad del horario deberá efectuarse a mes vencido, con presencia útil, esto es, realizándose trabajos encomendados por el Jefe o Jefa correspondiente y sin que en ningún caso pueda existir un número superior a 5 horas para recuperar. Asimismo, el exceso hasta 5 horas sobre la jornada normal de mes, podrá ser compensada durante el mes siguiente. La flexibilidad de horario tendrá como tope, en cada tipo de jornada, la obligatoria asistencia al trabajo 15 minutos antes de la apertura al público o del mercado correspondiente y hasta 10 minutos después del cierre de atención a la clientela o al mercado, y siempre que se garantice en todos los Servicios el arqueo, cuadro y cierre diarios».

salida¹²², media hora en la entrada y salida¹²³, una hora en la entrada y la salida¹²⁴, dos horas y media en entrada y salida¹²⁵, flexibilidad de hora y media, dos horas o dos horas y media, pero solo en la entrada y teniendo que cumplir después la jornada correspondiente¹²⁶, flexibilidad de tres cuartos de hora en entrada y salida¹²⁷, o de 40

¹²² Art. 17 CC de Nokia: Flexibilidad de 15 minutos entrada y salida. También regula los tiempos de recuperación, hasta 55 minutos en jornada de verano y hasta 135 minutos en jornada de invierno.

¹²³ Art. 17 CC de Nokia Siemens Networks: «Flexibilidad horaria: Durante la vigencia de este Convenio, se mantiene el comienzo de la jornada a las 8 horas y su finalización a las 17,15 horas, manteniéndose la flexibilidad de entrada entre las 7,30 y las 8,45 horas». ; Art. 26 CC de prensa no diaria «Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores, con el fin de facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, en las Empresas afectadas por el presente Convenio, se establece una flexibilidad en los horarios de entrada al trabajo de hasta 30 minutos antes y hasta 30 minutos después de la hora fijada para la incorporación al trabajo, siempre que técnicamente la empresa pueda ofrecer esta flexibilidad por tener sus instalaciones abiertas y funcionando adecuadamente. Se compensarán diariamente los adelantos o retrasos del horario de entrada en el horario de salida y respetándose, en todo caso los horarios de comida». Art. 2.2 CC TecnoCom España Solutions, S.L.

¹²⁴ Art. 20.2 CC Grupo Colt en España: una hora de flexibilidad en la entrada y la salida.

¹²⁵ Art. 15 CC empresa Sociedad de Prevención de Fremap, SLU: «Los empleados contratados a jornada completa, tendrán una jornada ordinaria de 8:00 horas a 15:00 horas con una flexibilidad de entrada entre las 7:00 horas y 9:30 horas, y de salida entre las 14:00 horas y 16:30 horas, siempre que el servicio quede cubierto a criterio de la empresa, desde el punto de vista organizativo y de calidad del servicio»

¹²⁶ Art. 16.4 CC Grupo Air France y KLM Compañía Real Holandesa de Aviación: «Los horarios de entrada del personal en horario administrativo estarán comprendidos entre las 8 y las 10 horas, saliendo a la hora que corresponda una vez cumplida la jornada en función de la hora de entrada, a elección del empleado. Para el personal en horario administrativo que preste servicios en la escala la hora de entrada será flexible entre las 7 y 10 horas; Art. 19 CC Siemens: Se establece la flexibilidad de entrada entre las 7:00 y las 10:00 horas. La salida estará en función directa de la hora de entrada más el tiempo utilizado por cada trabajador en las pausas establecidas para invierno (mínimo 45 minutos/máximo 75) y verano (mínimo 0 minutos/máximo 25 minutos); Art. 16.2 CC de Nec Ibérica, SL: «En ambos horarios es aplicable una flexibilidad individual en el horario de entrada de 7:45 a 9:15, siendo la salida en función de la hora de entrada»; Art 10 bis CC European Air Transport Leipzig GmbH, sucursal en España: «Flexibilidad horaria. El personal, previo acuerdo con su responsable directo, podrá variar su jornada fijándola en un rango de entrada entre las 8 y las 9.30 am., sin perjuicio de las necesidades de servicio». ; Art. 16.4 CC del Grupo Air France y KLM Compañía Real Holandesa de Aviación: «Flexibilidad horaria. Los horarios de entrada del personal en horario administrativo estarán comprendidos entre las 8 y las 10 horas, saliendo a la hora que corresponda una vez cumplida la jornada en función de la hora de entrada, a elección del empleado. Para el personal en horario administrativo que preste servicios en la escala la hora de entrada será flexible entre las 7 y 10 horas».

¹²⁷ Art. 8 CC de Algeco Construcciones, flexibilidad de tres cuartos de hora en entrada y salida (salvo algunos puestos).

minutos también en entrada y salida¹²⁸, flexibilidad total pero teniendo que cumplir objetivos¹²⁹, flexibilidad en el tiempo de comida¹³⁰, respeto de una hora determinada de salida¹³¹, una hora en la entrada y dos en la salida¹³², una hora en verano y dos en invierno¹³³, flexibilidad horaria respetando una combinación de límites con respecto a la entrada, descanso y salida¹³⁴. Algún convenio habla solo

¹²⁸ CC Bombardier European Investments, SLU, que reconocen 40 minutos de flexibilidad en la entrada y la salida pero solo en alguno de sus centros de trabajo.

¹²⁹ Art. 32 CC Gas Natural Fenosa: «Jornada flexible para el personal sujeto a régimen de retribución variable, con autoadministración para cumplir objetivos».

¹³⁰ CC Vodafone España, SAU establece la posibilidad de reducir el tiempo dedicado a comida, para salir antes (art. 4), pero si la empresa comprueba que afecta a la productividad puede revertirlo. Art. 10.1 CC Catalana de Occidente: media hora de flexibilidad en la entrada, de una a dos horas en la comida y salida a partir de las 17.30.

¹³¹ El art. 20.3 CC de Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, SA. «En la jornada ordinaria a tiempo completo, para aquellos trabajadores sujetos a jornada partida, se establece una flexibilidad horaria en la hora de entrada al trabajo de 1 hora y 30 minutos, entre las 8,00 y las 9,30 horas, estando fijada la salida a partir de las 18,00 horas. Sin perjuicio de respetar la hora de salida a las 18,00 horas, para aquellos trabajadores sujetos a jornada partida se establece una flexibilidad para el tiempo destinado a la comida de entre un mínimo de 1 hora y un máximo de 1 hora y 30 minutos, de la que se podrá disfrutar a partir de las 14 horas». Art. 18.1 CC de Serviabertis, SL.: «En jornada ordinaria a tiempo completo, para aquellos trabajadores sujetos a jornada partida, se establece una flexibilidad horaria en la hora de entrada al trabajo de 1 hora y 30 minutos, entre las 8,00 y las 9,30 horas, estando fijada la salida a partir de las 18,00 horas. Sin perjuicio de respetar la hora de salida a las 18,00 horas, para aquellos trabajadores sujetos a jornada partida se establece una flexibilidad para el tiempo destinado a la comida de entre un mínimo de 1 hora y un máximo de 1 hora y 30 minutos, de la que se podrá disfrutar a partir de las 14 horas».

¹³² Art. 27 CC Michelin España Portugal, SA para los centros de trabajo de Aranda del Duero (Burgos), Valladolid, Lasarte y Vitoria-Gasteiz, Horario flexible: el personal que estén en horario partido puede acogerse al horario flexible siempre que sea compatible con el trabajo que realiza. Se trata de una flexibilidad de una hora en la entrada, y dos horas en la salida, pudiendo llevar hasta tres horas a la semana siguiente.

¹³³ Art. 20.2. CC Grupo Colt en España: «Se establece el concepto de flexibilidad horaria, teniendo la misma diferente modulación en el horario de invierno que en el de verano. El horario de invierno (desde el 15 de septiembre al 14 de junio) es flexible y la hora de entrada será de 8:30 a 9:30 y la de salida de 17:30 a 18:30 de lunes a jueves y los viernes de 8:00 a 9:00 y de 14:00 a 15:00. El horario de verano (desde el 15 de junio al 14 de septiembre) también es flexible y la hora de entrada será de 7:30 a 9:30 y la de salida de 16:30 a 18:30 de lunes a jueves y los viernes de 7:30 a 9:30 y de 13:30 a 15:30».

¹³⁴ Art. 10.2. CC de Seguros Catalana Occidente SA de Seguros y Reaseguros, de Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, SA y de Grupo Catalana Occidente Tecnología y Servicios, AIE, : b) Centros de Trabajo de S.B. y Servicios informáticos en Bilbao de G.C.O.T.S.: Con carácter general, desde 1 de enero 2014 la regulación horaria será la que se detalla a continuación, si bien con carácter transitorio durante el ejercicio 2014 la plantilla procedente de S.B. mantendrá la flexibilidad horaria de entrada de 8:00 h.

de flexibilidad horaria para el personal de jornada normal, pero sin concretar su régimen¹³⁵. Muchas veces se menciona expresamente que la flexibilidad no será aplicable si hay necesidades del servicio o afecta a la productividad¹³⁶.

En algún caso se regula la existencia de una bolsa de horas para el trabajador¹³⁷, y en otros se contempla la posibilidad de que el trabajador pueda elegir el disfrute de algunos días libres compensados con horas flexibles¹³⁸.

A veces se habla de jornada irregular para referirse a que no se tiene todos los días o semanas la misma pero sin que el empresario pueda alterarla unilateralmente¹³⁹.

2.6. Desarrollo del art. 34.8 ET: el derecho del trabajador a la modificación o adaptación de su jornada en los términos establecidos en la negociación colectiva

Las cláusulas generales de flexibilidad horaria que acabamos de exponer, que se extienden al conjunto de los trabajadores de la empresa tengan o no responsabilidades familiares, son una fórmula muy adecuada para que la persona trabajadora adapte su jornada a

a 9:00 h. Para el período comprendido entre el 1 de septiembre y el 30 de junio: De lunes a jueves (jornada teórica de 8 horas): • Entrada flexible de 8:30 h. a 9:00 h. • Comida flexible de 1 hora a 2 horas (entre las 13:30 h. y las 15:30 h.). • Salida a partir de las 17:30 h.

¹³⁵El CC del grupo Aena, en el Anexo VI Sección II, entre otras medidas relativas a la conciliación de la vida personal y familiar con la actividad laboral, recoge lo siguiente:» 1. Jornada de trabajo: —Flexibilidad horaria para el personal de jornada normal».

¹³⁶Art. 2.2 CC Tecnomcom España Solutions, S.L: «Se contemplará media hora de flexibilidad al inicio y al final de la jornada pudiendo ejercerse esta flexibilidad previamente o con posterioridad al horario oficial de entrada y salida respectivamente, salvo por necesidades de atención a clientes, en cuyo caso no será aplicable».

¹³⁷Art. 2.2 CC de Tecnomcom España, para el colectivo TES reconoce que el personal tendrá una bolsa anual de 50 horas de libre disposición para jornadas a tiempo completo, sometida a condiciones de petición con antelación de 15 días hábiles, posibilidad de que la empresa lo rechace por necesidades del servicio, etc. Este mismo convenio reconoce el derecho del empresario a distribuir irregularmente un 8% de la jornada anual, en este caso con un preaviso de 5 días laborables.

¹³⁸Art. 25 CC Grupo Importaco Frutos Secos: «Flexibilización de la jornada de trabajo: 10. El trabajador podrá solicitar dos días a cuenta de horas flexibles, y podrá disfrutarlo previa autorización de su responsable directo. Es decir, podrá compensar el disfrute de los días expresados con el cómputo global de su jornada anual».

¹³⁹Art. 18 CC elaboración productos del mar con procesos de congelación y refrigeración; también art. 41 CC empresas gestión y mediación inmobiliaria.

sus necesidades, dando cumplimiento al mandato del art. 34.8 ET¹⁴⁰. Sin embargo, no debería ser la única, máxime si tenemos en cuenta el importante papel que el ET otorga a la negociación colectiva en este sentido, ya que de la literalidad del precepto se deduce que si no existe desarrollo convencional el derecho a la modificación o adaptación de la jornada no puede ser exigido¹⁴¹.

Los convenios no han respondido de manera demasiado afortunada al llamamiento del art. 34.8 ET. Algunas cláusulas que pretendidamente desarrollan el derecho en realidad son ridículas, como por ejemplo la prevista en el art. 43 CC servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios: «Conciliación de la vida laboral y familiar: Derecho a adaptar la jornada laboral para conciliar la vida laboral con la vida familiar y personal en los términos establecidos por la Ley». La remisión a la ley supone entrar en un bucle que no conduce a ningún sitio, ya que el derecho establecido en el art. 34.8 ET a la adaptación de la jornada se remite a «los términos establecidos en la negociación colectiva». Otras veces el deseo de facilitar la conciliación se queda en un simple compromiso de facilitar el cumplimiento de la ley¹⁴².

¹⁴⁰ Art. 34.8 ET: «El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla. A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas».

¹⁴¹ El art. 34.4 ET ha dado lugar a un interesante debate. La doctrina admite de manera unánime que el derecho a la adaptación de la jornada no es absoluto a favor del trabajador, sino sometido a los términos y condiciones que establezca la negociación colectiva. Ahora bien, las opiniones se dividen a la hora de considerar qué ocurre si la negociación colectiva guarda silencio sobre el tema. La doctrina judicial se inclina por considerar que en este caso el trabajador no tiene derecho a ningún tipo de adaptación de su jornada, aunque acredite sus necesidades de conciliación y no existan necesidades organizativas o productivas que lo impidan. Sin embargo, gran parte de la doctrina laboral la considera poco adecuada (*vid. in extenso*, VELASCO PORTERO, M^a T. «El conflicto entre conciliación...», *op. cit.*).

¹⁴² Art. 50 CC Acuerdo general para las empresas de transporte de mercancías por carretera: «Conciliación de la vida laboral y familiar: Es deseo de las organizaciones firmantes que, respetando las necesidades organizativas de las empresas, puedan establecerse condiciones de trabajo que permitan a los trabajadores conciliar mejor sus obligaciones laborales y familiares. Para ello, las empresas facilitarán a los trabajadores que lo soliciten, y en los términos establecidos en la legislación vigente, el ejercicio de todos sus derechos en esta materia».

Lo más habitual es que se establezcan fórmulas poco comprometidas para la empresa, como la prevista en el art. 28 CC Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U., para su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico): «Conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Aquellos trabajadores que por razones personales o familiares necesiten adaptar la distribución de su jornada de trabajo para así hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, lo solicitarán por escrito a través del departamento de recursos humanos». O la del art. 21 del CC de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales: «podrán autorizarse medidas de flexibilidad en relación con el tiempo de trabajo, consistentes en retrasar la hora de entrada o adelantar la hora de salida, en sustitución de reducir el tiempo para la comida, a quienes tengan a su cargo hijos menores de ocho años o para el cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad con alguna discapacidad física o psíquica, o mayores de 65 años, todo ello sin perjuicio de las necesidades del servicio.» Tampoco es vinculante para la empresa la regulación prevista en el art. 42 del CC perfumería y afines: «Igualmente, los trabajadores afectados por este convenio tendrán derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, pudiendo establecerse, en los departamentos, divisiones o centros donde fuera posible, un horario flexible de entrada y salida. Para su concreción será necesario la previa petición del trabajador y la existencia de un acuerdo expreso con la Empresa». Otro ejemplo en este sentido es el art. 25 CC de Axesor, «los departamentos podrán optar por un sistema de jornada flexible (dos tardes) sin reducción de horarios y retribución para la conciliación de la vida personal y laboral por las razones del art. 37.5 del ET, siempre que haya acuerdo entre el trabajador y el responsable del departamento y siempre que se garantice su buen funcionamiento».

Una fórmula todavía más etérea es la utilizada por el CC del grupo de empresas de Acciona Energía, que habla de que la empresa «estaría dispuesta a conceder un cambio de régimen de horario» en determinadas circunstancias¹⁴³. Es una opción tan limitada que, en lo relativo a

¹⁴³ Art. 44 CC grupo de empresas de Acciona Energía: «Cambio temporal de régimen horario. a) La Empresa estaría dispuesta a conceder un cambio de régimen horario en los siguientes casos, siempre que esté delimitado y definido en este procedimiento la temporalidad y el cambio del régimen horario esté incluido en la jornada laboral habitual del trabajador. 1. El trabajador que tenga un familiar de primer grado por consanguinidad, conviviente y con

la trabajadora víctima de violencia de género sería ilegal, puesto que esta trabajadora tiene derecho, según el 37.7 ET «a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.». Tampoco es muy vinculante la regulación del art. 56.3. CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad: «Desde la dirección de la empresas y centros de trabajo se facilitaran las medidas conducentes a favorecer la conciliación entre la vida laboral y personal, posibilitando acuerdos que salvando las necesidades del servicio flexibilicen la jornada de trabajo a quienes tengan a su cargo hijos menores o familiares con alguna discapacidad o mayores de 65 años que no pueden valerse por sí mismos».

Otra variedad es la que solo establece para la empresa la obligación de notificar la resolución de la solicitud (ni siquiera exige motivar la resolución)¹⁴⁴, o bien «estudiar la viabilidad de la solicitud»¹⁴⁵.

reconocida discapacidad física, psíquica o sensorial. O tenga alguna de las enfermedades graves que recoge el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, acredite la convivencia y no perciba ningún tipo de ayuda o prestación superior a 1,5 SMI. 2. Las víctimas de violencia de género o de terrorismo durante el período de tiempo que permanezca vigente la orden judicial de protección a favor de la víctima. b) La modificación del régimen horario en los dos supuestos del anterior apartado no tendrá repercusión alguna en las retribuciones de los trabajadores».

¹⁴⁴Por ejemplo, la establecida en el art. 25 CC Gestión de Publicaciones y Publicidad, SL, que la única obligación que establece para la empresa es la de notificar la resolución de la solicitud (ni siquiera se exige que esté motivada): «Flexibilidad horaria: Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o a una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial que no desempeñe una actividad retribuida o por otras razones, podrá solicitar por escrito al Director del departamento con copia al departamento de RR.HH. y al Comité de Empresa adelantar su horario de entrada y salida media hora, de lunes a jueves. El director del departamento, en función de las necesidades organizativas, notificará en el plazo de una semana al interesado con copia al departamento de RR.HH. y al Comité de Empresa la resolución de la solicitud presentada». En términos muy parecidos el CC de las empresas Motorpress Ibérica, S.A.U. y Motorpress Rodale, S.L «Flexibilidad horaria: Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o a una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial que no desempeñe una actividad retribuida o por otras razones, podrá solicitar por escrito al Director del departamento con copia al departamento de RR.HH. y al Comité de Empresa adelantar su horario de entrada y salida media hora, de lunes a jueves en jornada de invierno. El Director del Departamento, en función de las necesidades organizativas, notificará en el plazo de una semana al interesado con copia al Departamento de RR.HH. y al Comité de Empresa la resolución de la solicitud presentada».

¹⁴⁵Art. 14 del CC de Liberty Seguros: «Se podrán solicitar cambios temporales de tipos de horario y jornada (de jornada partida a continuada o viceversa) o bien medidas de flexibilidad en relación al tiempo de trabajo para adaptar la vida personal y /o familiar a la jornada preexistente, en los siguientes casos: enfermedad grave propia o del cónyuge o

En la misma línea, el art. 38 CC de la empresa Seguros Groupama Seguros y Reaseguros, SAU consagra como «medida de flexibilidad extraordinaria» la siguiente: «mediante esta medida excepcional, y con el fin de favorecer la conciliación de la vida familiar y profesional de los empleados que acudan a recoger a sus hijos a los centros de enseñanza en los supuestos de guarda legal que tenga a su cuidado directo algún menor de 10 años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, se establece la opción de adelantar en 15 minutos el horario de salida, de lunes a jueves, en jornada partida de invierno, reduciendo la pausa de comida a 45 minutos. Esta medida tendrá que ser comunicada previamente a Recursos Humanos para que en el plazo de 15 días proceda, según el caso, a su autorización».

Un poco más rigurosa es la fórmula consagrada en el CC del grupo T-System, cuyo art. 57 establece como principio general «que se promoverá la jornada continuada, el horario flexible u otros modelos de organización flexible del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas y la mejora de la productividad de las empresas». Tras esta declaración el art. 59 regula una serie de casos especiales de atención familiar en que se puede pactar flexibilidad horaria en cumplimiento de lo previsto en el art. 34.8 ET. Si la empresa se niega la petición la resolverá la Comisión de Igualdad. Este convenio es interesante no solo por ser más exigente con la empresa, en aras de llegar al acuerdo con el trabajador, sino también porque introduce un supuesto muy particular de necesidad familiar, que es el de poder cumplir el régimen de visitas o el de guarda y custodia en casos de separación legal o divorcio¹⁴⁶.

pareja de hecho, de familiares de primer grado de consanguinidad, y de atención a los hijos durante el proceso de separación o divorcio, siempre que el empleado ostente la custodia de los mismos y como máximo hasta su mayoría de edad o emancipación declarada, y en todos los casos mientras se mantenga la circunstancia que dio origen a la situación. La petición será remitida al área de Recursos Humanos (Departamento RRLL) que estudiará la viabilidad de la solicitud así como el régimen de aplicación temporal del cambio o flexibilidad solicitada». Una oportunidad perdida de completar un buen sistema de conciliación en un convenio que, por otra parte, reconoce derechos tan importantes como el de la jornada intensiva en el periodo estival, y una hora de flexibilidad horaria en la entrada y la salida a todos sus trabajadores (media hora en los meses de intensiva).

¹⁴⁶ Art. 59: «Flexibilidad en casos especiales de atención familiar. En cumplimiento de lo previsto en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, cualquier persona trabajadora podrá pactar con las empresas una flexibilidad horaria o distribución de la jornada de trabajo cuando dicha solicitud tenga como causa el atender necesidades derivadas de la

Algunos convenios contienen sistemas mixtos, en los que en unos casos el trabajador solo tiene derecho a solicitar y en otros es obligatoria la concesión. Es el caso del CC de Endesa que, en desarrollo expreso del 34.8 ET regula el procedimiento para aumentar la aumentar la flexibilidad horaria en una hora más que la establecida con carácter general, así como la posibilidad de solicitar el cambio de jornada partida a continuada en determinadas circunstancias familiares o personales; en los casos de padres de hijos menores de tres años, cuidadores de dependientes, víctimas de violencia de género y víctimas de terrorismo el cambio de horario se hará con el único requisito de la solicitud de interesado. El art. 42 CC de la Corporación RTVE también establece un sistema mixto, según el cual en unos casos se tendrá que llegar a un acuerdo para la flexibilidad y en otros (hijos con discapacidad) es un derecho del trabajador.

Más concreto sobre la obligación del empresario de acceder a la flexibilidad es el art. 20.3 CC empresa Sociedad de Prevención de Fremap, SLU (refiriéndose a los trabajadores que soliciten reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares):«Éste podrá solicitar a la empresa flexibilidad horaria. En estas situaciones la empresa analizará cada caso concreto autorizando, en aquellos casos que procedan, la flexibilidad de forma acorde al colectivo al que pertenezca el trabajador. La flexibilidad prosperará en los casos en que la prestación de servicio no se vea afectada. La Representación Legal de los Trabajadores será informada de las solicitudes denegadas y/o revocadas para emitir informe no vinculante al respecto en caso de que lo considere necesario».

Mucho más comprometido que los anteriores y, por tanto, más adecuado desde el punto de vista de la igualdad y la conciliación es el Convenio colectivo de Martínez Loriente SA, cuyo art. 38 reconoce el

asistencia a cónyuge, descendientes o ascendientes a su cargo con necesidades especiales que así lo justifiquen (asistencia a centros de educación especial, asistencia a centros médicos, etc...), o bien poder cumplir el régimen de visitas o el de guarda y custodia en casos de separación legal o divorcio. En caso de negativa de la empresa, la petición se derivará a la comisión de igualdad. La solicitud debe realizarla la persona interesada por escrito a la Dirección de Recursos Humanos, aportando la documentación acreditativa de la situación que trae causa de su petición. La Dirección procederá a su resolución mediante escrito motivado».

derecho de los trabajadores con determinadas responsabilidades familiares a pasar de jornada partida a continuada, siempre que se cumplan determinados requisitos¹⁴⁷.

Otros convenios que regulan el derecho a algún tipo de modificación o adaptación de jornada del trabajador sin necesidad de llegar a un acuerdo, aunque en supuestos muy limitados, son el CC de Servibertis, SL cuyo art. 18 consagra el derecho del trabajador con hijos menores de 18 meses a tener jornada continuada y flexibilidad horaria con reducción de 30 minutos de descanso. También el CC Sial Servicios Auxiliares, SL., cuyo art. 15.5 establece que «Los trabajadores tendrán derecho a flexibilizar en una hora el horario fijo de jornada para quienes tengan a su cargo personas con discapacidad, siempre y cuando haya al respecto informe favorable de la Comisión de Interpretación y Vigilancia del Convenio». Conciso y contundente el art. 62.1 del CC de la empresa Centrales Nucleares Almaraz Trillo, AIE : «Los trabajadores de oficina con régimen de trabajo de jornada normal que por razones de guarda legal tengan a su exclusivo cargo y cuidado directo algún menor de hasta 14 años o familiares a su cargo dependientes o discapacitados (en los términos definidos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia) hasta el segundo grado de

¹⁴⁷ Art. 38: «Modificación en la modalidad de jornada. (Horario especial jornada completa).El personal adscrito a jornada partida podrá distribuir su horario de forma que pase a realizar su jornada en régimen de jornada continuada. Podrán disfrutar de esta medida las personas que cumplan las siguientes condiciones: Situación de Guarda Legal: Trabajadores-trabajadoras al cuidado de hijos-hijas menores de 8 años o cuidado directo de un discapacitado-discapacitada psíquico, físico o sensorial, así como cuidado directo de familiares, hasta 1º grado de consanguinidad y afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y que convivan con los solicitantes. Realizar jornada completa (1.770 horas anuales). Pertenecer a uno de los Departamentos de Administración con horarios en turno central. La solicitud de Turno Especial, no será compatible con la solicitud de reducción de jornada. La opción de Turno Especial, podrán solicitarla los trabajadores-trabajadoras en activo y con una antigüedad mínima de 6 meses. El número de puestos estará limitado a las necesidades y condiciones de trabajo respecto al Departamento al que pertenezcan, y con previo acuerdo con el/la responsable del Departamento y de Dirección de personas. El acceso a las plazas de este turno especial no supone en ningún momento un derecho adquirido para los trabajadores-trabajadoras solicitantes, pudiendo la Empresa suprimirlos en caso de necesidad organizativa, y con un preaviso de 15 días. Las solicitudes caducarán a 31 de diciembre de todos los años. Los mismos trabajadores-trabajadoras deberán renovar su solicitud de acceso al mismo cada año, para lo que deberán cursar la solicitud de renovación entre el 15 de noviembre y el 15 de diciembre de cada año».

afinidad o consanguinidad y que no realicen trabajo retribuido alguno podrán flexibilizar su horario de entrada y salida al trabajo en treinta minutos más que los restantes trabajadores. Para hacer uso de este ejercicio, los trabajadores deberán comunicar a la Dirección de las Empresas con una antelación de 15 días su intención de acogerse al presente sistema de flexibilidad horaria.»

Por último, señalaremos una curiosa cláusula contenida art. 20 del CC de centros de enseñanza y formación no reglada: «4) Los trabajadores, que ostenten la condición de futuros padres, podrán si lo desean, reducir su jornada en el caso de no existir horario flexible, o acomodar éste, para asistir y acompañar a clases de preparación al parto, con la reducción proporcional de haberes, pero sin pérdida de ningún otro derecho laboral. Dicha reducción de jornada se establecerá de mutuo acuerdo entre la Dirección de la empresa y el trabajador.»

Como vemos, fórmulas muy variadas, tanto en lo relativo a las situaciones que pueden dar origen a la adaptación de la jornada como en su configuración jurídica, aunque la tónica general es que el empresario no está obligado a aceptar la adaptación solicitada.

3. LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR NACIMIENTO DE HIJOS PREMATUROS, LA REDUCCIÓN POR GUARDA LEGAL O CUIDADO DE FAMILIARES Y LA REDUCCIÓN POR ENFERMEDAD GRAVE DEL MENOR

3.1. Introducción

El ET reconoce a las personas trabajadoras diversas modalidades del derecho a reducir la jornada por motivos familiares, y no todas tienen el mismo régimen jurídico con respecto a su concreción horaria y determinación de la fecha de disfrute. En unos casos es una facultad que corresponde al trabajador, sin limitaciones, y en otros se establece que los convenios colectivos podrán fijar criterios en los que también se tengan en cuenta las necesidades organizativas de la empresa.

El supuesto en el que la persona trabajadora disfruta de más libertad es en el caso de nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto: el art. 37.4 bis ET establece que el padre o la madre pueden ausentarse

del trabajo durante una hora, sin pérdida de retribución, o bien reducir la jornada con disminución proporcional del salario la reducción de jornada (hasta dos horas). En ambos casos, en virtud de la literalidad del art. 37.6 ET¹⁴⁸, la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute corresponden a la persona que ejerce el derecho, dentro de su jornada ordinaria.

Cuestión distinta es la establecida con respecto a los derechos del 37.5 ET: el derecho a la *reducción de jornada para cuidado de un menor de doce años*¹⁴⁹ o *persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe actividad retribuida*; el derecho a la *reducción para cuidado de familiares*, cuyo titular es la persona que precise encargarse del cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida, y el derecho a la *reducción de jornada para el cuidado de menores afectados por cáncer o cualquier otra enfermedad grave*. Para estos tres casos la ley establece una regulación distinta que la prevista respecto a la reducción por hijo prematuro o neonato hospitalizado. Aunque la regla general es que la concreción del horario y la fecha de disfrute corresponde a la persona trabajadora, la reforma laboral de 2012¹⁵⁰ ha introducido para los casos de reducción de jornada del art. 37.5 ET un sometimiento a los posibles criterios fijados en la negociación colectiva en los que se tengan en cuenta tanto los derechos de conciliación del trabajador como las necesidades productivas y organizativas del empresario. Además, ahora se consagra la posibilidad de que el convenio fije un periodo de preaviso al empresario superior a quince días: «El trabajador, *salvo fuerza mayor*, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la

¹⁴⁸ Que remite al convenio tan solo para la reducción de jornada del 37.5 ET.

¹⁴⁹ La LOI aumentó la edad del menor de los seis años que se establecían originariamente a ocho y, posteriormente, el RDL-ley 16/2013 la ha ampliado hasta doce años. De esta manera se equipara con el límite de edad que ya regía para la reducción en el caso de los empleados públicos (art. 48.1 EBEP).

¹⁵⁰ RD-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, *después confirmado por* la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Fue la primera reforma que se hizo al texto original del párrafo 6, desde que se añadió al art. 37 por la ley 39/1999, 5 noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada»¹⁵¹.

De esta manera la reforma, respondiendo a su objetivo general de flexibilizar las condiciones de trabajo para su adaptación a las necesidades productivas y organizativas, da entrada en este tema a la negociación colectiva, para que pueda fijar criterios en los que se tengan en cuenta dichas necesidades. Ahora expresamente el art. 35.6 ET autoriza a los convenios colectivos a que fijen los criterios de concreción horaria en atención «a los derechos de conciliación (...) y a las necesidades productivas y organizativas de la empresa», sin priorizar a ninguno de los dos intereses en juego.

3.2. La reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares

Aunque la negociación colectiva no se ocupa mucho en general de la reducción de jornada, estos supuestos sí han sido objeto de alguna atención, aunque en la mayoría de los casos sea para repetir el texto legal (los convenios colectivos anteriores a 2014 refiriéndose a menores de ocho años como sujetos cuya guarda da lugar al derecho y los de 2014 en adelante referidos a menores de doce, adaptándose a la ampliación legal del límite de edad)¹⁵². Algunos convenios regulan el procedimiento para solicitar la reducción, normalmente consistente en una tramitación ante la Comisión de Igualdad, exigiendo resolución motivada e incluso concediendo alternativas. Es muy interesante en

¹⁵¹ En la redacción original de 1999 se decía «El trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria».

¹⁵² Art. 26 CC nacional de colegios mayores universitarios, art. 74 CC sector de la construcción, art. 60 CC Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U., para su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico), art. 29 CC de CLH aviación, SA, art. 60 III CC de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A.» (Código de Convenio número 90014342012003), art. 31 CC de la empresa Nuclenor, art. 61.5. III CC de la empresa Centrales Nucleares AlmarazTrillo, AIE, art. 50 CC de las empresas Motorpress Ibérica, S.A.U. y Motorpress Rodale, S.L., art. 25.4 CC del Grupo de empresas JD-Sprinter — Sprinter Megacentros del Deporte, S.L., art. 37 CC empresas proveedores civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional, art. 38 CC para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición, art. 84 CC estatal de reforma juvenil y protección de menores, art. 38 CC general del sector de servicios de asistencia en puertos Handling.

este sentido el CC comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías, que insta a las Comisiones de Igualdad a que propongan nuevos modelos de gestión de la concreción horaria, como puede ser la acumulación de horas por semanas o por meses¹⁵³.

Algún convenio llama a este derecho: «compactación de la jornada reducida» permitiendo en este caso la actividad laboral en jornada continuada de 8 a 15 horas, con reducción proporcional del salario¹⁵⁴.

Con todo, algunos convenios tienen algunas peculiaridades, como es el caso del art. 25.4 del CC JD Spain Sports Fashion 2010, S.L., que señala que aunque la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute corresponden trabajador, éste «intentará adaptar su derecho a las necesidades del centro de trabajo». Otras veces se hace remisión a posibles reglas de concreción fijadas en acuerdos de empresa¹⁵⁵.

Mejorando la regulación legal el CC de ocio educativo y animación sociocultural incluye el derecho a la reducción de jornada «por mayor de 65 años que no pueda valerse por sí mismo», y el CC de la empresa Vega Mayor, SL ampliaba la edad del menor a nueve años, en lugar de los ocho que en el momento de su publicación (11/10/2012) establecía el ET. En todo caso, ahora hay que entenderlo ampliado a doce.

En algún caso se relativiza la obligación de que la reducción se haga con respecto a la «jornada ordinaria», como ocurre en el art. 26 III CC de las empresas Distribuidora de Televisión Digital, S.A. — DTS, S.A.— y Compañía Independiente de Televisión, S.L. —CIT, S.L.— (antes Grupo Sogecable): «No obstante lo anterior, el Departamento de Recursos Humanos estudiará aquellos casos de especial dificultad en la conciliación de la vida laboral y familiar, posibilitando que el personal que trabaje a tres turnos continuados pueda acumular en días completos la jornada que reduzca, siempre que la acumule

¹⁵³ Art. 42 CC comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías.

¹⁵⁴ IV CC de Retevisión I, SAU.

¹⁵⁵ Art. 24 del CC de la empresa Unipost: «Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores/as, o conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajador/a afectada. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a la trabajador/a, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias».

dentro de su horario y exista acuerdo con el responsable de su Departamento». No es una fórmula demasiado comprometida para la empresa, pero supone un avance con respecto a la rigidez del ET.

Algunos convenios sí que han hecho uso de la autorización del nuevo 37 ET, como es el caso del III CC de la empresa Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. que, para su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico), establece una serie de pautas para el horario de los trabajadores con reducción de jornada¹⁵⁶; también establece restricciones al derecho a la concreción horaria el CC de Vega Mayor, pues obliga a que coincida con el principio o fin de la jornada¹⁵⁷ lo mismo que el CC de la Compañía de distribución integral LOGISTA SA¹⁵⁸. Otro tipo de fórmulas utilizadas no exigen que la jornada reducida sea la ordinaria del trabajador, pero sí que la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute se hagan «dentro de la estructura horaria de la compañía»¹⁵⁹.

¹⁵⁶ «Art. 27. b.3) Horario para el personal con reducción de jornada por guarda legal: Todos los trabajadores con reducción de jornada podrán realizar cualquiera de los siguientes horarios o cualquiera que esté comprendido entre las siguientes franjas horarias, de lunes a viernes: Horario% jornada Interrupción comida 08,30 h. a 15,00 h. 81,25% No 09,30 h. a 15,30 h. 75,00% No 09,00 h. a 16,00 h. 87,50% No 09,00 h. a 16,00 h. 75,00% Sí Los trabajadores con reducción de jornada por guarda legal podrán optar a realizar cualquier horario de trabajo que corresponda o que esté comprendido dentro de los horarios indicados en el cuadro anterior, no pudiendo interrumpir su jornada para comer. Podrán optar a interrumpir su jornada para comer únicamente aquellos trabajadores cuyo horario sea el de 09,00 h. a 16,00 h. No obstante el trabajador podrá solicitar una concreción horaria distinta a la que aparece en el cuadro anterior, si bien no podrá optar a no efectuar la interrupción de 1 hora para la comida».

¹⁵⁷ Art. 39 CC de Vega Mayor: La concreción horaria y la determinación del ejercicio de disfrute de la reducción de jornada corresponderán al trabajador/a, debiendo preavisar a la empresa con quince días de antelación. Debiendo observar estas reglas: — El personal fijo debe hacer coincidir el horario con el inicio o final de la jornada. — El personal fijo discontinuo debe hacer coincidir el horario con el inicio de la jornada. Las discrepancias surgidas entre la parte empresarial y parte que presta servicios sobre la concreción horaria, serán resueltas por la jurisdicción competente a través de un procedimiento especial, disponiéndose de 20 días para efectuar la reclamación.

¹⁵⁸ «Esta reducción temporal habrá de tomarse, a elección del trabajador, al principio o al final de la jornada y, en su caso, con el turno que le corresponda, salvo en casos excepcionales y debidamente justificados en los que podrá elegir libremente su horario laboral».

¹⁵⁹ CC nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición: «la concreción horaria y la determinación de disfrute del permiso de lactancia y reducción de jornada (...) corresponderá al trabajador, siempre dentro de la estructura horaria de la compañía».

En la regulación de la reducción de jornada por guarda legal que efectúan los convenios colectivos de sectores con apertura 24 horas es frecuente que se entre a definir qué se entiende por jornada ordinaria del trabajador, incluyendo expresamente dentro de este concepto el turno al que el trabajador está adscrito¹⁶⁰. Con toda claridad, por ejemplo, el art. 21 XIV CC Interprovincial para el comercio de flores y plantas señala que «la referida concreción horaria no podrá afectar al régimen de turnos establecido en el Centro, si lo hubiere». Este tipo de cláusulas, que excluyen la posibilidad de que el trabajador que solicita la reducción de jornada tenga derecho al cambio de turno, podrían ir en contra de la doctrina del TC que considera que ya que el art. 37.6 ET no da prevalencia ni al interés de la organización de la empresa ni tampoco a interés del menor y la protección de la familia, hay que atender a cada caso concreto y proceder a una ponderación. No sería posible una negativa de la empresa a conceder el cambio de turno sin atender a las circunstancias concretas del caso, teniendo en cuenta el sacrificio salarial que el trabajador está haciendo¹⁶¹.

¹⁶⁰ Art. 27 CC Masquepet, SL: «En desarrollo de lo establecido en el art. 37.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en la Ley 39/99 de conciliación de la vida familiar y laboral, se entiende por jornada ordinaria de cada trabajador aquellos días de la semana y, dentro de ellos, los momentos del día, horarios o turnos rotativos en los que el trabajador tiene planificada la obligación de trabajar, salvo pacto en contrario entre empresa y trabajador». Art. 29 CC Supercor, SA y Tiendas de conveniencia, SA, art. 33 I CC de Intecon, SA: «se entiende por jornada ordinaria de cada trabajador aquellos días y de la semana y, dentro de ellos, los momentos del día en que el trabajador tiene planificada la obligación de trabajar». Art. 40 V CC de cadenas de tiendas de conveniencia: «En desarrollo de lo establecido en el artículo 37.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en la Ley 39/99 de conciliación de la vida laboral y familiar, se entiende por jornada ordinaria de cada trabajador aquellos días de la semana y, dentro de ellos, los momentos del día, horarios o turnos rotativos en los que el trabajador tiene planificada la obligación de trabajar, salvo pacto en contrario entre empresa y trabajador. En los supuestos en que varios trabajadores de un mismo centro de trabajo se acogieran a esta u otras medidas similares, se procederá a ajustar de común acuerdo entre trabajador y empresa el horario de trabajo efectivo de modo que no queden sin atender las necesidades productivas del centro de trabajo en el que presten sus servicios. En el supuesto de imposibilidad de compatibilizar los horarios entre diferentes trabajadores tendrá preferencia para la elección aquel que primero solicite la reducción por estas causas».

¹⁶¹ Vid. VELASCO PORTERO, M^a T., «Conciliación y flexiseguridad...» *op. cit.*

El CC de prensa diaria también desarrolla el concepto de jornada ordinaria, considerando como tal la distribución en días y horas planificada en los cuadros horarios en vigor, y señala que el trabajador que reduzca su jornada deberá ceñirse a ella, salvo en el caso de que se trate del cuidado de menores de menos de tres años¹⁶².

Como ejemplo de mejora sobre la regulación legal podemos citar el art. 33 del CC de asesores fiscales, que establece que la reducción será «como máximo de la mitad», es decir, no fija un porcentaje mínimo. También dice que es al trabajador al que corresponde la concreción horaria y la determinación del periodo de su disfrute «dentro de su jornada ordinaria (diaria, semanal, mensual o anual)», con lo que opta por un concepto de jornada ordinaria mucho más amplio que el de otros convenios y, por tanto, más flexible para el trabajador. También mejora el régimen general el CC de la empresa Philips Ibérica, SAU¹⁶³, que se compromete a reembolsar al trabajador el 50% de la cuota que debe pagar a la seguridad social en el caso de que suscriba convenio especial. Además de consagrar también esta compensación económica, el CC de la empresa NEC Unified Solutions España, SA mejora el régimen legal siendo menos riguroso con los requisitos de la persona que da derecho a la reducción de jornada, al no exigir que dicha persona no desempeñe

¹⁶² Art. 45 IV: «b) En desarrollo de lo establecido en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, se entiende por Jornada Ordinaria de cada trabajador aquella distribución en días y horas de la jornada que expresamente está planificada en los cuadros horarios en vigor. c) Igualmente, aquellos trabajadores/as que cumpliendo con las cautelas introducidas por el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores tuviesen a su cuidado un menor de tres años tendrán derecho a elegir el momento de la prestación fuera de su jornada ordinaria laboral con un preaviso de un mes y siempre y cuando su elección no afecte a las condiciones de trabajo de otro trabajador».

¹⁶³ Art. 51: «Reducción de Jornada por Guarda Legal. Los empleados que por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo algún menor de 10 años, un minusválido o un familiar, hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puede valerse por sí mismo, podrán solicitar la reducción de su jornada de trabajo, hasta un máximo de la mitad de la duración de aquella. Dicho ejercicio lleva consigo la disminución proporcional del salario. Los empleados que en el ejercicio del derecho suscriban Convenio Especial en la Seguridad Social, a fin de mantener las bases de cotización en las cuantías por las que venían cotizando con anterioridad a la reducción de la jornada, percibirán una compensación bruta igual al 50% de la cuota que vinieran satisfaciendo a la Seguridad Social». La edad del menor tiene que entenderse ampliada a 12 años; ya debía haberse hecho en el texto puesto que el convenio se publicó en abril de 2014 y la reforma fue de diciembre de 2013, habían pasado cuatro meses.

actividad retribuida¹⁶⁴. El de ENDESA, con muy buena regulación de la conciliación y tiempo de trabajo, amplía los supuestos en que se tiene derecho a la reducción, ya que se refiere a que la persona que va a ser cuidada «no desempeñe actividad retribuida por la que perciba una prestación superior a dos veces el SMI». Lo amplía también a los casos de realización de estudios para la obtención de un título académico o profesional de carácter oficial.

El CC de instalaciones deportivas y gimnasios consagra un derecho a la reducción de jornada para el cuidado de determinados familiares «aunque realicen actividad retribuida», que hemos de entender que se suma al derecho reconocido en el 37.5 ET puesto que lo condiciona a la previa aceptación de la empresa y lo limita a un periodo máximo de un año¹⁶⁵. Dado que la negociación colectiva no puede establecer dichas limitaciones al régimen legal de la reducción de jornada por motivos familiares, hay que interpretar que se trata de un derecho distinto, creado por el convenio para supuestos no contemplados en el 37.5 ET.

3.3. Reducción de jornada para el cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave¹⁶⁶

Las menciones son aún más escasas que con respecto al supuesto anterior, e igualmente lo más frecuente es que repitan la regulación legal, tanto lo establecido en el ET como incluso la regulación

¹⁶⁴ Art. 42: «Reducción de jornada por guarda legal. Los empleados que por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo algún menor de 8 años, un minusválido o un familiar, hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puede valerse por sí mismo, podrán solicitar la reducción de su jornada de trabajo, hasta un máximo de la mitad de la duración de aquella. Dicho ejercicio lleva consigo la disminución proporcional del salario. Los empleados que en el ejercicio del derecho suscriban Convenio Especial en la Seguridad Social, a fin de mantener las bases de cotización en las cuantías por las que venían cotizando con anterioridad a la reducción de la jornada, percibirán una compensación bruta igual al 50% de la cuota que vinieran satisfaciendo a la Seguridad Social».

¹⁶⁵ Art. 29: «c) Por razones justificadas y previa aceptación por la empresa, también podrá ser autorizada una reducción de jornada por un periodo máximo de un año de entre al menos una hora y un máximo de la mitad de la jornada de trabajo, con la reducción proporcional de sus retribuciones, al trabajador que tenga que encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por el mismo aunque realice actividad retribuida».

¹⁶⁶ Sobre el tema, *vid.* NÚÑEZ-CORTÉS, P. y LOUSADA AROCHENA, J.F., pp. 180 y ss.

de la prestación de seguridad social¹⁶⁷. Otros convenios hacen uso de la facultad que otorga el 37 ET de que la negociación colectiva regule la acumulación en jornadas completas¹⁶⁸. Como mejora explícita para los trabajadores que ejerzan este derecho, el art. 39 del convenio de Endesa establece que en dichos supuestos, la reducción proporcional del salario no afectará a la aportación empresarial al Plan de Pensiones, ni a los beneficios previstos en el convenio marco o, en su caso en el convenio de origen que le resultase de aplicación al trabajador, ni a las cuantías previstas para los anticipos y créditos para la vivienda.

3.4. Reducción de jornada por parto prematuro

Algún convenio hace referencia expresa al nacimiento de hijos prematuros, reproduciendo las menciones previstas en el art. 37.4 bis ET¹⁶⁹ en relación con la ausencia del trabajo, o del art. 48.4-5 ET cuando regula la suspensión contractual¹⁷⁰, sin innovación alguna.

Alguna previsión con respecto al ejercicio de la reducción de jornada, en el sentido de que se lleve a cabo en el mismo lugar de trabajo: «El derecho a la reducción de jornada implica que la misma se realizará siempre en el centro de trabajo habitual del trabajador/a»¹⁷¹. También en algún caso posibilidad de reducción de jornada se amplía a tres horas en lugar de las dos legales¹⁷².

¹⁶⁷Es el caso del CC de empresas de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios.

¹⁶⁸Art. 29 CC gimnasios e instalaciones deportivas: «e) Los trabajadores cuyos hijos estén afectados por enfermedades que requieran hospitalizaciones y/o tratamientos periódicos y prolongados en el tiempo, según lo estipulado en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, tendrán derecho a acumular la reducción de jornada estipulada en el mismo en jornadas completas».

¹⁶⁹Art. 49.III CC de Puntocash, SA. Véase también el art. 19.1 del CC de la empresa Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Soc. Coop. Limitada —HEFAME—, de 2013, o el art. 45.3 del IV CC marco del Grupo Endesa.

¹⁷⁰Art. 46.2-3 IV CC marco del Grupo Endesa.

¹⁷¹Art. 26.2 CC de industrias de elaboración del arroz.

¹⁷²Art. 37.III CC del Grupo Champion (Supermercados Champion, S.A., y Grup Supeco-Maxor, S.L.). También el art. 45.V del CC estatal de prensa diaria, el art. 30 CC de Quick Meals Ibérica S.L., el art. 39.IV del CC estatal de grandes almacenes y el art. 29 del CC de Pastificio Service SL.

4. LOS PERMISOS POR MOTIVOS FAMILIARES

Los supuestos que dan derecho a permiso es uno de los temas que está presente en casi todos los convenios colectivos, en muchas ocasiones para repetir lo establecido en el art. 37.3 ET, no mencionando alguno de ellos o ampliando otros. En algunos casos se introducen supuestos nuevos, o se extienden a situaciones que en principio no estaban previstas en el ET, como ocurre con la extensión de los derechos previstos para el matrimonio a las parejas de hecho.

Nos ha llamado la atención, por restrictivo, la regulación del tema en el CC estatal de salas de fiesta, bailes y discoteca: «El profesional, previo aviso y justificación, podrá faltar o ausentarse del trabajo con derecho a remuneración. En estos casos será abonado el salario real, hasta un máximo de 85 euros diarios». A continuación expone los motivos, limitando los legales, como en el caso de matrimonio que va en función de los meses trabajados. También señala que para tener derecho a los permisos enumerados (entre los que están los legales) hay que tener más de la mitad de la jornada. Esta regulación es de muy dudosa legalidad, porque el art. 37.3 ET es un mínimo de protección indisponible por la negociación colectiva.

Por otra parte, son muy escasas las ocasiones en que se establece alguna medida que vaya más allá de lo previsto en el ET y que fomente la corresponsabilidad, como sería el establecimiento de algún derecho específico de los hombres vinculado al nacimiento de hijo y a los periodos en que a la mujer le corresponden los derechos derivados de la maternidad.

4.1. El permiso por matrimonio

Lo habitual es que los convenios repitan los 15 días que reconoce el ET, aunque algunos (muy pocos) lo amplían a 16¹⁷³, 17¹⁷⁴ o 18¹⁷⁵. Nos encontramos con algunas cláusulas curiosas, como por ejemplo la del art. 20 CC de ámbito nacional para las industrias de turrone y mazapanes, que lo amplía a dieciocho días naturales con la salvedad

¹⁷³ Art. 35 CC tiendas de conveniencia, art. 44 CC de prensa no diaria, anexo II A CC de pastas papel y cartón.

¹⁷⁴ Art. 46 CC de empresas de seguridad.

¹⁷⁵ Art. 24 CC de autotaxis, art. 20 CC de ámbito nacional para las empresas de turrone y mazapanes.

de que si el trabajador lleva menos de un año solo disfrutará de la parte proporcional a tal periodo de los tres días de más con respecto al ET; o el CC de pastas alimenticias, que regula un permiso de 16 días naturales más el importe de 119,25 euros. En muchas ocasiones los convenios extiendan el derecho a las parejas de hecho, normalmente remitiéndose a la normativa local para acreditar su constitución. El art. 17 CC de centros de enseñanza y formación no reglada regula el permiso para los casos de matrimonio o inicio de vida en común de parejas de hecho, pero aclara que la misma pareja solo podrá ejercer el permiso en uno u otro caso. No es muy frecuente esta precaución.

El CC empresas de seguridad añade que el permiso se puede sumar a vacaciones; una precisión que no tiene demasiado sentido, puesto que sería un atentado contra la intimidad que el convenio pretendiese modificar la fecha de celebración de un matrimonio, que es lo que marca el inicio del disfrute del permiso.

Algunas cláusulas establecen limitaciones de dudosa legalidad, ya que el art. 37 ET no otorga esta facultad a la negociación colectiva. Es el caso por ejemplo del art. 38 CC de servicios de campo para actividades de reposición, que limita la posibilidad de permiso por matrimonio si se vuelve a contraer antes de dos años, o el art. 20 CC estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas, que exige 15 meses de trabajo en la empresa para poder disfrutar de los 15 días de permiso¹⁷⁶. Esto es válido para el caso de las parejas de hecho, ya que es un permiso no contemplado en el ET, pero no para el trabajador o trabajadora que contrae matrimonio.

En algunos casos se incluye la constitución de pareja de hecho¹⁷⁷ aunque también existe algún convenio que, extendiendo la mayoría de los permisos de manera indistinta a los matrimonios y a las parejas de hecho (enfermedad o fallecimiento de familiares, etc.), no lo hace con respecto al permiso por matrimonio¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Art. 20: «a) Por el tiempo de un día natural por mes trabajado, hasta un máximo de quince días en caso de matrimonio o registro de pareja de hecho. En el supuesto de que el matrimonio se realice entre profesionales que trabajen en la misma empresa, se estará para el cómputo de tiempo al más beneficioso».

¹⁷⁷ Art. 31 CC estatal del sector de radiodifusión comercial sonora; art. 42 CC IV CC estatal de prensa diaria; art. 43 CC general del sector de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas; art. 32 V CC estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados.

¹⁷⁸ Art. 44 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

4.2. El permiso por nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad

Como es sabido, el art. 37 ET consagra en estos casos un permiso de dos días naturales, ampliados a cuatro en el caso de que el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto¹⁷⁹. Estos permisos son mencionados con frecuencia en los convenios colectivos, para repetirlos pero también para ampliar su duración o los sujetos que dan derecho al permiso. Aunque lo más frecuente es que el permiso por nacimiento de hijo se mantenga en los dos días naturales, algunos convenios lo extienden a dos días hábiles¹⁸⁰, y también es relativamente frecuente la ampliación a tres días¹⁸¹. Excepcionalmente se establecen cuatro días¹⁸² o cinco¹⁸³, en algún caso muy aislado llegan a quince¹⁸⁴. De ordinario, cuando se amplía el permiso por nacimiento de hijo se amplían también los permisos para los casos de fallecimiento de parientes, entre los que se suele incluir además del cónyuge a la pareja de hecho, bien de manera directa o bien porque se añada alguna previsión general con respecto su equiparación a efectos de determinados permisos¹⁸⁵. Cuando se

¹⁷⁹ Vid. NÚÑEZ-CORTÉS, P. y LOUSADA AROCHENA, J.F., *op. cit.*, pp. 54 y ss.

¹⁸⁰ Art. 51 CC estatal de perfumería y afines.

¹⁸¹ Art. 22 CC de empresas de centros de jardinería; art. 37 CC comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías.

¹⁸² Art. 21 II CC Buceo profesional y medios hiperbáricos.

¹⁸³ Art. 35 CC tiendas de conveniencia; art. 39 CC de Umamo de Seguridad SL.

¹⁸⁴ Art. 43 CC general del sector de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas: «Quince días en caso de nacimiento de hijos, ampliable a dos días más en caso de desplazamiento en más de doscientos kilómetros, o si el parto presenta complicaciones o resultase enfermedad grave y éstas sean certificadas médicamente».

¹⁸⁵ Art. 51 CC estatal de perfumería y afines: «A los efectos de la concesión de las licencias y demás beneficios descritos más arriba, derivados de una relación matrimonial, se equiparán las parejas de hecho, legalmente registradas o acreditadas, entendiéndose acreditada tal condición mediante la presentación del certificado del Registro de Uniones de Hecho o, si este no existiera, mediante la aportación de una declaración jurada en la que se manifieste la condición de pareja de hecho de la persona causante del permiso, acompañada de una certificación de convivencia del Ayuntamiento que corresponda». Similar, el art. 54 CC Grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia y el art. 44 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

produce esta equiparación, a veces se exige un periodo previo de convivencia¹⁸⁶.

No es tan frecuente que se amplíen la duración en el resto de los supuestos de enfermedad u hospitalización, aunque hay mucha casuística sobre todo en relación a la distancia entre el puesto de trabajo y el acontecimiento familiar¹⁸⁷. Algún convenio se ocupa del supuesto especial de que se trabaje en turno de noche, permitiendo el disfrute la noche anterior o la posterior¹⁸⁸. En el caso de hospitalización de familiar de primer grado o cónyuge, dice el art. 34 del CC tiende a conveniencia que el trabajador podrá disponer de su licencia (3 días o 5 si es fuera de la provincia) en días completos separados. El CC de la industria textil y de la confección amplía el permiso al fallecimiento de familiares de tercer grado (con retribución) o de persona que conviva en el hogar (un día sin retribución).

En algunos convenios se establecen modulaciones con respecto a la fecha de inicio del permiso, o bien en las modalidades de disfrute. Es el caso, por ejemplo, del art. 38 CC del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos, que señala que los permisos se cuentan cuando comience el hecho causante, pero que en el caso de enfermedad grave u hospitalización «se podrá iniciar el permiso siempre dentro del periodo en que persista la enfermedad grave u hospitalización del correspondiente familiar y, desde luego, por una sola vez dentro de cada periodo en que se produzca tal hecho». El CC de empresas de telemarketing da un plazo de diez días naturales para empezar a contar el permiso¹⁸⁹ y el CC de empresas de promoción de la autonomía

¹⁸⁶ Art. 32 V CC estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados extiende el régimen de permisos a parejas de hecho: «En materia de permisos y licencias se extenderá el régimen jurídico aquí establecido, y a cualquier efecto, a las parejas de hecho, con independencia de cuál sea el sexo de sus componentes, siempre que se acredite fehacientemente la convivencia por un período continuado mínimo de, al menos, los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud. La convivencia se entenderá suficientemente acreditada mediante la presentación de la certificación del registro de parejas de hecho, un certificado de empadronamiento común o cualquier otro documento que, con carácter oficial, acredite la situación de pareja de hecho conviviente».

¹⁸⁷ Lo normal es que hablen de kilómetros o de provincias, pero por ejemplo el art. 22 CC jardinería distingue si la enfermedad se ha producido dentro o fuera del país.

¹⁸⁸ Art. 78.3. CC reforma juvenil: «Cuando se necesite licencia de jornada completa y se esté trabajando en periodo nocturno, podrá el personal optar por la noche anterior o la posterior».

¹⁸⁹ Art. 28: «Tres días en caso de accidente, enfermedad grave u hospitalización, o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de pariente hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad y hermanos políticos, que serán disfrutados

personal permite que se disfrute incluso de forma fraccionada por días mientras dure la hospitalización.

Como supuesto excepcional pero muy interesante podemos citar el permiso retribuido de un mes que regula el art. 59 del CC de la empresa T-System: «En el caso de enfermedad muy grave de un familiar de hasta segundo grado, la persona trabajadora podrá solicitar a la empresa, a través de la comisión paritaria de igualdad, la concesión de un permiso especial retribuido para el cuidado y atención de dicho familiar, de duración máxima de un mes al año, que podrá ser prorrogable en caso necesario. La comisión podrá requerir a la persona solicitante las justificaciones documentales necesarias que acrediten la situación causante del permiso. La concesión de dicho permiso se articulará formalmente mediante un documento».

En otro orden de cosas, hay convenios que se ocupan de regular qué se entiende por «necesitar hacer un desplazamiento», a efectos de ampliar la duración del permiso. Para algunos, el límite está en que el trabajador tenga que desplazarse más de 200 Km.¹⁹⁰, o 150 Km.¹⁹¹ o bien 100 Km. fuera de la población de residencia¹⁹². En otras ocasiones la referencia es la provincia: desplazamientos «fuera de la provincia»¹⁹³ o, más matizadamente, que sea fuera de la provincia salvo que la distancia fuese inferior a 50 Km.¹⁹⁴, o bien «desplazamientos a provincias no limítrofes»¹⁹⁵ e incluso «a provincia no limítrofe o isla»¹⁹⁶. Más restrictivo con respecto al concepto de desplazamiento el convenio de la construcción, que lo limita a desplazamientos a países no comunitarios o comunitarios no colindantes con España. Es cuestionable que esto

de forma continuada dentro de los diez días naturales, contados a partir del día en que se produzca el hecho causante, inclusive».

¹⁹⁰ Art. 42 CC prensa diaria, art. 28 CC telemarketing, art. 31.II CC radiodifusión comercial sonora, art. 43 CC general del sector de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas.

¹⁹¹ Anexo II CC del sector de la madera.

¹⁹² Art. 32 V CC estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados.

¹⁹³ Art. 29 V CC despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales.

¹⁹⁴ Art. 52 VI CC de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal. Este convenio también se ocupa del caso de que sea necesario un desplazamiento de más de 1000 km, en que el permiso se puede aumentar en otros 5 días pero sin retribución.

¹⁹⁵ Art. 24 CC de colegios mayores universitarios.

¹⁹⁶ Art. 17 el CC de centros de enseñanza y formación no reglada.

sea legal, puesto que limita mucho la posibilidad de ampliar el permiso que está prevista en el 37.3 b) ET¹⁹⁷. Algunos convenios establecen, con respecto a la duración del permiso por nacimiento de hijo, varios tramos de duración en función del desplazamiento necesario: dos días por desplazamientos hasta 100 Km., tres hasta 200 y cuatro para más de 200 Km.¹⁹⁸ y también 3 días, cuando la distancia sea superior a 100 Km. y no superior a 250 Km., 4 días para una distancia superior a 250 Km. y no superior a 500 Km. y 5 días si es superior a 500 Km.¹⁹⁹.

Por último, hay que recordar que, como hemos dicho al hablar del permiso por matrimonio, muchos convenios extienden estos permisos a los acontecimientos relacionados con la pareja de hecho, exigiendo a veces un periodo de convivencia anterior²⁰⁰.

4.3. Permiso por traslado

Este permiso suele mencionarse en los convenios, en muchos casos repitiendo la regulación legal²⁰¹ también es muy frecuente que lo amplíen a dos días naturales²⁰², en algún caso a dos días labora-

¹⁹⁷ Art. 74.1 b) V CC general del sector de la construcción: «Dos días naturales —de los cuales al menos uno deberá ser laborable—, por nacimiento o adopción de un hijo. En el caso de trabajadores no comunitarios o comunitarios de países no colindantes con España el permiso será, siempre que acrediten efectivamente la realización del desplazamiento a su país de origen, de cinco días naturales, pudiéndose ampliar hasta ocho días con el consentimiento de la empresa, pero siendo exclusivamente retribuidos los cinco días antes señalados». Lo mismo hace con el fallecimiento del cónyuge y parientes, en cuyo caso de tres días pasan a seis, o incluso dos más pero no retribuidos (art. 74.1 d).

¹⁹⁸ Art. 51 CC estatal de perfumería y afines.

¹⁹⁹ Anexo II del CC estatal de pastas papel y cartón.

²⁰⁰ A veces exigen la acreditación de la convivencia con certificado (art. 35 CC servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios) y algunos exigen un periodo de convivencia anterior (art. 32 CC yesos y escayolas, que exige dos años de convivencia).

²⁰¹ Como hace el art. 35 CC de tiendas de conveniencia, y el art. 38 CC Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U., para su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico); también el art. 17 CC empresa Duna Tecnics, SA y el art. 19 CC Sociedad de Prevención de Fremap, SLU.

²⁰² Art. 37 comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías, art. 19 CC estatal de jardinería, art. 45 IV CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria («dos días por traslado de domicilio habitual. Si el traslado de domicilio es fuera del municipio donde resida el trabajador/a, el permiso retribuido será de tres días»), art. 41 V CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, art. 28 CC de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing), que señala que no serán acumu-

bles²⁰³ y excepcionalmente a tres días naturales²⁰⁴. A veces se regula una duración distinta según se produzca o no cambio de localidad, o sea a una localidad de fuera de la Península²⁰⁵.

4.4. Los permisos por motivos médicos

Es sabido que el art. 37.3 ET no recoge expresamente estos supuestos dentro de los que dan derecho a un permiso retribuido, lo que da lugar a conflictos de interpretación. Por lo que respecta a las ausencias por consultas médicas propias, dado que el único derecho que el ET reconoce expresamente es a ausentarse para realización de exámenes ginecológicos, se discute si la ausencia en los demás casos será retribuida o no. Y, en cuanto a las ausencias para acompañar al médico a menores y dependientes, se discute también si estarían incluidos dentro del supuesto de cumplimiento de «deber inexcusable de carácter público y personal»(sometido, por supuesto, a criterios de razonabilidad y justificación), como ya se ha reconocido en sede judicial²⁰⁶.

lables al permiso por matrimonio, art. 43 del CC general del sector de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas, art. 17 CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas, art. 47 CC Docks Logistics Spain, S.A., art. 10.h I CC del Banco Espíritu Santo, SA: «Por mudanza (incluso las que se realicen dentro de una misma localidad): Dos días, salvo cuando se trate de traslado a/o desde localidades situadas fuera de la Península, en cuyo caso la licencia será de tres días». Art. 28 CC de Restabell Franquicias, SL, art. 33 CC de ROCSA.

²⁰³ Art. 33 CC Liberty Seguros.

²⁰⁴ Art. 44 CC prensa no diaria, anexo II del CC sector de la madera, art. 39 CC de Umano de Seguridad, SL.

²⁰⁵ Art. 45 IV CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria («Dos días por traslado de domicilio habitual. Si el traslado de domicilio es fuera del municipio donde resida el trabajador/a, el permiso retribuido será de tres días»). Art. 10.h CC I CC del Banco Espíritu Santo, SA: «Por mudanza (incluso las que se realicen dentro de una misma localidad): Dos días, salvo cuando se trate de traslado a/o desde localidades situadas fuera de la Península, en cuyo caso la licencia será de tres días».

²⁰⁶ STSJGalicia 4890/2011, de 17 de junio de 2011: «aplicar al caso el art. 37.3 d) del ET, porque entiende que, incluso el requisito más discutible, que exige éste, cual es el de la presencia de un deber inexcusable de carácter público y personal, para justificar la ausencia, también está presente desde el momento en que, en el art. 110 CC, se establece la obligación de los padres de velar por los hijos menores; en que esta obligación tuitiva es insoslayable y con un matiz público evidente; y en que ese deber es, incluso, más intenso, en el caso enjuiciado, ante la deficiente situación clínica crónica de la hija menor de la actora».

Por ello es muy importante que la negociación colectiva fije criterios en este sentido, y de hecho lo hace, aunque con menos frecuencia de lo que de lo que sería necesario²⁰⁷.

Sobre la cuestión de las ausencias del trabajador para asistir a consultas médicas, las soluciones aportadas por los convenios son muy variadas: máximo de tres horas²⁰⁸, cuatro horas²⁰⁹, hasta 18 horas anuales²¹⁰, máximo de 35 horas retribuidas al año²¹¹, hasta tres veces al año²¹². Otras veces se distingue entre visitas al especialista (en cuyo caso se tendrá derecho a permiso por el tiempo imprescindible) y visitas a médicos de cabecera (12 horas anuales)²¹³. Algún convenio regula lo que se considera «tiempo imprescindible» para la asistencia a la consulta médica²¹⁴. Otros convenios no regulan tiempo máximo,

²⁰⁷ Vid. NÚÑEZ-CORTÉS, P. y LOUSADA AROCHENA, J.F., *op. cit.*, pp. 43 y ss.

²⁰⁸ Art. 46 CC empresas de seguridad.

²⁰⁹ Art. 32 CC servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios: cuatro horas para que el trabajador pueda asistir a la consulta del médico especialista del sistema de sanidad pública; a continuación se regula otro permiso de «cuatro horas anuales», en este caso para acompañar a hijos menores de ocho años a consulta de médico del sistema de sanidad pública. Hay que entender entonces que las horas previstas en el apartado anterior son por consulta.

²¹⁰ Art. 46 CC de industria textil y de confección.

²¹¹ Art. 41 CC empresas de gestión y mediación inmobiliaria: máx. de 35 hora retribuidas al año, para asistir a consultas de médicos de cabecera de seguridad social; art. 38 CC empresas de telemarketing.

²¹² Art. 21 CC estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados.

²¹³ Art. 29 k) CC asesores fiscales: «Visitas médicas: el tiempo imprescindible cuando se trate de visitas al médico especialista, limitándose a 12 horas anuales para visitas a médicos de cabecera»; algo similar el régimen previsto en el art. 33 CC SGE Quality Services, SL: «Visita Médico Cabecera. 16 horas anuales Con justificación. Visita Médico Especialista. Tiempo indispensable Previa justificación».

²¹⁴ Art. 17.2 CC de la empresa Duna Tecnics, SA: «Visitas Médicas: los trabajadores tendrán derecho a ausentarse, previo aviso, de su puesto de trabajo para acudir al centro de atención primaria para la visita con su médico familia-especialista por el tiempo imprescindible, entiendo por tiempo imprescindible el espacio invertido en el desplazamiento de acudir al centro de atención primaria, con un máximo de 1 hora, el período en ser visitado en consulta y el trayecto de acudir a su puesto de trabajo, con un tope de 1 hora desde que finaliza su estancia en el centro médico. Para justificar la visita y el tiempo empleado, el trabajador deberá entregar ese mismo día a su responsable de centro un volante del centro médico donde deberá constar día, hora de entrada y salida, sello y firma del centro— del médico y, si por razones horarias-turno del centro no fuera posible, en el siguiente día hábil. Su no justificación o acreditación documental, según lo descrito, habilitará a la empresa a descontar todo esa jornada en la nómina del mes afectado. La duración total de ausencia en el puesto de trabajo regulado en este apartado, visitas médicas, no podrá exceder de 4 horas por visita».

simplemente dicen que el trabajador tiene derecho a permiso retribuido para acudir a consulta médica oficial²¹⁵. Aunque la mayoría de los convenios exigen que se trate de consultas médicas de servicios públicos, alguno consagra el derecho al permiso también en el caso de que sean privadas²¹⁶. En ocasiones, a la ausencia se le da la consideración de falta justificada, pero no de permiso remunerado²¹⁷.

Algunos regulan con un tope máximo conjunto la asistencia a médico propio y el acompañamiento a familiares: «un máximo de 20 horas anuales retribuidas para visitas médicas del propio trabajador y para acompañar a familiares hasta el segundo grado de consanguinidad»²¹⁸; o bien un «máximo 16 horas anuales de duración para acudir a visitas médicas del médico de cabecera, del propio trabajador o para acompañar al cónyuge, o también a hijos, hermanos, padres abuelos y nietos de uno u otro cónyuge, siempre y cuando la asistencia se preste a través de servicios sanitarios del servicio público de salud»²¹⁹.

No es esta última una solución muy frecuente siendo más habitual que, cuando se hace referencia al acompañamiento a familiares, se regule como permiso retribuido autónomo, con diferentes regímenes jurídicos. En unos casos se habla en general de permiso «por el tiempo preciso para asistencia a consultorio médico acompañando a hijos menores de 12 años»²²⁰ o del «tiempo necesario para acompañar a familiares de primer grado con discapacidad física o psíquica y así resulte acreditado»²²¹ o «el tiempo necesario, debidamente justificado por los Servicios Públicos de Salud, para acompañar al servicio de urgencias

²¹⁵ Art. 52 CC de perfumerías; también en el anexo II A CC de pastas, papel y cartón y el art. 22 CC comercio de flores y plantas.

²¹⁶ Art. 19 CC Fremap servicios de prevención: «El empleado que precise acudir a consulta médica, sea del sistema público o privado, lo hará libremente y sin merma de su retribución (sin reconducirla a Asuntos Propios), por el tiempo necesario, siempre que aporte el oportuno justificante y sobre la base de la buena fe, en el sentido de que el empleado procurará que dicha consulta se produzca fuera de las horas de trabajo». Art. 52 CC de perfumerías y afines.

²¹⁷ Art. 20 d) del CC de ámbito nacional para las industrias de turrónes y mazapanes: «las ausencias al trabajo por visita a consulta médica de seguridad social, por el tiempo empleado en ello, y previo permiso de la empresa, tendrán el carácter de faltas justificadas, si se acreditan debidamente, pero no de permisos abonables».

²¹⁸ Art. 30.g CC de industrias de pastas alimenticias.

²¹⁹ Art. 28 CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

²²⁰ Art. 22 CC interprovincial de comercio de flores y plantas.

²²¹ Art. 29 CC empresas de naturopatía y profesionales naturópatas.

a un pariente de primer grado de consanguinidad»²²², aunque no faltan fórmulas más restringidas, como la siguiente: «cuatro horas anuales para que el trabajador pueda acompañar a hijos menores de ocho años a la consulta del médico del sistema de sanidad privada»²²³.

En otras ocasiones se combina que se trate del tiempo indispensable con la fijación de un límite anual: «por el tiempo indispensable para acompañar al hijo/a menor de dieciocho años y/o personas dependientes al médico, se dispondrá de una bolsa con un máximo de diez horas anuales»²²⁴; «hasta un máximo de seis horas anuales, con justificación de la urgencia y acreditación del tiempo empleado, con el correspondiente visado facultativo, para acompañar a hijos menores de 15 años a urgencia médica no previsible en horas coincidentes con el horario de trabajo»²²⁵.

Otros convenios, menos comprometidos con la conciliación, conducen todas estas situaciones a la figura del permiso sin retribución²²⁶ o a los permisos recuperables²²⁷. Incluso en algún caso se re-

²²² Art. 51.9) CC perfumerías y afines.

²²³ Art. 32 CC servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios.

²²⁴ Art. 9 CC de BELLSOLÁ S.A.

²²⁵ Art. 36 CC grandes almacenes. En este caso, además, este permiso está sometido al doble límite de que anualmente no se pueden disfrutar de más de cinco días de licencia retribuida por este y otro grupo de permisos.

²²⁶ Es el caso por ejemplo del CC de industria textil y de confección, que en su art. 46 establece un crédito de horas para consulta médica, hasta 18 anuales retribuidas si es para el propio trabajador y sin retribución si se trata de hijos menores de ocho años o mayores dependientes familiares de primer grado. Art. 52 CC estatal de perfumerías y afines: «Asistencia a consultorio médico: Cuando por razón de enfermedad de trabajador, éste precise la asistencia a consultorio médico en horas coincidentes con las de su jornada laboral, las empresas concederán, sin pérdida de retribución, el permiso necesario por el tiempo preciso al efecto, debiendo justificarse el mismo con el correspondiente volante visado por el facultativo, sea o no de la seguridad social, en el que conste la hora de entrada y salida de la consulta médica, pudiéndose justificar la hora de entrada mediante el oportuno volante de citación. Se concederá permiso para el acompañamiento a los servicios de asistencia sanitaria de hijos menores de ocho años y mayores de primer grado de consanguinidad que no puedan valerse por sí mismos. En estos supuestos, por tratarse de permisos no retribuidos, el trabajador y la empresa podrán establecer mecanismos de compensación horaria». En este mismo convenio, con respecto al acompañamiento a servicios de urgencias a un pariente de primer grado de consanguinidad, se reconocía derecho a un permiso remunerado (art. 51).

²²⁷ Art. 19 CC Sociedad de Prevención de Fremap, SLU: «El empleado podrá reconducir a permiso recuperable (sin merma de retribución), sin reconducirlas a asuntos propios, las asistencias a consulta médica del sistema público o privado, para acompañar a fami-

gula una figura a medio camino entre el permiso retribuido y licencia sin sueldo: «Cuidado de menores b) Los trabajadores que tengan hijos menores, podrán acompañar al menor a asistencia sanitaria, por el tiempo indispensable, siendo preciso acreditar mediante el correspondiente justificante dicha asistencia. Este periodo, de mutuo acuerdo entre la Empresa y el trabajador, podrá ser recuperado o detraído del salario. En caso de discrepancia la compensación será mixta»²²⁸.

Como buena práctica podemos citar el derecho recogido en el CC de empresas pertenecientes al sector de fabricación de pastas, papel y cartón, que reconoce el derecho del trabajador a ausentarse (sin pérdida de retribución) por enfermedad del hijo, sin vincularlo a que lo tenga que acompañar a consulta médica: «por enfermedad de hijos menores de 14 años, discapacitados o ascendientes de primer grado, 12 horas anuales»²²⁹, y el similar reconocido por el art. 24 CC sector de autotaxi: «por el tiempo indispensable para el cuidado de hijos menores de 8 años aquejados de enfermedad infecto-contagiosa».

Siendo interesante que se regulen estos temas, incluyendo tanto a los hijos menores como a familiares dependientes, sería necesario que se ampliase la definición del sujeto causante para adaptarlo a la nueva realidad social de las familias reconstituidas y las custodias compartidas, así como de las situaciones de acogimiento, de manera que no se exigiese que el menor necesitado de acompañamiento sea «hijo» y bastase con la convivencia en el domicilio familiar.

En cuanto a los permisos para asistir a exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, expresamente toma cuerpo propio en pocos convenios. Más allá de la reproducción literal en los términos estatutarios²³⁰ en los convenios estudiados se concreta la mención para exigir que el trabajador acompañe «justificación médica de la necesidad de la realización de estas actividades y exámenes dentro de la jornada de trabajo»²³¹. Para los futuros padres algún convenio lo configura como

liares de primer grado de consanguinidad y afinidad y segundo grado de consanguinidad, siempre que aporte el oportuno justificante y sobre la base de la buena fe, en el sentido de que el empleado procurará que dicha consulta se produzca fuera de las horas de trabajo».

²²⁸ Art. 35.2 b) del CC de Jcdcaux España SLU.

²²⁹ Anexo II CC pasta, papel y cartón.

²³⁰ Así, por ejemplo, véase el art. 45.1-3 del IV CC marco del Grupo Endesa. También lo hace así el art. 24.1.f) del CC de Quick Meals Ibérica S.L.

²³¹ Estos son los términos del art. 39.7-1 del III CC sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios.

reducción de jornada con reducción de haberes: «Los trabajadores, que ostenten la condición de futuros padres, podrán si lo desean, reducir su jornada en el caso de no existir horario flexible, o acomodar éste, para asistir y acompañar a clases de preparación al parto, con la reducción proporcional de haberes, pero sin pérdida de ningún otro derecho laboral. Dicha reducción de jornada se establecerá de mutuo acuerdo entre la Dirección de la empresa y el trabajador»²³².

4.5. Otros permisos

Junto a los permisos clásicos ya analizados los convenios colectivos incluyen en ocasiones permisos (una vez retribuidos y otras no) para atender a muy distintas circunstancias. En ocasiones se trata de atender a distintos trámites de carácter civil y en otros incluso se refieren a celebraciones religiosas.

Así, algunos convenios consagran el derecho a un permiso para obtener el carné de conducir, de manera general²³³ o solo en aquellas ocasiones en que la pérdida haya estado motivada por causa imputable a la empresa²³⁴. En algún caso, este supuesto se incluye expresamente dentro del cumplimiento del deber inexcusable de carácter público y personal, junto con los de renovación de DNI y NIE²³⁵. Más frecuente es que se reconozca un permiso por matrimonio de determinados parientes, bien solo de hijos²³⁶ o bien incluyendo a otros familiares²³⁷.

²³² Art. 20.4) del VII CC de centros de enseñanza y formación no reglada.

²³³ Art. 24 CC sector autotaxi: «Por el tiempo necesario para la revisión del carné de conducir y examen psicotécnico». Art. 37 CC estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías: «1. Para la obtención del carné de conducir los permisos retribuidos necesarios para acudir a los exámenes hasta un máximo de tres convocatorias».

²³⁴ Anexo II CC sector de la madera.

²³⁵ Art. 32 V CC estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados: «Para el cumplimiento indispensable de un deber inexcusable de carácter público y personal, durante el tiempo que se precise, salvo que pudiera cumplirse fuera del horario de trabajo, siempre que no dé lugar a la excedencia forzosa prevista en el artículo siguiente. Dentro de este supuesto se incluye expresamente el tiempo indispensable para la renovación del carné de conducir, DNI y NIE».

²³⁶ Art. 43 CC depuración de aguas.

²³⁷ Art. 29 CC empresas de reparto sin direccionar: Matrimonio de hijos o padres, o parientes de primer grado; art. 41 CC helicópteros lo amplía a parientes de segundo grado; art. 34 de tiendas de conveniencia, y también el art. 29 CC de despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales: matrimonio de padres, hijos o hermanos o hermanos políticos;

Como curiosidad podemos citar el permiso para asistir a Primera Comunión de hijo o de nieto, que está contemplado en algunos convenios²³⁸ o el de bautizo y primera comunión de descendientes²³⁹, o por bautizo o Primera Comunión de un hijo, hermano, sobrino o nieto, así como por la celebración de actos de análoga naturaleza con independencia de la confesión religiosa de que se trate²⁴⁰.

Excepcionalmente se consagra el derecho a un permiso retribuido para firma de documentos notariales de adquisición de vivienda²⁴¹ o para trámites de adopción²⁴². También excepcionalmente se reconoce derecho a permiso para asistir al entierro de un compañero de trabajo muerto en accidente laboral²⁴³.

Otra cláusula poco frecuente es la prevista en el art. 16 CC de Dinahosting, SL, que dentro de los permisos retribuidos incluye el siguiente: «La trabajadora tendrá derecho a solicitar siete días de huelga antes de la fecha prevista de parto».

art. 24 CC colegios mayores universitarios: boda de familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; art. 46 CC estatal de las empresas de seguridad: matrimonio de padres, hijos hermanos y nietos, un día.

²³⁸ Art. 46 CC estatal de las empresas de seguridad.

²³⁹ Art. 10 CC I CC del Banco Espíritu Santo, SA, Sucursal en España; art. 26 CC de Banca, aunque en este caso solo se reconoce el derecho a media jornada.

²⁴⁰ Art. 28 CC de Prosegur Multiservicios, SA.

²⁴¹ Art. 37 CC minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías: «Un día al año por asistencia a firmas de documentos notariales necesarios para la adquisición y/o venta de vivienda, siempre que el trabajador deba hacerlo personalmente y coincida con su horario de trabajo». Los mismos supuestos en art. 36 CC grandes almacenes.

²⁴² Art. 44 I CC de Cofely España, SAU: «Para la realización de trámites de adopción o acogimiento, el trabajador dispondrá de dos días, previo aviso y justificación de esta situación a la empresa. Cuando por este motivo el trabajador necesite realizar un desplazamiento fuera de su provincia el plazo será de 5 días». Art. 17 CC de administraciones de loterías y sus empleados: «Hasta tres días o su equivalente en horas para la realización de trámites de adopción». Art. 37 CC minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías: «Hasta dos días al año, para la realización de trámites de adopción o acogimiento». Art. 22 III CC de empresas de centros de jardinería: «Hasta cuatro días al año o su equivalente en horas, para la realización de trámites de adopción o acogimiento». Art. 24 CC nacional para el sector de autotaxis: «Hasta tres días al año para la realización de trámites de adopción o acogimiento. Cuando para los mismos sea necesario desplazarse al extranjero, por el tiempo necesario, debidamente justificado». Art. 22 XIV CC interprovincial para el comercio de flores y plantas: «hasta cuatro días al año o su equivalente en horas».

²⁴³ Art. 32 CC de ámbito estatal, para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales: «En caso de muerte de un compañero de trabajo en accidente laboral, durante el tiempo necesario para asistir al entierro».

A título de ejemplo de buena práctica creemos que merece la pena señalar lo dispuesto en el art. 41 del CC de empresas de gestión y mediación inmobiliaria, que contiene una mención muy poco frecuente a las necesidades de conciliación relativas a la educación de los hijos: «i) Los trabajadores con hijos discapacitados tendrán derecho a un permiso retribuido para asistir a reuniones de coordinación ordinaria con finalidades psicopedagógicas con el centro de educación especial o de atención precoz, donde reciba tratamiento el hijo o hija, o bien para acompañarlo si ha de recibir soporte adicional en el ámbito sanitario que haya de efectuarse dentro de su jornada laboral».

Muy pocos convenios concretan el genérico permiso para el cumplimiento de deberes inexcusables de carácter público y personal, más allá de incluir el derecho al sufragio activo como ya prevé el propio ET. De entre los que lo hacen, alguno considera que «por deber inexcusable de carácter público y personal se entiende aquellos actos en los que el trabajador es requerido por la autoridad para dar cumplimiento a un deber» y otros optan por enumerar una serie de situaciones como la de formar parte de un jurado²⁴⁴. En algún caso se considera como tal la renovación del DNI²⁴⁵ o la renovación de la autorización de tra-

²⁴⁴ Art. 38 CC nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición: «Por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, siempre que éste sea incompatible con el horario laboral, debiendo entenderse como tal:

- El ejercicio del sufragio activo.
- La participación en una mesa electoral, como presidente, vocal, interventor o apoderado de una candidatura electoral.
- La intervención como miembro de un jurado.
- La comparecencia como testigo en juicio civil, penal o laboral.
- La asistencia a juicio como parte demandante en un proceso si el trabajador ha sido citado para la prueba de interrogatorio.
- El desempeño de un cargo público para el que se haya sido elegido, designado o nombrado». Una relación similar en el art. 18 CC de MERCHANSERVIS S.A.

²⁴⁵ Art. 32 V CC estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados: «Para el cumplimiento indispensable de un deber inexcusable de carácter público y personal, durante el tiempo que se precise, salvo que pudiera cumplirse fuera del horario de trabajo, siempre que no dé lugar a la excedencia forzosa prevista en el artículo siguiente. Dentro de este supuesto se incluye expresamente el tiempo indispensable para la renovación del carné de conducir, DNI y NIE. Art. 34 CC de Recauchutados Córdoba, SA: «A título enunciativo e indicador, con carácter general, se citan los siguientes ejemplos: Citación judicial como parte interesada, citación por Organismos Públicos de la Administración Central, Autonómica o Local, DNI, etc».

bajo del trabajador extranjero²⁴⁶. Algunos de los convenios prevén que cuando el cumplimiento de deber suponga la imposibilidad de la prestación de trabajo por un tiempo superior a un límite, podrá la empresa pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia forzosa»²⁴⁷.

Para atender a circunstancias no previstas entre los permisos retribuidos el trabajador podría acudir a los llamados días «de asuntos propios», que están recogidos en algunos convenios colectivos²⁴⁸. El problema es que muchas veces exigen un periodo de preaviso²⁴⁹ por lo que hay situaciones sobrevenidas a las que no se podría atender, como por ejemplo una enfermedad de un hijo que no precise hospitalización, un entierro, etc.

En otro orden de cosas, con menos relevancia desde la perspectiva de género, algunos convenios regulan permisos con motivos formativos, tanto para concurrir a exámenes como para seguir estudios²⁵⁰,

²⁴⁶ Art. 20 CC de administraciones de loterías y sus empleados.

²⁴⁷ Más del 20% de las horas laborales en un período de 4 meses en el art. 24 colegios mayores universitarios; en el art. 74 CC sector de la construcción se dice que cuando supere el 25% de las horas laborables en tres meses.

²⁴⁸ Art. 8 CC para la acuicultura marina nacional: «Asuntos propios: Entendiendo que en alguna ocasión pueda existir en el productor la necesidad de cumplir deberes propios, inexcusables e inaplazables en días laborables, se establecen dos días para el cumplimiento de estos deberes con la sola solicitud anticipada (de dos días y de cinco días para el personal a turnos) y no pudiéndose realizar ni al comienzo ni al final de un permiso, descanso, festivo, vacaciones o ausencias justificadas, ya que no se pueden considerar un derecho acumulable de descanso».

²⁴⁹ Art. 34 CC sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios. «Asuntos propios. La solicitud se realizará por escrito, con una semana de antelación». Art. 28 III CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios: «Cada empleado tendrá derecho a tres jornadas de licencia retribuida por asuntos propios por año natural. Dicha licencia, al tratarse de asuntos personales, no requiere justificación oral ni documental. Deberá solicitarse con la antelación máxima posible y como mínimo 48 horas antes del disfrute». Art. 27 CC de trabajo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios: mínimo 24 horas antes de su disfrute.

²⁵⁰ Art. 38 CC del sector de asistencia en tierra de aeropuertos: «derecho a permiso para concurrir a exámenes o pruebas definitivas de aptitud para aquellos supuestos en que se trate de estudios de bachillerato o Formación Profesional, y en el caso de estudios medios o superiores en Facultades o Escuelas Especiales o profesionales, así como de centros que emitan certificaciones oficiales, siempre que los estudios de que se trate tengan relación o aplicación en la empresa». También el art. 21 CC de ámbito nacional para las industrias de turrones y mazapanes: «Por el tiempo necesario y hasta un máximo de 10 días al año. Este permiso será retribuido con el salario de convenio más antigüedad». Art. 23 I CC de Partnerwork Solutions, SL: «Un día para la asistencia a cursos de formación profesional en los términos pactados en el presente Convenio, así como para la asistencia a exámenes de enseñanza reglada, previa justi-

aunque en algunos casos quedan lejos de las 20 horas anuales de permiso retribuido que el art. 23.3 ET establece como obligatorias. En ocasiones se señala expresamente que las acciones formativas que organice la empresa computan a efectos de dicho permiso²⁵¹ y en otras se remite a un genérico derecho a los permisos necesarios para concurrir a exámenes o realizar cursos de formación profesional en los términos legales²⁵². A pesar del llamamiento que el art. 23 ET hace a la negociación colectiva para que pacte los términos del ejercicio de estos derechos es un tema con muy poco desarrollo convencional, y en el que desde luego no se observa que se haya adoptado ningún tipo de criterio que garantice la ausencia de discriminación directa e indirecta entre trabajadores de uno y otro sexo.

4.6. Permisos no retribuidos

Es frecuente que los convenios regulen la posibilidad de pedir permisos sin retribución, en unas ocasiones sin tener que justificar la causa aunque con limitaciones temporales²⁵³, y en otros casos por la concurrencia de determinadas circunstancias. A veces se limita la duración y la causa²⁵⁴.

ficación de las mismas». La misma regulación en art. 27 CC de Uniqne Personal, SLU, y en el art. 27 CC estatal de Fleet Care Services, SL: «Por el tiempo necesario para realizar el cursos de formación continua obligatorio y/o exámenes que sean indispensables para el ejercicio de la profesión. Art. 34 I CC de Menzies Aviation Ibérica, SA «Hasta tres días como máximo al año para la realización de exámenes o pruebas definitivas de aptitud para aquellos supuestos en que se trate de estudios de BUP, ESO o Formación Profesional, y en el caso de estudios medios o superiores en Facultades o Escuelas Especiales o Profesionales, así como de Centros que emitan certificaciones oficiales, siempre que los estudios de que se trate tengan relación o aplicación en la Empresa, que se cursen con regularidad salvo imposibilidad justificada y que el anterior año hubiese aprobado la totalidad de los exámenes».

²⁵¹ Art. 39 CC de Cyrasa Seguridad, SL.

²⁵² Art. 46 CC empresas de seguridad; art. 51 CC de perfumería y afines.

²⁵³ Art. 64 CC general para la industria salinera, licencia sin sueldo por un máximo de tres meses, sin necesidad de alegar causa. Los tres meses es un plazo habitual, también lo encontramos en el art. 53 CC de empresas de promoción de autonomía personal; entre uno y tres meses el art. 31 de empresas de conveniencia. Art. 43 CC prensa diaria, solo se puede pedir por un máximo de tres meses y siempre que hayan transcurrido dos años desde el anterior. Art. 22 CC de ámbito nacional para las industrias de turrones y mazapanes, entre 15 y 60 días de licencia sin sueldo, pudiendo la empresa cursar la baja en seguridad social. Art. 49 CC prensa diaria, máximo de dos meses.

²⁵⁴ Art. 46 CC empresas mediación inmobiliaria: «Los trabajadores podrán disfrutar anualmente de un permiso no retribuido de hasta un mes de duración, para: 1. El cuidado de un hijo menor de 8 años o de un ascendiente, que conviva con el trabajador, no desempe-

Por ejemplo en el supuesto de realización de trámites de adopción o acogimiento, para los que algunos convenios hemos visto que reconocían el derecho a dos o tres días de permiso retribuido, en la mayoría de los convenios se reconoce el derecho a permisos más largos (habitualmente de 15 días), pero sin retribución²⁵⁵. En algún caso, se regula un permiso sin retribución para que el progenitor pueda acompañar a la mujer a la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto²⁵⁶, otros por causa de divorcio o para asistir a entierros²⁵⁷, o para el caso de enfermedad muy grave de familiares²⁵⁸, o para someterse a técnicas de reproducción asistida²⁵⁹.

ñe ninguna actividad retribuida y sufra de un grado severo de dependencia, en el supuesto de que dichos hijos o ascendientes sufran una enfermedad aguda grave u hospitalización. 2. Someterse a técnicas de reproducción asistida. 3. El traslado al extranjero para realizar los trámites de una adopción internacional». Esto lo estableció en el del 2011, cuando todavía no se había flexibilizado el permiso de maternidad para los casos de adopción internacional, pero lo repite el art. 42 del convenio de 2014, cuando ya se había flexibilizado. Muy parecido, aunque incluyendo más supuestos, el art. 30 CC despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales: por un máximo de un mes, por los siguientes motivos:» a) Adopción en el extranjero. b) Sometimiento a técnicas de reproducción asistida. c) Hospitalización prolongada por enfermedad grave del cónyuge o de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. d) En supuestos excepcionales, por razones de orden familiar podrá estudiarse la ampliación del citado mes de licencia. e) El trabajador tendrá derecho a permanecer en situación de permiso no retribuido por paternidad el tiempo durante el cual su cónyuge se encuentre en situación de permiso por maternidad, siempre y cuando ambas situaciones se den simultáneamente, y ambos cónyuges no presten servicios en la misma empresa». También el art. 16.6.2 del VI Acuerdo marco del Grupo Repsol YPF y del VII Acuerdo marco del Grupo Repsol YPF: «Permiso no retribuido por hospitalización o enfermedad grave del cónyuge, hijos, hijas o parientes hasta segundo grado de afinidad o consanguinidad. Podrá solicitar este permiso aquel trabajador, hombre o mujer que justifique la hospitalización mencionada. El trabajador, hombre o mujer interesado deberá solicitarlo con la mayor antelación posible. Este permiso será como máximo de ocho días naturales/año adicionales a los establecidos como licencia retribuida. La concesión de este permiso por parte de la Dirección de la empresa estará supeditada a necesidades del servicio y a su aprobación».

²⁵⁵ Art. 44.3 CC industria textil y de la confección; también el arriba mencionado art. 46 CC empresas de mediación inmobiliaria.

²⁵⁶ Art. 51 CC perfumerías e industrias afines.

²⁵⁷ Art. 79 CC reforma juvenil.

²⁵⁸ Art. 23 CC centros de jardinería.

²⁵⁹ Art. 46 CC empresas de mediación inmobiliaria. Art. 30 CC asesores fiscales. Art. 15.8 CC de Sial Servicios Auxiliares, S.L.: «Fecundación asistida. Las trabajadoras tendrán derecho a ausentarse del trabajo para someterse a técnicas de fecundación asistida por el tiempo necesario para su realización, siempre y cuando coincida con su jornada de trabajo y «hasta dos veces en el año natural».

Con las reticencias que acompañan a todas aquellas medidas que favorecen de manera incondicionada que sea la mujer la que se ausente del trabajo por motivos familiares, hay que mencionar una regulación como la establecida en el art. 37 del CC de tiendas de conveniencia, según el cual «las trabajadoras podrán solicitar, con anterioridad al inicio del periodo de baja por maternidad, un permiso no retribuido con derecho a reserva de puesto de trabajo por un periodo no inferior a quince días y no superior a un mes, anunciando el ejercicio de este derecho con quince días de antelación. Durante este periodo la empresa tendrá la obligación de cotizar por la trabajadora a la seguridad social»²⁶⁰. También es destacable el art. 39 CC estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías: «Las trabajadoras podrán solicitar con anterioridad al inicio del periodo de suspensión de contrato por maternidad un permiso no retribuido por un periodo no inferior a un mes ni superior a tres meses. Esta solicitud se realizará con quince días de antelación a la fecha de disfrute. Durante el ejercicio de este derecho, cuya finalización necesariamente coincidirá con el principio de la baja por maternidad, las empresas mantendrán la cotización de las trabajadoras». Estas cláusulas tienen un efecto indirecto que puede perjudicar la contratación de mujeres y su carrera profesional, por no ir acompañadas del establecimiento de medidas similares para los trabajadores varones que decidan acogerse a un permiso sin retribución con motivo de parto, adopción o acogimiento de hijo.

Muy interesante, por apoyar la corresponsabilidad, nos parece lo establecido en el art. 30 CC de asesores fiscales, según el cual «e) El trabajador tendrá derecho a permanecer en situación de permiso no retribuido por paternidad el tiempo durante el cual su cónyuge se encuentre en situación de permiso por maternidad, siempre y cuando ambas situaciones se den simultáneamente, y ambos cónyuges no presten servicios en la misma empresa».

²⁶⁰ «En el caso de que las trabajadoras desearan ejercer este derecho por un periodo superior de tiempo, que en ningún caso será de más de tres meses de antelación a la baja por maternidad, podrán hacerlo con idéntico preaviso al señalado en el párrafo anterior, las empresas vendrán únicamente obligadas a mantener la cotización de éstas durante un periodo máximo de un mes que coincidirá, necesariamente, con el inmediatamente anterior al momento de inicio de la baja por maternidad».

5. EL PERMISO DE LACTANCIA

Se trata de un derecho consagrado en el art. 37 ET según el cual los trabajadores, por lactancia del menor y hasta que cumpla nueve meses, tiene derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrán dividir en dos fracciones, o sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora, o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella». La concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute de este derecho dice el art. 37.6 ET que corresponderán al trabajador dentro de su jornada ordinaria, y en este caso la ley no autoriza a los convenios a que fijen criterios que tengan en cuenta las necesidades productivas y organizativas de la empresa además de los derechos de conciliación²⁶¹.

Por tanto, el papel de la negociación colectiva con respecto a este derecho es doble: en primer lugar, mejorarlo bien aumentando su duración (por la vía de aumentar la edad del menor que da derecho al permiso o por la vía de aumentar su duración diaria) o bien flexibilizándolo por desvincularlo de la jornada ordinaria y, en segundo lugar, puede fijar los términos de la acumulación en jornadas completas²⁶².

Para el cálculo de los días de acumulación se debe tomar como referencia el derecho a una hora de ausencia por día (no media)²⁶³, independientemente de la jornada real del trabajador (es decir, sin aplicación proporcional a la jornada)²⁶⁴; hay que tener en cuenta que el derecho comienza con el nacimiento del niño y se prolonga hasta

²⁶¹ A diferencia de lo que establece el art. 37.6 ET con respecto a la reducción de jornada.

²⁶² Vid. NÚÑEZ-CORTÉS, P. y LOUSADA AROCHENA, J.F., *op. cit.*, pp. 81 y ss.

²⁶³ En este sentido, GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M. Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa, Tirant lo Blanch, 2012, p. 100. En contra, considerando que no sería ilegal el convenio que dispusiera la suma de medias horas al día y las proyectara en función del número de días que transcurren hasta que el lactante alcance la edad de nueve meses, LOUSADA AROCHENA, J.F., (coord.), Dossier práctico Francis Lefebvre. Ley de Igualdad y Contrato de Trabajo, Ediciones Francis Lefebvre, 2007, p. 127. Es el caso, por ejemplo, del art. 44.1 XIII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación: «Asimismo podrá acumular en jornadas completas en caso de acuerdo entre las partes. En caso de acuerdo por la acumulación de jornadas, la misma será de media hora diaria».

²⁶⁴ GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M., *ibídem*.

que cumple los nueve meses, y que puede ser ejercido por la misma persona que ejerce el derecho a la suspensión por maternidad o por otra. Por tanto, es criticable el hecho de que muchas regulaciones convencionales partan del presupuesto de que es la madre la que ejerce ambos derechos y, por tanto, lo calculen en función del periodo que media desde las dieciséis semanas hasta los nueve meses²⁶⁵.

El convenio colectivo tiene libertad para fijar el régimen jurídico de la acumulación, pudiendo establecer un tope de acumulación, un tope con un número de días superior o inferior, o incluso excluir la acumulación²⁶⁶.

Pues bien, los convenios no suelen apartarse mucho de los mínimos establecidos en el ET, con la única salvedad de regular de manera muy habitual la posibilidad de acumular la lactancia en días completos. A pesar de ello, no faltan los casos en que se mejoran los mínimos legales, a veces ampliando la reducción de la jornada diaria y a veces ampliando la edad del menor.

En cuanto a la duración de la ausencia, lo más frecuente es que repita la regulación legal en el sentido de que consistirá en una hora de ausencia del trabajo que se puede sustituir por una reducción de jornada en media hora. Sin embargo, no faltan los supuestos en que se consagra que la reducción también será de una hora, bien de forma general²⁶⁷ o

²⁶⁵ LOUSADA AROCHENA, J.F. (coord.), *Dossier práctico... op. cit.*, p. 100.

²⁶⁶ Así lo ha señalado nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 11-11-09. Por otra parte, a pesar de la remisión que hace la ley al convenio, esto no quiera decir que si este guarda silencio no se pueda utilizar dicha fórmula; nuestros tribunales han avalado la posibilidad de que se invoque, por ejemplo, una práctica habitual de la empresa de conceder 13 días de permiso de lactancia acumulada (STSJ Galicia 29-5-12) e, incluso, han reconocido que si no se dice nada en el convenio y se opta por la acumulación, ha de referirse a cada hora diaria de ausencia (STSJ Cataluña 23-10-09 y STSJ Burgos 30-5-12).

²⁶⁷ Art. 27 CC de trabajo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios, art. 26 CC VII CC nacional de colegios mayores universitarios, art. 29 CC empresas de naturopatía y profesionales naturópatas, art. 29 CC de la empresa Verdifresh, SLU, art. 13 IV CC de la empresa Navantia, S.A., art. 28 CC de centros de enseñanza de peluquería y estética, art. 26 CC colegios mayores universitarios, art. 20 CC de centros de enseñanza y formación no reglada. Art. 21.2. CC del grupo Mercantil ISS. «Lactancia. a) Los empleados y empleadas, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, podrán acogerse a una de las siguientes opciones, además de la dispuesta en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores:i) Hasta que el menor cumpla 9 meses, disfrutar de una jornada de 35 horas semanales cuando coincida la lactancia con el período de jornada ordinaria; y de 30 horas

bien reservándolo a los «supuestos de parto múltiple»²⁶⁸, fórmula por cierto más restrictiva que la establecida en la ley, que prevé que «en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiple la duración del permiso se incrementará proporcionalmente»; en algún caso se contempla la posibilidad de reducir media hora al principio y media hora al final²⁶⁹ o «sustituir, por voluntad del empleado/a, el derecho de ausencia al trabajo por una reducción de la jornada normal de 45 minutos con la misma finalidad, aplicable al momento de entrada o salida al trabajo»²⁷⁰.

Por lo que respecta a la edad del menor, en los escasos supuestos en que se amplía se hace hasta la edad de 12 meses²⁷¹. Como ejemplo de buena práctica, hay que destacar la prevista en el art. 13 del IV CC de la empresa Navantia, S.A.: «m) Las/os trabajadoras/es por lactancia de un hijo menor de doce meses, ya sea natural, en adopción o acogimiento, tendrán derecho a dos horas de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. Podrá sustituirse este derecho por una reducción de la jornada normal en una hora con la misma finalidad».

semanales cuando la lactancia coincida con el período de jornada intensiva. Esta forma de disfrute no se altera en caso de parto múltiple.ii) Acumular el disfrute de la lactancia en 24 días naturales. Esta forma de disfrute no se altera en caso de parto múltiple».

²⁶⁸ Art. 47 CC III CC de la empresa Grupo 20 Minutos, SL —antes, Multiprensa y Más, SL.

²⁶⁹ Art. 10 CC del Banco Espíritu Santo, SA, Sucursal en España: «Los trabajadores por la lactancia de un hijo menor de doce meses tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrán dividir en dos fracciones, pudiendo utilizar una al principio, y otra al final de la jornada». Art. 50 CC gestión y mediación inmobiliaria: «Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo en horario a elegir por las mismas y que podrá ser dividida en dos fracciones, una al principio y otra al final de la jornada».

²⁷⁰ Art. 70 del V CC de Iberdrola Grupo.

²⁷¹ Art. 45 CC prensa diaria establece que por lactancia de menor de 12 meses tendrán derecho a una hora de ausencia que deberá ejercerse bien al inicio o bien al fin de la jornada. El art. 24 CC del sector de auto-taxis también amplía a los menores de 12 meses pero solo con una hora de ausencia o media de reducción; art. 55 CC VI CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal; art. 10 I CC del Banco Espíritu Santo, SA, Sucursal en España; Art. 42 II CC de la Corporación RTVE: «Adaptación de jornadas por razón de conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Con el fin de facilitar la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, se podrán adoptar las siguientes pautas: a) Los trabajadores de CRTVE podrán sustituir, con carácter voluntario, el permiso de lactancia habitual para los hijos menores de doce meses, por un permiso de cuatro semanas que se acumulan a su permiso de maternidad y/o paternidad. Este beneficio será extensivo a los casos de adopción legal y se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple».

Las posibilidades de disfrute acumulado que podemos encontrar en los convenios colectivos son muy variadas, aunque lo más común es fijar un número de días adicionales para disfrutarlos de manera ininterrumpida a continuación de la suspensión del contrato por maternidad. Es un régimen de disfrute excesivamente simplista y que adolece de la inercia de considerar que es la mujer la titular del derecho y que, además, lo va a disfrutar la misma persona que disfruta de la suspensión por maternidad. Sería conveniente que la negociación adaptara este tipo de formulaciones a la nueva regulación legal, mucho más amplia en cuanto a la titularidad, y fomentar de esta manera la corresponsabilidad. Así, aunque algún convenio generosamente se refiere a la sustitución por un mes de permiso retribuido²⁷² o cuatro semanas²⁷³, lo normal es que se reconozcan menos días. En algunos casos se establece la posibilidad de acumulación en jornadas completas, sin fijar número²⁷⁴ en otros se refieren a la acumulación de un día completo por cada 8 días laborables²⁷⁵ o bien establecen un límite, como que no superen los siete días laborables o de trabajo efectivo²⁷⁶, o «hasta un máximo de diez días en total»²⁷⁷.

²⁷² Art. 29 CC empresas de naturopatía y profesionales naturópatas: «También se podrán acumular mediante el disfrute de un mes de permiso retribuido o la proporción que corresponda en función del período de alta en la empresa con posterioridad al parto, hasta que el hijo cumpla los nueve meses de edad».

²⁷³ Art. 42 II CC de la Corporación RTVE: «Adaptación de jornadas por razón de conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Con el fin de facilitar la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, se podrán adoptar las siguientes pautas: a) Los trabajadores de CRTVE podrán sustituir, con carácter voluntario, el permiso de lactancia habitual para los hijos menores de doce meses, por un permiso de cuatro semanas que se acumula a su permiso de maternidad y/o paternidad. Este beneficio será extensivo a los casos de adopción legal y se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple».

²⁷⁴ Art. 8.5.1. CC de artes gráficas, manipulado de papel y cartón, editoriales e industrias auxiliares: «Este derecho de ausencia del trabajo (una hora) se podrá acumular en jornadas completas a continuación de la suspensión del contrato por maternidad». Art. 28 CC de centros de enseñanza de peluquería y estética: una hora de ausencia o reducción de una hora, pudiendo acumularse por jornadas completas.

²⁷⁵ Art. 20 CC de ámbito nacional para las industrias de turrones y mazapanes: Cada ocho días laborales se podrán acumular en un día de disfrute completo.

²⁷⁶ Art. 41 CC II CC para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros y su mantenimiento y reparación.

²⁷⁷ Art. 56 del CC de Danone, SA.

En otros casos se señala una cantidad fija de días, como pueden ser 14 días laborales²⁷⁸, 14 días laborales ininterrumpidos²⁷⁹, 14 días naturales²⁸⁰ o bien 14 días de permiso a continuación del permiso de maternidad²⁸¹, 15 días naturales inmediatamente después de la maternidad²⁸², 15 días laborables a continuación del permiso de maternidad²⁸³, acumular 30 minutos por día y jornada y disfrutarlos en tiempo completo a continuación del permiso de maternidad con un incremento del 50% hasta un máximo de 10 días en total²⁸⁴, 15 días laborables²⁸⁵, 12 días laborales que habrá de ser disfrutada sin solución de continuidad, a continuación del disfrute de la baja por maternidad²⁸⁶, doce días de trabajo²⁸⁷, 13 jornadas laborables que se acumularán a su permiso de maternidad y/paternidad²⁸⁸, en un solo periodo de trece días laborales²⁸⁹, o trece días naturales²⁹⁰; o catorce días naturales²⁹¹; o en 14 días naturales completos de permiso retribuido²⁹², o acumularse en 15 días naturales a disfrutar inmediatamente después del usufructo

²⁷⁸ Art. 39 CC Vega Mayor, SL.

²⁷⁹ Art. 26 I CC sectorial estatal para el sector de industrias de aguas de bebida envasadas.

²⁸⁰ Art. 38 CC nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición. Art. 23 CC de recursos en punto de venta. Art. 23 CC de REPO-MARKET SLU. También el CC tiendas de conveniencia.

²⁸¹ Art. 47 CC Grupo Eroski (CECOSA Supermercados, SA, Vegonsa Agrupación Alimentaria, SA —VEGALSA, Vego Supermercados, SA, Mercash-Sar, SL, CENCO, SA y Supermercados PICABO, SLU). Art. 15 CC de Cyrasa Seguridad, SL.

²⁸² Art. 32 CC reforma juvenil, art. 47 CC telemarketing, art. 47 CC III CC de la empresa Grupo 20 Minutos, SL —antes, Multiprensa y Más, SL—este último dice que serán 17 en caso de parto múltiple, art. 37 CC de la empresa Seguros Groupama Seguros y Reaseguros, SAU).

²⁸³ Art. 46 CC gestión y mediación inmobiliaria y art. 33 CC asesores fiscales. En este último se dice que en supuesto de parto múltiple el tiempo de reducción de jornada será de una hora por cada hijo y en el supuesto de que se opte por la acumulación del permiso éste será de 22 días laborables. Art. 40 CC de la empresa Plus Ultra Seguros Generales y Vida, SA de Seguros y Reaseguros.

²⁸⁴ Art. 53 CC de Danone, SA.

²⁸⁵ CC industrias de pastas alimenticias.

²⁸⁶ Art. 50 CC transporte mercancías por carretera.

²⁸⁷ Art. 64 CC del corcho.

²⁸⁸ Art. 46 CC de prensa no diaria.

²⁸⁹ Art. 16.1 del VI Acuerdo marco del Grupo Repsol YPF. También el mismo precepto del VII Acuerdo marco del Grupo Repsol.

²⁹⁰ Art. 39 del CC de Ate Sistemas y Proyectos Singulares S.L.

²⁹¹ Art. 8.2 del V CC de la Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, SA -COLEBEGA.

²⁹² Art. 14 del CC de Novedades Agrícolas, SA.

del permiso por maternidad²⁹³, o de 15 días naturales de duración, a disfrutar sin solución de continuidad con el permiso de maternidad²⁹⁴, o bien en dieciocho días naturales²⁹⁵, o 15 días laborales²⁹⁶. En otros la acumulación se sustituirá por «por un permiso de 20 días de forma continuada al descanso maternal»²⁹⁷, o «derecho en 21 días naturales ininterrumpidos»²⁹⁸, o «dieciocho días naturales, a disfrutar unidos y a continuación al periodo de baja por maternidad» previendo que «el número de días se incrementará proporcionalmente en caso de parto múltiple»²⁹⁹, o «acumularlo en jornadas completas con el límite de 14 días laborables»³⁰⁰, o «dieciocho días naturales en jornadas completas (o su parte proporcional en caso de contratos a tiempo parcial)»³⁰¹, o «podrán acumularse los citados periodos diarios de descanso generando un descanso continuado de 20 a 25 días laborables, en función del momento de inicio del disfrute del permiso por maternidad, el cual habrá de disfrutarse ininterrumpidamente y a continuación del descanso por maternidad»³⁰², o bien «13 días laborables que necesariamente deberán disfrutarse en el tiempo inmediatamente posterior a la finalización del permiso por maternidad»³⁰³, o se podrá sustituir por «un permiso de 20 días de forma continuada al descanso maternal. Esta opción deberá ser solicitada por los interesados, en su caso, con una antelación de 15 días a la finalización del descanso maternal»³⁰⁴, o se podrá acumular «en 15 días naturales, a contar desde el día siguiente a la finalización del descanso por maternidad, disfrutándose en una sola vez. En caso de

²⁹³ Así lo dispone el art. 73 del I CC marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural. También dispone de un período de 15 días el art. 80 del II CC estatal de reforma juvenil y protección de menores y el art. 76 del CC Asociación Centro Trama. También el art. 28.1 del CC de la Kiabi España Ksce, SA. También el Art. 44.g) del VI CC de Volkswagen Finance, SA.

²⁹⁴ Art. 16 del CC de Viajes Ecuador, SA.

²⁹⁵ Art. 22 del CC de Administraciones de loterías y sus empleados.

²⁹⁶ Art. 48-5 del IX CC de la empresa Siemens, S.A. 2014.

²⁹⁷ Art. 20 del CC de Magasegur, SL. También el art. 41 del CC de la empresa Protección Castellana, S.L. Véase también el art. 51 del CC de Umano Servicios Integrales, SL.

²⁹⁸ Art. 29 del CC de Pastificio Service SL.

²⁹⁹ Art. 49 del CC de Puntocash, SA.

³⁰⁰ Art. 28.4 del CC de industrias de elaboración del arroz. También catorce días prevé el art. 39.V del CC estatal de grandes almacenes.

³⁰¹ CC de Quick Meals Ibérica S.L.

³⁰² Art. 45.1-3 del IV CC marco del Grupo Endesa.

³⁰³ Art. 34 Convenio colectivo de Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, SA.

³⁰⁴ CC de Viriato S.L.

partos múltiples, el permiso será de 19 días naturales»³⁰⁵, o se podrán hacer «la acumulación de horas de lactancia, hasta un máximo del 85% de las horas que pudiesen corresponder, las cuales deberán disfrutarse en jornadas laborales completas inmediatamente después del permiso maternal»³⁰⁶, o «15 días laborables con la misma finalidad, a disfrutar de forma ininterrumpida a continuación del alta por maternidad para el supuesto de un solo hijo, y de 14 días laborables por cada hijo, incluido el primero, en los supuestos de parto múltiple, a disfrutar en ambos supuestos de forma ininterrumpida a continuación del alta por maternidad»³⁰⁷, o 24 días naturales³⁰⁸, o 27 días naturales a disfrutar inmediatamente después de la baja maternal³⁰⁹.

El período se ha ampliado a diez meses en algunos convenios: «El trabajador podrá optar entre hacer uso de la licencia en la forma indiciada o acumular el tiempo resultante a la licencia por maternidad y a disfrutar a continuación de ésta, computándose ese tiempo a razón de una hora por cada día laborable que falte durante los primeros 10 meses de vida del menor, a contar desde la fecha de nacimiento de este»³¹⁰. En algún caso el hecho de no optar por la acumulación tiene una compensación económica³¹¹.

No es usual la exigencia de requisitos adicionales para utilizar el derecho a la acumulación más allá, por ejemplo, de la necesidad de «informar, por escrito, a la empresa con un plazo de quince días de antelación»³¹², o «con una antelación de 15 días a la finalización del descanso maternal»³¹³; «previo aviso no inferior a quince días, los trabaja-

³⁰⁵ Art. 21 del CC de Unión Detallistas Alimentación S.A.

³⁰⁶ Art. 45 del CC de Claved S.A.

³⁰⁷ Art. 36 del CC de Liberty Seguros, S.A.

³⁰⁸ Art. 21.2. CC del grupo Mercantil ISS.

³⁰⁹ Art. 47.4 I CC de Unedisa Comunicaciones, SL.

³¹⁰ Art. 17 del CC de Estudios e Ingeniería Aplicada XXI, SA. y art. 47.4 I CC de Unedisa Comunicaciones, SL., art. 23.5 I CC para las empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas de España —UNaE—.

³¹¹ Art. 17 II CC de Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU: «Acumulación de lactancia. Los/as trabajadores/as podrán optar por acumular el disfrute del derecho de ausencia por lactancia en 18 días naturales, uniéndolo al periodo de descanso por maternidad, excepto en la provincia de Las Palmas, que será de 21 días naturales. Aquellos/as trabajadores/as que no opten por la referida acumulación percibirán una ayuda por maternidad de 330 euros en un pago único abonable en la nómina del mes en el que el/la trabajador/a comunique su opción».

³¹² Art. 80-3 del II CC estatal de reforma juvenil y protección de menores.

³¹³ Art. 20 del CC de Magasegur, SL.

dores podrán acumular al periodo de baja por maternidad un máximo de 16 días naturales, en compensación al no disfrute del derecho de reducción de la jornada diaria por lactancia»³¹⁴. Algún convenio hace incompatible la acumulación del periodo de lactancia con la reducción de jornada por cuidado de hijo³¹⁵.

Por último, hay que hacer mención a que algunos convenios colectivos (incluso publicados en 2015) siguen consagrando el permiso de lactancia como un derecho cuyo titular es la trabajadora y que solo podrá ser ejercido por el padre en el caso en que ambos trabajen, a pesar de que esta exclusión del padre cuando la madre del niño no trabaja ya fue declarada contraria al derecho comunitario por STJUE de 30 de septiembre de 2010³¹⁶.

6. LAS VACACIONES

El art. 38 ET remite al convenio colectivo la fijación del periodo de vacaciones anuales, sin que en ningún caso pueda ser inferior a treinta días naturales. Por lo que respecta a la fijación de su fecha de

³¹⁴Art. 27 CC de Masquepet S.R.L.

³¹⁵Art.18 CC de las empresas Motorpress Ibérica, S.A.U. y Motorpress Rodale, S.L.:»I.T. por maternidad/paternidad. Respecto al permiso de lactancia establecido en el artículo 37, apartado 4º, del Estatuto de los Trabajadores, el trabajador/a podrá optar entre hacer uso de la licencia en la forma indicada en el referido artículo o alargar el permiso de maternidad en 12 días naturales más. Esta opción sólo se podrá ejercer si el trabajador/a se reincorpora a trabajar en jornada completa, teniéndolo que solicitar con quince días de antelación al fin del mismo».

³¹⁶El caso más llamativo es del art. 17 de CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas, de julio de 2015, pero hay otros negociados y publicados con posterioridad a la STSJUE. Por ejemplo, del art. 55 del VI CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, de abril de 2012, cuando ya había sido incluso modificado el texto del ET para adaptarlo a la citada sentencia, también del art. 20 CC estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas, de la misma fecha, del art. 23 CC de empresas de elaboración de productos de mar con procesos de congelación y refrigeración, de 2011, del art. 32 III CC sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios, de febrero de 2012. El art. 33 CC de técnicos tributarios y asesores fiscales, de 2013, contiene una regulación confusa, porque primero dice que es un derecho de los trabajadores, después dice que la mujer puede optar por la acumulación y después dice que lo podrán ejercer el padre o la madre en el caso de que ambos trabajen. Art. 20 VII CC de centros de enseñanza y formación no reglada, de 2011, art. 74 V CC del sector de la construcción, de 2012, art. 30 VII CC nacional para las industrias de pastas alimenticias, de 2012; art. 62 de XIV CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, de 2012; art. 27 XXII CC de banca, de 2012.

disfrute, tema clave a efectos de conciliación, remite al común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones. En caso de desacuerdo el ET establece que será la jurisdicción competente la que fije la fecha que para el disfrute corresponda y su decisión será irrecurrible. Con esta escueta regulación la ley deja el establecimiento de los criterios para la fijación de la fecha de disfrute a la negociación colectiva, sin establecer ningún derecho de preferencia ni pronunciarse sobre la primacía de las necesidades de la empresa o las del trabajador.

La importancia del acuerdo es reconocida por nuestros tribunales, que no admiten que la empresa pueda fijar el calendario unilateralmente, de manera que si éste es impuesto, se puede recurrir por la vía del conflicto colectivo (lo que supone que se admite la prevalencia del interés general)³¹⁷. Así, se ha resuelto que el período de vacaciones debe fijarse de conformidad entre el empresario y los representantes de los trabajadores y no cabe su determinación unilateral alegando imposibilidad de acuerdo o reiteración de años anteriores³¹⁸. Sin embargo, también a falta de pacto, se admitió que la empresa fijase unilateralmente su fecha de disfrute por resultar razonables las fechas fijadas en función de la productividad³¹⁹. En todo caso, cuando se trata de una obligación asumida por la empresa, fruto de la negociación colectiva, decae la facultad del empresario de establecerlo unilateralmente³²⁰.

Por tanto, descartada la posibilidad de una imposición unilateral del empresario en la que se tuviesen en cuenta tan solo las necesidades productivas, la sede propia de regulación del tema es la negociación colectiva. Y efectivamente así ocurre en la práctica, estableciendo los convenios colectivos criterios para la planificación de vacaciones de lo más variado entre los que, como veremos, ocupa un lugar muy destacado el criterio de la antigüedad como criterio principal o secundario. Hay cláusulas por ejemplo que establecen un orden rotativo y otras que se decantan por un sorteo. En todo caso, no faltan los convenios que recogen criterios relativos a circunstancias personales del trabajador, como su edad, o la existencia o no de familiares a cargo, prefe-

³¹⁷ STS 29-4-92, STSJ Madrid 26-1-93, STSJ Galicia 1-7-99.

³¹⁸ STSJ Aragón 9-1-91 y STSJ C.Valenciana 19-1-91.

³¹⁹ STSJ Cataluña 18-5-95.

³²⁰ STSJ Cataluña 8-6-00.

rentemente hijos en edad escolar obligatoria o preescolar, para que las vacaciones coincidan con las del período lectivo, aunque lamentablemente son minoría.

La preponderancia del criterio de antigüedad es muy criticable, tanto desde el punto de vista de los valores constitucionales como desde el punto de vista práctico³²¹. La importancia del derecho constitucional a la conciliación y su relación con la igualdad de oportunidades merecería que los convenios otorgaran mayor valor a los criterios relacionados con las responsabilidades familiares frente a otros tan neutros como el de antigüedad pero es que, además, obviar los factores subjetivos y las necesidades de conciliación del trabajador en un tema con tanta repercusión práctica en la organización de la vida familiar y personal puede incluso vaciar de contenido el derecho a vacaciones, dificultando el descanso real del trabajador.

Por otra parte, y en relación con el tema concreto de las vacaciones y la suspensión por maternidad conviene recordar que, después de un accidentado camino evolutivo en el que ha tenido una importancia fundamental la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, nuestro ET reconoce desde 2012 un completo régimen protector para el trabajador. El art. 38.3 ET establece que cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural, o con el periodo de suspensión del contrato por maternidad (en todas las modalidades previstas en el 48.4 ET) o por paternidad, «se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o la del disfrute del permiso (...) al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural al que correspondan». La mayoría de los convenios ya reconocían esta posibilidad, que ahora hay que considerar reiterativa³²². Sin

³²¹ *Vid.* KAHALE CARRILLO, D. La responsabilidad social de género, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.

³²² Por ejemplo, art. 27 CC Telemarketing: «Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 y 48 bis del Estatuto de los Trabajadores, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan. Igualmente en el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una Incapacidad Temporal por contingencias distintas

embargo, hay que tener en cuenta que lo que consagra este artículo es el derecho al cambio de fechas en el disfrute de las vacaciones, pero no que el trabajador o trabajadora afectados puedan fijar unilateralmente las nuevas fechas de vacaciones. Antes al contrario, habrá que estar nuevamente a la regla general en materia de fijación de fechas de las vacaciones, que es la del acuerdo entre las partes y de conformidad a las reglas que pueda establecer el convenio colectivo³²³. Para articular esta cuestión con las reglas generales de fijación de las vacaciones sería interesante que el convenio incluyese alguna preferencia a favor de las mujeres gestantes³²⁴, lo que lamentablemente no ha sido tenido en cuenta en los convenios analizados.

Entrando más a fondo en la casuística de los convenios analizados, se observa que con respecto a la duración no hay mucha ampliación con respecto a los mínimos legales. La mayoría reconoce el derecho a 30 días naturales de vacaciones³²⁵, otros lo amplían a 31 días naturales³²⁶ y excepcionalmente 32 días naturales³²⁷. También hay convenios que hablan de un mes³²⁸, un mes más otros dos días a lo largo del año³²⁹, o un mes más varios días en semana santa y navidad³³⁰. En otros ca-

a embarazo, parto o lactancia natural o períodos de suspensión del contrato previstos en los artículos 48.4 y 48 bis del Estatuto de los Trabajadores, que imposibilite al trabajador a disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que correspondan el trabajador podrá hacerlo una vez finalice la Incapacidad Temporal y siempre que no hayan transcurrido más de 18 meses a partir del final del año en que se hayan originado».

³²³ GORELLI HERNÁNDEZ, J. «El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria», RL 1/2014, p. 28.

³²⁴ Como hace por ejemplo la Xunta de Galicia con respecto al empleo público. La resolución de 12 de marzo de 2013, de la Dirección General de la Función Pública (DOG 20-3-2013), por la que se dictan instrucciones sobre el régimen de vacaciones, permisos y licencias, en Quinta punto 6 establece lo siguiente: «Se reconoce el derecho a la elección del período de vacaciones a favor de las mujeres gestantes y la preferencia de elección de mujeres y hombres con hijas o hijos menores de doce años o personas mayores dependientes a su cuidado directo. A estos efectos, la dependencia tiene que estar reconocida por la consellería competente en materia de bienestar o, en su caso, órgano equivalente de otras administraciones públicas. En el caso de que haya varios beneficiarios con preferencia de elección, elegirá el de más antigüedad en la Administración».

³²⁵ Art. 38 CC de atención a dependientes y desarrollo de la autonomía personal, o el art. 46 del CC del sector saneamiento público.

³²⁶ Art. 23 CC sector de autotaxi, art. 45 CC estatal de las empresas de seguridad.

³²⁷ Art. 27 CC telemarketing.

³²⁸ Art. 23 CC de centros de enseñanza de peluquería y estética, artes musicales y artes y oficios.

³²⁹ Art. 23 CC colegios mayores universitarios.

³³⁰ Art. 16 CC de centros de enseñanza y formación no reglada.

sos la referencia es a días laborables: 22 días laborales³³¹, 23 días laborales³³²; 24 días laborables³³³; o bien se combinan ambos criterios: 30 días naturales equivalentes a 22 laborables³³⁴; 30 días naturales de los cuales veintidós días se disfrutarán de manera ininterrumpida³³⁵; 30 días de vacaciones de los cuales al menos 24 serán laborales³³⁶.

En cuanto a las fórmulas para fijación, es frecuente que se acuda a turnos rotatorios³³⁷ en los cuales inician la rotación eligiendo los de más antigüedad³³⁸. En otros casos se sigue un sistema por puntos según las fechas en que ya se hayan disfrutado³³⁹. Otras veces directamente se le da preferencia al trabajador más antiguo, sin rotación³⁴⁰, o se atiende al criterio de antigüedad con carácter accesorio³⁴¹.

³³¹ Art. 31 CC estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus derivados.

³³² Art. 31 CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios; Art. 22 CC despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales; art. 59 CC estatal de reforma juvenil y protección de menores.

³³³ Art. 27 CC prensa no diaria.

³³⁴ Art. 73 CC sector de la construcción y art. 19 CC de ámbito nacional para las industrias de turrones y mazapanes.

³³⁵ Art. 37 CC de la industria textil y de la confección; art. 28 CC de industrias de pastas alimenticias.

³³⁶ Art. 9.5 CC de pastas, papel y cartón.

³³⁷ Art. 22 CC radiodifusión, art. 31 CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

³³⁸ Art. 39 CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal: «a) El régimen de turnos de vacaciones se hará por rigurosa rotación anual del personal entre los distintos meses, iniciándose esta rotación el primer año, por antigüedad en la empresa». Art. 14 CC para granjas avícolas y otros animales:» El cuadro de distribución de las vacaciones deberá confeccionarse de acuerdo con las necesidades del servicio y con una antelación de, al menos, dos meses de su inicio. El más antiguo tendrá preferencia sobre el más moderno en caso de discrepancias sobre el período de disfrute, pero una vez el más antiguo haya hecho uso de su derecho, al siguiente año, cederá su primacía al que le siguiera en antigüedad, procediéndose de modo rotativo en las siguientes vacaciones».

³³⁹ Art. 40 CC para el sector de transporte y trabajos aéreos con helicópteros y su mantenimiento y reparación.

³⁴⁰ Art. 19 CC marco para los establecimientos financieros de crédito:«2.Las vacaciones serán concedidas de acuerdo con las necesidades del trabajo, procurando complacer al personal en cuanto a la época de disfrute, dando preferencia al más antiguo».

³⁴¹ Art. 30.6 XV CC de la ONCE y su personal: «Se atenderá prioritariamente, en caso de discrepancia, a los padres con hijos en edad escolar, a fin de que sus vacaciones coincidan con los periodos de vacaciones escolares oficiales. Si no hay hijos en edad escolar, tendrán preferencia los trabajadores con mayor antigüedad, sin que este derecho pueda ser ejercido dos años seguidos y estableciendo un orden rotatorio para los años siguientes».

No es demasiado frecuente que se tengan en consideración las circunstancias personales del trabajador en los criterios de fijación de vacaciones, aunque en ocasiones se prevé la prioridad de elección de turno con respecto a las personas trabajadoras con hijos en edad escolar³⁴², o se establece que quienes tengan hijos en edad escolar o preescolar tendrán derecho a que se les concedan parte de las vacaciones en fecha que coincida con las escolares³⁴³. En otros casos, se establece

³⁴²En el art. 30 CC de KUTXABANK, SA primero eligen los trabajadores con responsabilidades familiares para que coincidan las vacaciones con las de sus hijos, y después los de mayor antigüedad: «3. En los turnos de vacaciones, las personas con responsabilidades familiares tienen preferencia a que las suyas coincidan con los diversos períodos de vacaciones escolares, y dentro de esta situación, o si no hubiera nadie en ella, se resolverá la preferencia, dentro del Nivel, a favor de quienes tengan mayor antigüedad en la Entidad. La preferencia a favor de quienes tengan responsabilidades familiares no implica la elección de un turno determinado, sino únicamente la preferencia a su disfrute dentro de los límites de los períodos de vacaciones escolares; respetando este requisito, la elección del turno concreto dentro de dicho período se resolverá dentro de cada Nivel en favor de la mayor antigüedad en la Entidad, aunque las personas solicitantes no tengan responsabilidades familiares».

³⁴³Art. 22 CC radiodifusión sonora, o el art. 31 CC III CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios: «Los trabajadores con hijos en edad escolar obligatoria, tendrán preferencia para escoger las vacaciones en fechas coincidentes con el periodo vacacional escolar anual». Art. 22 CC de Partnerwork Solutions, SL «c) Los trabajadores con hijos en edad escolar tendrán preferencia para hacer coincidir su período de vacaciones en todo o en parte con las vacaciones escolares». Art. 19 CC de mataderos de aves y conejos. «c) Cuando exista un régimen de turnos de vacaciones, los trabajadores con responsabilidades familiares tienen preferencia a que las suyas coincidan con los períodos de vacaciones escolares»; la misma cláusula en art. 34 CC básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales y también en art. 49 CC estatal del sector de las industrias cárnicas. La misma preferencia en art. 23 CC de agencias de viaje; también el mencionado art. 30 CC de KUTXABANK, SA «3. En los turnos de vacaciones, las personas con responsabilidades familiares tienen preferencia a que las suyas coincidan con los diversos períodos de vacaciones escolares, y dentro de esta situación, o si no hubiera nadie en ella, se resolverá la preferencia, dentro del Nivel, a favor de quienes tengan mayor antigüedad en la Entidad. La preferencia a favor de quienes tengan responsabilidades familiares no implica la elección de un turno determinado, sino únicamente la preferencia a su disfrute dentro de los límites de los períodos de vacaciones escolares; respetando este requisito, la elección del turno concreto dentro de dicho período se resolverá dentro de cada Nivel en favor de la mayor antigüedad en la Entidad, aunque las personas solicitantes no tengan responsabilidades familiares». Art. 32 IV CC estatal de prensa diaria: «El régimen de vacaciones anuales retribuidas del personal afectado por el presente CC será de treinta días naturales ininterrumpidos que deberán disfrutarse necesariamente entre el 1 de julio y el 30 de septiembre. No obstante lo anterior, en función de las necesidades de la producción las empresas podrán fraccionar en dos periodos el disfrute de las vacaciones, debiendo en este caso de disfrutarse uno de los periodos, como mínimo de 15 días naturales, del 1 de julio al 30 de septiembre. Este período fraccionado se realizará entre las fechas del 1 de

que parte de las vacaciones de todo el personal debe coincidir con periodo escolar³⁴⁴.

Algunas cláusulas son bienintencionadas pero un poco desfasadas. Es el caso de lo previsto en el art. 37 CC servicios de asistencia en tierra en aeropuertos: «del total de días de vacaciones el trabajador o trabajadora podrá reservarse hasta tres días para atender necesidades derivadas o previstas en la ley de conciliación de la vida familiar». Se trata de un convenio de 2011, y la ley de conciliación a la que se refiere es 1999, que ha sido reformada en varias ocasiones desde entonces.

Para terminar, queremos señalar como buena práctica la prevista en el art. 8 del Convenio colectivo de la empresa Alcatel Lucent España, S.A., según el cual «En el caso de empleados afectados por un convenio regulador por separación o divorcio, se dará prioridad al disfrute de vacaciones coincidiendo con el período de custodia de los hijos, por lo que la planificación del período de vacaciones entre los empleados y sus supervisores, en función de las necesidades de trabajo, deberá realizarse con al menos dos meses de antelación». En esta línea de adaptación a las nuevas realidades sociales y las nuevas necesidades de conciliación se debería ir avanzando.

julio al 15 de septiembre en aquellos supuestos de trabajadores que tengan hijos en edad escolar». Art. 9.5 CC estatal para la industria fotográfica: «Las Empresas que cuenten con más de cien trabajadores fijos en plantilla, estarán obligados a conceder al menos quince días de vacaciones durante el periodo no escolar de Julio y Agosto a aquellos trabajadores que así lo soliciten y que tengan hijos en edad preescolar o escolar. El resto de días de vacaciones podrán disfrutarlo, estos mismos trabajadores, en las vacaciones escolares de Navidad o Semana Santa, si así lo solicitan». Art. 30 CC para industrias extractivas del vidrio, industrias cerámicas y para las de comercio exclusivista de los mismos materiales: «Cuando se programe el disfrute individual, se tendrá en cuenta las necesidades del servicio, no pudiendo coincidir en su disfrute un número de trabajadores de cada especialidad o puesto de trabajo que pudiese paralizar u obstaculizar gravemente la marcha de la empresa. En tales casos, tenderá a darse preferencia a los trabajadores con hijos en edad escolar para que puedan disfrutar sus vacaciones en épocas escolares no lectivas, debiéndose en los demás casos establecerse algún criterio de rotación en la elección de fechas de disfrute individual». Art. 26 CC de Banca: «Las vacaciones del personal del Grupo de técnicos se fijarán de mutuo acuerdo entre la empresa y el trabajador. Se tendrá en cuenta, en su caso, para el disfrute de las vacaciones el hecho de tener hijos en edad escolar y preescolar».

³⁴⁴Art. 28 VII CC nacional para las industrias de pastas alimenticias: «El personal afectado por este convenio disfrutará de unas vacaciones anuales retribuidas, de 30 días naturales de duración, de los que 21 días serán ininterrumpidos y se disfrutarán en periodo coincidente con las vacaciones escolares de la CC.AA. en que el trabajador presta servicios (entre Junio y Septiembre), y los nueve días restantes serán laborables, y a convenir entre las partes».

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La organización del tiempo de trabajo es un tema clave para la conciliación de la vida personal, laboral y familiar y consecuentemente para la igualdad de oportunidades, y es un ámbito donde la negociación colectiva puede jugar un gran papel, más ajustado a las circunstancias y necesidades del sector o empresa concreta que los mínimos establecidos por la ley. No olvidemos que, con independencia de la posibilidad de mejorar las previsiones del Estatuto, que siempre supondrá un avance en conciliación, el convenio está llamado por el art. 34.8 TRET a concretar los términos del derecho a adaptar la duración y la distribución de la jornada por necesidades de conciliación, así como a establecer las condiciones y supuestos en los que la reducción de jornada por motivos familiares y el permiso de lactancia se podrán acumular en jornadas completas (art. 37.4 y 37.5 ET). Por otra parte, el art. 37.4 ET le habilita para establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada del art. 37.5 en atención no solo a los derechos de conciliación sino también a las necesidades productivas y organizativas de la empresa. Sin olvidar el papel que le otorga el art. 34.2 ET en materia de distribución irregular de la jornada, tema que también tiene gran trascendencia en la organización de la vida personal y familiar de la persona trabajadora.

A pesar de esta importancia, y a pesar también de que todos los convenios colectivos analizados contienen cláusulas sobre organización del trabajo (la regulación de los permisos, en concreto, no falta en ninguno de ellos), la perspectiva de género no acaba de integrarse en nuestra negociación colectiva.

En cuanto a la regulación de la jornada, es de alabar el hecho de que la jornada continuada esté calando en nuestra negociación colectiva, al menos para determinados meses del año e incluso para los viernes. También es interesante avanzar en el establecimiento de límites máximos al descanso en la jornada partida, y aún más en la flexibilidad de horario para el trabajador, cuestión cada vez más presente en nuestros convenios. Por lo que respecta a los turnos, es conveniente que la negociación incorpore el elemento de la conciliación de vida familiar y laboral en su regulación, que ahora mismo está muy poco tratado a pesar de la gran cantidad de problemas prácticos que está planteando.

En materia de jornada irregular, la tónica general es la de permitir amplias facultades al empresario para proceder a este tipo de organización del tiempo de trabajo. No es de extrañar, tanto por los generosos términos en que está redactado el art. 34.2 ET después del RD-ley 3/2012 como por la recomendación del II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (BOE 6-2-2012) —en adelante, AENC—, que se pronunciaba en los siguientes términos: «Capítulo I. Estructura de la negociación colectiva. Flexibilidad interna. (...) A) Flexibilidad ordinaria. En tiempo de trabajo: La negociación colectiva debería promover la ordenación flexible del tiempo de trabajo y su concreción en la empresa para la mejor adaptación a las necesidades productivas y de los trabajadores, con los criterios anteriormente señalados. El contenido mínimo del convenio debiera fijar el cómputo anual de la jornada y su distribución irregular. Se debiera considerar como principio general la distribución irregular de la jornada anual de trabajo a fin de evitar en lo posible las horas extraordinarias o la contratación temporal. En este sentido, los convenios colectivos debieran facilitar que el empresario pudiera distribuir irregularmente un 10% de la jornada anual ordinaria aplicable, pudiendo afectar con ello a la jornada máxima semanal o mensual, aunque no a la máxima anual. Igualmente podrá afectar a los horarios diarios, sin perjuicio del respeto a los límites que al respecto se prevén en el Estatuto de los Trabajadores. Los negociadores valorarán esta referencia porcentual en más o en menos en función del ámbito de negociación». Sin embargo, dos párrafos más adelante el propio AENC continuaba diciendo que «Los convenios, especialmente los de empresa, debieran promover la racionalización del horario de trabajo con el objetivo de mejorar la productividad y favorecer la conciliación de la vida laboral y personal. La flexibilidad del tiempo de trabajo debiera ir acompañada de garantías y seguridad para las personas, que le permitan compatibilizar el tiempo de trabajo y de conciliación». Esta segunda parte del texto del acuerdo no ha tenido la misma repercusión práctica que la relativa a la flexibilidad en atención a necesidades de la empresa, aunque hay que tener en cuenta que la mayoría de los convenios analizados han sido de sector y no de empresa que es la sede natural a la que se refería el acuerdo para este último tema.

Consideramos conveniente avanzar en este tipo de garantías que compensen la libertad que disfruta el empresario para distribuir irregularmente la jornada, en la línea de excluir de la flexibilidad horaria a «todas las personas que tuviesen reducción de jornada por cuidado de hijos, lactancia, cuidado de familiares, personas víctimas de vio-

lencia de género y personas con discapacidades», o bien estableciendo una cláusula que señale que «la jornada flexible no podrá aplicarse a trabajadores y trabajadoras que por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, embarazo o periodos de lactancia, tengan limitada su presencia».

Por otra parte, es necesario adecuar el plazo de preaviso de la distribución de la jornada al menos a los mínimos legales, que en algunos convenios no se respeta.

También sería conveniente avanzar en la intervención del trabajador en la concreción de la fecha de disfrute del descanso correspondiente al exceso de jornada trabajado, por ejemplo en la línea de alguno de los convenios analizados, que establece que la mitad de las horas las fijará el trabajador y la otra mitad la empresa; otra buena práctica para favorecer la igualdad es la de excluir de la jornada irregular al menos a determinados colectivos, como el de las personas que han reducido su jornada por motivos familiares.

En cuanto al desarrollo del derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada previsto en el art. 34.8 ET, es necesario que cale en la negociación colectiva, lo que no ha ocurrido hasta ahora; la concreción no debe ir tan solo en el sentido de concretar determinados supuestos que generarían el derecho, sino también en el de fijar un procedimiento para su solicitud, siendo muy interesante la exigencia de que la resolución de la empresa sea motivada.

Por lo que respecta a la reducción de jornada por motivos familiares, la negociación debe ir más allá de lo que está haciendo hasta ahora, que en muchos casos se limita a repetir el texto legal. Es necesario concretar más lo que se entiende por jornada ordinaria y regular de manera específica el tema del cambio de turno, que con tanta frecuencia se da en la práctica.

Por lo que respecta a los permisos, regulación presente en todos los convenios analizados, se echa en falta una mayor adaptación a las nuevas realidades sociales, en que cada vez nos encontramos con mayor número de familias reconstituidas en las cuales los menores que conviven con la pareja no tienen por qué ser hijos de ambos, así como una mayor concreción de los permisos por motivos médicos (asistencia a consultas médicas del propio trabajador o de acompa-

ñamiento a familiares, etc.), que pueden ampliarse más allá de lo previsto en el art. 37 ET por la vía de la configuración como permisos no retribuidos.

En cuanto a la acumulación del permiso de lactancia, posibilidad que contemplan gran número de convenios, es necesario que se desvincule totalmente del permiso de maternidad y de la figura de la madre, algo que por inercia siguen haciendo en muchos de los textos analizados.

Por último, con respecto a las vacaciones, es necesario que se introduzcan criterios de fijación de su fecha de disfrute que tengan en cuenta las circunstancias familiares, por delante del criterio de antigüedad. Y, además, que esas circunstancias familiares vayan más allá de «tener hijos en edad escolar», puesto que el concepto de familia ha cambiado mucho y las necesidades familiares hoy en día tienen que ver mucho más con asuntos como el de los términos del convenio regulador en los casos de separación o divorcio.

BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M. *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2012.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. «El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria», *RL* 1/2014.
- KAHALE CARRILLO, D. «Igualdad y no discriminación», en AAVV (Dir. SEMPERE NAVARRO, A.), *La reforma laboral de 2010, comentarios al RDecreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- *El distintivo empresarial en materia de igualdad*, Editorial Síntesis, Madrid, 2012.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., (coord.), *Dossier práctico Francis Lefebvre. Ley de Igualdad y Contrato de Trabajo*, Ediciones Francis Lefebvre, 2007.
- MARTÍN VALVERDE Y GARCÍA MURCIA (Dirs.), *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Thomson-Aranzadi, 2005.
- POQUET CATALÁ, R., «Los nuevos derechos de conciliación de la vida laboral y familiar: la distribución horaria sin reducción de jornada», *AL*, nº 21, 2012.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *Los permisos retribuidos del trabajador (Régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)*, Aranzadi, 1998.
- «A vueltas con el permiso de lactancia», en *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades* (Dir. Carmen Sánchez Trigueros), Thomson Aranzadi, 2006.

SANTOS GONZÁLEZ, D., «Anualización y distribución irregular de la jornada como medidas flexibilizadoras. Análisis evolutivo de la negociación colectiva estatal (1990-2012)», *Noticias jurídicas*, marzo 2014.

VELASCO PORTERO, M^a T. «El conflicto entre conciliación y necesidades empresariales en la organización del tiempo de trabajo: regulación legal, doctrina judicial e importancia de la negociación», *RGDTSS*, n^o 42/2015.

— «Conciliación y flexiseguridad en el ejercicio de los derechos a la reducción de jornada», *DL*, n^o 100, 2014.

Capítulo Séptimo
EXCEDENCIAS POR MOTIVOS FAMILIARES
Y EXCEDENCIA VOLUNTARIA
PILAR CHARRO BAENA

SUMARIO

1.-CUESTIONES GENERALES. 2.-LA EXCEDENCIA PARA EL CUIDADO DE HIJOS. 3.-LA EXCEDENCIA PARA CUIDADO DE FAMILIAR. 4.-ELEMENTOS COMUNES DE LAS EXCEDENCIAS PARA CUIDADO DE HIJO O DE FAMILIAR. 5.-LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA. 6.-OTRAS EXCEDENCIAS. 7.-REFLEXIONES FINALES. – BIBLIOGRAFÍA.

1. CUESTIONES GENERALES

Según los datos publicados por el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, en el año 2014 disfrutaron de una excedencia para cuidado de hijos menores de tres años 31.435 personas, de las cuales el 94,02% eran mujeres. En el mismo año, quienes solicitaron y ejercitaron el derecho a una excedencia para cuidado de familiar fueron 8.176, de los cuales, el 84,67% eran mujeres. Estas cifras no difieren en mucho de las de años anteriores¹.

La excedencia laboral, en sus diferentes modalidades, ha jugado un papel fundamental como instrumento de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Se trata de uno de los instrumentos dispuestos por el ordenamiento laboral para encauzar los objetivos relativos a la conciliación que consiste en el derecho de los trabajadores a apartarse temporalmente del mundo laboral, suspendiendo el contrato de trabajo, con la finalidad atender al cuidado de un hijo o de un familiar². Por ello, no es inusual que la negociación colectiva encuadre las excedencias en el capítulo, título o artículo rotulado con

¹ Así, respecto a las excedencia para cuidado de hijo menor, los porcentajes de mujeres trabajadoras que la disfrutaron son: año 2013: 94,50%; en el año 2012: 94,98%; en el año 2011: 95,52%; en el año 2010: 95,48% y en el año 2009: 95,90%. Respecto a la excedencia por cuidado de familiar, los porcentajes de mujeres que la disfrutaron fueron: año 2013: 85,22%, año 2012: 85,67%; año 2011: 85,67%; año 2010: 84,89 y año 2009: 85,51%.

² MENDOZA NAVAS, N.: «Excedencia por cuidado de hijos y de familiares», en AA.VV. Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (Coord. BAYLOS GRAU, A.P.; FLORENCIO THOMÉ, C.; GARCÍA SCHWARZ, R.; CASAS BAHAMONDE, M^a.E.). Tirant lo Blanch, 2014, pág. 905.

la misma denominación³, incluso, «excedencias por protección de la vida familiar»⁴.

A estos efectos es ilustrativo el Convenio colectivo de la empresa Nuclenor, SA, en cuyo art. 31, se señala que «Conciliar, para las personas que trabajan en las empresas, es buscar el equilibrio entre las distintas facetas de la vida; desarrollarse profesionalmente, aumentar las posibilidades de formar una familia, mejorar las condiciones y el tiempo disponible para el desarrollo personal, cultural y social»; obviamente, incluye las excedencias que se abordan en este capítulo entre las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Los datos antes referidos demuestran que las cargas familiares siguen siendo una responsabilidad de las mujeres y eso, sin duda, repercute negativamente sobre sus carreras profesionales. Como se sabe, los derechos de conciliación se configuran como derechos de ausencia⁵, ejemplo paradigmático de ello son las excedencias laborales; como derechos de ausencia obligan a los trabajadores con responsabilidades familiares a apartarse siquiera temporalmente del mercado de trabajo, lo que genera efectos negativos en el plano contractual (pérdida o reducción de ingresos, déficit formativo, pérdida de expectativas de mejora)⁶.

El propio Tribunal Constitucional en Sentencia 240/1999, de 20 de diciembre⁷, reconoció que «hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias», por tanto, se trata de una institución directamente conexas con el principio de igualdad por razón de sexo. Consideró el Alto Tribunal que «en la actualidad debe admitirse que denegar a una

³ Sirva de ejemplo, el VI y VII Acuerdo marco del Grupo Repsol o el Convenio colectivo de Bercose, SL o el Capítulo VI del Convenio colectivo de Ocan Inspección Técnica de Vehículos, SA; Capítulo III del Convenio colectivo de Capital Genetic EBT, SL; VII Acuerdo marco del grupo Repsol y VI Convenio colectivo de Decathlon España, SA.

⁴ Convenio colectivo de Masquepet SRL.

⁵ BALLESTER PASTOR, M^a.A.: «Conciliación y corresponsabilidad en las últimas reformas laborales y de Seguridad Social», en AA.VV. *La flexibilidad interna y los despidos colectivos en el sistema español de relaciones laborales* /Coor. N. PUMAR BELTRÁN), H uygens Editorial, Barcelona, 2014, págs. 182 y ss.

⁶ VIQUEIRA PÉREZ, C.: «Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: Deficiencias y problemas aplicativos». *Aranzadi Social* núm. 10, 2010, pág. 19.

⁷ RTC 1999, 240.

funcionaria interina de larga duración la posibilidad de solicitar las excedencias para el cuidado su hijo produce una efectiva y real discriminación respecto de la permanencia en el mercado de trabajo». En su Sentencia 3/2007, de 15 de enero⁸, afirmó que el objetivo primordial de las medidas que coadyuvan a lograr una conciliación de la vida familiar y laboral es evitar la discriminación laboral — especialmente de la mujer— y asegurar una efectiva igualdad de oportunidades.

En las páginas que siguen se expondrá una panorámica de la regulación convencional sobre las excedencias laborales que tienen una incidencia directa o indirecta en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral⁹, partiendo de la atalaya de que las responsabilidades familiares y, sobre todo, la maternidad, constituyen un obstáculo para la integración y permanencia de la mujer en el trabajo, por lo que las medidas para conciliar la vida familiar y laboral tienen como finalidad no solo hacer compatible el trabajo con el cuidado de la familia sino también la promoción de la igualdad de oportunidades en el trabajo¹⁰. Buscan, en fin, una distribución más justa entre mujeres y hombres de sus responsabilidades familiares. Resulta relevante que el Convenio colectivo de la empresa Compañía Española de Petróleos —CEPSA— la incluya en el capítulo XIII «Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres», sin embargo, su contenido se limita a reproducir lo prescrito en el ET.

Y es que, vaya de antemano, una abrumadora mayoría de los convenios reproducen lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores¹¹. En ocasiones, hay una remisión en bloque a lo regulado en el

⁸ RTC 2007, 3.

⁹ No se trata en este apartado la excedencia por violencia de género, puesto que un capítulo de esta investigación se refiere monográficamente al tratamiento que la negociación colectiva otorga a las mujeres víctimas de violencia de género.

¹⁰ POQUET CATALÁ, R.: «Excedencia por razones familiares: Régimen jurídico y puntos críticos». Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 8, 2012, pág. 12.

¹¹ A modo de ejemplo, consúltese el art. 24 del III Convenio colectivo de la empresa Unipost, SA; art. 20 del Convenio colectivo de la empresa Duna Tecnis, SA; art. 22 del Convenio colectivo de Sherco al detalle, SL; el Convenio colectivo de las delegaciones comerciales de la empresa Helados y Postres, SA o el art. 46 del IV Convenio colectivo de la empresa Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU; art. 18 del Convenio colectivo de la empresa Avis alquile un coche, SA; art. 43 del XII Convenio colectivo de la empresa Hibu Connect, SAU, art. 70 del XVIII Convenio colectivo de la empresa SEAT, SA, art. 23 del Convenio colectivo de Fundación UNICEF —Comité Español 2013; art. 24 del Convenio

ET sobre excedencias¹². Otras, aunque no haya remisión expresa, el régimen jurídico de la excedencia ha de completarse con las previsiones del ET¹³. Más limitada es la remisión al Plan de Igualdad¹⁴. Extraña que alguna norma paccionada aluda a que la empresa se obliga a «lo dispuesto en la Ley 39/1999», de conciliación de la vida familiar y laboral (LCVFL), olvidándose de que en esta materia la LO 3/2007, de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres modificó sustancialmente el contenido del ET proveniente de la LCVFL¹⁵.

Por otra parte, en estas líneas generales hay que señalar que no existe ninguna limitación legal a que los trabajadores tengan que tener un vínculo laboral indefinido para poder situarse en excedencia. En las páginas siguientes se verá cómo algunos pactos colectivos sí incluyen esa restricción para el ejercicio del derecho, fundamentalmente cuando se trata de una excedencia voluntaria.

Asimismo, se quiere advertir que no se va a entrar en la discusión acerca de si las excedencias para cuidado de hijos y de familiares son forzosas¹⁶ o voluntarias¹⁷, de carácter más doctrinal, pues no va a aportar elementos relevantes para el estudio realizado. Como se ha señalado con acierto, actualmente los criterios diferenciadores de ambos tipos de excedencia residen en los efectos que sobre la rela-

colectivo de ámbito estatal de Al Air Liquide España, SA, Air Liquide Medicinal, SLU y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU; art. 19 del Convenio colectivo de Viajes Ecuador, SA; art. 42 del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección; y art. 17 del Convenio colectivo del Grupo Ahorro Coporación, SA.

¹² Por ejemplo, art. 29 del Convenio colectivo de la empresa Aldeasa, SA y art. 25 del I Convenio colectivo sectorial estatal para el sector de industrias de aguas de bebidas envasadas.

¹³ Así respecto a la excedencia para cuidado de familiares del art. 3º del III Convenio colectivo de las empresas Distribuidora de Televisión Digital, SA —DTS, SA— y Compañía independiente de Televisión, SL, —CIT, SL— (antes Sogecable), o art. 48 del IV y V Convenio colectivo de la Empresa Santa Bárbara Sistemas, SA.

¹⁴ Art. 16 del Convenio colectivo de la Empresa BSH Electrodomésticos España, SA (Oficinas centrales PLA-ZA, Zaragoza y red comercial).

¹⁵ Convenio colectivo de Ocan Inspección Técnica de Vehículos, art. 27 del Convenio colectivo de empresas de elaboración de productos del mar con procesos de congelación y refrigeración y art. 20 del Convenio colectivo de mataderos de aves y conejos.

¹⁶ Así, art. 47 del IV Convenio colectivo de trabajo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria.

¹⁷ Así, art. 48 del II Convenio colectivo para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros y su mantenimiento y reparación.

ción laboral provoca su ejercicio en relación la reserva de puesto de trabajo y el cómputo de antigüedad. Probablemente por ello algún convenio colectivo las califica como excedencias «especiales»¹⁸ o, a modo de un *tertium genus*, dispone que la excedencia podrá ser voluntaria, forzoso o por cuidado de hijos o familiares¹⁹. Nos parece adecuada la manifestación contenida en el IV Convenio colectivo de la empresa Navantia, SA.²⁰, en el sentido de que «siempre que se opte por esa excedencia, será considerada como forzosa a efectos legales, con derecho, por tanto, del trabajador al reingreso automático en la Empresa y computándose ese tiempo como antigüedad». En efecto, aunque el ET no califica las excedencias para cuidados familiares, la redacción dada por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, vino a clarificar la situación revistiéndola de los rasgos propios de las excedencias forzosas²¹.

2. LA EXCEDENCIA PARA EL CUIDADO DE HIJOS

Con origen en la primigenia redacción del ET de 1980, la actual regulación de la excedencia para el cuidado de un hijo menor de tres años se encuentra recogida en el art. 46.3 ET²².

El derecho a la excedencia se reconoce a «los trabajadores» hombres y mujeres²³, por eso llama la atención que sea la propia negociación colectiva la que, en ocasiones, denomine a esta figura como

¹⁸ Art. 31 del Convenio colectivo de Meals Ibérica, SL; art. 50 del Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio; art. 47 del VI Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, entre otros.

¹⁹ Art. 11.1 del XV Convenio colectivo de la Empresa Europcar IB, SA. En iguales términos, el art. 66 del IV Convenio colectivo general de la industria salinera.

²⁰ Art. 13.o).

²¹ Véase, PÉREZ ALONSO, M^a.A.: La excedencia laboral. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 59.

²² Las siglas ET corresponden al Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²³ Art. 66 III del Convenio colectivo de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A».

excedencia «por maternidad»²⁴ o «excedencia maternal»²⁵. Incluso, el I convenio colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural reconoce solo a «la mujer trabajadora, a partir de la finalización de la baja por maternidad o del disfrute de las vacaciones» a disfrutar de una excedencia para cuidado de hijo o hija²⁶. Indirectamente, alguna norma paccionada²⁷ vincula también esta excedencia a la maternidad de la mujer trabajadora, al distinguir los períodos máximos que pueden tener este tipo de excedencias: a) doce meses a partir de la finalización de la baja maternal; y b) tres años a contar desde la fecha de nacimiento o adopción del hijo. No se alcanza a comprender el porqué de esta diferenciación puesto que no se anudan ni régimen jurídico ni efectos distintos.

²⁴ Art. 37.2 del Convenio colectivo de la Compañía de distribución Logista, SA; art. 22 del Convenio colectivo que afecta a una pluralidad de empresas: BME Sociedad Holding de Mercados y Sistemas Financieros, SA; MEEF, Sociedad Rectora de Productos Derivados, SAU; MEEF Tecnología y Servicios, SAU; MEEF Euroservices, SAU; AIAF Mercado de Renta Fija, SAU; Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro de Compensación y Liquidación de Valores, SAU; Sociedad Rectora de la Bolsa de Valores de Madrid, SAU; BME Innova, SAU; Infobolsa, SA; Visual Trader Systems, SL; Sociedad de Bolsas, SA; BME Servicios Corporativos, SA; BME Sistemas de Negociación, SA; Instituto BME, SLU; BME Market Data, SA; la Sociedad Rectora de la Bolsa de Valores de Valencia, SAU y Gestión de Estudios y Proyectos, SA; art. 36.2 del Convenio colectivo de Recursos en punto de venta, SL; art. 22 del Convenio colectivo de Coviran, SCA; art. 22 del Convenio colectivo de Unión Detallistas de Alimentación SA; art. 22 del Convenio colectivo de Magma cultura, SA; art. 39 del Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición; art. 29 del Convenio colectivo de la empresa Noroto, SA; art. 27 del V Convenio colectivo de Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, Grupo Técnico, SA, Trípode, SA y Coidec, SA. El art. 110 del Convenio colectivo de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial denomina esta excedencia como «especial por maternidad», si bien al regular cuándo comenzará a disfrutarse distingue entre que lo solicite la trabajadora o el trabajador; art. 54 del VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal; art. 34 del Convenio colectivo estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados.

El art. 25 del Convenio colectivo del Grupo de empresas JD-Sprinter-Sprinter Megacentros del Deporte, SL, y DJ Spanin Sports Fashion 2010. S.L. denomina «excedencia por maternidad» a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad regulada en el art. 48.4 ET, muestra también de la confusión que, en más ocasiones de las deseables, reina en la negociación colectiva.

²⁵ Art. 37 del Convenio colectivo de Acciona Multiservicios, SA.

²⁶ Art. 69.

²⁷ Art. 29 del V Convenio colectivo estatal de gestorías administrativas. Esta previsión se reitera en el VI Convenio colectivo estatal de gestorías administrativas.

Intentando eliminar ese sesgo sexista, el Convenio colectivo de las empresas Motorpress Ibérica, S.A.U. y Motopress Rodale, S.L.²⁸, la rotula excedencia por maternidad/paternidad²⁹. Con afán pedagógico y loable, el Convenio colectivo de Air Nostrum LAM, SA (Pilotos)³⁰ declara expresamente que «tendrán derecho a excedencia indistintamente el padre o la madre».

Dada la indefinición de la ley en cuanto a su calificación, la negociación colectiva la denomina, excedencia forzosa³¹, de excedencia por motivos familiares³², excedencia por guarda legal³³, limitada e incorrectamente, excedencia por «nacimiento de hijo»³⁴, «por alumbramiento»³⁵ o «por natalidad»³⁶.

La excedencia que ahora se trata tiene una afectación finalista, el cuidado de un hijo menor de tres años; afectación que no es indiferente. A pesar de la significativa ausencia de previsiones al respecto en la negociación colectiva, es de comprender que el trabajador debe acreditar fehacientemente el hecho causante para que la empresa acepte la solicitud de la excedencia³⁷. Nótese que, a diferencia de lo previsto para la reducción de jornada por cuidado de hijo menor de doce años (art. 37.6 ET), donde se exige que el cuidado sea «directo», en la excedencia para cuidado de hijo no se acompaña del mismo calificativo.

²⁸ Art. 52.

²⁹ Art. 48 del Convenio colectivo de Calved SA; art. 32.2 del Convenio colectivo de empresas de naturopatía y profesionales naturópatas; art. 14.3 del II Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería; art. 146 del Convenio colectivo de la Empresa Finanzauto, SA. El art. 31 de la empresa Nuclenor, SA, aunque con carácter general las denomina «excedencias por razones familiares», incluye las motivadas por causas de índole familiar y maternidad.

³⁰ Art. 7.12.

³¹ Art. 43 del III Convenio colectivo de la empresa Air Europa, Líneas Aéreas, SAU, art. 31 del Convenio colectivo de Alliance Outsourcing, SL; art. 27 del Convenio colectivo de J2Y Serhotel outsourcing SLU; art. 83 del I Convenio colectivo que regula las relaciones laborales de las empresas proveedores civiles privados de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional.

³² Art. 41 del Convenio colectivo del Grupo Champion.

³³ Convenio colectivo de Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, SA; también el art. 26.3 del Convenio colectivo de Rango 10, SL; art. 31 del Convenio colectivo de Gamestop Iberia, SLU.

³⁴ Art. 32 del Convenio colectivo de Safenia, SL.

³⁵ Art. 72 del Convenio colectivo de la empresa La Verdad Multimedia, SA.

³⁶ Art. 13 del Convenio colectivo de Bombardier European Investments, SLU.

³⁷ Así se exige en el art. 30 del VI Convenio colectivo de Telefónica Móviles España SAU.

No obstante, no debe pensarse en un menor grado de exigencia para acceder a la excedencia que para lograr el derecho a la reducción de jornada³⁸.

El derecho a la excedencia, señala el vigente art. 46.3 ET, lo será para el cuidado de cada hijo, «tanto lo sea por naturaleza como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente», dicha redacción se encuentra en consonancia con el contenido de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que regula *ex novo* la guarda con fines de adopción (incorporando el art. 176 bis a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor). Esta previsión legal permite que, con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al Juez para la constitución de la adopción, pueda iniciarse la convivencia provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas para tal adopción hasta que se dicte la oportuna resolución judicial, con el fin de evitar que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia. Obviamente, dado el período que se ha tomado como referencia para el estudio (2011-2014), los convenios colectivos analizados aluden a los supuestos de «acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque estos sean provisionales», que se incorpora al texto del art. 46.3 ET en 1999. No es aventurado pensar que la negociación colectiva posterior acoja sin mayores dificultades la nueva figura, siendo deseable que se actualicen los términos de las normas paccionadas.

Como no podía ser de otro modo, ya que el legislador no supedita este derecho al cumplimiento de un determinado y anterior tiempo de prestación de servicios, la negociación colectiva no impone ningún requisito previo a cumplir por el solicitante, más allá de algunas formalidades en orden a su solicitud, cuestión sobre la que se volverá más adelante.

En cuanto a su duración, cuando el hijo es por naturaleza, el plazo máximo de duración de la excedencia lo marca la edad del menor. Por si quedase alguna duda, algún pacto colectivo se encarga de recordarlo: «En todo caso, si la petición fuera realizada con posterioridad a la

³⁸ LÓPEZ TERRADA, E.: El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: identificación de los sujetos protegidos. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 58.

fecha del nacimiento el plazo de tres años se contará siempre desde la citada fecha de nacimiento»³⁹. Por ello, en la práctica, la duración de esta excedencia difícilmente alcanza los tres años, se está pensado en los supuestos en los que quien disfruta de la excedencia es la madre, tratándose de un hijo biológico⁴⁰, ya que ésta necesariamente deberá disfrutar de seis semanas del descanso obligatorio después del parto (*ex art. 48.4 ET*); tampoco cuando quien disfrute de la excedencia sea el padre, pues al disfrute de los tres días de permiso por nacimiento de hijo habrá de sumársele los trece días de suspensión del contrato de trabajo por paternidad, pues no parece razonable pensar que el padre, cumpliendo los presupuestos para percibir la prestación de Seguridad Social por paternidad vaya a renunciar a ella y pasar directamente a una excedencia para cuidado de hijo, con la consiguiente pérdida de salario. De hecho, el II Convenio colectivo de la Corporación RTVE, señala que el cómputo de la excedencia por cuidado de hijo se computará desde el término de las licencias por maternidad/paternidad y lactancia»⁴¹.

Lo cierto es que atención y cuidado del menor puede requerirse cumplidos los tres años de éste, por ello son bienvenidas las cláusulas que, excepcionalmente, prevén una duración máxima de la excedencia no vinculada directamente a que el hijo alcance una determinada edad, aunque la edad del menor sí juega como presupuesto para acceder a la excedencia. Así, el II Convenio colectivo de la Corporación RTVE, al señalar que «Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia, no superior a tres años y medio, para atender al cuidado de cada hijo menor de 12 años, tanto cuando sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento»⁴². Por su parte, el III Convenio colectivo de Easyjet Handling Spain, sucursal en España, reconoce el derecho de todo trabajador a disfrutar un período de excedencia no superior a tres años, para el cuidado de cada hijo menor de cinco años⁴³, el Convenio colectivo de la empresa Radio Popular, SA—COPE— y sus trabajadores para el año 2011, hace lo mismo para el cuidado de un hijo hasta la edad de ocho años y, en fin, el VI Convenio

³⁹ Art. 37.2 Convenio colectivo de la Compañía de distribución Logista, SA.

⁴⁰ Alguna decisión aislada STSJ Cantabria, de 29 de abril de 2008 (JUR 2008, 287861) consideró que el plazo máximo de tres años debía comenzar a computarse a partir de la finalización de la suspensión por maternidad.

⁴¹ Art. 103.

⁴² Art. 103.

⁴³ Art. 80.

colectivo de Telefónica Móviles España, SAU⁴⁴ regula el derecho a una excedencia de duración no superior a cuatro años para atender al cuidado de cada hijo menor de seis años.

Una forma de solventar la limitación legal y convencional sería reconocer una excedencia voluntaria con reserva de puesto de trabajo que pudiera solicitar el trabajador al finalizar la excedencia para cuidado de hijo. Así se encuentra en el Convenio colectivo del Grupo de Empresas Axa, que regula una excedencia especial, en desarrollo de lo previsto en el art. 46.6 ET, para aquellos empleados que cuenten con tres años de prestación efectiva de servicios, por un período mínimo de tres meses y máximo de cinco años. Aunque se restringe a aquellos que hubiesen disfrutado de otra excedencia en los cinco años anteriores, de esta limitación se exceptúa la excedencia «por maternidad». Asimismo, se valora positivamente la posibilidad contemplada en el Convenio colectivo de la empresa Transportes Ferroviarios Especiales, SA⁴⁵, que permite una excedencia posterior a la de cuidado de hijo, para un período de hasta tres años, «cuando la salud del hijo/a o de la madre/padre así lo justifiquen».

Por el contrario, no resulta oportuna la previsión contenida en el Convenio colectivo de la empresa Sociedad Española Instalaciones Redes Telefónicas, SA⁴⁶, que bajo la rúbrica «excedencia especial», se compromete a conceder a todos los trabajadores de plantilla que lo solicite por razones fundadas de orden familiar o estudios durante un tiempo no superior a un año. Pero, la empresa puede negarse a la concesión «cuando el trabajador hubiere disfrutado de la excedencia en los tres años anteriores a la solicitud».

Siguiendo con la duración, cuando la excedencia es para el cuidado de un hijo adoptivo, o en los supuestos, ahora, de guarda con fines de adopción⁴⁷ o acogimiento permanente, la duración máxima empieza a contar desde la fecha «de la resolución judicial o administrativa» que acuerda la adopción o el acogimiento, por lo que el adoptado o acogido puede ser mayor de tres años, aunque lógicamente también se establece el límite de que, como máximo, la excedencia se prolongue,

⁴⁴ Art. 30.

⁴⁵ Art. 23.A).

⁴⁶ Art. 41.

⁴⁷ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

como máximo, durante tres años. Sin diferencias significativas así se recoge en la práctica totalidad de los convenios colectivos consultados. Resulta excepcional lo previsto, en orden al momento de disfrute de la excedencia para cuidado de hijo cuando lo sea por adopción internacional, en el II Convenio colectivo de la Corporación RTVE al señalar que en estos casos, «cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, el período de suspensión previsto podrá iniciarse hasta diez semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción». Habrá que ponerlo en relación con el disfrute de la suspensión por maternidad del art. 48.4 ET que, en los mismos supuestos, permite que el período de suspensión pueda iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

Como regulación peculiar, se prevé en el caso de adopción internacional, que el derecho a solicitar la excedencia para cuidado de menor «nace en el momento de la notificación de la embajada»⁴⁸.

Incrementa muy significativamente la duración de la excedencia el V Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski (CECOSA Supermercados, SA, Vegonsa Agrupación Alimentaria, SA —VELGASA—, Vego Supermercados, SA, Mercash-Sar, SL, CENCO, SA y Supermercados PICABI, SLU⁴⁹, que permite la excedencia por un período no superior a ocho años para atender al cuidado de cada hijo. Más limitadamente, y con mayor frecuencia, algunos pactos colectivos amplían la duración hasta el que menor cumpla tres años⁵⁰, a tres años y medio⁵¹, a cuatro años⁵², cinco años⁵³ —en caso de hijos

⁴⁸ Art 47 del IV Convenio colectivo de trabajo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria.

⁴⁹ También en el art. 57 del Convenio colectivo de Mercadona, SA, Forns Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SI y Saskibe, SL.

⁵⁰ Art. 66 III del Convenio colectivo de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A».

⁵¹ Art. 103 del II Convenio colectivo de la Corporación RTVE, art. 25 del grupo T-Systems (T-Systems ITC Iberia SAU, T-Systems Eltec SL y D-Core Network Iberia SL.

⁵² Art. 41 del Convenio colectivo del Grupo Champion; Convenio colectivo de Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, SA; art. 29.1 del Convenio colectivo de Primark Tiendas, SLU; art. 50 del II Convenio colectivo de Distribuidora Internacional de Alimentación, SA y Twins Alimentación, SA; art. 28 del Convenio colectivo de Alain Afflelou, SAU.

⁵³ Art. 77 del V Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento.

discapacitados psíquicos, físicos, sensoriales, o plurideficientes⁵⁴. Como se puede comprobar ninguna norma colectiva supera el límite establecido en la normativa europea en relación con la edad máxima de los menores que pueden dar lugar a este derecho, ya que se prevé que dicho adoptado o acogido debe ser menor de ocho años (cláusula 2.1 Directiva 2010/18/EU, del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE).

Nótese que no existe un período mínimo de ejercicio, y así se hace constar expresamente⁵⁵ en algún convenio colectivo.

Para finalizar las cuestiones atinentes a la duración de la excedencia, la negociación colectiva guarda silencio casi absoluto respecto a la circunstancia de que el trabajador haya solicitado la excedencia por un plazo inferior al máximo legal o convencional. Algún convenio colectivo prevé la prórroga automática del periodo «anual» de excedencia, salvo comunicación de reincorporación del trabajador con el preaviso correspondiente⁵⁶.

El ejercicio de la excedencia para cuidado de hijo lleva aparejada la reserva de puesto de trabajo o «plaza»⁵⁷. La reserva de puesto de trabajo implica que el trabajador excedente mantiene el derecho a volver al mismo puesto de trabajo y a las mismas condiciones que tenía cuando se ausentó del trabajo⁵⁸. Sentado lo anterior, en el supuesto de excedencia para cuidado de hijo menor de tres años, el legislador diferencia entre un «derecho a la reserva de su puesto de trabajo» durante el primer año de excedencia y un derecho a la reserva de «un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente», referencia que hoy hay que entenderla hecha al grupo profesional, al haber desaparecido las categorías profesionales (art. 22 ET).

⁵⁴ Art. 110 del Convenio colectivo de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial.

⁵⁵ Art. 40 del Convenio colectivo de la empresa NE Unified Solutions España, SA.

⁵⁶ Art. 43.4 del Convenio colectivo Alstom Transporte, SA, Unidad TLS-Train Life Services.

⁵⁷ Art. 46 del IV Convenio colectivo de la empresa Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU.

⁵⁸ Preventivamente, y para eliminar cualquier género de duda, el art. 103 del II Convenio colectivo de la Corporación RTVE, se refiere a la «reserva de su puesto de trabajo y destino geográfica».

Tempranamente, en la doctrina se proporcionaron argumentos sólidos para considerar que no existe diferencia significativa en lo que a reserva del puesto de trabajo se refiere entre la primera fase (primer año) y la segunda fase (segundo y tercer año) de la excedencia por cuidado de hijos⁵⁹. Nótese, en todo caso, que el tiempo de la reserva se conecta al de la duración de la excedencia con independencia del momento en que ésta se inicie y no a la edad del hijo⁶⁰. En todo caso, la existencia de un derecho de reserva sobre un puesto de trabajo (el mismo u otro equivalente) implica la imposibilidad para el empresario de amortizarlo libremente.

La negociación colectiva en ocasiones —no pocas— amplía la reserva de su puesto de trabajo a quince meses⁶¹, a dieciocho meses⁶², a dos años⁶³, treinta y seis meses⁶⁴, o a tres años si la excedencia se ha solicitado para atender al cuidado de un hijo con discapacidad psíquica o física⁶⁵. Por descontado, se hace eco de la ampliación legal de la reserva de puesto de su puesto de trabajo cuando el trabajador forme

⁵⁹ BALLESTER PASTOR, M^a.A.: La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 57, aludiendo, por una parte, a que cuando se prevé una bonificación en la Seguridad Social para la contratación de trabajadores interinos destinados a sustituir a trabajadores en excedencia para cuidado de hijos está implícitamente reconociendo que se trata de una situación que implica reserva de puesto de trabajo; por otra, la Directiva 96/34, de permisos parentales solo permite ocupar un puesto de trabajo equivalente en caso de «imposibilidad», término equivalente a fuerza mayor, por ejemplo, por desaparición del mismo.

⁶⁰ La STSJ Castilla y León, de 10 de noviembre de 2010 (AS 2011, 127) resolvió un supuesto en el que un trabajador que solicita la excedencia de su hijo de tres meses de edad por un año. El TSJ entiende que cuando el trabajador solicitó la reincorporación tras la excedencia por cuidado de hijos ejercitada exactamente un año antes, se encontraba todavía dentro del período anual que da derecho a la reserva del mismo puesto de trabajo, aunque el hijo en dicha fecha tuviera un año y tres meses.

⁶¹ Art. 49 del Convenio colectivo de la empresa Philips Ibérica, SAU; art. 40 del Convenio colectivo de la empresa NE Unified Solutions España, SA.

⁶² Art. 49 del V Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski (CECOSA Supermercados, SA, Vegonsa Agrupación Alimentaria, SA —VELGASA—, Vego Supermercados, SA, Mercash-Sar, SL, CENCO, SA y Supermercados PICABI, SLU; art. 66 III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A.»; art. 41 del V Acuerdo complementario al Convenio General de la Industria Química de Repsol YPF Lubricantes y Especialidades, SA.

⁶³ Art. 41 del Convenio colectivo del Grupo Champion.

⁶⁴ Art. 62 del Convenio colectivo de la empresa Ford España, SL.

⁶⁵ Art. 29.3 del Convenio colectivo de Consum Sociedad Cooperativa Valenciana.

parte de una familia que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa⁶⁶.

Como se sabe, el ET permite que si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen el derecho a la excedencia por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. Así se reproduce en un gran número de pactos colectivos⁶⁷; sin embargo, no puede reputarse válida la cláusula que establece que «en caso de que el padre y la madre trabajen, solo uno de ellos tendrá este derecho»⁶⁸.

Legalmente, el tiempo que el trabajador esté en excedencia para cuidado de hijo computa a efectos de antigüedad, y así lo recuerdan numerosísimos convenios colectivos⁶⁹. En ocasiones, se advierte que «cuando estas excedencias vengan precedidas de una reducción de jornada las cotizaciones realizadas durante las mismas se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción. Esta misma situación se tendrá en cuenta para las indemnizaciones en caso de despido o extinción del contrato de trabajo»⁷⁰.

Siendo loable este efecto, la negociación colectiva debería prever alguna otra consecuencia que paliara las secuelas que en el empleo de las mujeres provoca el disfrutar de un período de excedencia para el cuidado de hijos menores, por ejemplo, que computara también en la generación de pluses o complementos retributivos.

Por ello, es positivo, y debe destacarse como una buena práctica, lo previsto en Convenio colectivo del Grupo Champion, que señala que durante los dos primeros años de la excedencia el trabajador tie-

⁶⁶ Art. 43 del XII Convenio colectivo de la empresa Hibu Connect, SAU; art. 37 del Convenio colectivo de la Compañía de Distribución Integral Logista, SA; art. 39 del Convenio Colectivo de la empresa Duna Tecnicos, SA; art. 21 del Convenio colectivo de la empresa Sociedad de Prevención de Fremap, SLU; y art. 36 del Convenio colectivo de Recursos en Punto de Venta, SL, entre otros muchos.

⁶⁷ Algún ejemplo de ello serían los arts. 48.2 del Convenio colectivo Prestaciones de Servicios Auxiliares concretos y específicos a empresas, SL y 28 del Convenio colectivo de Masquepet, SRL.

⁶⁸ Art. 22 del Convenio colectivo de Magmacultura, SA.

⁶⁹ Art. 37.2 Convenio colectivo de la Compañía de distribución Logista, SA.

⁷⁰ Art. 37 del III Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios.

nen derecho a la reserva de su puesto de trabajo y «a participar en convocatoria de traslados y/o ascensos como si estuviese en activo».

El ET no establece nada acerca de las formalidades y el tiempo en que se ha de solicitar la excedencia; tampoco la forma de llevar a cabo la solicitud de reingreso. Asumiendo la función complementaria de la negociación colectiva, se prevé que el reingreso debe ser solicitado por el trabajador dentro del mes anterior a la fecha del cese de la situación que motivó la excedencia, y en ese caso, se producirá de forma automática⁷¹.

En fin, se puede concluir una ausencia absoluta de medidas o previsiones que inciten la corresponsabilidad, como podría ser aumentar la duración de la excedencia cuando es la padre quien solicite y disfrute este tipo de excedencia.

3. LA EXCEDENCIA PARA CUIDADO DE FAMILIAR

Este tipo de excedencia, también denominada «excedencia por atención de un familiar»⁷² y más cuestionablemente como «permiso por razón de atención a dependientes o discapacitados»⁷³ reconoce el derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres⁷⁴, a un período de excedencia de dos años (o superior por negociación colectiva) para atender a un familiar hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad o discapacidad, no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe una actividad retribuida (art. 46.3 ET).

Por familiares cabe entender, según el art. 46.3 ET, a aquellos familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad, lo que debe interpretarse en sentido amplio, incluyendo a todos los posibles familiares hasta el segundo grado inclusive, tanto lo sean en línea directa o colateral. El cónyuge, pese a no ser pariente en sentido estricto jurídico-civil, debe quedar incluido en este precepto y con frecuencia la negociación colectiva lo extiende también a las parejas

⁷¹ Art. 7 del Convenio colectivo del Grupo ArcelorMittal en España.

⁷² Art. 49 del Convenio colectivo de la empresa Philips Ibérica, SAU; art. 41 del Convenio colectivo de la Empresa NEC Unified Solutions España, SA.

⁷³ Art. 31 de la empresa Nuclenor, SA.

⁷⁴ Art. 66 III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A.».

de hecho⁷⁵, que tendrán la misma consideración que el/la cónyuge, siempre que se acredite estar debidamente inscrito en el correspondiente registro oficial u organismo equivalente y a los familiares de las parejas de hecho⁷⁶.

Como se insistirá en el epígrafe siguiente, una abrumadora mayoría de los convenios colectivos analizados reproduce el régimen jurídico y los efectos previstos con carácter general en la legislación laboral. En algún caso, llega a leerse, por ejemplo, que la excedencia para cuidado de familiar tendrá una duración no superior a dos años, «salvo que se establezca una duración mayor por la negociación colectiva»⁷⁷ —como establece literalmente el ET— obviando que es la propia negociación colectiva la que incluye esa previsión!

Se trata, como en el supuesto de excedencia para cuidado de hijo menor, de una excedencia finalista: el cuidado de un familiar que por razones de edad, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo. En alguna ocasión los convenios colectivos son precisos en orden a la exigencia de la acreditación de estos extremos, pidiendo que el trabajador aporte certificación del grado de discapacidad del disminuido físico o psíquico a cargo del empleado, resolución de la incapacidad permanente, en su caso, así como certificado de vida laboral del familiar para acreditar que no se encuentra desempeñando ninguna actividad retribuida y documento que acredite el parentesco (libro de familia)⁷⁸. Ha de tenerse en cuenta que el legislador no exi-

⁷⁵ Art. 13.o) del IV Convenio colectivo de la empresa Navantia, S.A.; art. 82.2 del Convenio colectivo Asociación Centrotrama; art. 86 del II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores; art. 58 del Convenio colectivo del personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional para el período 2013-2018; y art. 7.13 del Convenio colectivo de Air Nostrum LAM, SA. Doctrinalmente ya lo había defendido, ROMERO RODENAS, M.J.: «La excedencia por cuidado de hijos y familiares», en AA.VV.: *Mujer y trabajo*. Laborum, Murcia, 2003, pág. 90.

⁷⁶ Art. 49.2 del Convenio colectivo Prestaciones de Servicios Auxiliares concretos y específicos a empresas, SL; art. 82.2 del convenio colectivo Asociación Centrotrama; art. 71.2 del Convenio colectivo de Asociación para la gestión de la integración social, GINSO y art. 33.5 del V Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados.

⁷⁷ Art. 19 del Convenio colectivo de la empresa Técnica Fiscal y Cartográfica, SA (TEFICAR, SA) y art. 13 del Convenio colectivo de industrias de fabricación de alimentos compuestos para animales.

⁷⁸ Art. 48 del VIII Convenio colectivo entre Iberia, Líneas Aéreas de España, SA Operadora, S. Unipersonal y sus tripulantes pilotos.

ge en ningún caso que el familiar tenga reconocido ningún grado de discapacidad ni que se le haya reconocido la incapacidad permanente.

Por lo mismo, no son adecuadas las previsiones convencionales que exigen requisitos adicionales en este orden⁷⁹. Así, el art. 48 del Convenio colectivo de Calved SA. Alude a familiares que hayan sido declarados oficialmente en situación de gran invalidez. O el art. 82.2 del Convenio colectivo Asociación Centrotrama, que se refiere a «un familiar gravemente enfermo, acreditado médicamente»⁸⁰, pues puede que la imposibilidad de valerse por sí mismo y requerir el cuidado y atención del trabajador tenga su causa en la edad o en el accidente.

Respecto a la duración, ha de advertirse que la primigenia redacción estatutaria dada por la LCVFL la fijaba en un año, incrementándose por mor de la LOI a dos años. En ambos casos, había una llamada expresa a la negociación colectiva facultándola a que la ampliase. A pesar de ello, siguen encontrándose convenios colectivos que prevén que la excedencia para cuidado de familiar tenga una duración no superior a un año, por lo que este tipo de cláusulas no serían válidas. Así ocurre con lo previsto en el Convenio colectivo de Berco, por mucho que se prevea que «por razones justificadas y previa aceptación por la empresa, la duración de ésta [excedencia para cuidado de familiares] se podrá prorrogar hasta un máximo de dos años con reserva de su puesto de trabajo, para atender a familiares de primer grado de consanguinidad»; o en el Convenio colectivo de la empresa Trox España, SA⁸¹, que alude a «los casos de excedencias por un año, que recoge la actual legislación vigente». Desde aquí se quiere llamar la atención acerca del hecho, no infrecuente lamentablemente, de la falta de actualización de la legislación vigente en algunos convenios colectivos (y también Planes de Igualdad), que presentan como mejora respecto al mínimo legal aspectos y extremos que se han incorporado al texto de la ley en sucesivas reformas.

⁷⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 39/1999, de Conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», *Aranzadi Social* núm. 20, 2000 (BIB 1999, 2067) señalaba que el legislador no exigía que la alteración de la salud fuese grave, bastando cualquier circunstancia con la suficiente entidad que impida al familiar cuidarse y, por lo mismo, precisando la concurrencia de otra persona para seguir adelante.

⁸⁰ En el mismo sentido, se exige en el art. 71.2 del Convenio colectivo de Asociación para la gestión de la integración social, GINSO; art. 86 del II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores.

⁸¹ Art. 40.

En el V Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski (CECOSA Supermercados, SA, Vegonsa Agrupación Alimentaria, SA —VELGASA—, Vego Supermercados, SA, Mercash-Sar, SL, CENCO, SA y Supermercados PICABI, SLU⁸², se distingue en función de diversas circunstancias: a) un año, cuando se trate de atender a un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; b) dos años cuando conviva con dicho familiar y ello conlleve dedicación exclusiva; y c) sin límite temporal alguno para la duración de la excedencia cuando se trata de una enfermedad muy grave de hijos/as, padres o cónyuge. A este respecto, siendo valorado muy positivamente que la duración de la excedencia se diferencie en función de la presumible implicación del trabajador con el cuidado del familiar, ha de advertirse que, tras la redacción dada por la LOI al art. 46.3 ET, la duración máxima de la excedencia para cuidado de familiares será de dos años, por lo que el primer supuesto sería ilegal.

Como se adelantaba anteriormente, la negociación colectiva está llamada expresamente a ampliar la duración máxima legal. Recogen el testigo algunos convenios colectivos que amplían la duración a tres años⁸³, a tres años y medio⁸⁴; incluso, cinco años, siempre que se trate de cuidado de familiares dependientes por consanguinidad⁸⁵, previsión que resulta sumamente acertada en orden a incentivar la corresponsabilidad entre los cónyuges. Por el contrario, no existe límite de duración mínimo, como así se hace ver en algún convenio colectivo⁸⁶.

Si se hubiese solicitado la excedencia por un período de tiempo inferior al máximo, es posible la prórroga, aunque esta cuestión esté

⁸² Art. 49.

⁸³ Art. 21 del Convenio colectivo de la empresa Sociedad de Prevención de Fremap, SLU; art. 66 del III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A.»; Art. 22 del Convenio colectivo de Pressprint, SLU; Convenio colectivo de Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, SA; art. 49 del Convenio colectivo de las empresas «Zurich Insurance PLC, Sucursal en España», «Zurich Vida, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.» y «Zurich Services, AIE».; art. 11 del Convenio colectivo de la empresa Thyssenkrupp Elevadores, SLU. (Código de Convenio; art. 27 del Convenio colectivo de la Kiabi Kscr, SA; art. 72 del V Convenio colectivo de Iberdrola Grupo; art. 54 del XVII Convenio colectivo general de la Industria Química; art. 42 del XXIII del Convenio colectivo marco para oficinas de farmacia.

⁸⁴ Art. 103 del II Convenio colectivo de la Corporación RTVE.

⁸⁵ Art. 57 del Convenio colectivo de Mercadona, SA, Forns Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SI y Saskibe, SL.

⁸⁶ Art. 41 del Convenio colectivo de la empresa NEC Unified Solutions España, SA.

orillada en la negociación colectiva. Algunos convenios colectivos — muy pocos⁸⁷— permiten expresamente las prórrogas sucesivas hasta alcanzar la duración máxima.

Como en el supuesto de excedencia para cuidado de hijo, el ejercicio de este derecho lleva anudada la reserva del puesto de trabajo durante el primer año y en el segundo (o sucesivos, de preverse en el convenio colectivo una duración mayor) la reserva de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional. No es extraño que el pacto colectivo amplíe la reserva de su puesto de trabajo a dos años⁸⁸, a dieciocho meses⁸⁹ o a quince meses⁹⁰.

4. ELEMENTOS COMUNES DE LAS EXCEDENCIAS PARA CUIDADO DE HIJO O DE FAMILIAR

El legislador ha querido otorgar, salvo en materia de duración, el mismo régimen jurídico a la excedencia para cuidado de hijos o de otro familiar. La negociación colectiva se limita a reproducirlos⁹¹: el cómputo de antigüedad⁹²; el derecho del trabajador/a ser convocados

⁸⁷ Así, por ejemplo, III Convenio colectivo del personal laboral local que presta servicios para las fuerzas de Estados Unidos en España.

⁸⁸ Art. 66 III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A».

⁸⁹ Art. 49 del V Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski (CECOSA Supermercados, SA, Vegonsa Agrupación Alimentaria, SA —VELGASA—, Vego Supermercados, SA, Mercash-Sar, SL, CENCO, SA y Supermercados PICABI, SLU, si el trabajador acredita que convive con el familiar que genera el derecho a la excedencia y ello conlleva la dedicación exclusiva en su atención.

⁹⁰ Art. 49 del Convenio colectivo de la empresa Philips Ibérica, SAU; art. 41 del Convenio colectivo de la empresa NEC Unified Solutions España, SA.

⁹¹ Art. 77 del III Convenio colectivo de asistencia en tierra (handling) para el persona que preste servicios en la empresa Flightcare, SL; art. 52 Convenio colectivo de las empresas Motorpress Ibérica, S.A.U. y Motopress Rodale, S.L; art. 43 del III Convenio colectivo de la empresa Air Europa, Líneas Aéreas, SAU; art. 36.2 del Convenio colectivo de Recursos en punto de venta, SL; art. 30 del Convenio colectivo de Pastificio Service SL; art. 19 del Convenio colectivo de CEPESA Comercial Petróleo, SA; art. 25 del Convenio colectivo de Industrias de elaboración del arroz, art. 37 del Convenio colectivo de Acciona Multiservicios, SA; art. 22 del Convenio colectivo de Randstad Proyect Servicios SLU; art. 33 del I Convenio estatal del sector de radiodifusión comercial sonora; art. 37 del III Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios; art. 14 del Convenio colectivo de la empresa Autopista concesionaria astur-leonesa, SA.

⁹² Art. 30 del III Convenio colectivo de las empresas Distribuidora de Televisión Digital, SA —DTS, SA— y Compañía independiente de Televisión, SL, —CIT, SL— (antes Sogecable).

por el empresario, y a asistir, a los cursos de formación profesional, especialmente con ocasión de su reincorporación⁹³; la limitación por parte del empresario a que dos o más trabajadores de la misma empresa, y por el mismo sujeto causante, puedan disfrutar de la excedencia⁹⁴; a que cuando un nuevo sujeto diera lugar a un nuevo período de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando⁹⁵, en fin, a la posibilidad de disfrute fraccionado⁹⁶.

La empresa debe tener conocimiento de la situación concreta para organizar sus recursos humanos y/o productivos, por lo que el trabajador debe comunicarle su intención de situarse en excedencia para cuidado de hijos y las características y plazos de tal suspensión. Por ello, y para ambos tipos de excedencia, la negociación colectiva regula el procedimiento para cursar la solicitud de excedencia, siendo habitual que se exija por escrito, con expresión de causa suficiente y antelación de un mes⁹⁷ (aunque esta exigencia no debería imponerse en el caso de que la excedencia fuese voluntaria), que se establezca un plazo para que la empresa —por ejemplo 15 días⁹⁸—, también por escrito⁹⁹, resuelva en un plazo muy variable que puede oscilar entre cinco día¹⁰⁰ y treinta días¹⁰¹), expresando en caso de denegación, la causa de la mis-

⁹³ Art. 66 del III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A.».

⁹⁴ Art. 66 del III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A.»; art. 30 del III Convenio colectivo de las empresas Distribuidora de Televisión Digital, SA —DTS, SA— y Compañía independiente de Televisión, SL, —CIT, SL— (antes Sogecable).

⁹⁵ Art. 66 del III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A.»; art. 30 del III Convenio colectivo de las empresas Distribuidora de Televisión Digital, SA —DTS, SA— y Compañía independiente de Televisión, SL, —CIT, SL— (antes Sogecable).

⁹⁶ Art. 66 del III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A.».

⁹⁷ Art. 26.2 del Convenio colectivo de KFC Restaurantes Spain, SL, art. 43 del Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías y art. 43.4 del Convenio colectivo Alstom Transporte, SA, Unidad TLS-Train Life Services.

⁹⁸ Convenio colectivo de Eco-Actrins, SL y art. 29 del Convenio colectivo de la empresa Aldeasa, SA.

⁹⁹ Art. 43 del Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías.

¹⁰⁰ Art 47 del IV Convenio colectivo de trabajo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria.

¹⁰¹ Art. 22 del Convenio colectivo de Pressprint, SLU; art. 13 del Convenio colectivo de industrias de fabricación de alimentos compuestos para animales.

ma¹⁰². En algún supuesto, se exceptúa del plazo de preaviso en la soledad, cuando se trata de atender a un familiar gravemente enfermo¹⁰³.

La forma y tiempo en que se ha de tramitar la solicitud de reincorporación es otro de los aspectos que se incorpora al texto de los convenios colectivos, exigiéndose, por regla general que se lleve a cabo por escrito y con una antelación de al menos 30 días¹⁰⁴.

Por regla general, cuando la negociación colectiva regula las excedencias por razones familiares exige en ocasiones que se acredite el cumplimiento de los presupuestos para su disfrute, existiendo una presunción de probidad. No obstante lo anterior, el XII Convenio colectivo de la empresa Hibu Connect, SAU contundentemente señala¹⁰⁵ que «La utilización de estas situaciones de excedencia [por razones familiares y voluntaria], con una finalidad distinta a la que motivó su concesión, determinará la pérdida del derecho de reingreso, no pudiendo solicitarse para prestar servicios en otras entidades»; a fin de acreditar tal extremo se exige que a la finalización de la excedencia el trabajador presente «inexcusablemente justificante de la vida laboral expedida por la Seguridad Social».

En fin, cuestión común a ambas excedencias analizadas es la relativa a si el ejercicio de la excedencia es compatible con el trabajo por cuenta ajena o propia¹⁰⁶. Tratándose de excedencias con afectación finalista y teniendo en cuenta los privilegiados efectos a los que se anuda, parecería legítimo defender el interés empresarial por prohibir dicha compatibilidad. Sin embargo, también son atendibles, y legítimos, los intereses del trabajador excedente que bien pidiera compatibilizar el cuidado del hijo o del familiar con otro trabajo que por su duración, características e, incluso, por su cercanía a su domicilio, le permitiera, sin merma salarial, atender a dichas responsabilidades. En todo caso, en este punto ha de traerse a colación la reciente STS de 10

¹⁰² Art. 22 del Convenio colectivo de Pressprint, SLU.

¹⁰³ Art. 71.2 del Convenio colectivo de Asociación para la gestión de la integración social, GINSO.

¹⁰⁴ Art. 35 del Convenio colectivo de Repomarket, SLU y art. 43.4 del Convenio colectivo Alstom Transporte, SA, Unidad TLS-Train Life Services.

¹⁰⁵ Art. 43.5.

¹⁰⁶ Véase, al respecto, el completo y reciente estudio de PRIETO PADÍN, P.: «Excedencia por cuidado de hijos y familiares: compatibilidad con el trabajo por cuenta propia y ajena y competencia desleal», RTSS-CEF núm. 391, 2015, págs. 101 y ss.

de febrero de 2015¹⁰⁷ que admite la compatibilidad entre la excedencia para cuidado de hijo y el trabajo por cuenta propia, señalando que «en la medida en que el nuevo trabajo resulta compatible con el cuidado del menor, no se le deben anudar a la legítima aspiración de la madre trabajadora de obtener algunos ingresos una consecuencias tan negativas como la pérdida del derecho a reserva de su puesto de trabajo».

Sin embargo, no es extraño que el convenio colectivo se encargue de advertir al trabajador excedente que no puede incurrir en actividad alguna, por cuenta propia o ajena, que represente una competencia respecto a la actividad de la empresa¹⁰⁸. El VI Convenio colectivo del sector de derivados del cemento¹⁰⁹ lo limita a la prestación de servicios que supongan una concurrencia desleal en relación a la Empresa. Si así lo hiciera, perderá automáticamente su derecho al reingreso; en el mismo sentido, se dispone que la excedencia no podrá utilizarse para pasar a otra Entidad de Ahorro, Banca, Cajas Rurales o entidades similares; si así se hiciera, se perderán todos los derechos¹¹⁰, previsión que conforme a la doctrina del Tribunal Supremo antes referida sería nula. En parecidos términos se expresa el Convenio colectivo del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, advirtiendo que de prestar sus servicios en otra empresa que se dedique a la misma actividad o sea similar a una parte de la actividad global de la empresa, so pena de perder el derecho a reintegro¹¹¹.

5. LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA

En puridad, la excedencia voluntaria sirve a los intereses particulares de los trabajadores¹¹², aunque no necesariamente vinculados

¹⁰⁷ Rec. Núm. 25/2014.

¹⁰⁸ Art. 11.1 11.1 del XV Convenio colectivo de la Empresa Eropcar IB, SA.

¹⁰⁹ Art. 78.

¹¹⁰ Art. 21.5 del VII Convenio colectivo de la Caja de Ahorros de Guipuzkoa y San Sebastián-Kutxa.

¹¹¹ Art. 57 del Convenio colectivo de Mercadona, SA, Forns Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SI y Saskibe, SL, que alude a carnicerías, charcutería, droguerías, frutas y verdura, pescadería, bodegas, horno, perfumería, ultramarinos.

¹¹² El art. 65 del III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A» la denomina «Excedencia voluntaria por interés particular». Para atender «motivos particulares del trabajador que la solicita» aclara el art. 31 del I Convenio colectivo de la empresa ESC Servicios Generales, SL.

a intereses familiares. La realidad y la experiencia demuestran que con abrumadora mayoría cuando se solicita por parte del trabajador, pero sobre todo por las trabajadoras, ha sido como instrumento para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Utilidad que se ha acrecentado desde que la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI) modificara, para reducirlo, el plazo mínimo de su duración. La propia Exposición de motivos de la LOI vincula esa reducción a las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, aunque como bien se ha dicho, en el art. 46.2 ET no hay ninguna referencia a esas razones¹¹³.

Sobre la excedencia voluntaria, el ET contiene una regulación jurídica autosuficiente, pero mínima, por lo que convierte a la negociación colectiva en el instrumento idóneo para completar, perfilar o mejorar su régimen jurídico. A pesar de ello, una parte importante de los convenios colectivos examinados se limitan a reproducir lo dispuesto en el artículo 46 del ET¹¹⁴ o directamente se remiten a lo dispuesto en cada momento en el ET¹¹⁵. Por descontado, la voluntad de las partes podrá incorporar el régimen jurídico que consideren más adecuado «siempre que no se lesione los derechos de otros trabajadores en situación de excedencia que hayan solicitado el reingreso»¹¹⁶.

Para su ejercicio no se requiere más que haber cumplido un año de antigüedad en la empresa, y no como señala el Convenio colectivo de empresas de elaboración de productos del mar con procesos de congelación y refrigeración «un año de servicio ininterrumpido»¹¹⁷, como tampoco cuando se exige que el trabajador lleve prestando «sus servicios de forma continuada durante un período de tiempo no inferior a un año»¹¹⁸. Reminiscencias de su concesión graciosa por parte

¹¹³ ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C.L., BLASCO LAHOZ, J., CAMPS RUIZ, L.M., GARCÍA RUBIO, M^aA. y RODRÍGUEZ PASTOR, G.: Los aspectos laborales de la ley de igualdad. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 100.

¹¹⁴ Sirva de ejemplo, el art. 32 del Convenio colectivo de Safenia, SL; el art. 49 del Convenio colectivo Prestaciones de Servicios Auxiliares concreto y específicos a empresa, S.L., art. 22 del Convenio colectivo de Sistemas de encofrado de Navarra, SLU; art. 26.2 del Convenio colectivo de Rango 10, SL.

¹¹⁵ Art. 41 IV Convenio colectivo de Air Europa, Líneas Aéreas, SAU.

¹¹⁶ Art. 75 del III Convenio colectivo de asistencia en tierra (handing) para el personal que presta servicios en la empresa Flightcare, SL.

¹¹⁷ Art. 27.

¹¹⁸ Art. 21 del Convenio colectivo de la empresa Instituto Técnico de Materiales y Construcciones, SA —INTEMAC—.

del empresario son las previsiones convencionales que mejoran las normas generales de concesión de excedencia voluntaria cuando el trabajador lleva «más de 20 años de servicio activo» en la empresa¹¹⁹.

Cumplido el anterior requisito, y comunicada en tiempo y forma su decisión a la empresa, su concesión debiera ser automática. En este sentido es expresiva la cláusulas del I Convenio colectivo de la empresa ESC Servicios Generales, SL¹²⁰ que define la excedencia voluntaria como «la que deberá concederse por la Dirección de la empresa para la atención de motivos particulares del trabajador que la solicite». Por lo mismo, no es de recibo la cláusula contenida en el art. 65 del III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, SA» que dispone que «no podrá imponerse esta excedencia a solicitud del trabajador/a cuando estuviera incurso en un expediente disciplinario, durante la tramitación del mismo y en tanto no hubiera cumplido la sanción que, en su caso, le hubiera sido impuesta», limitación que no permite el ET y que, en todo caso, contraviene lo dispuesto en el art. 58 ET suponiendo, por lo demás, una sanción accesoria no prevista en la normativa laboral.

En principio, la ley no exige el carácter indefinido del contrato de trabajo para poder situarse en excedencia voluntaria. Sin embargo, algunos pactos colectivos restringen el derecho al personal fijo y fijo discontinuo de la empresa¹²¹ o señalan expresamente que «en ningún caso se puede producir en los contratos de duración determinada»¹²². Compartiendo con un sector doctrinal¹²³ que la ausencia de limitación legal que no son correctas las cláusulas convencionales que cierran tajantemente la posibilidad de su disfrute por los contratados temporalmente, parece oportuna la previsión contenida en el VI Convenio colectivo del sector de derivados del cemento¹²⁴ cuando mantiene que «en los supuestos en que el trabajador esté sujeto a un contrato de du-

¹¹⁹ Art. 48 del VIII Convenio colectivo entre Iberia, Líneas Aéreas de España, SA Operadora, S. Unipersonal y sus tripulantes pilotos.

¹²⁰ Art. 31.

¹²¹ Art. 40 del Convenio colectivo de la empresa Vega Mayor, SL y art. 25 del Convenio colectivo de industrias de elaboración del arroz.

¹²² Art. 27 del Convenio colectivo de empresas de elaboración de productos del mar con procesos de congelación y refrigeración.

¹²³ ARGÜELLES BLANCO, A.R.: La excedencia laboral voluntaria. Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 203.

¹²⁴ Art. 77.

ración temporal, la duración máxima de la excedencia voluntaria, en ningún caso, podrá superar la de la duración del contrato». Lo mismo podría decirse respecto a la previsión contenida en el Convenio colectivo de la empresa La Verdad Multimedia, SA¹²⁵ cuando afirma que «En las excedencias en que concurra la circunstancia de temporalidad del contrato, la duración del mismo no se verá alterada por la situación de excedencia del trabajador, y en caso de llegar al término de éste durante el transcurso de la misma, se extinguirá dicho contrato previa su denuncia». En términos parecidos, aunque referido a todo tipo de excedencia, se pronuncian el V Convenio colectivo estatal del corcho y el Convenio colectivo del sector de la madera¹²⁶.

La duración legal se horquilla entre cuatro meses como mínimo y cinco años como máximo. Como se sabe, fue por mor de la modificación operada por la LOI cuando la mínima se redujo de dos años a cuatro meses. Y este hecho no puede resultar baladí; sin duda, esta menor duración erige a la excedencia voluntaria como instrumento —aunque no exclusivo ni excluyente— de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores, permitiendo atender necesidades puntuales, lo que debería tener una repercusión sobre sus efectos, como se comentará posteriormente.

En cuanto a la duración máxima, se ha constatado que la negociación colectiva no modifica, ni para reducir (cuestión que sería de dudosa legalidad) ni para ampliar la duración máxima legal. Por lo que respecta a la mínima, tampoco se observa modificación significativa en los pactos examinados, en el bien entendido de que una cláusula que fijase una duración mínima superior a la legal debería reputarse nula. Excepcionalmente, se ha previsto una duración mínima inferior en el Convenio colectivo de Eco-Actrins, SL y el Convenio colectivo de AP-1 Europistas, Concesionaria del Estado, SAU, que aluden a tres meses.

La duración *antes tempus* solo podrá efectuarse por decisión de la empresa¹²⁷ o por mutuo acuerdo¹²⁸. Otros pactos colectivos establecen un régimen más completo sobre la reincorporación anticipada, condi-

¹²⁵ Art. 72.5.

¹²⁶ Art. 79.

¹²⁷ Art. 4.11 del IV convenio colectivo de la Empresa Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo, SA y sus trabajadores Técnicos de Mantenimiento.

¹²⁸ Art. 30 del Convenio colectivo de agencias de viajes.

cionándola a que a que el trabajador, al solicitar la excedencia, no se encontrase en curso de un expediente disciplinario o haber consumido, al menos, el 50% de la excedencia solicitada¹²⁹. Si el trabajador hubiese solicitado una excedencia por un tiempo inferior al máximo legal y convencional —cinco años— es una cuestión orillada en la negociación colectiva. Excepcionalmente se contempla, para admitir la prórroga con un mes de antelación a la finalización del periodo disfrutado, por una duración no inferior a un año ni superior al tiempo que reste del periodo máximo de excedencia¹³⁰.

El ET prescribe que el trabajador no podrá pedir otra excedencia hasta transcurridos cuatro años desde que disfrutó la anterior, previsión que se reproducen en los pactos colectivos, aunque en algún caso este plazo se reduce en algún caso, a tres años¹³¹.

El tiempo que el trabajador esté en excedencia voluntaria, como se sabe, no computa a efectos de antigüedad, lo que repercute negativamente en las carreras profesionales. Sería deseable que cuando la excedencia voluntaria está motivada por razones de índole familiar, se previese en la negociación colectiva su cómputo, como así se hace, por ejemplo, cuando está motivada para cursar estudios oficiales o de mejora profesional¹³².

En cuanto a la forma y tiempo de solicitar la excedencia voluntaria, dado el silencio del legislador, los convenios colectivos suelen entrar a regular esta materia, exigiéndose por lo general que se comunique por escrito y con un mes de antelación, como mínimo, a la fecha en que deberá comenzar a tomar efecto¹³³. Lo mismo respecto a cómo solicitar la reincorporación, que suele exigirse que se formule con una antelación de al menos un mes a la fecha de la terminación de la excedencia¹³⁴.

¹²⁹ Art. 24 del III Convenio colectivo de la empresa Unipost, SA.

¹³⁰ Art. 59 59 del III Convenio colectivo de las empresas Cia. Logística Acotral, SA., Transportes Consolidados Andaluces, SL. Y Acotral Distribuciones Canarias, SA.

¹³¹ Art. 59 59 del III Convenio colectivo de las empresas Cia. Logística Acotral, SA., Transportes Consolidados Andaluces, SL. Y Acotral Distribuciones Canarias, SA y art. 11.1 del XV Convenio colectivo de la Empresa Eropcar IB, SA.

¹³² Art. 32.4 del Convenio colectivo de la Empresa Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU.

¹³³ Art. 21 del Convenio colectivo de la empresa Duna Tecnicos, SA.

¹³⁴ Así, por ejemplo, el art. 41 del Convenio colectivo de la empresa Compañía Logística de Hidrocarburos CLH, SA.

El efecto típico y característico del ejercicio de la excedencia voluntaria es que el trabajador excedente voluntario conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría. La STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 1994¹³⁵ señalaría la excedencia voluntaria como una situación de suspensión del contrato de trabajo «con unos efectos específicos», por cuanto el vínculo contractual se mantiene aunque debilitado. Consecuencia de este efecto es la posibilidad de que la empresa amortice el puesto de trabajo o que se ocupe el puesto de trabajo que dejó vacante el excedente. Algunos convenios colectivos limitan esta facultad empresarial, prohibiendo que se cubra un puesto de trabajo del mismo nivel que ostenta el excedente cuando esté cursada su petición de reingreso, «salvo que se tratara de un puesto que, por requerir para su desempeño especialidades profesionales radicalmente distintas a las del excedente, no pudiera ser atendido por el mismo»¹³⁶.

Deteniéndonos en el derecho preferente que ostenta el trabajador excedente al reingreso en una vacante de igual o similar categoría¹³⁷, al margen de que ahora la referencia debe entenderse realizada a una vacante del grupo profesional (art. 22.1 ET), se hará un examen de las cláusulas convencionales que regulan esta cuestión desde una perspectiva de género.

Con anterioridad se decía que la reducción de la duración mínima hasta cuatro meses incorporada por la LOI no podía resultar baladí. Habría sido deseable que el legislador de 2007 hubiese llamado la atención acerca de que la reducción de la duración mínima de este tipo de excedencia —nada más y nada menos que de dos años a cuatro meses— debía tener una repercusión en la facilitación de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores, y haber

¹³⁵ As 1994, 604.

¹³⁶ Art. 21 del Convenio colectivo de la empresa Duna Tecnicos, SA.

¹³⁷ No se alcanza a comprender la referencia contenida en el art. 43.2 del Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías, a que «tendrán derecho al reingreso aquellos empleados que hubieran solicitado la excedencia voluntaria para los supuestos de estar cursando estudios de enseñanza reglada o participación voluntaria en proyectos de organizaciones no gubernamentales», dando a entender que si la excedencia voluntaria trae como causa otras circunstancias, no tendrá derecho a reingreso. Lo probable es que lo que pretendieran los interlocutores sociales quisieran advertir que en esos casos el trabajador tenga derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo; y si fuese así, llama la atención que no se haya previsto para circunstancias relativas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

hecho una llamada expresa a la negociación colectiva para que diferenciase los efectos jurídico-laborales de esta excedencia en función de su razón y duración, incluso invitando a que en algún supuesto la anudase a la reserva de puesto de trabajo. A pesar del silencio, algunos convenios colectivos prevén la reserva del puesto de trabajo durante el primer año¹³⁸, «salvo que se trata de obtener esta situación para incorporarse a cualquier otro medio de comunicación dentro del territorio nacional»¹³⁹, incluso, durante los dos primeros años¹⁴⁰.

Ejemplo de buenas prácticas es el Convenio Colectivo de la empresa British American Tobacco España, S.A.¹⁴¹ que respecto a la excedencia voluntaria distingue las de duración inferior o superior a seis meses, reconociendo la reserva de puesto de trabajo a las primeras. Lo mismo puede decirse del Convenio colectivo de la empresa Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros¹⁴², para las excedencias voluntarias por un plazo entre seis y dieciocho meses o, más limitadamente el II Convenio colectivo de los registradores de la propiedad y mercantiles y su personal auxiliar¹⁴³, para excedencias voluntarias de duración entre cuatro y seis meses.

En este sentido, debe destacarse, por oportuna y completa, lo previsto en el Convenio colectivo del personal asalariado al servicio de la Comisión Ejecutiva Confederal de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, que reconoce el derecho a la reserva del mismo puesto de trabajo durante el primer año. Durante el segundo y tercer año, el trabajador tendrá derecho a la reserva de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. En los dos años restantes hasta completar el máximo de cinco años, se mantiene el efecto general previsto en el ET de derecho preferente al reingreso.

Pasado el tiempo previsto en la negociación colectiva para la reserva del puesto de trabajo, el trabajador excedente conservará un derecho preferente al reingreso a un puesto de su mismo grupo pro-

¹³⁸ Art. 27 del V Convenio colectivo de Unión de detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, Grupo Técnico, SA, Trípode, SA y Coidec, SA y art. 108 del Fundación Diagrama Intervención Psicosocial.

¹³⁹ Art. 55 del Convenio colectivo de Diario ABC, SL.

¹⁴⁰ Art. 59 del III Convenio colectivo de las empresas Cia. Logística Acotral, SA., Transportes Consolidados Andaluces, SL. y Acotral Distribuciones Canarias, SA.

¹⁴¹ Art. 36.1.b).

¹⁴² Art. 23.

¹⁴³ Art. 23.

fesional. Un régimen más intenso respecto al derecho preferente a la reincorporación en el III Convenio colectivo de las empresas Cia. Logística Acotral, SA, Transportes Consolidados Andaluces, SL y Acotral Distribuciones Canarias, SA., ya que además de reservar el puesto de trabajo durante dos años, como se ha señalado anteriormente, prevé que «se entenderá por puesto de trabajo, en caso de desaparición del que el trabajador tenía cuando pasó a situación de excedencia, un puesto de similar características si hubiera vacantes». De no ser así, «el trabajador pasará a ocupar un puesto en la misma categoría ingresando en la bolsa de trabajo y tendrá preferencia sobre el resto de trabajadores de la misma categoría ante cualquier vacante de puestos similares al que ocupaba cuando solicitó la excedencia. Durante su tercer año y en adelante, se respetará un puesto de trabajo de igual categoría en su centro, si bien, de acuerdo con la normativa vigente la incorporación no pudiera ser inmediata, debido a que no existan vacantes en ese mismo momento en su categoría, el trabajador podrá ingresar, si lo desea, en categoría inferior o en el centro de trabajo más cercano al suyo que existan vacantes.

En caso de que no exista vacante de igual o similar categoría, pero sí en otra inferior, las soluciones proporcionadas por los pactos colectivos son variadas. En ocasiones, se prevé que el excedente ocupará dicha plaza, con el salario que le corresponda conforme al puesto de trabajo ocupado hasta que se produzca una vacante en su categoría¹⁴⁴. Se reproduce a continuación la solución proporcionada por el Convenio colectivo de ámbito estatal de Al Air Liquide España, SA, Air Liquide Medicinal, SLU y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU, por resultar pertinente y completa: «La persona trabajadora tendrá derecho, a su elección, a reincorporarse en su centro de trabajo o en cualquier otro centro de la Empresa donde exista vacante y en puesto igual o similar al que ocupaba antes de la situación de excedencia. Si en el momento del reingreso no hubiere vacante en el centro de trabajo donde prestaba servicios antes de pasar a la situación de excedencia, podrá optar por esperar a que la haya sin reincorporarse a ningún otro centro. Si al solicitar el reingreso no hay vacante en el grupo profesional de la persona trabajadora y sí en el inmediato inferior, aquél podrá ocupar la plaza sin perder el salario del grupo profesional. Cuando la vacante

¹⁴⁴ Art. 31 del I Convenio colectivo de la empresa ESC Servicios Generales, SL; en similares términos, art. 59 del III Convenio colectivo de las empresas Cia. Logística Acotral, SA., Transportes Consolidados Andaluces, SL y Acotral Distribuciones Canarias, SA.

sea inferior en más de un grupo profesional al propio del solicitante, pasará a percibir el salario que corresponda al puesto de trabajo».

Otra de las cuestiones que pueden contemplarse en clave de género es la relativa a si el trabajador excedente puede realizar una actividad laboral o profesional durante la excedencia, sobre la que la negociación colectiva no se pronuncia con frecuencia. En este punto, la debilidad del vínculo contractual del excedente voluntario y la unilateralidad del derecho deberían ser criterios suficientes para permitir la compatibilidad del ejercicio de la excedencia y la realización de actividades por cuenta propia o ajena, obviamente siempre que no supusiera competencia desleal con el empleador. Se encuentran algunas cláusulas que lo limitan, algunas de dudosa validez, referidas a utilizar la excedencia «para prestar servicios en otras entidades, instituciones o empresas que compitan directa o indirectamente con una actividad desarrollada por la empresa, perdiendo todos sus derecho de reingreso quien así lo hiciera»¹⁴⁵, para dedicarse a «otro trabajo por cuenta ajena en empresa o actividades del mismo sector económico»¹⁴⁶, otras que directamente que limitan el ejercicio de la excedencia voluntaria cuando su causa obedece a dedicarse a cualquier actividad de las incluidas en el ámbito funcional del convenio¹⁴⁷, en fin, las que prevén que el trabajador pierde el derecho al reingreso si hubiese solicitado la excedencia voluntaria con la finalidad de emplearse en otras empresas¹⁴⁸.

En fin, como se sabe, la nulidad objetiva de la decisión extintiva empresarial prevista en el art. 55 ET prevista para los supuestos en los que el trabajador o la trabajadora hagan uso de la excedencia para cuidado de hijos no se extiende a la excedencia voluntaria, aunque el trabajador la haya solicitado por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Lo cierto es que no hay ninguna previsión convencional al respecto, aunque sería deseable que así se hiciese.

Con independencia de que en el epígrafe final de este estudio se hará referencia a excedencias «especiales» u otro tipo de excedencias

¹⁴⁵ Art. 31 del I Convenio colectivo de la empresa ESC Generales, SL.

¹⁴⁶ Art. 13 del Convenio colectivo de industrias de fabricación de alimentos compuestos para animales.

¹⁴⁷ Art. 35 del Convenio colectivo de Liberty Seguros, SA.

¹⁴⁸ Art. 43 del Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías.

que se regulan en los convenios colectivos examinados, ha parecido oportuno referirse aquí a algunos tipos de excedencias que se tratan, en puridad, de una modalización de la excedencia voluntaria regulada por el ET en su art. 46.2, puesto que no tienen afectación finalista, pudiendo cumplir plenamente la función de instrumento para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

— El I Convenio colectivo de Accepta Servicios Integrales regula la llamada «excedencia especial», a que tienen derecho los trabajadores con, al menos, un año de antigüedad en la empresa, con una duración máxima de un mes, fraccionable en dos períodos de quince días. También se encuentra limitada a que y el porcentaje máximo simultáneo de la plantilla a la que se concederá si se disfruta durante el período estival (meses de julio y agosto) será del 1% y durante el resto de los meses, un 3%¹⁴⁹. Esta excedencia se asemeja a un permiso o licencia sin sueldo, y puede jugar un papel importante en orden a la conciliación de los intereses familiares y laborales.

— El Convenio colectivo de Logifruit, SL permite que todos los empleados con al menos una antigüedad en la empresa de dos años, solicitar una excedencia voluntaria, con derecho a la reincorporación automática, siempre y cuando la causa no sea el trabajo o la dedicación a cualquier actividad incluida en el ámbito funcional del convenio sectorial.

— El Convenio colectivo de Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, SA, prevé una excedencia de hasta doce meses, que podrán solicitar los trabajadores con una antigüedad mínima de un años, con reserva de puesto de trabajo. Su concesión estará condicionada a que la persona excedente pueda ser sustituida internamente y que no genere un problema organizativo en el Departamento o División¹⁵⁰.

— El Convenio colectivo Asociación Centrotrama¹⁵¹ permite al trabajador que tenga una antigüedad en la empresa de un año como mínimo solicitar una excedencia voluntaria de una duración mínima de un mes y máxima de seis meses para asuntos propios, con reserva

¹⁴⁹ Aunque con otros límites de ejercicio simultáneo de la plantilla, igual excedencia se regula en el art. 30 del Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing).

¹⁵⁰ Art. 7.

¹⁵¹ Art. 82.2.

de puesto de trabajo, pero no cómputo de antigüedad. Su concesión está supeditada a las necesidades del servicio y no podrá ser solicitada de nuevo por el mismo trabajador hasta que transcurran tres años de trabajo efectivo, una vez agotada la anterior.

— El Convenio colectivo de la empresa Bimbo, SAU prevé una excedencia voluntaria con reserva de puesto de trabajo cuya duración no podrá ser inferior a cuatro meses ni superior a dos años, lo que implica que solo los años tercero a quinto, el trabajador tendrá derecho preferente a reincorporarse si existe vacante. Indudablemente supone una mejora respecto a la previsión estatutaria que puede permitir mejor conciliar los intereses profesionales y familiares, aunque como es habitual en este tipo de mejoras existe una limitación en orden a que el número de trabajadores/as en este tipo de excedencia no puede ser superior al 1% de la plantilla fija, dejando a salvo el acogerse a la normativa general prevista en el ET para las excedencias voluntarias.

— El Convenio colectivo de Danone, SA¹⁵², expresamente deja a salvo el que el trabajador pueda acogerse a una excedencia voluntaria en los términos previstos en el art. 46.2 ET, para reconocer a los trabajadores con una antigüedad de al menos tres años el derecho a situarse en excedencia durante un año «por cualquier motivo distinto a la actividad laboral por cuenta ajena», con reserva del mismo o equivalente puesto de trabajo.

— El Convenio colectivo de Pimad, SAU¹⁵³ regula una excedencia voluntaria que «no podrá ser ni menor ni mayor a un año» y que podrá solicitar «cualquier trabajador de la compañía», con la limitación de que el número máximo de trabajadores en excedencia con reserva de puesto de trabajo no podrá ser superior al 1% de la plantilla fija.

— Convenio colectivo de Michelin España Portugal, SA para los centros de trabajo de Burgos, Santa Perpetua de la Mogoda (Barcelona), Seseña (Toledo) y Tres Cantos (Madrid), todos los trabajadores—salvo los trabajadores con contrato de duración determinada— entre un año y tres, y el reingreso estará garantizado si se solicita con una antelación de tres meses a la fecha de finalización de la suspensión¹⁵⁴.

¹⁵² Art. 59.

¹⁵³ Art. 35.

¹⁵⁴ Art. 31.

6. OTRAS EXCEDENCIAS

En el estudio realizado se aprecia que un número no desdeñable de convenios colectivos regulan otras excedencias no contempladas expresamente en el ET, no en vano, el art. 46.4 ET faculta expresamente que la situación de excedencia se extienda «a otros supuestos colectivamente acordados, con el régimen y los efectos que allí se prevean».

Con carácter general, el convenio colectivo del Grupo Santander Consumer Finance (España)¹⁵⁵ dispone que la situación de excedencia podrá extenderse a otros supuestos colectivamente acordados, con el régimen y los efectos que allí se prevean. Por su parte, el Convenio colectivo del Grupo Nacionalista Galego alude a las excedencias pactadas de común acuerdo, con carácter voluntario entre las partes¹⁵⁶.

Entre esas otras excedencias, y atendiendo a las causas que puedan motivarlas, pueden distinguirse dos grandes grupos vinculadas a causas familiares y a causas personales.

a) Vinculadas a causas familiares

Así sucede con la excedencia especial en el caso de fallecimiento de cónyuge o pareja de hecho del trabajador/a que prevé el Convenio colectivo del Grupo de empresas JD-Sprinter-Sprinter Megacentros del Deporte, SL, y DJ Spanin Sports Fashion 2010. S.L¹⁵⁷, cuando en esos supuestos el trabajador supérstite tiene a su cargo un menor de catorce años. Esta excedencia especial tendrá una duración máxima de sesenta días naturales a contar a partir del cuarto día del fallecimiento y dará derecho a reserva de puesto de trabajo¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Art. 17.6.

¹⁵⁶ Art. 10, aunque en este caso, se prevé que pueda ser suspendida de manera unilateral en el caso de celebración de convocatorias electorales extraordinarias o anticipadas, de asambleas nacionales ordinarias o extraordinarias, así como la concurrencia de cualquier otra campaña de carácter extraordinario.

¹⁵⁷ Art. 25. En idénticos términos, art. 14.6 del II Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería. El art. 43 del Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías también contempla esta excedencia, aunque limitada a treinta días naturales.

¹⁵⁸ El art. 39 del Convenio colectivo de la Kiabi España Ksce, SA, lo prevé, por una duración máxima de treinta días.

En la misma línea, el Convenio colectivo de Meals Ibérica¹⁵⁹, SL prevé una excedencia especial con duración entre tres meses y un año para aquellos trabajadores indefinidos cuyos cónyuges, padres o hijos hubiesen fallecido en circunstancias excepcionales y acrediten documentalmente las consecuencias del fallecimiento; y el Convenio colectivo de Provivienda¹⁶⁰ hace lo suyo con una excedencia de un mes como máximo.

Con carácter más general, el II Convenio colectivo de Dinosol Supermercados, SL, regula la excedencia «para atender asuntos familiares»¹⁶¹, que podrán solicitar los trabajadores con contrato indefinido, con derecho a reserva de puesto de trabajo en el mismo centro, por una duración mínima de quince días y máxima de dos meses, para atender asuntos familiares. Esta excedencia, que será única, es incompatible con la realización de cualquier tipo de actividad profesional o prestación de servicios por cuenta propia o ajena.

Como puede comprobarse, no existe gran diferencia, por sus efectos y duración, entre este tipo de excedencias y un permiso no retribuido. Tanto es así que el II Convenio colectivo de Thales Transport Signalling & Security Solutions, SAU, prevé dos permisos no retribuidos especiales por razones familiares que completan las excedencias por igual motivo. Por una parte, un permiso especial para adopciones internacionales, de un mes de duración cuando los trabajadores deban desplazarse fuera de España en el marco de un proceso de adopción internacional, con el límite de que solo podrá disfrutarse una vez cada año natural. Por otra, un permiso especial por causa de enfermedad de un familiar de hasta 1º grado, también de un mes, para atender a un familiar con enfermedad grave.

Una muestra interesante de cómo otras excedencias pactadas en la negociación colectiva pueden colaborar significativamente a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral incorporando instrumentos que completan las excedencias por motivos familiares se encuentra en las llamadas excedencias voluntarias «por reagrupación familiar» que regula el Convenio colectivo del personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional para el período 2013-2018¹⁶²;

¹⁵⁹ Art. 31.

¹⁶⁰ Art. 31.4.

¹⁶¹ Art. 24.

¹⁶² Art. 58.4.

de duración mínima de dos años, durante los cuales existirá reserva de plaza y máxima de diez años, se reconoce al personal laboral fijo cuyo cónyuge o pareja de hecho resida en otra provincia o isla por haber obtenido y estar desempeñando un puesto de trabajo de carácter definitivo, como funcionario de carrera o como contratado laboral, en cualquier Administración pública, organismo público o entidad gestora de la Seguridad Social, así como en órganos constitucionales o del Poder judicial.

Por su parte, el V Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento¹⁶³ reconoce a los trabajadores el derecho, por una sola vez, a un periodo de excedencia no superior, en ningún caso, a seis meses con derecho a la reserva del puesto de trabajo para los supuestos de atención personal al cónyuge, padres, hijos o hermanos en situación de enfermedad o incapacidad que requiera dicha asistencia. Tal situación deberá quedar, necesariamente, acreditada en el momento de la solicitud de la excedencia. El incumplimiento por parte del trabajador excedente de la condición motivadora supone un incumplimiento contractual por parte del trabajador que será considerado como falta muy grave. Dadas las características especiales del presente supuesto de excedencia, las partes podrán fijar las condiciones específicas de aplicación de la misma.

El Convenio colectivo de la empresa Duna Tecnis, SA reconoce el derecho de los trabajadores que cuenten con, al menos, un año de antigüedad en la empresa, a una excedencia de duración entre 3 y 6 meses en las siguientes circunstancias¹⁶⁴: a) Necesidad de tratamiento médico por razones de rehabilitación o recuperación no comprendidos en una situación de incapacidad temporal; b) realización de estudios relacionados con el cometido profesional desempeñado —en este supuesto, se exigen dos años de antigüedad y la duración máxima es de un año—; y c) para tramitar adopciones internacionales. Este tipo de excedencias cuentan con una limitación, que no es otra de que no se podrá disfrutar simultáneamente más del 5% de la plantilla de un centro de trabajo ni más de 5 empleados del centro de trabajo.

¹⁶³ Art. 78.

¹⁶⁴ Igual previsión, aunque con una duración que oscila entre los tres meses y un año, art. 35.6 del Convenio colectivo de Liberty Seguros, SA y art. 57 del Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo.

En fin, atendiendo a particulares intereses familiares, el Convenio colectivo interprovincial de la Empresa Renault España, SA¹⁶⁵ reconoce a los trabajadores con dos años de antigüedad en la empresa la posibilidad de situarse en excedencia por el tiempo de un año, prorrogable por otro año más, cuando medien razones justificadas de orden familiar, estudios o salud; por otras razones, la excedencia podrá ser por seis meses prorrogables por otros seis meses. Destaca, por positiva, la previsión de que en casos muy excepcionales, por razones de salud del trabajador o de su cónyuge, si fuera necesario para la atención y cuidado de los hijos, podrá dispensarse del requisito de antigüedad.

Con una gran confusión conceptual, el Convenio colectivo general para el sector de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas¹⁶⁶, prevé una «excedencia voluntaria especial», junto a la excedencia para cuidado de hijo o de familiares, otorgándole los mismos efectos que a éstas prevé el vigente ET, cuando tenga como finalidad «asistir a un familiar, en primer grado de consanguinidad, que hubiese sido declarado por la Seguridad Social persona con discapacidad, con necesidad de cubrir cuidados permanentes, o en situación de gran invalidez». Obviamente, estas situaciones pueden ser perfectamente atendidas por la excedencia para cuidado de familiar referida en un epígrafe anterior, sin que esta nueva excedencia convencional aporte ningún beneficio al trabajador que la ejercite.

b) Vinculadas a causas personales

El V Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski (CE-COSA Supermercados, SA, Vegonsa Agrupación Alimentaria, SA —VELGASA—, Vego Supermercados, SA, Mercash-Sar, SL, CENCO, SA y Supermercados PICABI, SLU) prevé una «excedencia voluntaria especial con reserva de puesto de trabajo»¹⁶⁷ por los siguientes motivos:

- Desarrollo personal y profesional: abarcaría aquellas situaciones que cubren actividades de desarrollo personal o perfeccionamiento profesional (estudios profesionales, aprendizaje de idiomas, etc) de carácter oficial y académico.

¹⁶⁵ Art. 29. A).1.

¹⁶⁶ Art. 45.1.

¹⁶⁷ Art. 50.

- Responsabilidad y Compromiso Social: abarcaría aquellas dedicaciones de la persona trabajadora a través de organizaciones no gubernamentales cuyo objeto social vaya dirigido en análoga dirección, orientadas a mejorar la sociedad y el entorno que le rodea; a promover los valores de convivencia, cooperación y solidaridad; a impulsar la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres; a propiciar la dignidad del trabajo, etc. Daría derecho a situarse en excedencia tanto cuando la dedicación a las organizaciones no gubernamentales fuese de naturaleza profesional y remunerada, como aquellas otras en que dicha naturaleza fuera en calidad de colaboración, voluntariado.

El Convenio colectivo de la empresa Sociedad de Prevención de Fremap, SLU regula otras excedencias vinculadas a circunstancias personales del trabajador: a) por tratamiento personal de toxicomanía o alcoholismo bajo vigilancia médica; el plazo mínimo de la excedencia en este caso será de un año¹⁶⁸. b) Por una enfermedad del trabajador.

El Convenio colectivo de Seguros Catalana Occidente SA de Seguros y Reaseguros, de Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, SA y de Grupo Catalana Occidente Tecnología y Servicios, AIE también contempla excedencias por motivos personales por un período comprendido entre tres meses y un año, cuando el trabajador tenga una antigüedad mínima de un año, siempre que la causa sea: a) la necesidad de un tratamiento médico por razones de rehabilitación o recuperación no comprendidos en una situación de IT; y b) la realización de estudios relacionados con el cometido profesional desempeñado o a desempeñar en la empresa¹⁶⁹ (en este supuesto la antigüedad mínima exigida será de dos años).

Al hilo de este último supuesto, ha de llamarse la atención en el hecho de que con no es inusual que la negociación colectiva anude

¹⁶⁸En similares términos, art. 50 del Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio.

¹⁶⁹Estas mismas situaciones y con un régimen jurídico similar, el Convenio colectivo del sector Mediación Seguros Privados. También lo prevé por razones de ampliación de estudios relacionados con la actividad de la empresa, el art. 48.3 del Convenio colectivo Prestaciones de Servicios Auxiliares concretos y específicos a empresas, SL y el art. 31. A.3 del Convenio colectivo de Meals Ibérica, SL.

las circunstancias personales que justifican una excedencia voluntaria a la consecución de estudios y perfeccionamiento profesional. Así, el convenio colectivo de Ana Naya García, SL prevé entre las excedencias «forzosas» un «descanso de un curso escolar para aquellos trabajadores que deseen dedicarse a su perfeccionamiento profesional a través de estudio, cursos, seminarios o similares organizados por instituciones públicas o privadas, de duración mínima de seis meses y para aquellos trabajadores que cuenten con una antigüedad mínima de diez años en activo. Con la misma finalidad de ampliar la formación regula una excedencia voluntaria con reserva de puesto de trabajo y de duración máxima de un año, cabe señalar, entre otros, el Convenio colectivo de Agencias de viaje.

7. REFLEXIONES FINALES

Que las excedencias por motivos familiares sigue siendo una cuestión de mujeres es algo que los datos estadísticos dejan poco lugar a dudas. Pero también se deja traslucir de la regulación vertida por la negociación colectiva examinada.

Como no podría ser de otro modo, el derecho a situarse en excedencia para cuidado de hijo menor de tres años o de familiar, hasta segundo grado por consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad, no puedan valerse por sí mismos, reconocidos en el art. 46 ET, son recogidos —y no siempre completados— en la práctica totalidad de los convenios colectivos a trabajadores y trabajadoras.

Sin embargo, aun siendo derechos de titularidad indistinta, debe llamarse la atención el número tan significativo de convenios que denominan o rotulan la excedencia para cuidado de hijos menores de tres años como excedencia «por maternidad»; y los términos utilizados no son, en absoluto, inocuos, sino que vienen a perpetuar el tradicional reparto de roles entre mujeres y hombres, siendo a las primeras a quienes se les asigna el cuidado del hogar y de los hijos.

Al menos sobre el «papel», las excedencias por cuidado de familiar se regulan tanto legal como convencionalmente sin que se aprecie atisbo alguno de discriminación por razón de sexo. Es más, aunque sea verdaderamente excepcional, se encuentra alguna regulación que,

aunque sea de manera indirecta, alienta el reparto equilibrado entre hombres y mujeres de las responsabilidades familiares, otorgando un régimen más favorable, al ampliar la posible duración de la situación de excedencia, cuando ésta tiene su razón de ser en el cuidado de familiares por consanguinidad. Esta simple previsión —sin coste ni perjuicio añadido para la empresa— supone simple y llanamente que ante circunstancias familiares adversas que requieran la atención y cuidado a un familiar que no pueda valerse por sí mismo no se haya de optar necesariamente por la cesación, si quiera temporal, de la actividad profesional de la mujer, sean familiares por consanguinidad o afinidad.

Dicho lo anterior, en esencia, la negociación colectiva se limita en materia de excedencias familiares, utilizando el término en sentido amplio, a reproducir la legislación estatutaria, mejorando, a lo sumo, la duración de la misma, y no muy significativamente, el plazo de reserva de su puesto de trabajo. Se echan en falta cláusulas que prevean alguna consecuencia que pudiera paliar las secuelas que en el empleo de las mujeres provoca el apartamiento temporal del trabajo, como pudiera ser que computara en la generación de pluses y complementos retributivos o participar en convocatorias de traslado o ascensos. Se aprecia, por otra parte, una ausencia absoluta de medias que inciten y favorezcan directamente la corresponsabilidad, a salvo de lo previsto en el Convenio colectivo de Mercadona, SA, Fornis Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe, SL, que amplía la duración máxima de la excedencia para cuidado de familiar, cuando éste es consanguíneo.

Son bienvenidas, y deberían generalizarse, las cláusulas convencionales que, respecto a la excedencia para cuidado de hijos, utilizan el plazo máximo de tres años no como edad del menor que opera como requisito para la solicitud de excedencia sino como duración máxima que, salvo acuerdo entre las partes, de la excedencia, máxime cuando en España la enseñanza obligatoria se ha fijado en los seis años de edad.

En relación a la excedencia voluntaria, obviamente, la ausencia de reserva de puesto de trabajo desincentiva su ejercicio. Resulta necesario insistir en que la negociación colectiva debería valorar la pertinencia de prever la reserva del puesto de trabajo en algunas circunstancias en que se ejerce la excedencia voluntaria. Máxime desde que la LOI ha flexibilizado su duración reduciendo su mínimo a cuatro meses.

Por otra parte, ha de señalarse que la atención de intereses familiares puntuales, pero de entidad significativa, bien podría articularse a través de una excedencia voluntaria o de un permiso no retribuido. Sin embargo, mientras que la negociación colectiva no incluya un régimen jurídico diferenciado de las excedencias voluntarias en función de la causa o de la duración, los trabajadores afectados por pactos colectivos que incardinan dichas situaciones como excedencias se verán claramente perjudicados respecto a los que pueden materializarlo a través de un permiso, pues aunque ambos —excedencia y permiso— vayan acompañados de la pérdida del salario correspondiente a los días en que se ausenten del trabajo, si hacen uso de la excedencia —salvo pacto en contrario— no tendrán derecho a reserva de puesto de trabajo sino tan solo un derecho preferente a ocupar una vacante de igual o similar categoría.

La negociación colectiva puede colaborar significativamente a mejorar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral regulando «otras» excedencias que permitan atender intereses familiares que exceden de los limitados legalmente. Los mimbres del régimen jurídico otorgado a las excedencias (reserva de su puesto de trabajo o de otro similar, el cómputo o no de la antigüedad, la exigencia de un tiempo previo de prestación de servicios, la limitación a contratos indefinidos, etc.) convierte a ésta en el instrumento idóneo para alcanzar tal fin.

El que sea innecesario alegar causa o justificación alguna para que el trabajador se sitúe en excedencia voluntaria, pues es suficiente con cumplir con una antigüedad determinada, genera legítimas reticencias empresariales a que se utilice la excedencia para trabajar en empresas de la misma actividad, aunque en puridad la mera concurrencia no sería ilícita, sino solo si es desleal. Sería conveniente que la negociación colectiva distinguiese los motivos, otorgando el efecto de la reserva de su puesto de trabajo o, incluso, equivalente cuando obedeciera a motivos relacionados en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y no tuviese una duración muy prolongada, siendo razonable, como se ha visto que hace algún pacto colectivo, el primer año.

En fin, llama la atención la frecuente descoordinación que existe en el propio convenio colectivo entre distintos derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral; en todo caso, la responsabilidad de los interlocutores sociales debería centrarse también en evitar que el disfrute de un derecho no entorpezca el ejercicio de otro,

por ejemplo, permitiendo expresamente que a la excedencia por cuidado de hijo o familiar pueda seguirse una excedencia voluntaria «ordinaria» o «especial».

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C.L., BLASCO LAHOZ, J., CAMPS RUIZ, L.M., GARCÍA RUBIO, M^a A. y RODRÍGUEZ PASTOR, G.: Los aspectos laborales de la ley de igualdad. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- ARGÜELLES BLANCO, A.R.: La excedencia laboral voluntaria. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- BALLESTER PASTOR, M^a.A.: «Conciliación y corresponsabilidad en las últimas reformas laborales y de Seguridad Social», en AA.VV. La flexibilidad interna y los despidos colectivos en el sistema español de relaciones laborales /Coor. N. PUMMAR BELTRÁN), Huygens Editorial, Barcelona, 2014.
- *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- LÓPEZ TERRADA, E.: *El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: identificación de los sujetos protegidos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MENDOZA NAVAS, N.: «Excedencia por cuidado de hijos y de familiares», en AA.VV. *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. (Coord. BAYLOS GRAU, A.P.; FLORENCIO THOMÉ, C.; GARCÍA SCHWARZ, R.; CASAS BAHAMONDE, M^a.E.). Tirant lo Blanch, 2014.
- PÉREZ ALONSO, M^a.A.: *La excedencia laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- POQUET CATALÁ, R.: «Excedencia por razones familiares: Régimen jurídico y puntos críticos». *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 8, 2012.
- ROMERO RODENAS, M.J.: «La excedencia por cuidado de hijos y familiares», en AA.VV.: *Mujer y trabajo*. Laborum, Murcia, 2003.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 39/1999, de Conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», *Aranzadi Social* núm. 20, 2000.
- VIQUEIRA PÉREZ, C.: «Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: Deficiencias y problemas aplicativos». *Aranzadi Social* núm. 10, 2010.

Capítulo Octavo
CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR
ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

SUMARIO

1.- INTRODUCCIÓN. 2.- EMBARAZO. 3.- MATERNIDAD. 4.- PATERNIDAD. 5.- ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO. 6.- ADOPCIÓN INTERNACIONAL. 7.- LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD SALARIAL. 8.- PERMISOS LABORALES RELACIONADOS CON LA CELEBRACIÓN DE MATRIMONIO O CONSTITUCIÓN DE UNA PAREJA DE HECHO: 8.1. Celebración de matrimonio. 8.2. Constitución de una pareja de hecho. 9.- OTROS DERECHOS RELACIONADOS CON LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL: 9.1. De contenido no económico. 9.2. De contenido económico. 9.2.1. Ayuda por matrimonio. 9.2.2. Ayuda por nacimiento de hijo. 9.2.3. Ayuda guardería. 9.2.4. Ayuda por hijo. 9.2.5. Becas al estudio y ayuda escolar. 10.- CONCLUSIONES. – BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Las cuestiones familiares han sido frecuentemente abordadas por los convenios colectivos, de manera no tan rica y fructífera como pudiera augurarse de la lectura del volumen ingente de disposiciones que se dedican a ello. Es muy común que nominalmente los convenios colectivos aborden esta problemática, pero con igual naturalidad reproducen, sin voz propia y sin innovaciones dignas de consideración, las reglas contenidas en el ET¹.

El análisis que se efectúa en este estudio necesariamente viene mediado por esta circunstancia. Además, debe subrayarse que no hay, desde una perspectiva propia y autónoma, un desembarco conceptual del principio de igualdad entre mujeres y mujeres en los preceptos que dedican los convenios a la regulación de las cuestiones atinentes a la maternidad². A lo más que llegan, desde esta óptica, es a precisar que *«las trabajadoras embarazadas no podrán ser discriminadas laboral*

¹ Probablemente uno de los convenios que más profusamente aborda estas materias sea el II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE 27/11/2012). En él se regulan prácticamente todas las situaciones que se tienen en consideración en la regulación de la maternidad: el período de descanso, el endoso al otro progenitor de parte del permiso, la previsión de fallecimiento de la madre, la acumulación de horas de lactancia, el permiso por parto prematuro, por hospitalización, etc. Pero se hace sin prever una regulación diferente o matizada del marco general previsto en el ET, conformándose con lo que pudiéramos denominar «copia testimonial» de las menciones estatutarias. La eficacia de una norma convencional de este tipo es más que cuestionable.

² Sobre este aspecto véase MOLINA HERMOSILLA, O.: «Tratamiento convencional de la Igualdad de Género en un contexto de crisis económica», Lan harremanak: Revista de relaciones laborales, núm. 25 (2011), pp. 109 y ss.

ni profesionalmente por razón de su estado»³, enunciando un principio general en la materia de contenido necesario e irrenunciable, es decir, no disponible para la negociación colectiva.

La perspectiva de estudio cubre, teniendo presente estas dos limitaciones subrayadas, el aspecto central de la prestación por maternidad propiamente dicha, así como los (varios) derechos que de dicha situación se derivan, además de reseñar otras cuestiones complementarias y más vinculadas con lo que pudiéramos denominar conciliación de la vida familiar y laboral⁴. Conviene precisar antes de abordar singularmente cada uno de los supuestos, que, con carácter general, son escasos los convenios que han previsto un sistema de justificación de las circunstancias de maternidad, adopción, paternidad o acogimiento. Seguramente porque las cuestiones relacionadas con las cuestiones familiares son sobradamente conocidas en el ámbito laboral, pues suelen ser de público conocimiento. Con todo, cuando se ha exigido algún tipo de acreditación los convenios que así lo reclaman se han conformado con una acreditación simple de la circunstancia, la aportación de una copia del libro de familia, o de la decisión judicial de adopción o administrativa de acogimiento⁵. No hay sobre este aspecto, como si puede haberlo en otros relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral, problemática digna de ser subrayada.

2. EMBARAZO

Los convenios colectivos han tratado la situación de embarazo desde tres perspectiva distintas: previendo la situación de embarazo para acomodar el desarrollo de la actividad laboral a las exigencias que impone la nueva situación laboral; organizando la suspensión contractual por maternidad; y previendo —no en todos los casos— una regulación más o menos detallada de los derechos relacionados con la atención

³ Así lo precisa, por ejemplo, el art. 23 del III Convenio colectivo de las empresas Distribuidora de Televisión Digital, S.A. —DTS, S.A.— y Compañía Independiente de Televisión, S.L. —CIT, S.L.— (BOE 27/5/2014).

⁴ Sobre esta materia véase HERRÁEZ PLAZA, A. I.: «La igualdad de oportunidades y la negociación colectiva», en VV.AA. (Coord.: MÉNDEZ VÁZQUEZ, J.): *Maternidad, familia y trabajo: de la invisibilidad histórica de las mujeres a la igualdad contemporánea*, Fundación Sánchez Albornoz, Ávila, pp. 277-289.

⁵ Así lo hace el art. 19.3 del Convenio colectivo de la empresa Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Soc. Coop. Limitada —HEFAME— (BOE 8/1/2014).

y cuidado del recién nacido: reducción, y acumulación, de la jornada por lactancia, excedencia, organización del tiempo de trabajo, etc.

En esta parte del trabajo sólo se van a abordar las dos primeras perspectivas. La tercera es objeto de atención específica en otra parte de este estudio, la dedicada al análisis de la proyección de la igualdad en la ordenación convencional de la jornada de trabajo, y a ella nos remitimos para el desarrollo puntual de estas cuestiones. No sólo porque parece el lugar más adecuado para ello dogmáticamente hablando, sino también porque así puede apreciarse en qué medida esta circunstancia de la maternidad es tenida en consideración por el negociador colectivo en relación o otros principios necesariamente atendibles. Es decir, concretar qué valor tiene la igualdad frente a otros principios y valores laborales en la organización convencional del tiempo de trabajo.

Los convenios colectivos han tenido en consideración, como se acaba de precisar, la situación de embarazo de la trabajadora para implementar un conjunto protector de medidas que favorezcan el desarrollo de la actividad laboral por el tiempo en el que se encuentre en dicha situación, hasta el alumbramiento o el disfrute anticipado del permiso maternal.

En la generalidad de los supuestos el convenio implementa las reglas de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo⁶, o por riesgo durante la lactancia natural⁷, a veces en el mismo artículo del convenio de manera consecutiva⁸.

A veces con menciones específicas complementarias relativas a la necesidad de analizar factores específicos de riesgos en relación con

⁶ Art. 36 Empresas de naturopatía y profesionales naturópatas (BOE 28/8/2013); art. 29.7 del Convenio Colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas (BOE 18/5/2012); art. 84.d) del I Convenio colectivo que regula las relaciones laborales de las empresas proveedores civiles privados de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional (BOE 29/9/2012), art. 32.I del I Convenio colectivo estatal del sector de radiodifusión comercial sonora (BOE 7/3/2012); y art. 72.c) del I Convenio colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural (BOE 8/3/2011).

⁷ Como lo hace el art. 84.d) del I Convenio colectivo que regula las relaciones laborales de las empresas proveedores civiles privados de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional (BOE 29/9/2012).

⁸ Así, por ejemplo, el art. 30 del V Convenio colectivo de Aldeas Infantiles SOS de España (BOE 7/3/2012). Véase también el art. 40 del XXIII Convenio colectivo marco para oficinas de farmacia (BOE 24/1/2001), y también el art. 10.3 del Convenio colectivo estatal para la industria fotográfica (BOE 19/12/2013).

el embarazo⁹, otras con la necesidad de analizar «*no sólo el puesto de trabajo, sino también el medio ambiente donde realice su actividad*», como concreta el art. 30 del V Convenio colectivo de Flex Equipos de Descanso, SAU (BOE 30/11/2012), y otras, en fin, reproduciendo el contenido directo del art. 26 LPRL¹⁰.

Los convenios más usuales lo que hacen es reproducir, en lo que pudiéramos denominar «*adaptación libre*», los términos de los incisos de la LPRL en la materia, es decir, transcribiendo las reglas jurídicas de manera prácticamente literal a como lo hace la LPRL pero con algunas innovaciones no significativas en cuanto a los términos en los que se manifiesta¹¹, otras veces simplemente mencionando el art. 26 de la LPRL¹², algunos otros el art 16¹³, y otros el 25 de la Ley de Pre-

⁹ Art. 29.7 del Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas (BOE 18/5/2012).

¹⁰ Como lo hace el art. 61 del Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing), (BOE 27/7/2012). También el art. 129 del Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para los años 2014, 2015 y 2016 (BOE 5/6/2014); y art. 41 del Convenio colectivo estatal para el comercio de mayoristas distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos (BOE 9/7/2012).

¹¹ Entre otros muchos ejemplos de este grupo pueden citarse, por ejemplo, el art. 49 del II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE 27/11/2012), el Convenio Colectivo de Jedeacux España slú (BOE 22/11/2013); el art. 17 del Convenio colectivo de Puntocash, SA. (BOE 1/10/2012); los art. 39.1 a 5 del III Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE 13/4/2012), el art. 50 del IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (BOE 13/2/2014), y el III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (BOE 2/10/2014).

En el mismo sentido véase el art. 35 del VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE 18/5/2012); el art. 89 del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 23/12/2013), y el art. 89 del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 24/5/2014), el art. 131 del Convenio colectivo de ámbito estatal, para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE 5/6/2014), el mismo artículo del Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE 14/8/2012), y el art. 62 del Convenio colectivo estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (BOE 13/3/2013).

¹² Así, por ejemplo, véase: el art. 50 del II Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos —Handling— (BOE 2/7/2011), y art. 50 del III Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos (BOE 21/10/2014).

¹³ En este sentido véase el art. 57 del IV Convenio colectivo de trabajo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE 10/12/2011). También el art. 53 de V Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE

vención de Riesgos Laborales cuando trata los sujetos especialmente sensibles¹⁴. Otros, los menos, concretando que en esta materia regirá, genéricamente, lo dispuesto en las normas de prevención de riesgos laborales¹⁵.

En definitiva, la situación de embarazo de la trabajadora se tiene en consideración en dos sentidos. Para implementar la movilidad a un puesto compatible con su estado cuando pueda existir cualquier tipo de riesgo para el embarazo, garantizándole la misma prestación salarial y la reincorporación a su puesto de trabajo habitual cuando se reintegre después del descanso maternal¹⁶. Y, en segundo lugar, teniendo en consideración la situación en el momento de la evaluación de los riesgos laborales en la empresa, con el objeto de especificar y concretar la idoneidad de la mujer embarazada para determinados puestos de trabajo y previendo limitaciones horarias, o regulando determinadas condiciones de ejercicio de cada concreta actividad laboral¹⁷.

13/5/2014); el art. 27 del Convenio Colectivo de Masquepet S.R.L. (BOE 2/4/2013), así como el Convenio Colectivo del personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional (BOE 23/12/2013); y el Anexo número 5 del Convenio colectivo para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas (BOE 26/1/2012).

¹⁴ El art. 40 del Convenio colectivo estatal de grandes almacenes (BOE 22/4/2013) precisa que «Dentro de las posibilidades de la organización del trabajo, las empresas facilitarán a las trabajadoras en cuestión, un puesto de trabajo idóneo a su estado. En el supuesto de riesgo para el embarazo se procederá conforme disponga el Protocolo de Trabajadores especialmente sensibles de que disponga la empresa y lo previsto en la legislación vigente en cada momento». En el mismo sentido véase el art. 50 del II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE 27/11/2012).

¹⁵ Así, por ejemplo, el anexo 2.B) del XVII Convenio colectivo Iberia, LAE, SA, Operadora, S. Unipersonal y sus tripulantes de cabina de pasajeros (BOE 8/5/2014); el art. 47 del Convenio colectivo nacional de prensa no diaria (BOE 23/12/2013); el art. 13 del Convenio colectivo de Novedades Agrícolas, SA. (BOE 14/3/2013), y el art. 72 del VI Convenio colectivo de Carlson Wagonlit España, SLU (BOE 10/7/2013).

¹⁶ El art. 23.5 del III Convenio colectivo de las empresas Distribuidora de Televisión Digital, S.A. —DTS, S.A.— y Compañía Independiente de Televisión, S.L. —CIT, S.L.— (BOE 27/5/2014) dispone al efecto que las «trabajadoras en período de embarazo tendrán derecho a cambiar su puesto de trabajo por otro del mismo nivel, si aquél pudiera perjudicar el proceso de gestación, cuando sea prescrito por su médico. Tendrá también derecho por la misma razón a no practicar esfuerzos físicos que supongan un riesgo para el proceso, así como la posibilidad de elegir turno durante este período».

En el mismo sentido véase el art. 76 del III Convenio Colectivo de las empresas Cia. Logística Acotral, S.A., Transportes Consolidados Andaluces, S.L., y Acotral Distribuciones Canarias, S.A. (BOE 28/9/2011).

¹⁷ Como precisa muy gráficamente el art. 80.1 del Convenio colectivo de la empresa Sociedad de Prevención de Fremap, SLU (BOE 20/3/2014).

En un estadio más avanzado de protección laboral, y dando por supuesto que la mujer embarazada puede ejercer su actividad profesional sin merma de su salud o riesgo para el feto, algunos convenios contienen concretas reglas de ordenación del trabajo para la mujer embarazada. En definitiva, no se tiene en consideración únicamente que *«el desempeño del trabajo habitual resulte penoso para la mujer embarazada»* con el consiguiente *«cambio a otro puesto de trabajo»*, sino que de manera más evolucionada de protección se implementan medidas concretas de adaptación del trabajo *«dentro de su categoría profesional y siempre que sea posible, dentro del mismo turno habitual»*¹⁸.

Así, por ejemplo, el IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (BOE 13/2/2014) prevé derechos adicionales para *«compatibilizar el ejercicio de la prestación laboral de las trabajadoras embarazadas que presten servicio en régimen de trabajo a turno, con su estado de gestación y con una adecuada protección tanto de su salud como de la del feto y del recién nacido menor de 12 meses»*. Tiene, en concreto, el derecho a la *«modificación del turno de trabajo, pudiendo incluso quedar adscritas al turno de su elección»*, o bien reducir *«la jornada ordinaria diaria, con reducción proporcional del salario, entre una y cuatro horas»*, y a *«no realización de horas extraordinarias»*, estableciendo un sistema de comunicación con la empresa con el objeto de que *«cause la menor repercusión posible sobre el resto de los trabajadores adscritos al mismo puesto de trabajo»*, previendo la adopción de determinadas medidas más concretas: acudir a la contratación externa con formalización de *«contratos a tiempo parcial o contratos de puesta a disposición a través de Empresas de Trabajo Temporal, para sustituir a la trabajadora o trabajador durante los periodos de ausencia»*, o adoptando *«cuantas medidas estén a su alcance para hacer compatible el ejercicio del derecho de las trabajadoras o trabajadores con el mínimo perjuicio de sus compañeros»*. Para un análisis más exhaustivo de estas medidas véase la parte que en este trabajo se dedica a la jornada de trabajo.

Obsérvese que este tipo de medidas pueden proyectarse no sólo para cuando la mujer se encuentre embarazada, sino también hasta el cumplimiento por parte del menor de una determinada edad, en el ejemplo propuesto de doce meses, con lo que queda cubierto, al menos,

¹⁸ Art. 22 del Convenio colectivo de la Kiabi España Ksce, SA (BOE 17/7/2014).

el período de lactancia natural que tiene en consideración el ET para implementar los permisos y reducciones de jornada por esta causa. Obviamente la negociación colectiva puede crear subtipos más privilegiados de protección, aunque por lo que se deduce del análisis cuantitativo estudiado en este trabajo no es una materia excesivamente tratada.

Una medida que sí puede tener una cierta eficacia, y es relativamente sencilla de implementar en la negociación colectiva es la prevista en el art. 49.2 del IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (BOE 13/2/2014) cuando precisa que para la *«elaboración de los calendarios anuales de vacaciones se tendrá en cuenta la situación especial de las trabajadoras embarazadas, dando preferencia a las mismas en los supuestos de concurrencia con otros trabajadores»*. Obsérvese que el precepto se refiere a trabajadoras embarazadas, no que hayan dado a luz. Es, por tanto, una medida novedosa y muy adecuada para conciliar vida familiar y laboral, y si se combinase con la que previese también este derecho tras el nacimiento del hijo el resultado sería sumamente tuitivo.

Debe reseñarse, por último, en relación con la comunicación al empresario de la circunstancia de embarazo que algunos convenios exigen de *«la trabajadora que se encuentre embarazada»* que informe *«a la empresa y presente el certificado médico»* con el objeto de implementar las medidas comentadas, pero sin especificar cuándo debe formalizarse dicha comunicación, ni en qué condiciones¹⁹.

3. MATERNIDAD

La prestación por maternidad, en realidad las diversas prestaciones por maternidad, es una de las materias que más han evolucionado en los últimos veinte años de regulación laboral. A las novedades que incorporó al Estatuto de los Trabajadores la Ley 39/1999 de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral, se sumaron las de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres²⁰.

¹⁹ Así lo prevé el art. 82 del II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE 27/11/2012).

²⁰ El art. 81 del II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE 27/11/2012) menciona expresamente a ambas normas. También el art. 53 del Convenio Colectivo Prestaciones de Servicios Auxiliares Concretos a Específicos a Em-

La regulación convencional siempre ha sido intensa en esta materia, bien ampliando los períodos obligatorios de descanso maternal, o bien dando una cobertura completa a las percepciones económicas que se perciben en la situación protegida. Pero aunque es una atención convencional que en términos cuantitativos pudiéramos calificar como intensa, porque numerosos convenios se encarga de esta cuestión y se emplean numerosos preceptos para ordenar esta materia, desde el punto de vista cualitativo defrauda un tanto el análisis efectuado, pues, en puridad, no articula, en general, soluciones novedosas, dedicándose, a repetir los dictados del ET en la materia, o, a lo sumo, ampliar escasamente los períodos de descanso.

Es, además, una materia que no se regula de forma completa en los convenios que la tratan. Los convenios, en general, no abordan todos los aspectos que de la maternidad se derivan, no prevén todas las circunstancias y situaciones que tienen que ver con la maternidad. Prevén algunos, repiten el texto del ET en otros, en los más se remiten expresamente al texto estatutario. Se carece, en definitiva, de una sistemática, de un hijo conductor que implemente una línea clara de protección adicional en la materia. Se usa y abusa de una regulación recurrente, generalmente copiada del ET y poco novedosa desde la perspectiva de los derechos laborales que concede.

Lo que sí ha sido muy usual es que en la regulación de la maternidad se organice la reducción de jornada por lactancia de un hijo menor, y, singularmente, la posibilidad de acumular dicho período en jornadas completas tras la finalización del período de descanso maternal²¹. Se ha entendido más oportuno analizar esta problemática en

presas (BOE 4/7/2013); el art. 66 del Convenio Colectivo de Asociación para la Gestión de la Integración Social, Ginso (BOE 12/9/2014); el art. 58 del XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE 9/10/2012), y el art. 39 del Convenio colectivo de la empresa «Vega Mayor, S.L.» (BOE 13/11/2012).

Solo menciona la primera norma el art. 30 del V Convenio colectivo de Aldeas Infantiles SOS de España. (BOE 7/3/2012).

Solo menciona la Ley de Igualdad el art. 8.4 del V Convenio colectivo de la Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, SA —COLEBEGA (BOE 8/6/2012), y el art. 27 del XXII Convenio colectivo nacional de autoescuelas (BOE 9/10/2013).

²¹ Sobre este tema véase ARENAS VIRUEZ, M.: «La acumulación de las horas de lactancia en un mes de permiso: una opción del trabajador», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 78, (2005), pp. 203-218, y GARCÍA ORTEGA, J.: «Prestaciones de apoyo a la familia en la negociación colectiva», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32 (2012).

la parte de este trabajo dedicada a la jornada laboral. Como ocurre también con aquellas menciones que se hacen en los convenios a la excedencia por motivos familiares²², o a la reducción de jornada por motivos familiares²³, que encuentran mejor acomodo programático en otras partes de este estudio.

La necesidad de dar cobertura específica a la situación de embarazo no suele ser invocada por ningún convenio, se da por supuesta. Más como auténtica excepción que como regla general el art. 20 del Convenio colectivo de Servicios de Colaboración Integral, SL. (BOE 28/2/2011) precisa al respecto que la *«maternidad es objeto de protección especial debido a dos causas fundamentalmente: por la concepción de la maternidad como función social merecedora del reconocimiento público y social a fin de solucionar el desequilibrio demográfico especialmente grave en Europa, y en segundo lugar, porque en el ámbito laboral supone un factor de discriminación indirecta que incide en la dificultad de las mujeres para alcanzar una plena integración en el mercado de trabajo, el cual constituye uno de los pilares básicos desde el que obtener la igualdad real en todos los ámbitos sociales»*. A pesar de tan atildada declaración en el articulado de dicho convenio escasean las novedades o ampliaciones de derechos que tan pomposamente se insinuaba, conformándose con una réplica prácticamente literal de las previsiones contenidas en el ET, sin innovación alguna digna de consideración, ni ampliación de los plazos de descanso o construcción de soluciones jurídicas ingeniosas o simplemente novedosas.

La tipología de supuestos relacionados con la maternidad puede agruparse en los siguientes²⁴.

Hay un grupo de convenios que se remiten directamente a las reglas jurídicas que disciplinan la suspensión contractual por ma-

²² Sobre el tema véase MUÑOZ CAMPOS, J.: «Reflexiones sobre la regulación por convenio colectivo de la excedencia para atender al cuidado del hijo», Actualidad Laboral, núm. 1 (1987), pp. 1-8.

²³ Un análisis de esta cuestión puede verse en ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: «Reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares: revalorización del papel del convenio colectivo tras la reforma de 2012», Relaciones Laborales, núm. 7-8 (2014), pp. 39-68.

²⁴ Llama la atención la previsión que hace el 47 del Convenio Colectivo de J2 y Serhotel Outsourcing SIU, (BOE 20/12/2013) cuando precisa que la regulación que contiene referida a la suspensión del contrato por maternidad «se engloban parejas del mismo sexo».

ternidad en el ET²⁵. Otros realiza en el texto del convenio una copia literal de las previsiones estatutarias, un «corto pego» fidedigno de los preceptos del ET, o de algunos de ellos, sin propósito sistemático o aclaratorio alguno²⁶. Otros redactan con voz propia los

²⁵ Así, por ejemplo, entre otros muchos véase: art. 30 del Convenio Colectivo de Empresas de naturopatía y profesionales naturópatas (BOE 28/8/2013); art. 84.b) del I Convenio colectivo que regula las relaciones laborales de las empresas proveedores civiles privados de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional (BOE 29/9/2012); art. 39.1 el II Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos —Handling— (BOE 2/7/2011); art. 56 del Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo (BOE 16/7/2013); art. 36 del XIV Convenio colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas (BOE 2/5/2012), y el art. 38 del IV Convenio colectivo de Air Europa, Líneas Aéreas, SAU, y sus técnicos de mantenimiento de aeronaves (BOE 24/12/2014).

²⁶ Sin ánimo de exhaustividad pueden citarse: art. 85.1 del I Convenio colectivo que regula las relaciones laborales de las empresas proveedores civiles privados de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional (BOE 29/9/2012); art. 27 del II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE 27/11/2012); art. 19.1 del Convenio colectivo de la empresa Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Soc. Coop. Limitada —HEFAME— (BOE 8/1/2014); art. 38.1 del III Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE 13/4/2012); art. 50 del VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE 18/5/2012); art. 21 del X Convenio Colectivo de la Compañía Española de Tabaco en Rama, S.A. —CETARSA— (BOE 30/1/2012); y el Convenio Colectivo de Acciona Multiservicios S.A., (Boe 18/10/13), y art. 15 del Convenio colectivo del Grupo Ahorro Corporación, SA, (BOE 2/8/2012).

En la misma línea véase: art. 50 del XVII Convenio colectivo general de la industria química (BOE 9/4/2013); art. 56.A) del Convenio colectivo estatal de perfumería y afines (BOE 8/10/2012); art. 39 del XXIII Convenio colectivo marco para oficinas de farmacia (BOE 24/1/2011); art. 56.1 del Convenio colectivo del Grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia (BOE 30/4/2013); art. 56 del Convenio colectivo del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia (BOE 11/3/2013); Disposición Adicional Sexta del Convenio colectivo de Provivienda (BOE 20/7/2013); art. 10.2 del Convenio colectivo estatal para la industria fotográfica (BOE 19/12/2013); art. 13 del Convenio Colectivo de Cepsa Comercial Petroleo SA (BOE 7/2/2014); art. 9.3 del Convenio colectivo de la empresa Thyssenkrupp Elevadores, SLU. (BOE 19/4/2013); Convenio Colectivo de Industrias de Fabricación de Alimentos Compuestos para Animales, (BOE 21/8/2014); art. 51 del Convenio colectivo del sector de curtidos, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías (BOE 27/5/2014); art. 68 del XXI Convenio colectivo estatal de contratistas ferroviarias (BOE 24/2/2014); art. 30 del VIII Convenio colectivo de la empresa Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU (BOE 19/6/2013); arts. 104 y 105 del Convenio colectivo de la Funda-

supuestos a los que dan cobertura y protección, pero procediendo a un calco de la reglas jurídicas contenidas en el ET, de manera más o menos florida y con extensión variable, pero sin innovaciones destacable, en lo que pudiéramos calificar como copia libre de las exigencias estatutarias²⁷.

Otros convenios, de manera más pragmática y contenida, prevén para la «protección a la Maternidad» que el convenio «garantizará lo que en cada momento aplique la legislación vigente»²⁸, o «la nor-

ción Diagrama Intervención Psicosocial (BOE 4/7/2013); art. 42 del XIII Convenio colectivo de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación (BOE 21/7/2012), y el art. 72 del I Convenio colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural (BOE 8/3/2011) cuando reproduce literalmente en su apartado a) la totalidad del art. 48.

Igualmente procede así el art. 41 del Convenio Colectivo de Empresas Lafuente, SL, (BOE 17/4/2013); el art. 29 del Convenio Colectivo de la empresa Hertz de España, SL, (BOE 4/7/2013); el art. 32 del IV Convenio colectivo estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales (BOE 14/10/2011); el art. 32 del V Convenio colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales (BOE 31/10/2013); el art. 30 del V Convenio colectivo de Aldeas Infantiles SOS de España (BOE 7/3/2012); el Convenio Colectivo del personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional (BOE 23/12/2013); el art. 33 del Convenio Colectivo de la empresa Transportes Ferroviarios Especiales, SA (Transfesa) (BOE 14/2/2012), y también el art. 24 del Convenio Colectivo de Administraciones de loterías y sus empleados (BOE 2/8/2012).

²⁷ En este sentido pueden consultarse: art. 32.III del I Convenio colectivo estatal del sector de radiodifusión comercial sonora (BOE 7/3/2012); el art. 24 del Convenio colectivo de la empresa «Parker Hannifin España, S. L.», (BOE 12/4/2013); art. 45 del Convenio colectivo nacional de prensa no diaria, (BOE 23/12/2013); Cláusula Adicional 4ª del Convenio colectivo de la empresa Saint-Gobain Vicasa, S.A. —domicilio social y delegaciones comerciales— (BOE 23/5/2013); el Convenio colectivo de la empresa Saint Gobain Vicasa, SA (BOE 28/6/2013); el art. 45.2 del VI Convenio colectivo de Carlson Wagonlit España, SLU (BOE 10/7/2013); el art. 30 del Convenio colectivo de Consum Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 15/12/2014); art. 36 del VI Convenio colectivo de Decathlon España, SA. (BOE 3/1/2014); art. 10 del Convenio colectivo de González Fierro, SA (BOE 18/3/2013); art. 46 del XV Convenio colectivo de la empresa Petróleos del Norte, S.A. —Petronor— (BOE 18/5/2012); Convenio Colectivo de la empresa Uniprex, S.A.U. (BOE 23/5/2013); art. 30 del Convenio Colectivo de la empresa Adidas España, S.A.U. (20/4/2012); art. 31 del Convenio colectivo de la industria del calzado (12/3/2013); art. 31 del Convenio colectivo de la industria del calzado (BOE 9/10/2014); art. 48 del Convenio Colectivo de las empresas Motorpress Ibérica, S.A.U. y Motorpress Rodale, S.L. (BOE 24/9/2012); art. 47 del Convenio colectivo de la empresa Docks Logistics Spain, S.A., (BOE 30/11/2001), y art. 37.III Convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion, S.A., y Grup Supeco-Maxor, S.L. (BOE 10/5/2013).

²⁸ En palabras del art. 46 del Convenio Colectivo de Rocsa (BOE 31/10/2014).

mativa vigente»²⁹, o «*la normativa específica que les sean de aplicación*»³⁰, o la «*normativa vigente y de aplicación*»³¹.

Otros convenios, los menos, regulan la suspensión contractual por maternidad y paternidad junto con la de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural³². Otros, en fin, con un propósito pretendidamente aclaratorio predicen que en «*todo lo no regulado expresamente en este artículo se estará a lo dispuesto en la legislación vigente en cada momento*», cláusula supletoria de operatividad real más que dudosa³³.

Más allá de todas estas previsiones, que en el fondo poco innovan el acervo de derechos relacionados con la maternidad, los que efectivamente deciden ampliar el cúmulo de derechos relacionados con la maternidad lo hacen en dos grupos claramente diferenciados: los que amplían el tiempo de duración de la suspensión contractual, y los que incluyen referencias más completas a las instituciones relacionadas con el descanso maternal en sentido estricto: adopción, adopción internacional, reducción de jornada por lactancia, menores hospitalizados, etc³⁴. Es cierto que los convenios de este segundo bloque regulan la cuestión de manera poco sustancial, casi siempre no completa, episódica, y sin abarcar todas las instituciones relacionadas con la maternidad. Y lo hacen, conformándose, desgraciadamente, con realizar una reproducción más o menos literal de las previsiones contenidas del ET, innovando poco en general.

La que sigue es la panorámica general de supuestos en los que los convenios colectivos amplían los derechos que con carácter de mínimo necesario prevé el ET.

²⁹ Como lo cita el art. 26 del Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio 2010-2015 (BOE 3/10/2013).

³⁰ Así lo hace el art. 43 del Convenio colectivo de la industria azucarera (BOE 2/8/2011), y también el mismo art. 43 del Convenio colectivo para la industria azucarera para el período 2013-2014 (BOE 15/10/2013).

³¹ Art. 4.14 del IV Convenio Colectivo de la empresa Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo, S.A., y sus trabajadores Técnicos de Mantenimiento (BOE 29/9/2011).

³² Art. 49.II del Convenio colectivo de Puntocash, SA. (BOE 1/10/2012).

³³ Art. 26-II del VI Convenio colectivo estatal para los centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos (BOE 4/10/2013).

³⁴ Así, por ejemplo, muy completo en este sentido es el Art. 28 del Convenio colectivo de trabajo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (BOE 13/4/2011).

Por el hecho del nacimiento o adopción los convenios amplían el mínimo estatutario en: «tres días, y se aumentara en otros 3 días más en caso de complicaciones de parto o cesárea de la madre»³⁵; «3 días, siendo el primero el del hecho causante»³⁶; «tres días naturales por nacimiento de hijo»³⁷; «hasta tres días laborables en los casos de nacimiento o adopción de hijo/a»³⁸; «cuatro días naturales por nacimiento, adopción o acogimiento del hijo del trabajador a disfrutar por el padre a partir de la fecha del nacimiento o inicio de convivencia con el menor, objeto de la adopción»³⁹; o 5 días⁴⁰, o «5 días naturales»⁴¹.

Algún convenio ha previsto lo que pudiéramos calificar como sistema múltiple de ampliación del permiso por nacimiento, incluyendo variables diferentes para ampliar el derecho, como lo es, por ejemplo, que el nacimiento se produzca fuera del lugar de residencia habitual del trabajador. Así se ha previsto la ampliación del permiso si «necesite desplazarse fuera del país por el nacimiento de hija o hijo.../...además del disfrute de las licencias retribuidas que corresponden, podrá añadirse a las mismas un período de hasta quince días de permiso no retribuido, previo acuerdo con la empresa»⁴². Otros tienen en consideración si el trabajador tiene que desplazarse dentro del territorio nacional para disfrutar del permiso, disponiendo que «Esta licencia se ampliará hasta cuatro días si el hecho tiene lugar fuera de la residencia habitual del trabajador, que le obligue a efectuar un desplazamiento superior a 100 km, o si el empleado se encuentra desplazado en comisión de servicio en España». También se prevé a eventualidad de que el trabajador se encuentre en «comisión de servicio desplazado

³⁵ Art. 23.4 del Convenio Colectivo de Ex i n Técnicas Tubulares, S.L. (BOE 22/4/2013).

³⁶ Art. 19 del Convenio Colectivo de La Veneciana SA, (BOE 3/5/2013).

³⁷ Art. 21 del Convenio Colectivo de Unión Detallistas Alimentación S.A. (BOE 13/6/2013). También lo regula en este mismo sentido el art. 24.1.b) del Convenio Colectivo de Quick Meals Ibérica S.L. (BOE 14/6/2013), y el art. 24 del Convenio Colectivo de Gamestop Iberia SL (BOE 23/4/2014).

³⁸ Art. 74 del Convenio Colectivo Asociación Centro Trama, (BOE 16/12/2014).

³⁹ Art. 35.1.b) del Convenio Colectivo de Jcdcaux España SL, (BOE 22/11/2013).

⁴⁰ Art. 16 del Convenio colectivo de Viajes Ecuador, SA (BOE 27/10/2011).

⁴¹ Art. 28 f) del Convenio Colectivo de Agencias de Viajes (BOE 22/8/2014).

⁴² Art. 21 del Convenio Colectivo de Administraciones de loterías y sus empleados (BOE 2/8/2012).

fuera de España» en cuyo caso «este permiso se incrementará en un día adicional (total 5 días)»⁴³.

El período de suspensión contractual se amplía hasta 17 semanas⁴⁴, o en «*dos semanas adicionales al periodo legal que corresponda, que se disfrutarán de un modo proporcional al del periodo oficial disfrutado*»⁴⁵, o por un «*periodo adicional de 2 semanas de permiso retribuido*»⁴⁶, o en «*dos semanas añadidas posteriores al parto*»⁴⁷, o «*en los casos de parto o adopción o acogimiento múltiples en 3 semanas más por cada hijo o hija a partir del segundo*»⁴⁸, o «*en tres semanas*» pero únicamente en los supuestos de «*discapacidad del hijo recién nacido*»⁴⁹, «*en 20 semanas*» pero únicamente para los supuestos de «*nacimiento, adopción o acogida de hijos/as con discapacidad*»⁵⁰; o bien se dispone que «*las trabajadoras que disfruten del permiso de maternidad podrán disponer de 2 semanas más de permiso en el caso de parto simple y de 4 semanas más en el caso de parto múltiple a las establecidas en la legislación vigente*»⁵¹.

Esta suele ser la tónica habitual. Ampliar en un breve plazo el período de suspensión contractual obligatorio. Pero más allá de la discapacidad del recién nacido pocas circunstancias más se han tenido en consideración en la regulación convencional de esta situación. Ni la discapacidad de los progenitores u otros hermanos, ni el nacimiento en una familia numerosa, ni si la residencia habitual se encuentra radicada en localidad distinta al centro de trabajo.

⁴³ Art. 16.4 del VI Acuerdo marco del Grupo Repsol YPF (BOE 27/12/2011), también el mismo artículo del VII Acuerdo marco del Grupo Repsol (BOE 13/11/2014).

⁴⁴ Art. 46-1 del IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (BOE 13/2/2014).

⁴⁵ Art. 40-1 del Convenio colectivo de European Air Transport Leipzig GmbH, sucursal en España (BOE 8/1/2013).

⁴⁶ Art. 48 del Convenio colectivo de Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, SA. (BOE 4/11/2014).

⁴⁷ Así lo prevén el art. 18.17 del Convenio colectivo de Seguros Lagun Aro, SA, Seguros Lagun Aro Vida, SA, y Seguros Lagun Aro 2003, AIE (BOE 24/1/2014), y art. 18 del Convenio Colectivo de Caja Laboral Banca Seguros (BOE12/4/2013).

⁴⁸ Art. 26.3 del Convenio Colectivo de industrias de elaboración del arroz (BOE 3/2/2015).

⁴⁹ Art. 46.2 del IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (BOE 13/2/2014).

⁵⁰ Así lo prevé el art. 28 del Convenio Colectivo de Agencias de Viajes (BOE 22/8/2014), y el art. 28 del Convenio Colectivo de Agencias de Viajes (BOE 22/8/2014).

⁵¹ Art. 56 del Convenio Colectivo de Danone, SA. (BOE 29/19/2012).

Cuando el convenio ha abordado aspectos tangenciales a este permiso: fallecimiento de la madre, nacimiento de hijos prematuros, necesidad de que se permanezcan hospitalizados, etc, lo hace siguiendo las reglas jurídicas contenidas en el ET, bien copiando literalmente sus dictados, bien adoptándolos al convenio pero sin innovaciones dignas de mención. No son muchos los que prevén estas circunstancias, y cuando lo hacen, como se comenta, es de manera meramente testimonial.

Puede destacarse como convenio muy beneficioso, muy innovador y a la vez muy efectivo para potenciar la conciliación de la vida familiar y laboral, el III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A.» (BOE 21/8/2013) que prevé en su art. 63 que «*En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el apartado d) de este artículo*» (que regula el permiso de paternidad)⁵². Es claro que la concesión de la totalidad del permiso de maternidad al padre por obra y gracia de un convenio tiene que entenderse como un avance significativo en la materia. Curiosamente no se ha previsto la situación inversa, que la madre disfrutase, además de su permiso de descanso maternal, del período de tiempo que dura el permiso de paternidad que el padre no puede disfrutar por no tener derecho a ello.

Otros convenios, también como novedad destacable, han previsto el disfrute de un permiso retribuido, por nacimiento del hijo, de hasta «*quince días a la fecha prevista de alumbramiento, y con la confirmación de su correspondiente médico-ginecólogo*»⁵³. Se regula así un permiso retribuido que puede llegar en otros convenios hasta las «*cuatro semanas*» para «*disfrutar previamente a la fecha prevista del parto*»⁵⁴, o por un «*período no inferior a un mes y no superior a tres*

⁵² En el mismo sentido véase el antecedente art. 18 del Convenio colectivo de las delegaciones comerciales de la empresa «Helados y Postres, S.A.» (BOE 28/6/2011), y el art. 24.11 del III Convenio colectivo de la empresa Unipost, S.A. (BOE 22/12/2011).

⁵³ Art. 6 del VI Convenio colectivo de Vodafone España, SAU (BOE 22/5/2013).

⁵⁴ Art. 18.17 del Convenio colectivo de Seguros Lagun Aro, SA, Seguros Lagun Aro Vida, SA, y Seguros Lagun Aro 2003, AIE (BOE 24/1/2014).

meses»⁵⁵, o por un período «no inferior a quince días y no superior a un mes»⁵⁶. Variables todas del mismo tipo de permiso a disfrutar con anterioridad al parto.

En ocasiones se regula este permiso antecedente al parto en vez de por semanas por días: «Cuatro días a disfrutar antes del mes anterior a la fecha prevista del parto para las mujeres embarazadas»⁵⁷.

De manera complementaria algún convenio ha previsto la concesión de «una tarde libre semanal con cargo a la empresa durante los tres meses siguientes [al parto], favoreciendo así la adaptación a la nueva situación creada entre el trabajo y el hecho de la maternidad»⁵⁸. O bien previendo «Dos días al año para el padre o madre con hijo menor de tres años, con independencia del número de hijos menores de esa edad que se tengan»⁵⁹.

Es decir, se tiene en consideración el hecho del parto para implementar un permiso laboral retribuido, de semanas, días o incluso de créditos hora, con el objeto de conciliar vida familiar y laboral.

Por último, aunque no es especialmente frecuente si es curioso destacar que algunos convenios empleen el término «alumbriamiento» para referirse al nacimiento⁶⁰. Incluso en alguno se subraya que

⁵⁵ Art. 28.3 del Convenio colectivo de la Kiabi España Ksce, SA (BOE 17/7/2014). En idénticos términos véase el art. 39-II del Convenio colectivo estatal de grandes almacenes (BOE 22/4/2013); el art. 39.1 Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE 2/10/2014); el art. 32.II-2 del I Convenio colectivo estatal del sector de radiodifusión comercial sonora (BOE 7/3/2012), y art. 49.II del Convenio colectivo de Puntocash, SA. (BOE 1/10/2012).

⁵⁶ Art. 37-2 del V Convenio colectivo de cadenas de tiendas de conveniencia (BOE 12/11/2013).

⁵⁷ Art. 44.c) del VI Convenio colectivo de Volkswagen Finance, SA (BOE 17/8/2012).

⁵⁸ Art. 76 del III Convenio Colectivo de las empresas Cia. Logística Acotral, S.A., Transportes Consolidados Andaluces, S.L., y Acotral Distribuciones Canarias, S.A. (BOE 28/9/2011).

⁵⁹ Art. 44.d) del VI Convenio colectivo de Volkswagen Finance, SA (BOE 17/8/2012).

⁶⁰ Así, por ejemplo, el art. 81 del II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE 27/11/2012). También el art. 39.1 del XXIII Convenio colectivo marco para oficinas de farmacia (BOE 24/1/2011). También el art. 27 del XXII Convenio colectivo nacional de autoescuelas (BOE 9/19/2013); Art. 24 del Convenio colectivo de la empresa «Parker Hannifin España, S. L.», (BOE 12/4/2013); art. 20-2 del Convenio colectivo de Servicios de Colaboración Integral, SL. (BOE 28/2/2011); Art. 77 del Convenio Colectivo Asociación Centro Trama, (BOE 16/12/2014); Art. 30 del Convenio Colectivo de Agfa Graphics n.v. España (BOE 14/8/2013); Art. 66 del Convenio Colectivo de asociación para la gestión de la integración social, Ginso (BOE 12/9/2014).

la situación protegida por el convenio es el «*alumbramiento de la esposa*»⁶¹.

Muy común ha sido prever la situación de concurrencia de las vacaciones anuales retribuidas con el período de suspensión del contrato por maternidad, singularmente en los convenios firmados tras la entrada en vigor de la reforma bifásica (Real Decreto, Ley) de febrero y junio de 2012.

Cuando lo han hecho lo más usual ha sido reproduciendo, sin especificidades adicionales, el contenido del art. 38.3 ET, en algunas ocasiones con ligerísimas modificaciones que no afectan al contenido del derecho, ni a su extensión⁶². Así, lo más corriente es que se precise que en estos casos puede postergarse «*su disfrute al año posterior al que corresponde*»⁶³ salvo, naturalmente, que se «*hayan consumido ya una parte de ellas durante el año*»⁶⁴. O, más sencillamente, disponiendo que «*cuando las vacaciones coincidan total o parcialmente con el período de licencia por maternidad, adopción o acogimiento, éstas se disfrutarán hasta completar el mes, a continuación del alta médica o cuando acuerden las partes*»⁶⁵.

La posibilidad de encadenar el período vacacional justo tras el período de suspensión del contrato por maternidad se ha contemplado en algunos convenios de manera expresa, erigiéndose en una medida de conciliación complementaria muy interesante, pues prolonga el descanso maternal de forma muy natural, y no deja pendiente el disfrute de las vacaciones. Así, por ejemplo, reconociendo la posibilidad de manera expresa, se ha dispuesto que «*Las personas en situación de suspensión del contrato por maternidad podrán unir las vacaciones al periodo de baja por maternidad*»⁶⁶. Como forma singular de encade-

⁶¹ Art. 30 del Convenio Colectivo de Agfa Graphics N.V. España (BOE 14/8/2013)

⁶² Así, por ejemplo, el art. 60 del II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE 27/11/2012).

⁶³ Art. 32.II del I Convenio colectivo estatal del sector de radiodifusión comercial sonora (BOE 7/3/2012).

⁶⁴ Art. 39.2-1 del Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE 2/10/2014).

⁶⁵ Art. 55.5 del Convenio Colectivo Prestaciones de Servicios Auxiliares Concretos a Específicos a Empresas (BOE 4/7/2013).

⁶⁶ Art. 29 del art. 29 del Convenio Colectivo de Pastificio Service SL (BOE 12/9/2014); art. 26 del Convenio Colectivo de Gamestop Iberia SL (Boe 23/4/2014); Convenio Colectivo de Masquetpet S.R.L. (BOE 2/4/2013), y Convenio Colectivo de Quick Meals Ibérica S.L. (BOE 14/6/2013).

namiento en algún convenio se ha previsto la posibilidad de acumular «*sus vacaciones al período de baja por maternidad*»⁶⁷, a veces con la previsión de que sea «*dentro del año natural*»⁶⁸. En otras ocasiones se precisa que lo puede hacerse en este caso es «*unir el periodo de baja por maternidad a las vacaciones*»⁶⁹.

Es claro, cualquiera que sea la expresión que se emplee en los convenios —acumular, encadenar, unir—, el sentido de lo que se quiere regular. Reconocer, de un lado, en primer lugar, la realidad legal que permite disfrutar de dichas vacaciones en períodos distintos de la baja maternal, medida ya de carácter legal cuyo reconocimiento expreso en los convenios podría haberse obviado, y permitir, de otro, en segundo lugar, que dichas vacaciones se disfruten justo después del momento de la finalización del período de suspensión contractual. Es, desde luego, una propuesta razonable para garantizar el disfrute de ambos derechos, y como medida de conciliación es bastante operativa, especialmente si, por ejemplo, tras el disfrute de las vacaciones anuales se acumula por jornadas completas la reducción de jornada por lactancia. Llama la atención que esta última posibilidad no haya sido tratada por ningún convenio.

En otros convenios, sin embargo, se niega categóricamente la posibilidad de encadenar el período de descanso maternal con las vacaciones anuales retribuidas. El art. 17.A del Convenio colectivo para el personal de flota de buques no propios gestionados y operados por Remolcadores Nosa Terra, SA. (BOE 24/6/2014) es diáfano: «*Ninguna de las licencias de índole familiar serán acumuladas a vacaciones, a excepción de la de matrimonio y nacimiento de hijos*». Obviamente que se niegue la acumulación no significa que se cercene el derecho

⁶⁷ Art. 49.II del Convenio colectivo de Puntocash, SA. (BOE 1/10/2012). Art. 37-1 del V Convenio colectivo de cadenas de tiendas de conveniencia (BOE 12/11/2013).

⁶⁸ Art. 39.II del Convenio colectivo estatal de grandes almacenes (BOE 22/4/2013).

⁶⁹ II Convenio colectivo de Distribuidora Internacional de Alimentación, SA y Twins Alimentación, SA. (BOE 25/4/2013). También emplea el verbo «unir» el art. 37 del Convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion, S.A., y Grup Supeco-Major, S.L. (BOE 10/5/2013). Igualmente véase el art. 23 del III Convenio colectivo de las empresas Distribuidora de Televisión Digital, S.A. —DTS, S.A.— y Compañía Independiente de Televisión, S.L. —CIT, S.L.— (BOE 27/5/2014).

El art. 38.1 del Convenio colectivo de Cash Converters y sociedades vinculadas (BOE 24/2/2014) dispone que «Las trabajadoras en baja por maternidad podrán unir el total de sus vacaciones anuales —salvo que hayan consumido ya una parte de ellas durante el año— al periodo de suspensión del contrato por maternidad».

al disfrute de las vacaciones anuales, que necesariamente tendrán que disfrutarse en otra fecha.

4. PATERNIDAD

La regulación de la prestación por paternidad suele organizarse junto con la de maternidad. Muy usual ha sido realizar un reconocimiento directo en la negociación de los derechos que concede la legislación, con una remisión directa a la misma⁷⁰. A veces reproduciendo los preceptos del ET destinados a dicha regulación⁷¹, otras condensando sus reglas en una redacción propia más contenida, sin modificaciones o innovaciones dignas de consideración⁷², otras, simplemente,

⁷⁰ Como por ejemplo ocurre en el art. 31 Empresas de Naturopatía y profesionales Naturópatas (BOE 28/8/2013), y en el art. 39.2 del II Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos —Handling— (BOE 2/7/2011).

⁷¹ Así, sin ánimo de exhaustividad, véase: art. 32.IV-1 del I Convenio colectivo estatal del sector de radiodifusión comercial sonora (BOE 7/3/2012), art. 72 del I Convenio colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural (BOE 8/3/2011); art. 83 del II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE 27/11/2012); 29.4 del Convenio Colectivo de la empresa Hertz de España, SL, (BOE 4/7/2013); art. 32 del IV Convenio colectivo estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales (BOE 14/10/2011); art. 32 del V Convenio colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales (BOE 31/10/2013); y art. 30 del V Convenio colectivo de Aldeas Infantiles SOS de España (BOE 7/3/2012).

En el mismo sentido véanse el art. 50 bis del XVII Convenio colectivo general de la industria química (BOE 9/4/2013), art. 56.C) del Convenio colectivo estatal de perfumería y afines (BOE 8/10/2012); art. 56.2 del Convenio Colectivo del Grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia (BOE 30/4/2012), y también el art. 56 del Convenio colectivo del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia, (BOE 11/3/2013), art. 43 del XIII Convenio colectivo de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación (BOE 21/7/2012), y el Convenio colectivo del Grupo Champion (BOE 10/5/2013).

⁷² Art. 19.2 del Convenio colectivo de la empresa Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Soc. Coop. Limitada —HEFAME— (BOE 8/1/2014), de 2013. Véase también el art. 38.2 del III Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE 13/4/2012); art. 47 del IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (BOE 13/2/2014); art. 38 del V Convenio colectivo de cadenas de tiendas de conveniencia (BOE 12/11/2013); art. 51 del VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE 18/5/2012); art. 28 del VI Convenio colectivo de Telefónica Móviles España, SAU. (BOE 19/6/2013), art. 106 del Convenio Collec-

precisando que esta materia «*se regirá por lo previsto en la normativa vigente*»⁷³. En algunas ocasiones se ha incorporado en el precepto destinado a la regulación de la paternidad las previsiones de endose por parte de la madre de parte de su prestación propia de maternidad⁷⁴.

En general, más allá de algún tipo de singularidad que se comentará seguidamente, la dinámica negocial no ha articulado una dinámica normativa expansiva de los derechos que regula la prestación de paternidad. Teniendo presente la problemática que supone en esta materia la postergada entrada en vigor de la Ley 9/2009, de 6 de octubre por la que se amplía el permiso de paternidad hasta en cuatro semanas.

Así, por ejemplo, se ha previsto que el permiso tenga «*una duración de 20 días*» pero sólo «*cuando el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa*», o «*cuando la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento*», o, finalmente, cuando en «*la familia haya una persona con discapacidad*», permitiéndose la ampliación de este período de 20 días en supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiple «*en dos días más por cada hijo a partir del segundo, o si uno de ellos es una persona con discapacidad*»⁷⁵. Algún convenio exige, en esta línea, que la discapacidad del bebé o del otro miembro de la familia sea «*en un grado igual o superior al 33%*»⁷⁶.

Llama la atención lo bien que regula esta materia el art. 41 del Convenio colectivo de la empresa Plus Ultra Seguros Generales y Vida, SA de Seguros y Reaseguros (BOE 17/7/2014) cuando dispone: «*Con objeto de promover un equilibrio entre la vida profesional y*

tivo de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial (BOE 4/7/2013), y el art. 25 del III Convenio colectivo de las empresas Distribuidora de Televisión Digital, S.A. —DTS, S.A.— y Compañía Independiente de Televisión, S.L. —CIT, S.L.— (BOE 27/5/2014).

⁷³ Art. 27 del Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio 2010-2015 (BOE 3/10/2013).

⁷⁴ Art. 32.IV-2 del I Convenio colectivo estatal del sector de radiodifusión comercial sonora (BOE 7/3/2012).

⁷⁵ Art. 46.3-II del Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE 23/9/2013). En el mismo sentido véase el art. 16.4 del art. 16.2 del VI Acuerdo marco del Grupo Repsol YPF (27/11/2011), el art. 16.4 del VII Acuerdo marco del Grupo Repsol (BOE 4/4/2012), y el art. 9.4 del Convenio colectivo de la empresa Thyssenkrupp Elevadores, SLU. (BOE 19/4/2013).

⁷⁶ Art. 30.2 del VIII Convenio colectivo de la empresa Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU (BOE 2/4/2012). También lo refiere así la Disposición Adicional Sexta.8.b) del Convenio colectivo de Provienda (BOE 2/7/2013).

personal, se establecen las siguientes medidas: 1. Permiso por paternidad. Este permiso será treinta días hábiles, de los cuales trece corresponden a la suspensión del contrato de trabajo recogida en el artículo 48 bis del Estatuto de los Trabajadores, dos días al permiso estipulado en el artículo 54.1.b del Convenio del Sector y quince días de permiso concedido por la Compañía. La presente medida se configura como un anticipo de lo establecido en la Ley 9/2009, de 6 de octubre, por lo que la entrada en vigor de la ampliación del permiso por paternidad compensará y absorberá el permiso de quince días concedido por la Compañía, siendo en conjunto y en cómputo global, de un máximo de treinta días naturales».

Otros convenios, de manera más sencilla, establecen un período de prestación de paternidad de «cuatro semanas de manera ininterrumpida»⁷⁷, sin condicionantes para su ejercicio.

No ha sido usual la regulación de un plazo de preaviso para el ejercicio del derecho, pero cuando se ha previsto se han diferenciado si el trabajador ejercitaba dicho derecho justo tras la suspensión contractual por nacimiento o en período diferente. Así, por ejemplo, se ha dispuesto que «El trabajador, para ejercitar su derecho a la suspensión del contrato de trabajo por paternidad, regulado en el artículo 48 bis del Estatuto de los trabajadores, deberá comunicar a la dirección de la empresa el ejercicio de este derecho, de forma fehaciente y con una antelación mínima de siete días naturales al inicio de su disfrute, salvo que quiera iniciarlo al día siguiente de finalizado el permiso retribuido por nacimiento de hijo, adopción o acogimiento, en cuyo caso el plazo de preaviso será de dos días naturales»⁷⁸.

Al igual que ocurría con la prestación de maternidad, en algún convenio se permite unir las vacaciones con el permiso de paternidad, salvo que «hayan consumido ya una parte de ellas durante el año»⁷⁹.

En definitiva, y en conclusión, la regulación del permiso de paternidad en la negociación colectiva se ha conformado con ampliar

⁷⁷ Art. 10.2-VIII del Convenio colectivo estatal para la industria fotográfica (BOE 19/12/2013). En el mismo sentido véase el art. 19 del I Convenio colectivo de la Fundación CEPAIM, Acción Integral con Migrantes (BOE 3/12/2010).

⁷⁸ Art. 47 del Convenio Colectivo de Claved S.A. (BOE 17/4/2013).

⁷⁹ Art. 39.2-2 Convenio colectivo estatal del comercio minorista de Droguerías, Herboristerías y Perfumerías (BOE 2/10/2014).

ligeramente el plazo de disfrute del permiso, no más allá de las cuatro semanas que prevé la normativa que todavía no ha entrado en vigor, y con realizar alguna pequeña mención a la discapacidad del menor para ampliar temporalmente el derecho y regular la concurrencia con las vacaciones anuales retribuidas. Poco bagaje para una materia especialmente sensible.

5. ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO

Es bastante común que junto con la mención a la maternidad los convenios colectivos prevean la circunstancia de la adopción. Cuando así se hace, lo más usual es que se realice una copia literal de las previsiones estatutarias⁸⁰, sin adición de matices propios a las previsiones del art. 45.1.d) y el 48.4 ET. En algunos otros la reproducción del texto estatutario en el convenio no es totalmente fidedigna, sino que introduce una redacción propia más contenida, pero sin innovaciones interesantes o reseñables⁸¹.

No hay, como en realidad ocurre con la regulación convencional de la maternidad, más allá de una ampliación lineal del plazo de suspensión previsto en el estatuto de los trabajadores⁸², una verdadera labor innovadora en esta materia.

Dos son las singularidades más destacables, y las dos previstas en el mismo convenio. En primer lugar, se ha previsto en relación con *«los procedimientos de adopción nacionales»* que el trabajador disponga y disfrute *«de una bolsa de hasta ocho horas para los cursos de preparación a la adopción que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo»*⁸³. Y, en segundo lugar, se ha articulado una licencia adicional a dicha bolsa no retribuida *«en caso de necesidad justificada*

⁸⁰ Así, por ejemplo, véase el rt. 85.2 del I Convenio colectivo que regula las relaciones laborales de las empresas proveedores civiles privados de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional (BOE 29/9/2012); y el art. 25 del Convenio colectivo de la empresa «Parker Hannifin España, S. L.», (BOE 12/4/2013).

⁸¹ En este sentido lo regula el Convenio Colectivo del personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional (BOE 23/12/2013).

⁸² Así, por ejemplo, el art. 28 del Convenio Colectivo de Agencias de Viajes (BOE 22/8/2014) dispone que «En caso de nacimiento, adopción o acogida de hijos/as con discapacidad dicho permiso se ampliará a 20 semanas».

⁸³ Art. 35.1.h) del Convenio Colectivo de Jeccaux España SL, (BOE 22/11/2013).

circunscrita única y exclusivamente a la adopción de hijos por parte del trabajador»⁸⁴, pero sin concretar ni por cuanto tiempo se extiende dicha licencia, ni precisar requisitos formales para su utilización, más que la restricción de su utilización únicamente a los trabajadores de la empresa con una antigüedad mayor de seis meses.

En definitiva, la negociación colectiva asume con naturalidad el fenómeno de la adopción, como no podía ser de otra forma, pero no articula, en general, soluciones propias y diferenciadas de las de maternidad, para favorecer a los trabajadores que se encuentran en esta situación.

Salvo error u omisión no se han detectado en el análisis que se ha efectuado de los convenios singularidad destacable con respecto a la figura del acogimiento. No se ha apreciado ningún precepto que prevea singularmente esta circunstancia. Cuando se ha mencionado la figura del acogimiento ha sido para equiparla en derechos a la adopción.

6. ADOPCIÓN INTERNACIONAL

No ha sido común que la negociación colectiva se encargue de regular esta materia de manera autónoma. En algún convenio se hace una genérica referencia a lo dispuesto en el ET⁸⁵, en otros se reproduce el tenor literal del inciso estatutario que lo regula⁸⁶.

Sólo de manera excepcional se ha concedido la posibilidad de que el permiso se inicie *«hasta dos meses antes de la fecha previsible de dicha resolución, con independencia de que, en su caso, la cobertura económica de la posible prestación de la Seguridad Social se inicie en una fecha posterior»*⁸⁷ ampliando en cuatro semanas las previsiones del art. 48.4-11 ET.

En algún convenio sí se ha previsto la concesión de un permiso laboral no retribuido para la adopción internacional, de duración

⁸⁴ Art. 35.2.a) del Convenio Colectivo de Jcdcaux España SL, (BOE 22/11/2013).

⁸⁵ Así, por ejemplo, véase el art. 19.1 del Convenio colectivo de la empresa Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Soc. Coop. Limitada —HEFAME— (BOE 8/1/2014).

⁸⁶ Así, por ejemplo, el Art. 27.3 del Convenio Colectivo de industrias de elaboración del arroz (BOE 3/2/2015).

⁸⁷ Art. 19 del Convenio Colectivo de Caja Laboral Banca Seguros (BOE 12/4/2013).

«como máximo de un mes», siempre «supeditado a necesidad del servicio» para el trabajador «hombre o mujer» que «justifique que se encuentra en un proceso de adopción internacional cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado», solicitándose con «una antelación mínima de quince días», y permitiéndole «solicitar un anticipo de una mensualidad»⁸⁸. Este permiso no sustituye al que prevé el ET de carácter retribuido también de manera anticipada a la adopción y con idéntico propósito de facilitar la residencia en el país del adoptante. Simplemente permite el ejercicio del mismo derecho pero configurándolo de manera no remunerada. Lo cual supone, sin más, que el trabajador que lo utilice tras su regreso del país del adoptante puede emplear la totalidad del permiso por adopción previsto en el ET. Es una medida, por tanto, dirigida al ahorro del período de adopción estatutario para cuando tenga que residir en el país del adoptante, pero que también puede tener su utilidad como mecanismo complementario del permiso ideado por igual motivo en el ET para aquellos supuestos que requiera más estancia en el país del adoptante que el plazo máximo previsto en el ET. La suma de ambos períodos da como resultado un período de tiempo lo suficientemente amplio como para cubrir cualquier necesidad en este sentido.

También se ha previsto, «respecto a los procedimientos de adopción internacionales» la posibilidad de que el trabajador disponga de «una bolsa de hasta ocho horas para los cursos de preparación a la adopción que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo»⁸⁹.

7. LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD SALARIAL

Es bastante común que en los convenios colectivo se garantice que durante el período de suspensión contractual por maternidad o por paternidad el trabajador va a percibir el «100% de su retribución

⁸⁸ Art. 43.5 del XI Convenio colectivo de la empresa Repsol Química, S.A. (BOE 5/5/2012). En el mismo sentido y con idéntica redacción véase el art. 16.6.1 del VI Acuerdo marco del Grupo Repsol YPF (BOE 27/12/2011), y mismo artículo del VII Acuerdo marco del Grupo Repsol (BOE 13/11/2014).

⁸⁹ Art. 35.1.h) del Convenio Colectivo de Jedcaux España SL, (BOE 22/11/2013).

*fija*⁹⁰, o el «100 por 100 de su retribución salarial total»⁹¹, o «el 100 por 100 de los conceptos salariales fijos»⁹², o el «cien por cien de la Retribución Fija»⁹³, o el «100% del salario fijo»⁹⁴, o el «100% de su sueldo base y complementos salariales, excluidos los de vencimiento superior a un mes»⁹⁵, o «hasta el máximo del 100 por 100 del sueldo real de cada trabajador»⁹⁶, o «el 100% de su salario a jornada ordinaria, sin computar horas extraordinarias, ni parte proporcional de gratificaciones extraordinarias, ni complemento de nocturnidad salvo turno nocturno fijo, permanente o rotativo»⁹⁷, o el «100% de su base de cotización»⁹⁸, o el cien por cien de «su base reguladora»⁹⁹, o se complementará su «retribución hasta el total del Salario Base y Plus de Convenio»¹⁰⁰.

O más sencillamente, previendo que «Durante la situación de maternidad/paternidad.../...toda persona empleada percibirá con cargo a la Empresa la diferencia entre la prestación correspondiente de la Seguridad Social y el 100% de su retribución»¹⁰¹, o «Hasta el 100% del salario que tenga asignado el trabajador/a»¹⁰².

⁹⁰ Art. 7.4 del Convenio Colectivo de la Compañía Española de Petróleos del Atlántico, S.A., (BOE 18/5/2012).

⁹¹ Art. 44 del IX Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (BOE 26/5/2011).

⁹² Art. 28 del Convenio Colectivo de la empresa Autopista Concesionaria Astur-Leonesa, S.A. (BOE 26/11/2013).

⁹³ Art. 42 del Convenio colectivo de la empresa Alcatel Lucent España, S.A. (BOE 13/2/2013).

⁹⁴ Art. 36 del Convenio colectivo de ámbito estatal de Al Air Liquide España, SA, Air Liquide Medicinal, SLU y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU (BOE 7/3/2014).

⁹⁵ VIII Convenio colectivo entre Iberia, Líneas Aéreas de España, SA Operadora, S. Unipersonal y sus tripulantes pilotos (BOE 27/5/2014).

⁹⁶ Art. 82 del XXIV Convenio colectivo de la empresa Repsol Butano, S.A. (BOE 8/6/2012).

⁹⁷ Art. 31.1. del VII Convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias (BOE 5/7/2012).

⁹⁸ Art. 33-1 del Convenio Colectivo de la empresa Transportes Ferroviarios Especiales, SA (BOE 14/2/2012).

⁹⁹ Art. 66 del Convenio Colectivo de Asociación para la Gestión de la Integración Social, Ginso (BOE 12/9/2014).

¹⁰⁰ Art. 29 del Convenio colectivo de la empresa Mahou, SA, (BOE 22/11/2013).

¹⁰¹ Art. 34 del X Convenio colectivo de la empresa Red Eléctrica Española, SAU (BOE 25/6/2014).

¹⁰² Art. 28 del IX Convenio colectivo de la empresa Telefónica Telecomunicaciones Públicas, SA (BOE 4/8/2011).

Fórmulas todas ellas que expresa claramente el propósito normativo: que la suspensión contractual por maternidad y paternidad no conlleve pérdida de retribución salarial, que se perciba en estas circunstancias la misma cantidad económica que cuando se ejerce actividad laboral. En realidad en estas situaciones se percibe el 100% de la base reguladora de contingencias comunes del mes anterior a la baja laboral, por lo que, en numerosas ocasiones estamos en presencia de una declaración meramente retórica, pues el trabajador o la trabajadora cobrará durante la suspensión del contrato todos aquellos conceptos salariales que integran la base de cotización, incluyendo la prorrata de la paga extraordinaria. Probablemente lo que se pretende con estas previsiones es garantizar el percibo de aquellas prestaciones económicas que no integran la base de cotización, o incluso algún tipo de percepción de tipo extrasalarial de usual y frecuente devengo para todos los trabajadores de la empresa.

Por ello en ocasiones se ha reconocido que en estas situaciones los trabajadores *«tendrán derecho a su retribución total durante la suspensión de contrato»*¹⁰³, entendiéndose por «total», seguramente, la misma cantidad económica que cobraban con anterioridad a la suspensión contractual. Así observado es natural que se empleen términos como los que siguen: la *«empresa abonará la diferencia entre la prestación que reciba del régimen general de la Seguridad Social y el sueldo que les correspondería de estar en activo»*¹⁰⁴, o se especifique que *«la empresa completará las prestaciones que abona la Seguridad Social a aquellas trabajadoras y trabajadores que se encuentren cotizando por el tope máximo hasta completar el 100% de su salario»*^{105, 106}.

¹⁰³ Art. 26 del VI Convenio colectivo estatal para los centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos (BOE 4/10/2013). Véase también, en el mismo sentido, el art. 35 del VII Convenio colectivo nacional de colegios mayores universitarios (BOE 5/10/2012); art. 20 del VII Convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada (BOE 29/4/2011); art. 40 del VI Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE 17/8/2013), y art. 55 del Convenio Colectivo Prestaciones de Servicios Auxiliares Concretos a Específicos a Empresas (BOE 4/6/2013).

¹⁰⁴ Art. 23 del Convenio colectivo de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA (BOE 16/11/2010).

¹⁰⁵ Art. 28 del Convenio colectivo de Mercadona, SA, Forns Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SL y Saskibe, SL, (BOE 30/1/ 2014).

¹⁰⁶ A veces, se hace referencia exclusiva al permiso de paternidad, no al de maternidad, como ocurre en el art. 51 del III Convenio Colectivo de las empresas Cia. Logística Acostral, S.A., Transportes Consolidados Andaluces, S.L., y Acostral Distribuciones Canarias,

8. PERMISOS LABORALES RELACIONADOS CON LA CELEBRACIÓN DE MATRIMONIO O CONSTITUCIÓN DE UNA PAREJA DE HECHO

Aunque son cuestiones más directamente relacionadas con la conciliación de la vida familiar y laboral que con la igualdad entre hombres y mujeres y su proyección en las reglas jurídicas que arbitra la negociación colectiva, en algunos convenios se ha tenido en consideración la celebración de matrimonio o constitución de una pareja de hecho por parte de algún trabajador incluido en el ámbito subjetivo del convenio para articular derechos adicionales a los mínimos de derecho necesario establecidos en el ET.

8.1. Celebración de matrimonio

Algunos convenios han previsto días adicionales de permiso a los establecidos en el ET por matrimonio, previendo más días que el mínimo de derecho necesario: 16 días naturales¹⁰⁷ ó 18 días¹⁰⁸. La norma convencional no especifica si estos días de permiso adicional —1 y 3, respectivamente— son en las mismas condiciones que los que prevé el ET. No se concreta si tienen la consideración de permiso laboral retribuido. Ante el silencio del convenio en este punto no es aventurado presumir que deben tener la misma naturaleza jurídica. Lo que pretende la norma convencional en estos casos es extender la cobertura del derecho reconocido en el convenio para lo cual amplía el período de 15 previsto estatutariamente. No es descabellado deducir, en este sentido, que si el negociador colectivo hubiese pretendido conceder un derecho sin remuneración lo hubiese establecido así expresamente. Al enunciarle en términos neutros, sin especificidades adicionales, debe entenderse que lo que se quiere, sin más, es extender el derecho,

S.A. (BOE 28/9/2011) cuando dispone que «Los trabajadores afectados por este convenio colectivo tendrán derecho durante el tiempo en que se encuentren disfrutando el permiso de paternidad establecido en la legislación vigente a percibir la totalidad del salario habitual mensual (retribuciones salariales y extra salariales) y, por lo tanto, la empresa se obliga a complementar las prestaciones provenientes de la seguridad social y previstas para este tipo de situaciones, de forma que el trabajador no sufra ninguna merma económica en ese periodo».

¹⁰⁷ Art. 16 del Convenio colectivo de Viajes Ecuador, SA (BOE 27/10/2011).

¹⁰⁸ Art. 24 del Convenio Colectivo de Gamestop Iberia SL (BOE 23/4/2014).

ampliarlo, pero en las mismas condiciones que como se encuentre regulado en el ET.

Desde otro punto de vista, conviene subrayar que en algunas ocasiones se ha concretado la utilización de este permiso, precisando que «...únicamente se disfrutará una vez, siempre que sea con la misma persona, cualquiera que sea la forma de unión, civil o religiosa»¹⁰⁹. Es una limitación al empleo del derecho que no viene especificada en el ET y que en algunos casos pudiera dar lugar a una interpretación conflictiva.

En otros convenios se ha exigido que la utilización del permiso por matrimonio se comunique a la empresa «*por escrito con diez días de antelación*» y que se justifique «*documentalmente posteriormente en el mes siguiente a su reincorporación al trabajo*»¹¹⁰. Aunque es una regla excesivamente rigorista cuando hablamos de empresas de pocos trabajadores, en algunos casos de grandes empresas puede tener su operatividad y su lógica. En todo caso, son muy pocos los convenios que cuentan con reglas de este estilo.

En algunos convenios se ha previsto de manera expresa la posibilidad de «*disfrutar continuamente la licencia de matrimonio y la vacación anual, siempre que lo solicite a la empresa con una antelación mínima de dos meses*»¹¹¹. Desde luego como medida de conciliación de la vida familiar y laboral puede tener una cierta utilidad.

8.2. Constitución de una pareja de hecho

Las parejas de hecho se mencionan usualmente en los convenios colectivos por dos motivos. En primer lugar, para conceder derechos

¹⁰⁹ Art. 28 del Convenio Colectivo de Agencias de Viajes (BOE 22/8/2014).

¹¹⁰ Art. 23 del Convenio Colectivo de Ex i n Técnicas Tubulares, S.L. (BOE 22/4/2013). En similar línea, exigiendo la aportación de la licencia de matrimonio para la justificación del permiso, véase el art. 24 del Convenio Colectivo de Gamestop Iberia SL (BOE núm. 98, de 23-4-2014).

¹¹¹ Art. 21 del Convenio colectivo de Magasegur, SL. (Resolución de 20 de febrero de 2013 (BOE 9/3/2013). En similar línea, como excepción a la dinámica general que prohíbe dicha acumulación para los permisos de índole familiar, el art. 17.A del Convenio colectivo para el personal de flota de buques no propios gestionados y operados por Remolcadores Nosa Terra, SA. (BOE 24/6/2014) sí permite dicha acumulación en casos de matrimonio.

específicos por su constitución, realizando una asimilación con el permiso por matrimonio¹¹², y, en segundo lugar, para subrayar que los convivientes de hecho tienen los mismos derechos que los cónyuges en el ámbito del convenio.

Así, es muy común que se prevea que «A los efectos del presente Convenio Colectivo, se reconoce a las parejas de hecho legalmente constituidas, los mismos beneficios que a las de derecho»¹¹³. La equiparación es total, lo que supone, sin más interpretación posible, que los derechos que en el ámbito objetivo del convenio se concede a los cónyuges se extienden a los convivientes de hecho que hayan formalizado su situación. No hay, al menos no se ha apreciado en este trabajo, concesión de menores derechos a los convivientes de hecho que a los cónyuges. Cuando el convenio menciona a las parejas de hecho lo hace con un propósito integrado y igualador con el matrimonio. Sería deseable, no obstante, que los convenios contuviesen declaraciones de principios en el sentido que se analiza, con el propósito de extender con mayor naturalidad y frecuencia los derechos que se conceden a las personas casadas.

Pero a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio, en estos casos se subraya con asiduidad la necesidad de que dicha pareja de hecho se encuentre correctamente constituida¹¹⁴, «que acrediten su situación»¹¹⁵, solicitándose con más frecuencia que para el matrimo-

¹¹² Como lo hace el art. 45 del Convenio Colectivo de Claved S.A. (BOE 17/4/2013), o el art. 23.9 del Convenio Colectivo de Técnicas Tubulares, S.L. (BOE 22/4/2013). Véase también los arts. 16.8 del VI Acuerdo marco del Grupo YPF (Boe 27/12/2011), y 16.8 del VII Acuerdo marco del Grupo Repsol (BOE 13/11/2014).

¹¹³ Art. 28 del Convenio Colectivo de Agencias de Viajes (BOE 22/8/2014).

¹¹⁴ Así, por ejemplo, el art. 20. h) del Convenio Colectivo de Sistemas de Encofrado de Navarra, S.L. (BOE 25/4/2013) prevé expresamente que «Los supuestos contemplados en los apartados precedentes —cuando concurren las circunstancias previstas en los mismos— se extenderán asimismo a las parejas de hecho siempre que consten inscritas en el registro correspondiente».

Prácticamente en idénticos términos véase el art. 35 del Convenio Colectivo de Jcdcaux España SL (BOE 22/11/2013).

¹¹⁵ Arts. 45 del Convenio Colectivo de Claved S.A. (BOE 17/4/2013), y 21 del Convenio Colectivo de Unión Detallistas Alimentación S.A. (BOE 13/6/2013).

Los arts. 16.8 del VI Acuerdo marco del Grupo YPF (BOE 27/12/2011), y art. 16.8 del VII Acuerdo marco del Grupo Repsol (BOE 13/11/2014) disponen que «Será requisito indispensable a todos estos efectos acreditar la existencia de pareja de hecho mediante certificación expedida por el registro público correspondiente».

nio la certificación acreditativa de tal circunstancia¹¹⁶, a veces incluso previamente al disfrute del derecho de que se trate, «*mediante certificación de inscripción en el correspondiente registro oficial de parejas de hecho*»¹¹⁷.

Aunque para el matrimonio se ha previsto en algún convenio, como se ha subrayado *supra*, una limitación al ejercicio al derecho a disfrutar del permiso laboral retribuido, en el sentido de limitarlo a una sola vez con una sola persona, es decir, que no nace el derecho a un segundo permiso si se casan por segunda vez las mismas personas entre sí, en el ámbito de las parejas de hechos este tipo de limitaciones son más frecuentes. Así, por ejemplo, se ha previsto que «*esta licencia sólo se podrá conceder una vez cada cinco años, salvo en caso de fallecimiento de uno de los componentes de la pareja de hecho, en cuyo caso este plazo se reducirá a tres años*»¹¹⁸. En otros, de manera más razonable, se impide el derecho al permiso por matrimonio si ya de disfrutó, entre los mismos sujetos, del derecho asimilado por constituir una pareja de hecho, limitación bastante razonable¹¹⁹. En otros, en fin, se precisa que el permiso por constitución de una pareja de hecho «*únicamente se disfrutará una vez, siempre que sea con la misma persona...*»¹²⁰.

Parece muy razonable la amplia proyección convencional, el amplio calado, que ha tenido la asimilación del permiso de matrimonio con el de constitución de parejas de hecho. La sociedad avanza, y con ella los derechos sociales. Al día de hoy en nuestro país la constitución de parejas de hecho es una auténtica realidad socialmente aceptada, y es razonable y oportuno que dicha situación tenga su reflejo laboral. Que todavía se solicite la acreditación de la constitución de la pareja de hecho para el disfrute del permiso laboral retribuido, y no así la de matrimonio (aunque también hay convenios que así lo requieren)

¹¹⁶El art. 26 del Convenio Colectivo de Masquepet S.R.L. (BOE 2/4/2013) dispone que «tendrán los mismos derechos las parejas de hecho siempre que las mismas estén debidamente inscritas en el correspondiente registro oficial y el trabajador aporte la certificación acreditativa de la misma».

¹¹⁷Como dispone la DA 3ª del Convenio Colectivo de Cimenta2 Gestión e Inversiones S.L.U. (Boe 29/4/2013). En términos muy similares se expresa el art. 23.9 del Convenio Colectivo de Técnicas Tubulares, S.L. (BOE 22/4/2013).

¹¹⁸Art. 45 del Convenio Colectivo de Claved S.A. (BOE 17/4/2013).

¹¹⁹Art art. 16.8 del VII Acuerdo marco del Grupo Repsol (BOE 13/11/2014). En el mismo sentido véase el art. 16.8 del VI Acuerdo marco del Grupo YPF (BOE 27/12/2011).

¹²⁰Art. 28 del Convenio Colectivo de Agencias de Viajes (BOE 22/8/2014).

no tiene tanto que ver con la sospecha de una conducta fraudulenta sino con un cierto control para limitar el uso del permiso de manera recurrente.

Obsérvese que los convenios no mencionan a los meros convivientes de hecho que no han formalizado su situación, probablemente por la dificultad de extender los derechos que conceden los convenios a sujetos con los que no mantienen algún vínculo jurídico —matrimonio, constitución legal de una pareja de hecho— con el trabajador incluidos en el convenio. Más allá, naturalmente de aquellos derechos que se conceden por la condición de progenitor, que no diferencian, naturalmente, si dichos progenitores están casados, son pareja legal de hecho, son pareja de hecho sin más, o se vinculan entre sí por cualquier otro vínculo afectivo y emocional no reglado.

9. OTROS DERECHOS RELACIONADOS CON LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

Numerosos convenios tienen en consideración el hecho biológico o jurídico de la maternidad y la tenencia de hijos para prever derechos adicionales de los que no gozan los trabajadores que no tiene descendencia. Como curiosidad cabe destacar que no se ha encontrado un solo convenio que exija acreditar la condición de progenitor para disfrutar de los derechos que el convenio concede. Probablemente se piensa que es difícil simular este tipo de circunstancias. Sí se han implementado medidas de garantía para cuando los dos progenitores son trabajadores de la misma empresa, en el sentido de limitar la ayuda por una única vez, no por dos.

El análisis se ha efectuado diferenciando entre derechos de contenido económico, y derechos de contenido no económico, comenzando el análisis por estos últimos.

9.1. De contenido no económico

De manera no organizada pasan a exponerse varios derechos que se han observado en el análisis cualitativo de los convenios colectivos que se ha efectuado en este trabajo.

Llama la atención la curiosidad contenida en el art. 75.b) del Convenio Colectivo Asociación Centro Trama (BOE 16/12/2014) cuando

concede una «licencia no retribuida» de «Hasta 7 días naturales en caso de separación o divorcio», aclarando seguidamente, para evitar confusiones innecesarias, que estas «licencias mantendrán el contrato en suspenso, sin retribución». Desde luego pueden surgir dudas para la operatividad del derecho, especialmente para la determinación de cuándo empieza a computarse el plazo, si cuando se produce de hecho dicha separación o cuando se obtiene la correspondiente sentencia judicial, y también sobre la eventual limitación de dicha licencia cuando la separación judicial precede al divorcio y no se accede directamente a éste sin aquel, como ya permite la legislación civil, pero no puede negarse que puede erigirse en un derecho útil en determinadas ocasiones.

Usual ha sido que los convenios prevean licencias no retribuidas por maternidad que se ejercen con anterioridad al disfrute del permiso maternal, con anterioridad a la suspensión contractual. Así, por ejemplo, el II Convenio colectivo de Distribuidora Internacional de Alimentación, SA y Twins Alimentación, SA. (BOE 25/4/2013) dispone que las «trabajadoras embarazadas podrán solicitar, con anterioridad al inicio del periodo de baja por maternidad, un permiso no retribuido por un periodo no inferior a un mes y no superior a tres meses, anunciando el ejercicio de este derecho con quince días de antelación. Durante el ejercicio de este derecho, cuya finalización necesariamente deberá de coincidir con el principio de la baja por maternidad, la empresa mantendrá la cotización de las trabajadoras»¹²¹.

El plazo del permiso puede ser variable¹²², pero el espíritu de la norma es claro: anticipar el advenimiento de un nuevo miembro a la familia concediendo un permiso laboral no retribuido con el propósito de preparar el evento.

¹²¹ En idéntico sentido véase el El art. 37 del Convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion, S.A., y Grup Supeco-Maxor, S.L. (BOE 10/5/2013).

¹²² El art. 23 del III Convenio colectivo de las empresas Distribuidora de Televisión Digital, S.A. —DTS, S.A.— y Compañía Independiente de Televisión, S.L. —CIT, S.L.— (BOE 27/5/2014) prevé un «periodo no inferior a quince días y no superior a un mes» exigiendo en todo un anuncio del ejercicio del derecho «con quince días de antelación», y previendo que si se desease «ejercer este derecho por un periodo superior de tiempo» éste en «ningún caso será de más de tres meses de antelación a la baja por maternidad». En este último caso «las empresas vendrán únicamente obligadas a mantener la cotización de éstas durante un periodo máximo de un mes que coincidirá, necesariamente, con el inmediatamente anterior al momento de inicio de la baja por maternidad».

También se ha previsto, aunque con un contenido más amplio, un permiso de hasta de treinta horas, para atender a circunstancias especiales relacionadas con el uso de permisos retribuidos del art. 37 ET¹²³. No se vincula y relaciona directamente con el nacimiento o la adopción, teniendo un contenido más amplio (piénsese, por ejemplo, en el supuesto de matrimonio, o traslado de domicilio familiar), pero qué duda cabe que puede tener una cierta utilidad, especialmente si se utiliza como complemento del ejercicio de otros derechos.

También entran en este grupo conceptual las permisos no retribuidos o licencias para la atención y el cuidado del hijos y familiares¹²⁴, pero se ha preferido estudiar esta problemática singular en las medidas de ordenación del tiempo de trabajo, a donde nos remitimos para su apreciación singular.

Muy singular ha sido la previsión que contienen algunos convenios con respecto al ejercicio del derecho a las vacaciones anuales retribuidas, previendo, esencialmente, un sistema de prelación que privilegia a quienes tienen hijos menores en edad escolar para que escojan turno de vacaciones que coincida con los periodos vacacionales del calendario escolar. Así, por ejemplo, el art. 36 del II Convenio colectivo de Mediapost Spain, SL. (BOE 3/4/2013) dispone que *«En el supuesto de que el periodo vacacional se establezca por turnos, el trabajador que acredite tener hijos menores de edad cursando estudios en el sistema educativo reglado tendrá preferencia en la elección del turno que coincida con el periodo vacacional docente, siempre que sea posible»*. Es, desde luego una solución razonable que facilita enormemente la conciliación de la vida familiar y laboral¹²⁵.

En otros convenios se ha previsto esta misma circunstancia pero únicamente para familias monoparentales. Así el art. 57 del II Convenio colectivo de la Corporación RTVE (BOE 30/1/2014) dispone que *«En*

¹²³ Art. 18 del Convenio Colectivo de Caja Laboral Banca Seguros (BOE núm. 88, de 12 de abril de 2013).

¹²⁴ Así, por ejemplo, véase lo dispuesto en el art. 28.7 del Convenio colectivo de la Kiabi España Ksce, SA (BOE 17/7/2014), y en el art. 39.VIII del VI del Convenio colectivo estatal de grandes almacenes (BOE 22/4/2013).

¹²⁵ En el mismo sentido véase el art. 45.4 del Convenio colectivo de Ediciones El País, SL, (BOE 3/2/2012) cuando dispone que *«Los trabajadores que tengan a su cargo hijos menores de 14 años tendrán preferencia para elegir sus vacaciones en el periodo estival de las vacaciones escolares que va del 15 de junio al 15 de septiembre, siempre que no suponga un coste añadido y que no genere conflicto en la sección»*.

situación de familias monoparentales se facilitará la elección de turno [de vacaciones] a las personas que tengan asignado el periodo vacacional de sus hijos/as por acuerdo o decisión judicial en ese periodo». Más allá de que existen familias monoparentales que no tienen un acuerdo o decisión judicial que le asigne la pole en el período de vacaciones, simplemente porque no han estado casadas o no han formalizado una pareja de hecho, el espíritu de la norma es claramente tuitivo de una situación vivencial cada más frecuente y necesitada de protección.

También es muy usual, como se ha tenido la ocasión de comentar con anterioridad, que los convenios prevean expresamente fórmulas jurídicas para favorecer la unión del período vacacional con el de descanso maternal.

9.2. De contenido económico

Numerosos convenios regulan determinadas prestaciones de contenido económico directo relacionadas con la conciliación de la vida personal y familiar.

9.2.1. Ayuda por matrimonio

El art. 23 del Convenio Colectivo de las empresas Cargill, S.L.U. y Cargill Oil Packers, S.L. (BOE 1/7/2011) prevé una «*gratificación de pago único, consistente en un mes de salario por matrimonio*». En similar sentido el art. 41 del Convenio colectivo de Seguros Catalana Occidente SA de Seguros y Reaseguros, de Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, SA y de Grupo Catalana Occidente Tecnología y Servicios, AIE (BOE 28/3/2014) prevé un premio de «*366,64 euros*» por «*matrimonio o pareja de hecho*» de «*todos los empleados o hijos de empleados*».

Obsérvese la rica variedad de supuestos que articulan: por matrimonio, por constitución de pareja de hecho, o por ambas cosas en casos de que sean los hijos quienes se casan o constituyen dichas parejas de hecho.

9.2.2. Ayuda por nacimiento de hijo

Tradicional ha sido en nuestro ordenamiento jurídico el establecimiento de ayudas o premios por natalidad consistentes (generalmente)

en un pago económico para las madres, o incluso para los padres, trabajadores incluidos en el ámbito subjetivo del convenio colectivo por el nacimiento o adopción de un hijo.

Las cantidades económicas fluctúan desde los «1200 euros brutos a las trabajadoras que den a luz» abonables «después de finalizar el periodo de baja maternal y en una única paga»¹²⁶, pasando por los «850,00 euros»¹²⁷, «726,71 € brutos por hijo nacido/adoptado durante la vigencia del convenio»¹²⁸, o los «238,76 €»¹²⁹, o los «200 euros brutos con motivo del nacimiento de cada hijo/a»¹³⁰, los «183,32 euros» por el «el nacimiento o adopción de cada hijo de empleados»¹³¹, los «100,00 euros brutos»¹³², hasta los «50 euros por cada nacimiento, acogimiento o adopción de hijo»¹³³.

En otras ocasiones se ha previsto la ayuda económica en relación con el salario, fijándola «en 1 mensualidad sobre salario base, antigüedad y Plus convenio»¹³⁴, o directamente se ha relacionado con la entrega de un «vale de compra por un importe de 225 euros»¹³⁵.

Generalmente regula únicamente el hecho del nacimiento, lo que, en principio, excluye la adopción, aunque hay convenios que sí la prevén expresamente¹³⁶, incluso el acogimiento¹³⁷, aunque lo más usual es que se refieran solamente al nacimiento.

¹²⁶ Art. 49 del Convenio colectivo del grupo de empresas de Acciona Energía, (BOE 21/10/2014).

¹²⁷ El art. 43 del Convenio Colectivo de Kutxabank S.A. (BOE 14/2/2014).

¹²⁸ Art. 29 del Convenio colectivo de la empresa Philips Ibérica, SAU (BOE 8/5/2014).

¹²⁹ Art. 23 del Convenio Colectivo de las empresas Cargill, S.L.U. y Cargill Oil Packers, S.L. (BOE 1/7/2011).

¹³⁰ Art. 40 del Convenio Colectivo de Agfa Graphics N.V. España (BOE 14/8/2014).

¹³¹ Art. 41 del Convenio colectivo de Seguros Catalana Occidente SA de Seguros y Reaseguros, de Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, SA y de Grupo Catalana Occidente Tecnología y Servicios, AIE (BOE 28/3/2014).

¹³² Art. 43 del Convenio Colectivo de Ocan Inspección Técnica de Vehículos, S.A. (BOE 19/9/2013).

¹³³ Art. 31 del Convenio Colectivo de Coviran S.C.A (BOE 9/10/2013).

¹³⁴ Art. 46 del Convenio colectivo que afecta a una pluralidad de empresas: BME Sociedad Holding de Mercados y Sistemas Financieros, SA (BOE 9/10/2013), precisando que el «cálculo de esta ayuda se realizará en base anual prorrateada en 12 meses».

¹³⁵ Art. 37 del VI Convenio colectivo de Decathlon España, SA. (BOE 3/1/2014).

¹³⁶ Así, por ejemplo, el Art. 41 del Convenio colectivo de Seguros Catalana Occidente SA de Seguros y Reaseguros, de Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, SA y de Grupo Catalana Occidente Tecnología y Servicios, AIE (BOE 28/3/2014).

¹³⁷ Art. 31 del Convenio Colectivo de Coviran S.C.A (BOE 9/10/2013).

Lo que si suelen prever es una limitación de la ayuda si ambos progenitores trabajan en la empresa. Suele ser habitual que los convenios contengan declaraciones como estas: «*En el supuesto de que ambos cónyuges presten sus servicios en la empresa no dará lugar a duplicidad de abono de la cantidad indicada*»¹³⁸. Porque «*los sujetos pasivos son los hijos, no pudiendo, por tanto, ninguno, recibir doble prestación económica por el mismo concepto*»¹³⁹.

En algún caso se ha previsto el supuesto de parto múltiple, y la solución a la que se ha llegado ha sido multiplicar la ayuda «*por cada hijo nacido*»¹⁴⁰.

9.2.3. Ayuda guardería

También ha sido usual la regulación de una prestación económica a tanto alzado para sufragar parte de los gastos de guardería. Las modalidades son variadas, previendo no sólo la cuantía económica de la ayuda, sino también la edad que tienen que tener los hijos para el percibo de la misma, y muy frecuentemente la incompatibilidad de su percibo para ambos progenitores si ambos trabajan en la empresa¹⁴¹, así como la necesaria acreditación de la «*asistencia de los hijos de que se trate, a una guardería*»¹⁴².

Las cuantías van desde los «*90 euros brutos pagaderos once veces al año por hijo/a menor de 3 años*»¹⁴³, pasando por los «*(100.—€) bru-*

¹³⁸ Art. 40 del Convenio Colectivo de Agfa Graphics N.V. España (BOE 14/8/2014).

¹³⁹ Art. 29 del Convenio colectivo de la empresa Philips Ibérica, SAU (BOE 8/5/2014).

En otros convenios se precisa que «si el padre y la madre trabajan en la misma empresa percibirá cada uno de ellos la mitad de dicha cantidad», como prevé el art. 43 del Convenio Colectivo de Ocan Inspección Técnica de Vehículos, S.A. (BOE 19/9/2013).

¹⁴⁰ Art. 43 del Convenio Colectivo de Ocan Inspección Técnica de Vehículos, S.A. (BOE 19/9/2013).

¹⁴¹ El art. 48 del IX Convenio colectivo de la empresa Siemens, S.A. 2014 (BOE 15/8/2014) prevé que «Cuando ambos padres trabajen en Siemens esta ayuda la percibirá tan solo uno de ellos».

El art. 22-2 del Convenio colectivo de Nunhems Spain, SAU (BOE 11/7/2012) dispone que «En el caso de que ambos progenitores sean empleados.../...estos beneficios sólo podrán percibirlos uno de ellos a su elección».

¹⁴² Como lo hace el art. 39 del X Convenio colectivo de Schweppes (BOE 26/9/2014). En los mismos términos véase el art. 40 del XI Convenio colectivo de Schweppes (BOE 21/7/2012).

¹⁴³ Art. 48 del IX Convenio colectivo de la empresa Siemens, S.A. 2014 (BOE 15/8/2014).

tos mensuales de ayuda guardería.../...a percibir durante treinta meses, desde el momento en que se produce el nacimiento y hasta que el hijo/s cumpla/n los treinta meses de edad»¹⁴⁴, o los «100 € mensuales durante un año en concepto de Ayuda para gastos de guardería»¹⁴⁵, hasta los «229,62 euros brutos/año» por cada hijo «en edades comprendidas entre tres meses y cuatro años»¹⁴⁶, o los «656,12 € anuales» por el mismo concepto¹⁴⁷.

En algún convenio se prevé que la ayuda se abonará «a quien legalmente ostente la guarda y custodia del hijo o hijos con derecho a este beneficio; extremo que deberá ser justificado fehacientemente ante la dirección de recursos humanos»¹⁴⁸. Guardia y custodia que, en principio, corresponde a los progenitores, aunque puede corresponder a otras personas.

9.2.4. Ayuda por hijo

Otra ayuda muy común ha sido la que se concede por hijo a cargo, percibida por los trabajadores del ámbito subjetivo del convenio¹⁴⁹. En dos modalidades podríamos agrupar dichas ayudas. Por hijo a cargo, y por hijo a cargo discapacitado.

En la primera modalidad se tiene en consideración el hecho jurídico de la tenencia a cargo y la concreta edad del hijo, para atribuir

¹⁴⁴ Art. 27 del VIII Convenio colectivo de Renault España Comercial, SA. (BOE 27/6/2011).

¹⁴⁵ Art. 22-2 del Convenio colectivo de Nunhems Spain, SAU (BOE 11/7/2012).

¹⁴⁶ Art. 39 del X Convenio colectivo de Schweppes (BOE 26/9/2014). También, en los mismos términos el art. 40 del XI Convenio colectivo de Schweppes (BOE 21/7/2012).

¹⁴⁷ Así lo prevé el art. 30 del Convenio colectivo de la empresa Philips Ibérica, SAU (BOE 8/5/2014).

¹⁴⁸ Art. 27 del VIII Convenio colectivo de Renault España Comercial, SA. (BOE 27/6/2011).

¹⁴⁹ De manera muy singular el art. 41.a) del Convenio Colectivo de Agfa Graphics N.V. España (BOE 14/8/2014) prevé una ayuda por «cónyuge» que solamente pueden percibir los «trabajadores/as que venían percibiéndolas a fecha 31 de diciembre de 1985, consistente en una cuantía de «12,92 (doce con noventa y dos euros) brutos mensuales». Concretando seguidamente que esta «ayuda dejará de percibirse en el momento en que el cónyuge que da lugar a este beneficio deje de tener derecho a estar incluido en la cartilla de la Seguridad Social del trabajador/a de la empresa De acuerdo con el compromiso contraído en 1986, esta cuantía no será objeto de revisión en ninguna de las futuras negociaciones colectivas que puedan llevarse a efecto».

u otorgar determinada cantidad económica, bien a tanto alzado bien sucesivamente por un tiempo limitado. Así, por ejemplo, se ha previsto una *«cantidad de 300,00 euros brutos anuales, que se prorratearán en 11 mensualidades, por cada hijo menor de 3 años, siempre que la antigüedad del trabajador en la empresa sea superior a un año»*¹⁵⁰. Y más generosamente el art. 43 del Convenio Colectivo de Kutxabank S.A. (BOE 14/2/2014) establece *«una ayuda de 975,00 euros brutos anuales por cada hijo o hija de 0 a 23 años dependiente del empleado o empleada y que carezca de ingresos de trabajo por cuenta propia o ajena»*¹⁵¹. Es usual que en este tipo de prestaciones se restrinja en el caso de que los dos progenitores trabajen a una única ayuda¹⁵².

La segunda modalidad tiene en consideración la condición de minusválido del hijo, incrementándose, generalmente, la ayuda económica por esta circunstancia, y exigiendo la concreta acreditación de la misma.

Así, por ejemplo, el art. 31 del Convenio colectivo de la empresa Philips Ibérica, SAU (BOE 8/5/2014) prevé *«una ayuda de 4.900,69 € brutos anuales, a abonar, divididas en cada uno de los meses naturales del año, para cada hijo disminuido de las personas comprendidas en el presente Convenio»*, exigiéndose como contrapartida que se acredite que *«hijo esté calificado como disminuido por los servicios médicos competentes»*, y que *«esté matriculado en un centro de educación, o sometido a tratamiento médico adecuado»*¹⁵³.

¹⁵⁰ Art. 34 del Convenio colectivo marco para los establecimientos financieros de crédito (BOE 13/10/2011). También mantiene estas reglas el art. 34 del Convenio colectivo marco para los establecimientos financieros de crédito (BOE 11/10/2013).

¹⁵¹ En similar línea véase el art. 41.b).1 del Convenio Colectivo de Agfa Graphics N.V. España (BOE 14/8/2014) cuando concreta una ayuda a hijos sin discapacidad de «23 euros brutos mensuales» por cada hijo con edad «inferior a 17 años» siempre que «estén incluidos en su cartilla de la Seguridad Social», precisando que dicha ayuda «dejará de abonarse, automáticamente a partir del mes siguiente en que el/ los hijo/as que dan lugar a este beneficios cumplan la edad de 17 (diecisiete) años».

¹⁵² Art. 34 del Convenio colectivo marco para los establecimientos financieros de crédito (BOE 13/10/2011), y rt. 43 del Convenio Colectivo de Kutxabank S.A., (BOE 14/2/2014).

¹⁵³ De manera particular el segundo inciso del precepto referenciado prevé una ayuda de idéntica cuantía económica para el trabajador discapacitado en los siguientes términos: «se amplía durante la vigencia de este convenio, este complemento de discapacidad, para todos aquellos trabajadores que, teniendo un porcentaje de discapacidad reconocido oficialmente igual o superior al 33%, lo aporten, bien en el momento de su contratación o bien en el momento en que se le conceda. Para ello tendrán que presentar y aportar cer-

Por su parte el art. 43 del Convenio Colectivo de Kutxabank S.A., (BOE 14/2/2014) regula dicha ayuda en los siguientes términos: «*en el caso de hijos o hijas de 0 a 23 años con minusvalías totales, físicas o psíquicas, o minusvalía parcial física, médicamente certificada, mientras estas situaciones sean reconocidas como tales por la Seguridad Social o por otras Instituciones dedicadas específicamente a estas atenciones, se establece una ayuda anual de 2.000,00 euros*». De manera complementaria precisa que «*Asimismo para los gastos de Educación Especial, Reeducación, actividades de tiempo libre a través de asociaciones sin ánimo de lucro, respiro familiar, trabajo protegido no remunerado, debidamente justificados, que excedieran de los referidos 2.000,00 euros anuales, la Entidad concederá una ayuda complementaria, que junto con los referidos 2.000,00 euros alcance un importe máximo de 5.000,00 euros*»¹⁵⁴.

9.2.5. Becas al estudio y ayuda escolar

Por último ha sido usual que se regule en el ámbito del convenios algún sistema de becas o de ayudas al estudio para los hijos de los trabajadores incluidos en el convenio¹⁵⁵. Generalmente se ordena

tificado oficial de Minusvalía emitido por el Organismo competente en cada Comunidad Autónoma. Si el grado de discapacidad se redujese por debajo del 33% o desapareciese, el complemento dejaría de percibirse desde la fecha en que se produjera la modificación».

¹⁵⁴El inciso último de dicho artículo prevé la extensión de la ayuda más allá de la edad de 23 años del hijo abonándose sólo la «ayuda económica por los gastos, debidamente justificados, a que se ha hecho referencia, hasta un importe máximo de 5.000,00 euros».

¹⁵⁵De manera peculiar, el art. 43.bis del Convenio Colectivo de Kutxabank S.A. (BOE 14/2/2014) ha previsto una ayuda «para estudios del personal», en los siguientes términos: «los empleados y empleadas en activo que estén desarrollando su trabajo en Kutxabank y cursen estudios para la obtención de títulos universitarios oficiales de Grado, regulados por la normativa vigente en cada momento, recibirán una ayuda económica equivalente al 100% de los gastos de matrícula y libros de texto necesarios de cada curso (no repetido), debidamente justificados y con un máximo de 1.500 euros por cada uno de los cursos en que se divida el estudio universitario, excluyendo repeticiones. Los Master realizados en centros universitarios recibirán una ayuda económica equivalente al 100% de los gastos de matrícula y libros de texto necesarios con un máximo de 1.500 euros. Los estudios que darán lugar al reconocimiento de la ayuda enunciada, deberán tener unos contenidos académicos relacionados con la actividad propia de Kutxabank o ser de especial interés para el puesto de trabajo que el empleado o empleada desempeñe.

Asimismo se abonarán el 100% de los gastos de matrícula y de los libros de texto necesarios a los empleados y empleadas que estudien en Escuelas Oficiales de Idiomas para la obtención de títulos oficiales. Quedan excluidos los estudios dirigidos a la obtención de

teniendo en consideración la edad del hijo anudando a dicha edad determinada cuantía máxima que siempre tiene que ser justificada.

Existen en principio dos modelos de implementación de la ayuda. Se prevé, en primer lugar, un modelo de ayuda lineal con una cantidad económica cierta, que no depende de la edad del hijo, con límite máximo de edad para recibir la ayuda. Se organiza, en segundo lugar, un modelo que tiene en consideración la distinta edad del hijo para implementar diferentes cantidades económicas según dicha edad, también con límites con respecto a la edad del beneficiario.

Del primer grupo puede destacarse el art. 30 del Convenio colectivo de la empresa Philips Ibérica, SAU (BOE 8/5/2014) cuando regula una «Ayuda Guardería, Escolar, Universitaria» para los hijos de los trabajadores «*De cuatro a veintiún años cumplidos en el año natural, en concepto de ayuda escolar/universitaria, por un importe de 433,05 € anuales*».

La ayuda escalada según la edad se emplea, por ejemplo, en el art. 31 del Convenio Colectivo de La Veneciana S.A. (BOE 3/5/2013) que ha previsto un «*sistema de becas aplicable a hijos de trabajadores de alta en la empresa, con edades comprendidas entre los tres años y los veinticinco años (ambos cumplidos), según el siguiente baremo para la duración de vigencia del presente convenio, en función de la edad del hijo: 3 a 5 años (Colegio): 39,26 euros brutos anuales. 6 a 13 años (Colegio): 66,34 euros brutos anuales. 14 a 16 años (Colegio): 74,46 euros brutos anuales. 17 a 19 años (Colegio): 98,14 euros bru-*

título de Doctor, cuya finalidad es la formación en técnicas de investigación. Las ayudas reseñadas estarán sujetas a las siguientes condiciones: a) La ayuda será abonada a la finalización y superación del curso o asignatura completo. b) En los casos de cambio de carrera, se excluirá el derecho de ayuda durante el primer curso, recuperándose el mismo una vez se haya accedido al segundo curso de la carrera a realizar. c) La cuantía de la ayuda económica será abonada de manera proporcional al tiempo servido, cuando la persona ingrese o cese al servicio de la Entidad durante el transcurso del año. d) Con carácter excepcional, se abonarán los gastos correspondientes en caso de repetición de curso o asignatura, siempre y cuando dicha repetición tenga su motivo en enfermedad acreditada del empleado o empleada que le impida asistir a clase por un período no inferior a tres meses durante el curso. e) Respetando las normas establecidas, la Entidad se reserva la facultad de resolver, como mejor estime conveniente, cuantos casos no estén previstos y puedan surgir en el transcurso del tiempo. Los empleados y empleadas que a la fecha de firma del presente Convenio colectivo estuvieran cursando estudios y perciban ayuda de la Entidad para los mismos, mantendrán durante la Vigencia del presente Convenio, en lugar de las ayudas establecidas en el presente artículo, la referida ayuda hasta la finalización de dichos estudios».

tos anuales. 17 a 19 años (F. Profesional Grado 1): 91,38 euros brutos anuales. 20 a 22 años (Estudios Universitarios): 203,05 euros brutos anuales. 20 a 22 años (F. Profesional Grado 2): 152,29 euros brutos anuales. 23 a 25 años (Estudios Universitarios): 247,05 euros brutos anuales. 23 a 25 años (F. Profesional Grado Superior): 152,97 euros brutos anuales. Estudiando F. Profesional fuera periodo edad hasta los 25 años, se abonará siempre 91,38 euros».

Se exige para poder percibir la ayuda que el hijo se encuentre «matriculados en estudios reconocidos por el Estado en centros públicos o privados ubicados en el Estado Español, presentando el documento original de matrícula al Departamento de RRHH, caso de estar fuera de la edad de enseñanza obligatoria, que se realizará en el mes de septiembre». De manera muy completa el precepto del convenio prevé que el «pago de las becas se realizará en el mes de noviembre de cada año», articulando el sistema de bonificación siguiente: «en función del número de hijos del trabajador que estén estudiando entre los tres y los veinticinco años: 10% para 2 hijos, 20% para 3 hijos, 30% para 4 hijos, 40% para 5 o más hijos»¹⁵⁶.

Es, probablemente, el convenio que más detalladamente regula esta cuestión, el que más la desarrolla y articula.

Otra forma de implementar este tipo de ayuda es comisionado en el ámbito empresarial del convenio una cantidad a tanto alzado para sufragar las varias solicitudes que haya en este sentido, ordenado un método de concesión de las mismas para todos los solicitantes. El art. 42 del Convenio Colectivo de Agfa Graphics N.V. España (BOE 14/8/2014) prevé, en este sentido, que se instituye un «fondo destinado para esta ayuda de 9.290 euros para el año 2014. A este fondo podrán optar los trabajadores/as con hijos/as comprendidos entre los 0 (cero) y los 21 (veintiún) años de edad, ambos inclusive y en situación escolar, y que estén a cargo del trabajador/a, dejándose de percibir en el año natural en que se cumplan los 22 (veintidós) años de edad. La cuantía de las ayudas vendrá determinada por el resultado de dividir el importe del fondo entre las ayudas solicitadas, siendo todas de igual valor. En 2014 podrán solicitar estas ayudas las personas que en el año 2013 hayan tenido un total de ingresos no superior a 50.000 eu-

¹⁵⁶El art. 25 del Convenio Colectivo de las empresas Cargill, S.L.U. y Cargill Oil Packers, S.L. (BOE 1/7/2011) prevé la cuantía de «207,28 € por cada hijo».

ros. El plazo de admisión de las solicitudes será de 30 días naturales a partir del siguiente de la publicación del aviso correspondiente, y a ello deberá de unirse el correspondiente certificado de escolaridad. El reparto de las mismas se hará por la empresa conjuntamente con los representantes de los trabajadores/as, pactándose expresamente que el percibo de las ayudas recibidas durante un año no otorga derecho alguno a seguir percibiéndolas en anualidades sucesivas».

Con todas las solicitudes encima de la mesa se ordenará un sistema de devengo que tiene en consideración las circunstancias de los sujetos que las soliciten, pero en ningún caso la totalidad de la ayuda podrá superar el montante económico que la empresa ha dispuesto para cubrir dicha necesidad. No regula, en definitiva, un derecho subjetivo e independiente del volumen de solicitudes, sino un sistema competitivo al que acuden todos los solicitantes.

En algunos supuestos la percepción de la ayuda se limita única y exclusivamente a determinados trabajadores, sólo a aquellos que se encuentran por debajo de un determinado límite salarial. El art. 25 del Convenio Colectivo de las empresas Cargill, S.L.U. y Cargill Oil Packers, S.L. (BOE 1/7/2011) prevé que la ayuda escolar se abone únicamente «a los trabajadores cuya suma de Salario Base más Beneficios más Plus de Convenio sea igual o inferior a 35.000 € brutos anuales, en el momento de la percepción de este concepto y tengan hijos a su cargo, de entre tres y dieciocho años cumplidos».

De manera bastante peculiar el art. 25 del Convenio Colectivo de las empresas Cargill, S.L.U. y Cargill Oil Packers, S.L. (BOE 1/7/2011) contempla la percepción de la ayuda por «los trabajadores que tengan la patria potestad o custodia legal de nietos en edad escolar, lo que deberá ser justificado por el empleado mediante documento oficial».

Es bastante usual, por último, que se imponga una limitación genérica de la ayuda si ambos progenitores trabajan en la ámbito del convenio, en el sentido de impedir que se reciba una «doble prestación económica por el mismo concepto»¹⁵⁷.

Por último, en el ámbito de los convenios de instituciones educativas ha sido común que se prevea para el personal incluido en el

¹⁵⁷ Así lo prevé el art. 30 del Convenio colectivo de la empresa Philips Ibérica, SAU (BOE 8/5/2014).

convenio el «derecho a enseñanza gratuita para sus hijos, en el seno de la empresa en que presten sus servicios y para las enseñanzas que en la misma se impartan con habitualidad»¹⁵⁸.

10. CONCLUSIONES

Parece bastante razonable que la protección de la situación de embarazo se siga articulando desde las exigencias que imponen las normas de prevención de riesgos laborales. En futuro negociador colectivo no debe abandonar esta senda, especialmente en lo que importa a la movilidad de la trabajadora cuando no pueda compatibilizar su situación con el ejercicio de su actividad laboral. Sería deseable que cada vez con mayor frecuencia el embarazo se tuviese en consideración como factor de riesgo específico en el plan de riesgos laborales. La negociación colectiva tiene mucho que decir en este punto.

Es frecuente, pero no puede afirmarse que sea una práctica generalizada, la ampliación convencional del período de descanso maternal, aunque cuando se concede no lo es por un plazo significativo. Una ampliación sistemática de dichos plazos (especialmente para situaciones dificultosas: nacimiento de hijo discapacitado, que debe permanecer hospitalizado, etc) podría ser del todo razonable para un ordenamiento que se sitúa en la media europea en cuando al volumen de tiempo concedido para esta situación. La posibilidad de encadenar el descanso maternal con las vacaciones anuales sin solución de continuidad cuando sea posible se muestra como una solución de lo más razonable para compatibilizar el disfrute de ambos derechos, por lo que podría ser conveniente que se tomase como solución estándar para el negociador colectivo.

¹⁵⁸ Art. 39 del VI Convenio colectivo estatal para los centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, (BOE 4/10/2013).

En el mismo sentido el art. 23 del VII Convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada (BOE 29/4/2011) dispone «Los hijos del personal afectado por este Convenio que tengan contratada, al menos, el 40% de la jornada anual, tendrán derecho a plaza gratuita para sus hijos en las empresas en las que presten sus servicios y para las enseñanzas que en las mismas se imparten en cursos organizados y en funcionamiento y que no exceda del 25% del número de alumnos matriculados en dichos cursos. Durante su estancia en el centro los alumnos becados tendrán idénticas obligaciones que el resto de los alumnos».

La regulación del permiso de paternidad por la negociación colectiva ha sido muy poco fructífera, escasamente creativa. Seguramente la postergación de la entrada en vigor de la norma que amplía el permiso a cuatro semanas tenga gran culpa de ello. Pero precisamente porque se sabe que antes o después va a entrar en vigor podría haberse anticipado el negociador colectivo. Sería razonable, y conveniente, en este sentido que se asumiese un papel de vanguardia en este tema, caminando por delante de la ley, generalizando la ampliación del permiso a cuatro semanas.

El mecanismo jurídico por el cual se idea la concesión de un permiso laboral no retribuido de hasta un mes en para el supuesto de adopción internacional es bastante eficaz, y su empleo general debería sopesarse seriamente. No ya por una política de «ahorro» del permiso general por adopción concedido en el ET, sino porque en determinadas circunstancias la suma de ambos períodos puede tener una gran utilidad, especialmente para la adopción en países que exigen largos períodos de residencia previa a la constitución del vínculo jurídico.

Aunque son numerosos los convenios que mencionan a las parejas de hecho para asimilarlos a los cónyuges en el ámbito objetivo del convenio, es decir, para la concesión de derechos que se prevén para los cónyuges en sentido estricto, sería razonable que el negociador colectivo incluyese con naturalidad cláusulas generales que extendiesen estos derechos a los convivientes de derecho legalmente constituidos y, según qué derechos, incluso a los meros convivientes de hecho. Lo más práctico y eficaz sería que se incluyese una previsión general hermenéutica de eficacia general para todo el ámbito del convenio.

BIBLIOGRAFÍA

- ARENAS VIRUEZ, M.: «La acumulación de las horas de lactancia en un mes de permiso: una opción del trabajador», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 78, (2005).
- GARCÍA ORTEGA, J.: «Prestaciones de apoyo a la familia en la negociación colectiva», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32 (2012).
- HERRÁEZ PLAZA, A. I.: «La igualdad de oportunidades y la negociación colectiva», en VV. AA. (Coord.: MÉNDEZ VÁZQUEZ, J.): *Maternidad, familia y trabajo: de la invisibilidad histórica de las mujeres a la igualdad contemporánea*, Fundación Sánchez Albornoz, Ávila (2007).
- MOLINA HERMOSILLA, O.: «Tratamiento convencional de la Igualdad de Género en un contexto de crisis económica», *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 25 (2011).
- MUÑOZ CAMPOS, J.: «Reflexiones sobre la regulación por convenio colectivo de la excedencia para atender al cuidado del hijo», *Actualidad Laboral*, núm. 1 (1987).
- ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: «Reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares: revalorización del papel del convenio colectivo tras la reforma de 2012», *Relaciones Laborales*, núm. 7-8 (2014).

Capítulo Noveno
LA DISCRIMINACIÓN EN MATERIA
DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
SOFÍA OLARTE ENCABO

SUMARIO

1.– INTRODUCCIÓN. 2.– BALANCE DE LA SITUACIÓN: 2.1 Aspectos generales. 2.2. Perspectiva de género en la evaluación de los riesgos laborales y la formación preventiva. 2.3. La vigilancia de la salud y los reconocimientos médicos. 2.4. Equipos de trabajo y prendas de trabajo. 2.5. Los principios de la acción preventiva y la tutela antidiscriminatoria. 3.– CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. – BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La prevención de riesgos laborales es una de las materias en las que, por ejemplo, a diferencia de la retribución —art. 28 ET—, nuestro ordenamiento legal no ha integrado la perspectiva de género, de ahí que pueda hablarse de una «zona negra» del principio de transversalidad que establece la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres —en adelante, LOIEMH—, lo que sólo parcialmente pueden, en su caso, suplir los convenios colectivos, ya que se trata de una materia —a diferencia de la retributiva, por seguir el ejemplo— en la que el Estado está llamado a desempeñar un papel protagonista a través de normas de Derecho necesario absoluto, frente al papel secundario del convenio colectivo como fuente de regulación. Y la LPRL no ha profundizado en la dimensión de género, más allá de la maternidad y la lactancia. Sin embargo, ello no significa ni mucho menos que la negociación colectiva no pueda hacer aportaciones que mejoren lo dispuesto en las normas del Estado, pues, tal como establece la Exposición de Motivos de Ley 31/1995, de 8 de marzo, de Prevención de Riesgos Laborales —en adelante, LPRL— ésta se conforma como norma mínima tanto para las normas reglamentarias de desarrollo como para la negociación colectiva; lo que también se deduce de lo dispuesto en el artículo 1 de esta ley y expresamente dispone el artículo 2.2 que, reconociendo a las disposiciones de la ley carácter de derecho necesario mínimo indisponible, establece que pueden ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos. Por tanto, en principio, la deficiencia legal puede ser suplida precisamente a través de la negociación colectiva, en orden a garantizar la seguridad, la salud, la vida, la integridad física y psíquica y el bienestar de todos los trabajadores. Todo ello, respetando los contenidos absolutamente indisponibles como los objetivos de la política en ma-

teria de prevención y las instituciones públicas creadas al efecto, así como el régimen de responsabilidades y sanciones por incumplimiento empresarial de sus obligaciones en materia de prevención.

En esta breve alusión al marco jurídico también es imprescindible mencionar el Derecho preventivo de riesgos laborales en la UE (el Tratado de Funcionamiento de la UE, la Carta Europea de Derechos Fundamentales, la Directiva 89/91/CEE, denominada Directiva Marco, Directivas Específicas y Reglamentos sobre aspectos institucionales como el de creación de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo). Y especialmente interesa referirnos muy sucintamente a la *Estrategia Europea sobre Seguridad y Salud en el Trabajo 2014-2020 (COM 2014, 332)*, que establece un marco estratégico de la UE en este período. Se trata de una Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, en la que se dan las orientaciones a seguir y de su análisis se desprende una escasa incidencia de la perspectiva de género.

En cumplimiento de dicha Estrategia Europea, la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020, enumera las prioridades para la mejora de las condiciones de seguridad y salud de los sectores con mayores riesgos, la especial atención a los trastornos musculoesqueléticos —sin alusión a género—, la definición de trabajadores vulnerables y colectivos específicos entre los que se considera urgente una especial atención (jóvenes, trabajadores temporales, trabajadores mayores, de empresas de trabajo temporal y trabajadores autónomos). Además, señala la necesidad de promover un enfoque de género de las actividades preventivas que permita detectar particularidades y garantizar su protección. Igualmente, señala la necesidad de tomar en consideración los factores organizativos y psicológicos en general —sin aludir a un género determinado—, a los riesgos emergentes, los hábitos de vida y las pequeñas y medianas empresas. A partir de este diagnóstico, establece como objetivo general «la mejora continua de condiciones de trabajo de todos los trabajadores por igual» y objetivos específicos la eficiencia, la necesidad de realizar más investigaciones y labor de asesoramiento por parte de la Administración Pública y mejorar los niveles de participación. La perspectiva de género está, por tanto, incorporada, ya que se reconoce la necesidad de un enfoque preventivo de género para identificar las particularidades y garantizar su protección, además de que se presta

más atención a riesgos más vinculados al sexo femenino, aunque no se haga alusión expresa al género.

A nivel interconfederal, los sucesivos Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva han prestado escasa atención a la perspectiva de género en el apartado correspondiente a la seguridad y salud en el trabajo. Concretamente, limitándonos al último de ellos, el AENC 2015, 2016 y 2017¹, se refiere al tema que nos ocupa en dos apartados, el 6 y el 7. El apartado 6, relativo a la igualdad de trato y de oportunidades, contiene una referencia a la igualdad de género promoviendo la incorporación en los convenios colectivos de cláusulas de acción positiva y la subsanación de las diferencias retributivas. Pero, además, establece la adopción de medidas de prevención del acoso sexual o por razón de sexo, que es considerado un riesgo laboral predominantemente femenino. Y, de otro lado, el apartado 7, además de apostar por la necesidad de eliminar los pluses de penosidad, toxicidad o peligrosidad porque colisionan con los principios rectores de la prevención —lo que incidiría en un acortamiento de la brecha retributiva entre mujeres y hombres—, se refiere a la vigilancia de la salud de los trabajadores, proponiendo la sustitución de los reconocimientos médicos generales e inespecíficos por exámenes de salud específicos para un adecuado cumplimiento de la obligación preventiva. También establece que las implicaciones preventivas de dichos reconocimientos específicos deben traducirse en la detección de enfermedades profesionales y la aplicación de medidas concretas en los puestos de trabajo que las ocasionen. Aunque la directriz que este Acuerdo remite a la negociación colectiva sobre sustitución de los reconocimientos médicos genéricos por los específicos puede entenderse se refiere a puestos de trabajo, actividades o sectores, lo cierto es que también cabe incluir la especificidad derivada del género o el diferente impacto de ciertos riesgos en función del género. Y finalmente, además de algunas previsiones sobre los delegados de personal, establece la necesidad de adoptar medidas preventivas frente al estrés laboral —riesgo predominantemente femenino, como veremos—.

Si comparamos este Acuerdo con los anteriores, se detecta una tendencia hacia la mayor diferenciación y subjetivación de las medidas preventivas, lo que, aun sin referirse expresamente al género, es

¹ BOE de 20 de junio de 2015.

claro que permite y abre una vía hacia la progresiva diferenciación por género en materia preventiva.

Cualquier estudio sobre la contribución de los convenios colectivos en materia preventiva pone de manifiesto la intensa regulación colectiva, mejorando y ampliando de forma importante los mínimos legales en materias relacionadas con los derechos colectivos de los trabajadores en materia preventiva: el de información, de consulta y participación, el ejercicio de funciones de los delegados de prevención y las competencias y funcionamiento de los comités de seguridad y salud laboral (la Exposición de Motivos de la LPRL se refiere expresamente a la negociación colectiva en esta materia, además de la expresa previsión de mejoras en esta materia en los artículos 35.4 y 38.3 de la Ley). Contribución importante como herramienta de mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en general, pero que, en principio, no se refiere ni incide de forma especial en la cuestión aquí analizada —es decir— la contribución a la igualdad efectiva entre trabajadoras y trabajadores en materia preventiva.

Actualmente casi todos los convenios colectivos contienen cláusulas relativas a la prevención de riesgos laborales o a la seguridad y salud de los trabajadores, predominando aquéllos que se limitan a la remisión a lo dispuesto en la LPRL o a la reproducción de los preceptos legales. Especialmente reiterativos son los convenios que reproducen literalmente los principios de la acción preventiva establecidos en los artículos 14 y 15 de la LPRL, las obligaciones de los trabajadores del artículo 20 de la Ley, el plan de prevención y la planificación de la actividad preventiva, la evaluación de los riesgos y la actuación en caso de riesgo grave e inminente. También, entre los contenidos preventivos, los convenios inciden en aspectos como la señalización, las condiciones de las instalaciones, la protección frente a ruidos, los equipos de trabajo y medios de protección, desarrollo del derecho a la formación preventiva de los trabajadores, la vigilancia de la salud y los reconocimientos médicos, con escasas especificaciones o mejoras respecto a lo establecido en la ley.

El género en materia de prevención de riesgos laborales es considerado en los convenios colectivos casi exclusivamente en relación con el embarazo y la lactancia, contemplando medidas como la movilidad funcional, la adaptación del puesto de trabajo o la suspensión del contrato de trabajo, sin mejorar ni ampliar las previsiones del art. 26

de la LPRL. Ello ha llevado a la doctrina a afirmar que el principio de transversalidad sólo se ha cumplido parcialmente², en temas relacionados con el embarazo y la maternidad que parecen percibirse como únicas realidades fisiológicas específicamente femeninas.

De la misma manera, los convenios están desarrollando una importante labor normativa en materia de acoso sexual o por razón de sexo, que por su entidad propia, es analizado en otro capítulo de esta obra.

A parte de todo lo relacionado con la maternidad y el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, en este capítulo, nos vamos a centrar en analizar en qué medida las obligaciones y derechos preventivos generales incorporan o no la perspectiva de género y en qué medida pueden resultar o no prácticas discriminatorias derivadas de la no consideración del diferente impacto de los riesgos laborales sobre las trabajadoras, produciendo un efecto o resultado desfavorable en orden a una efectiva protección de su seguridad y salud.

2. BALANCE DE LA SITUACIÓN

El tema que vamos a analizar no pretende abarcar todas las cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos laborales de las trabajadoras en la negociación colectiva, sino que nos vamos a limitar a dos aspectos:

- de un lado, determinar si el conjunto de obligaciones y derechos preventivos reciben o no una atención diferenciada por razón de sexo y, en su caso, si el tratamiento indiferenciado produce o no objetivamente un efecto adverso sobre la salud de las trabajadoras
- y, de otro, analizar en concreto la regulación convencional del conjunto de derechos y obligaciones preventivas, excluyendo de análisis por su entidad y estudio en sendos capítulos de esta obra, de las abundantes previsiones sobre embarazo, maternidad y lactancia, así como las que versan sobre acoso sexual o por razón de sexo.

² En este sentido, *vid.* FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: «La salud laboral desde una perspectiva de género», en VV.AA. (COORD. LOUSADA AROCHENA), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2008, pg. 330.

2.1. Aspectos generales

Los convenios colectivos, casi sin excepción, han incorporado entre sus contenidos habituales cláusulas o, incluso, capítulos enteros dedicados a la regulación de las obligaciones y derechos preventivos de empresarios y trabajadores. Sin embargo, apenas se aprecia la perspectiva de género en su tratamiento —al margen del acoso sexual o por razón de sexo y todo lo relacionado con el embarazo y la maternidad—, siendo difícil encontrar una explicación plenamente convincente de esta carencia. Ni hay una especial oposición empresarial, ni su introducción comporta necesariamente un coste adicional a las empresas, ni los sindicatos son desconocedores de la existencia de algunas diferencias en la forma en la que incide el trabajo sobre hombres y mujeres. La única razón sería pues el desconocimiento de cuáles son las diferencias relevantes a valorar a efectos preventivos o el convencimiento de que los riesgos del trabajo inciden de la misma manera en hombres que en mujeres, siendo lo relevante el trabajo en sí. Si ello fuera así, se estaría negando la transversalidad en el ámbito de la seguridad y salud laboral. Pero para llegar a una conclusión científica sobre la veracidad de dicha hipótesis —el carácter indiferenciado de los riesgos en función del género— sería necesario el apoyo de las Ciencias de la Salud, las cuales no apuntan en esa dirección.

Sin embargo, y pese a esta realidad (el tratamiento indiferenciado), la lógica nos dice que si algún contenido de los convenios colectivos debiera tener una perspectiva de género, considero que debiera ser la seguridad y la salud en el trabajo. Y ello no sólo por razones jurídicas —la vinculación de la negociación colectiva al principio de igualdad y el protagonismo que la LPRL reconoce al convenio colectivo— sino, sobre todo, por razones estrictamente lógicas, ya que la necesidad de un enfoque preventivo diferenciado se sustenta en una realidad biológica incontestable —al margen del embarazo y la maternidad—: la diferencia física entre los dos géneros, lo que lógicamente comporta, al menos en algunos casos, que los riesgos generales y objetivos del trabajo incidan en ellos de forma diferente y que además, hombres y mujeres estén expuestos a riesgos diferentes o específicos de su género.

Sin embargo, tal y como han constatado la mayor parte de los estudios al respecto, se observa, en términos generales, una escasa penetración de la perspectiva de género en materia preventiva, funda-

mentalmente por el predominio de la perspectiva objetiva —tipo de trabajo o actividad—, frente a la subjetiva. De hecho, los convenios que mayor atención prestan a riesgos laborales predominantemente femeninos son los adoptados en sectores feminizados, lo que, no hace sino reforzar la idea de que la prevención tiene un tratamiento predominantemente objetivo, ya que si se presta atención en estos sectores a dichos riesgos «femeninos» es precisamente porque la actividad está desempeñada en ese sector mayoritariamente por mujeres.

Esta carencia se manifiesta en la escasa consideración en cualquiera de las actividades preventivas de la incidencia de la «doble jornada» sobre las mujeres en el trabajo y de la incidencia de la mayor precariedad laboral sobre las mujeres, pero también por el desconocimiento de riesgos genéricos con especial incidencia en mujeres trabajadoras y de riesgos específicos. Aspectos, todos ellos, que deben ser tenidos en cuenta en la evaluación de los riesgos y en la adopción de medidas adecuadas, ya que el desconocimiento de la diferencia biológica entre hombres y mujeres (tomando como patrón referencial únicamente al hombre) comporta una discriminación indirecta, en cuanto su no consideración genera efectos desfavorables a las mujeres trabajadoras —la no efectiva protección de su seguridad y salud en el trabajo—. El hecho de que la prevención sea percibida por la parte empresarial como una «carga» o un coste social, no explica la escasa penetración de la perspectiva de género, ya que su consideración, además de contribuir a una más eficaz protección de la salud de los trabajadores, no tiene por qué comportar un coste adicional, ya que simplemente se trata de reasignar dichos costes de una forma más eficiente porque las medidas adoptadas tendrían unos resultados preventivos sensiblemente mejores.

Sin perjuicio de las afirmaciones anteriores, en algunos convenios se está incorporando la perspectiva de género en aspectos diversos, como la evaluación y planificación de la actividad preventiva, la vigilancia del estado de salud, los reconocimientos médicos y los medios de protección individual.

2.2. La perspectiva de género en la evaluación de riesgos laborales y la formación preventiva

La evaluación de riesgos laborales —art. 16 LPRL— está escasamente desarrollada en la negociación colectiva, tal y como se ha

adelantado, siendo la maternidad el único elemento de género tenido en cuenta por los escasos convenios que se refieren a esta obligación empresarial. En contraste, el apartado 2.a) de dicho precepto legal establece que en la evaluación de riesgos se han de considerar la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo y las características de los trabajadores. Por tanto, la ley impone la doble dimensión objetiva y subjetiva a la hora de evaluar los riesgos, sin embargo, la negociación colectiva no entra, en caso de regular la evaluación, en este tipo de consideraciones, salvo, como hemos señalado, el embarazo y la maternidad y en relación con la fertilidad, tanto de trabajadores como de trabajadoras, —esto último, en algunos convenios que se refieren a actividades en las que hay exposición a agentes químicos, biológicos o físicos y tienen en cuenta el género de los trabajadores en la evaluación—.

No obstante, aun de forma indirecta y no explícita, la progresiva evaluación de los riesgos psicosociales constituye un avance de la perspectiva de género en materia preventiva³, ya que estos riesgos se asocian de forma predominante a las trabajadoras, lo que se explica por la feminización de sectores de actividad en los que estos riesgos son más relevantes (cuidadores, educación, sanidad), además de la concurrencia en ellos de otros factores laborales feminizados (peores condiciones de trabajo, «doble jornada», temporalidad...). En definitiva, la evaluación de riesgos requiere una mayor atención por parte de los negociadores porque es el instrumento idóneo del que partir para poder, luego, adoptar medidas adecuadas. Es en ese momento inicial en el que se deben tener en cuenta las diferencias físicas, psíquicas, sociales y laborales entre las trabajadoras y los trabajadores, combinando las evaluaciones objetivas con las subjetivas.

La formación preventiva es otro de los aspectos a los que más atención ha prestado la negociación colectiva, sin embargo, al igual que sucede con la evaluación, adolece de perspectiva de género. En los escasos convenios en los que se prevén medidas como una «escuela de espalda» que contempla el de la empresa Eroski, en relación con el riesgo músculo-esquelético, es visible la perspectiva de género,

³ El Convenio Colectivo de Mercadona, el de Gallina Blanca y el de Anea prevén que las evaluaciones de riesgos contendrán necesariamente un análisis de las condiciones de trabajo tanto desde el punto de vista de la seguridad e higiene industrial como de los factores ergonómicos y psicosociales derivados del trabajo.

pero no tanto como tal, sino como consecuencia del predominio de las mujeres en puestos de trabajo afectados por estos riesgos. Es decir, es la feminización del sector o de la actividad o puesto de trabajo —la dimensión objetiva— lo que determina que se preste atención a la formación preventiva frente a este tipo de riesgo laboral, no el género en sí —la dimensión subjetiva—. En algún caso⁴, los convenios prestan atención al tiempo dedicado a la formación, previendo su realización en horas de trabajo o, en caso de no ser posible, su compensación con tiempo de descanso, lo que sin duda, por razones relacionadas con la conciliación, favorece sobre todo a las mujeres, aunque se trata de una previsión indiferenciada, que no alude al sexo —ya que, de hacerlo, podría considerarse discriminatoria para los trabajadores masculinos, contribuyendo, además a la perpetuación de los roles sociales tradicionales—.

2.3. La vigilancia de la salud y los reconocimientos médicos

Entre las obligaciones preventivas, la vigilancia de la salud de los trabajadores es, sin duda una de las que mayor atención recibe por parte de la negociación colectiva (art. 22 LPRL). La vigilancia de la salud de los trabajadores es una de las obligaciones empresariales y uno de los derechos de los trabajadores en que se concreta el derecho a una protección preventiva eficaz, la cual se traduce en la realización de reconocimientos médicos.

Los convenios colectivos regulan aspectos concretos de los reconocimientos médicos como su carácter voluntario, su periodicidad y, en caso de contener especificaciones sobre el tipo de reconocimiento a realizar, lo hacen en la mayor parte de los casos teniendo en cuenta sólo riesgos objetivos, es decir, los riesgos inherentes a tipos de trabajo o puestos de trabajo concretos propios del sector o de la actividad de la empresa. En cambio, es menos frecuente la consideración de aspectos subjetivos, entre los que podría incluirse el género; en algún caso se tienen en cuenta la edad de los trabajadores y en otros, se alude de forma más general a la consideración de las características de las personas —entre las que puede entenderse incluido el sexo—. Así el Convenio

⁴ Convenio Colectivo de Recuperación de Residuos y Materias Primas Secundarias, el artículo 22 relativo a la seguridad y salud laboral regula la formación preventiva garantizando su realización en tiempo de trabajo o, cuando no sea posible, su compensación.

Colectivo de Pirelli Neumáticos establece que se vigilará «de modo particular» la salud de aquéllos trabajadores y grupos de trabajadores que por sus características personales, por sus condiciones de mayor exposición a riesgos o por otras circunstancias tengan mayor vulnerabilidad al mismo —y adviértase que prevé una vigilancia reforzada tanto por razones subjetivas como por razones objetivas—.

En relación con el tipo de riesgos propios de determinados puestos de trabajo se prevén algunos reconocimientos médicos específicos para dichos riesgos y se reconoce expresamente su incidencia predominantemente femenina, como el Convenio del Grupo Eroski, que contempla de forma diferenciada los riesgos músculo esqueléticos, que generan patologías sobre todo en las trabajadoras, incluyendo en las revisiones médicas pruebas de musculatura y esqueleto (Protocolos de Reconocimientos Médicos Específicos Musculo-Esqueléticos). Convenio que llega hasta completar dicha acción preventiva con medidas formativas también dirigidas a evitar patologías derivadas de este riesgo —como la escuela de espalda—, que se dirige a trabajadores que prestan servicios en puestos de trabajo con manipulación de cargas, posturas forzadas, trabajo en alturas y en temperaturas frías. Este tipo de previsión, al tener en cuenta la dimensión de género, es un avance en la consideración de riesgos que afectan a mujeres y la lucha contra la discriminación en materia preventiva, siendo especialmente positivo el que se tengan en cuenta los riesgos músculo esqueléticos en trabajos distintos a los de carga de peso —predominantemente masculinos—, tales como los que comportan una postura forzada —cajeros/as— que son desempeñados mayoritariamente por trabajadoras.

La previsión de revisiones ginecológicas o pruebas específicas al margen de los estados de embarazo o los períodos de lactancia son excepcionales. En algún caso se contempla la realización de mamografías a trabajadoras a partir de una determinada edad, como por ejemplo el Convenio Colectivo de NCR España o, en otros casos, una revisión ginecológica, que prevé el Convenio de Perfumería y Afines.

2.4. Equipos de trabajo, medios de protección y prendas de trabajo

A diferencia de los equipos de trabajo y medios de protección, materia en la que los convenios no contemplan previsiones específicas para mujeres trabajadoras por imponerse una perspectiva objetiva (el

tipo de riesgo inherente a cada trabajo, aun tratándose de los equipos de protección individual), es al regular las prendas de trabajo cuando los convenios, en algún caso, contienen alusiones directas o indirectas de tipo subjetivo —entre las que puede estar el género—.

No nos referimos a la regulación de la uniformidad y uniformes, que nos llevaría a analizar otras cuestiones discriminatorias sobre uniformes masculinos y femeninos, sino a la utilización de una determinada ropa de trabajo con una orientación preventiva. Algún convenio incorpora dicha dimensión subjetiva en términos genéricos, estableciendo, por ejemplo, que las prendas de trabajo se adaptarán «a las condiciones físicas del personal»⁵, lo que incluiría el género, sin que quede muy claramente establecido a lo que se puede referir, aunque probablemente se esté pensando en el estado de gestación de la trabajadora, como de hecho prevén otros convenios⁶.

2.5. Los principios de la acción preventiva y la tutela antidiscriminatoria

El artículo 15 de la LPRL regula los principios de la acción preventiva de forma imperativa para la negociación colectiva, de modo que los convenios no pueden modificar ni incidir en los mismos. El primero de dichos principios —art. 15-1— a)— es el de evitar los riesgos, principio que pretende lisa y llanamente la supresión de los riesgos que no sean estrictamente innecesarios; sin embargo, algunos convenios colectivos aplican este principio como medida de movilidad de las trabajadoras, evitando puestos de trabajo que pueden comportar riesgos para su salud. Concretamente, el Convenio Colectivo de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos, como medida preventiva contempla la no asignación a trabajadoras de las tareas de carga de barricas, carga de grandes fardos y acarreos pesados, lo que se encomienda a hombres mayores de 18 años; y en el mismo sentido, contempla la no utilización de personal femenino en labores de carga y descarga que exijan subirse a camiones y buques.

⁵ Artículo 58 del Convenio Estatal de Farmacia.

⁶ Tanto el Convenio de Recuperación de Residuos y Materias Primas Secundarias, como el Convenio de Peluquerías, Institutos de Belleza y Gimnasios, prevén el suministro de prendas de trabajo adecuadas al estado de gestación de la mujer trabajadora.

Este convenio incurre en una medida que, lejos de introducir la perspectiva de género en materia preventiva, es discriminatoria. En efecto, la LPRL al referirse a la evitación del riesgo no lo hace en términos de segregación de sexos, ni de ninguna otra índole, sino en términos de su supresión general cuando ello sea posible. Además, parecen olvidar los negociadores otro de los principios de la acción preventiva de gran potencialidad antidiscriminatoria, el contemplado en el apartado d), consistente en «adaptar el trabajo a la persona, en particular respecto a la concepción de los puestos de trabajo, así como la elección de los equipos y métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo sobre la salud»; e igualmente el contemplado en el apartado e) de dicho precepto: tener en cuenta la evolución de la técnica. Ambos principios debieran haber conducido a introducir la utilización de maquinaria y herramientas de carga y desplazamiento de la misma, de modo que las trabajadoras pudieran asumir dichas tareas sin perjuicio sobre su salud ni sobre sus retribuciones, que es, junto a la salud, el principal efecto adverso de dicha previsión.

Es cierto que muchos convenios contemplan la movilidad funcional como medida de protección de determinados trabajadores sensibles a determinados riesgos, sin embargo, esta previsión se ha de entender referida a trabajadores individualmente considerados, no a un grupo —que en términos globales casi alcanza la mitad de la población activa—. En todo caso, no es un caso anecdótico, ya que otros convenios, por ejemplo, prevén que las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, lo que se contempla como medida preventiva junto con los menores de 18 años⁷.

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La discriminación por razón de género en la prevención de riesgos laborales adopta formas sutiles que constituyen, en su caso, formas de discriminación indirecta, es decir, que, aun aparentemente neutras,

⁷ Vid. el Convenio Colectivo de empresas al por mayor e importadoras de productos químicos industriales, droguería, perfumería y afines, cuyo artículo 58, al regular las obligaciones preventivas de los trabajadores prohíbe la realización de más de ocho horas diarias a las mujeres embarazadas o en período de lactancia.

provocan un efecto adverso sobre las trabajadoras en materia de seguridad y salud. Básicamente, la discriminación consistiría, no en la exclusión de las mujeres de las medidas preventivas, sino en la no consideración de lo diferencial de la mujer frente al hombre a la hora de adoptar medidas de prevención de riesgos laborales o de proteger la seguridad y la salud laboral. Pero para que se produzca la discriminación es preciso, bien que esa diferencia física, psíquica, biológica, social o laboral determine una incidencia diferenciada de los riesgos del trabajo en las trabajadoras; o bien, que se trate de riesgos específicamente femeninos o feminizados.

De todo ello, la negociación colectiva parece estar regulando, cada vez de forma más generalizada, riesgos específica o predominantemente femeninos. Riesgos que son diferentes de las situaciones transitorias de embarazo, maternidad y lactancia, y que afectan predominantemente a las mujeres: los riesgos psicosociales, las formas de violencia sexual y los riesgos músculo-esqueléticos. En este sentido, se puede hablar de un avance importante de la dimensión de género en atención a los riesgos específicamente femeninos o feminizados. En cambio, se ha avanzado menos en la identificación de riesgos genéricos que inciden de forma diferente en hombres y mujeres, de cara a adoptar medidas también diferenciadas. Ello es debido a la concepción predominantemente objetiva u objetivizada de los riesgos, mientras que la perspectiva subjetiva se ha centrado —además de la maternidad— sobre todo en la edad del trabajador o ciertas características estrictamente personales que hacen más vulnerables a determinados trabajadores. Concepción objetiva que debe ser, sin duda, predominante (los riesgos lo son para todos los trabajadores), pero que en algún caso puede completarse con la dimensión subjetiva de género, para lo que, además del apoyo de los estudios de las Ciencias de la Salud, se debiera contar con una mayor presencia de las mujeres en los órganos de participación —delegados de prevención y comités de seguridad e higiene—, con formación específica, ya que su condición de trabajadora aportará sin duda un planteamiento inclusivo de los riesgos laborales de las mujeres. A tal efecto, en la regulación de la composición de estos órganos se debiera establecer la composición paritaria o la presencia de mujeres trabajadoras siempre que ello fuera posible.

Y sobre las cláusulas de convenios colectivos que discriminan laboralmente a las mujeres bajo la coartada de la protección de su seguridad

y su salud, la doctrina del TC es clara al respecto, al considerar contrarios a la Constitución cualquier precepto, legal o convencional, nacional o internacional, que, bajo una finalidad protectora de las mujeres en el trabajo determine su exclusión de determinados trabajos. Por tanto, debería procederse a la depuración de este tipo de cláusulas preventivas con «dimensión de género», dejando claro que el principio de política preventiva de la eliminación del riesgo no equivale a la exclusión de un grupo de personas sino a la eliminación del riesgo en sí y para cuando ello no sea posible se ha de atender al principio de adaptación del puesto a la persona y a la incorporación de los avances técnicos.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ MONTERO, A.: «Prevención de riesgos laborales con perspectiva de género» en VV.AA. (dir. MOLINA HERMOSILLA) *Gestión práctica de planes de igualdad*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: «La salud laboral desde una perspectiva de género», en VV.AA. (dir. LOUSADA AROCHENA), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2008.
- IGARTÚA MIRÓ, M^a.T.: «Prevención de riesgos laborales y trabajo de la mujer», *Temas Laborales*, nº 91, 2007.
- *Salud, mujeres y trabajos. Guía para la mejora de las condiciones de salud y trabajo de las mujeres*», CCOO, Madrid, 2004.
- MENDOZA NAVAS, N.: «La salud y la seguridad en el trabajo desde una perspectiva de género», en VV.AA (dir. ROMERO RÓDENAS): *La conciliación de la vida laboral, familiar y personal en la negociación colectiva de Castilla-La Mancha*, Ed. Bomarzo, Madrid, 2009.
- *La negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales*, Ed. Comares, Granada, 2011.
- «La negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales», en VV.AA. (dir. MONEREO PÉREZ y RIVAS VALLEJO), *Tratado de Salud Laboral, Tomo I*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012.
- MERINO SEGOVIA, A.: «Negociación colectiva y prevención de riesgos laborales», en VV.AA. (dir. GARRIGUES GIMÉNEZ), *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2009.
- RIVAS VALLEJO, P.: *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, Comares, Granada, 2008.

Capítulo Décimo
EL ACOSO
(LABORAL, SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO)
DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

SUMARIO

1.- DEFINICIÓN Y DIFERENCIAS ENTRE ACOSO LABORAL, ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO: 1.1. Acoso laboral. 1.2. Acoso sexual y acoso por razón de sexo. 2.- MEDIDAS ESPECÍFICAS PARA PREVENIR EL ACOSO LABORAL, ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO EN EL TRABAJO. 3.- EL DESARROLLO DE LOS DIFERENTES TIPOS DE ACOSO EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS. 4.- RÉGIMEN SANCIONADOR. 5.- PROPUESTAS PARA ERRADICAR Y PREVENIR LOS DIFERENTES TIPOS DE ACOSO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. – BIBLIOGRAFÍA.

1. DEFINICIÓN Y DIFERENCIAS ENTRE ACOSO LABORAL, ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

1.1. Acoso laboral

El acoso laboral es conocido, a su vez, por el término *mobbing* que proviene del verbo inglés *to mob* que significa «atacar en tumulto»¹, «atropellar»²; es decir, atropellar por «confusión, alboroto producidos por una multitud de personas»³. El acoso laboral es objeto de un estudio pluridisciplinar y del cual participa la Psicología, Psiquiatría, Sociología y el Derecho. En suma, se trata de un término no jurídico, procedente del campo de la Psicología, que ha sido necesario redefinir en el mundo del Derecho, con el objeto de precisar su alcance y contenido, máxime ante la inexistencia de un concepto normativo de común aceptación que englobe al conjunto de las conductas que son susceptibles de ser calificadas como constitutivas de acoso laboral. El *mobbing* también es conocido como acoso moral, acoso laboral, acoso psicológico en el trabajo, psicoterror laboral, hostigamiento laboral, asesinato psíquico y hostigamiento psicológico en el trabajo.

La figura del acoso laboral no se encuentra definido en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el

¹ Significado de *to mob* en *Diccionario Inglés-Español*, Home English, Edim, S.C.C.L., Barcelona, 2000, pág. 207.

² Significado de *mob* en *Diccionario Básico Langenscheidt Inglés*, Langenscheidt KG, Alemania, 1985, pág. 490.

³ Significado de tumulto, en REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa, Madrid, 2001, pág. 2243. *Diccionario SM Avanzado Lengua Española*, Ediciones SM, Madrid, 2001, pág. 1.217.

texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)⁴; no obstante, se apoya en la Constitución Española⁵ bajo los artículos 10, 14 y 15. Se trata de un comportamiento que en la última década del siglo pasado se ha convertido en el centro de atención pública, con un notable incremento de estudios y debates⁶.

Bajo este contexto, existe un cúmulo de sentencias, que ante la falta de definición legal, han adoptado la definición establecida por el psicólogo Heinz Leymann, recogida en la Nota Técnica preventiva núm. 476 del Instituto Nacional de la Seguridad e Higiene en el trabajo⁷. Dicho instrumento define el acoso laboral como una «conducta abusiva o violencia psicológica a la que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicósomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido. Se trata de forma de estrés laboral que se caracteriza por tener su origen —más que en el trabajo— en las relaciones interpersonales que se producen en el seno de la Empresa»⁸.

Posteriormente, el Instituto Nacional de la Seguridad e Higiene en el Trabajo en la Nota Técnica Preventiva núm. 854, que actualiza la núm. 476, define Acoso Psicológico en el Trabajo como la «exposición a conductas de violencia psicológica, dirigidas de forma reiterada

⁴ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

⁵ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

⁶ Aunque el acoso moral en el ámbito laboral no tiene una definición legal global, ha venido manteniéndose que se trata de conductas no deseadas que tienen por objeto atentar contra la dignidad de una persona, creando un entorno humillante u ofensivo para la misma y siendo una situación en la que la persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática, durante un tiempo prolongado. Una conducta abusiva y reiterada integrada por comportamientos, palabras o actitudes que lesionan la dignidad del trabajador y que ponen en peligro o degradan sus condiciones de trabajo. STSJ de Castilla y León, de 18 de abril de 2013.

⁷ Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO: Nota Técnica de Prevención núm. 476: «El hostigamiento psicológico en el Trabajo»: <http://www.insht.es> *Vid.* STSJ de Cataluña, de 1 de abril de 2005.

⁸ STSJ de Cataluña, de 11 de abril de 2005.

y prolongada en el tiempo, hacia una o más personas por parte de otra/s que actúan frente aquella/s desde una posición de poder (no necesariamente jerárquica). Dicha exposición se da en el marco de una relación laboral y supone un riesgo importante para la salud»⁹.

Dicho en otras palabras, el acoso laboral comprende las situaciones de hostigamiento a un trabajador frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de manera prolongada, en el que le causan alteraciones psicósomáticas de ansiedad y, generalmente, consiguen el abandono del trabajador del empleo al no poder soportar el estrés al que se ve sometido¹⁰.

Por otra parte, el artículo 28.1 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social¹¹, define el acoso como «toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo».

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹², señala en la Exposición de Motivos que dentro de los delitos de torturas y contra la integridad moral, se incrimina la conducta de acoso laboral, entendiéndose por tal el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad funcionarial o laboral que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad. A tal efecto, se añade un segundo párrafo al apartado 1 del artículo 173 de la Ley

⁹ «En la actualidad, coexisten distintas definiciones del concepto «acoso psicológico en el trabajo (APT) o mobbing». La falta de homogeneidad de las mismas, así como la ambigüedad de algunos conceptos descritos puede inducir a errores de interpretación que no permiten una correcta delimitación del problema. Por ello, se presenta una definición operativa de APT desde el marco técnico de la Prevención de Riesgos Laborales, elaborada por este grupo de trabajo, con el objeto de facilitar un marco conceptual que permita al especialista identificar y discriminar el acoso psicológico en el trabajo de otro tipo de situaciones. Esta NTP actualiza los conceptos de la NTP 476». Nota Técnica de Prevención núm. 854 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT): «Acoso psicológico en el Trabajo»: <http://www.insht.es>

¹⁰ STSJ de Madrid, de 18 de junio de 2001 y STSJ de Cataluña, de 22 de septiembre de 2005.

¹¹ BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 2003.

¹² BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹³ español al establecer que «con la misma pena (seis meses a dos años) serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima».

1.2. Acoso sexual y acoso por razón de sexo

La Recomendación 92/131/CEE de la Comisión, de 27 de noviembre de 1991, relativa a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo¹⁴, entiende por acoso sexual «la conducta de naturaleza sexual y otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, lo cual puede incluir comportamientos físicos o verbales no deseados». El Consejo de la Unión Europea en resolución de 25 de mayo de 1990, afirma que la situación de acoso crea un entorno laboral intimidatorio, hostil y humillante para quien los sufre¹⁵.

El Parlamento Europeo en su sesión de 12 de junio de 2002 ha considerado el acoso sexual como una discriminación por razón de sexo, al diferenciarlo entre los siguientes hostigamientos¹⁶: a) Acoso relacionado con el sexo o acoso sexual ambiental, es la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de aquella persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, b) Acoso sexual en sentido propio, es la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal o físico no deseado de índole sexual que tenga por objeto o efecto atentar contra la dignidad de una persona, y, en particular, contra su libertad sexual.

A tal efecto, para que se considere acoso sexual deben concurrir los siguientes requisitos:

¹³ BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

¹⁴ DOUE, Serie L, núm. 49 de 24 de febrero de 1992.

¹⁵ Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y VELASCO PORTERO, M^a T.: «La igualdad entre mujeres y hombres tras el Tratado de Lisboa», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, Serie Derecho Social Internacional y Comunitario, 2011.

¹⁶ SSTSJ de Canarias, de 27 de diciembre de 2007 y 21 de julio de 2009, y STSJ de Madrid, de 16 de junio de 2002.

- a) Deben tratarse de manifestaciones de claro contenido sexual o libidinoso.
- b) Deben producirse en el lugar de trabajo.
- c) Deben darse un comportamiento no deseado, que exista una negativa clara y terminante por parte del afectado.
- d) Deben revestir una gravedad suficiente, por su intensidad, reiteración y efectos sobre la salud mental del trabajador o trabajadora.

Este tipo de acoso consiste, por consiguiente, en conductas que el hostigador sabe o debería saber que son ofensivas, por su gravedad conforme a la conciencia social imperante o por no ser deseadas por la persona que las sufre.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH)¹⁷, en el artículo 7.1 señala que «sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal (y) a los efectos de esta Ley», se define el acoso sexual como «cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo». De su simple lectura se extraen sus elementos:

- a) Comportamientos verbales o físicos de acoso.
- b) Carácter sexual.
- c) Conductas ofensivas que constituyan comportamientos anti-jurídicos.

Por otra parte, la LOIMH recoge el concepto de acoso por razón de sexo como «cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo». De su literalidad se evidencia que los elementos del acoso por razón de sexo son semejantes a los del acoso sexual, salvo la «naturaleza sexual» del acoso sexual, que es sustituida por la nota de ser «realizado en función del sexo de una persona».

De esta forma se distingue el acoso por razón de sexo del acoso sexual, ambos tipos incluidos como discriminación por razón de

¹⁷ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

género¹⁸, en el que el primero el maltrato o la ofensa viene determinado como consecuencia de ser mujer. Dicho en otros términos, por el hecho de pertenecer al género femenino, ello da lugar a actitudes basadas en el menosprecio de la víctima y la prepotencia del agresor y, en todo caso tendente a desvalorizar a la mujer por el hecho de serlo en su actuación laboral. En el acoso sexual, aunque se da la misma connotación de desvalorización, la conducta ofensiva está relacionada con la sexualidad de las personas, lesiona la dignidad e intimidad de ésta, porque afecta a su libertad sexual¹⁹.

A tal efecto el Tribunal Constitucional ha señalado que «en el ámbito de esa salvaguardia queda así prohibido no sólo el acoso en el cual el sometimiento de la mujer o el hombre a tales requerimientos no queridos ni pedidos de empleadores o compañeros, se erige en un peligro de la estabilidad en el empleo, la promoción, o la formación profesional o cualesquiera otras condiciones en el trabajo o en el salario, sino también el acoso sexual consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador²⁰. En tal situación constituye un elemento esencial que esa conducta sea lo suficientemente grave como para crear tal entorno negativo y lo sea, por otra parte, no sólo según la percepción subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece, sino objetivamente considerada. Por tanto, en esta modalidad del acoso hay algo más que una repercusión negativa sobre una concreta condición de trabajo del acosado o una explícita discriminación en las condiciones de trabajo.

En resumen, pues, para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y

¹⁸ Vid. SERRANO ARGÜELLO, N.: «Dificultades para reconocer la presencia de acoso discriminatorio. El frecuente ejemplo del acoso por razón de sexo», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2011.

¹⁹ STSJ de Cantabria, de 25 de marzo de 2008.

²⁰ Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1990 y art. 1 de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, para la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo.

que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto.

En efecto, la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. En tal sentido, la práctica judicial de otros países pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan sólo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente en el trabajo. Así, fuera de tal concepto quedarían aquellas conductas que sean fruto de una relación libremente asumida, vale decir previamente deseadas y, en cualquier caso, consentidas o, al menos, toleradas»²¹.

Por tanto, el Tribunal Constitucional diferencia el carácter sexual del acoso sexual, que lo distingue del acoso por razón de sexo, que se equiparaba con la libidinosidad, o finalidad de realizar actos carnales. La LOIMH al contemplar el acoso por razón de sexo relativiza esa exigencia, porque todos los comportamientos ofensivos relacionados con el sexo de la víctima, aunque no sean de carácter sexual, siguen siendo acoso, si bien lo serán por razón de sexo, y ambos hostigamientos son discriminatorios por razón de sexo²², y con idéntica protección jurídica legal.

Una comparativa con las definiciones contenidas en la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 permite comprobar que²³, en estas definiciones comunitarias, se exige, además de que el comportamiento tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona y, en su caso, de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo, que el com-

²¹ STC 224/1999, de 20 de enero de 2000.

²² Art. 7.3 de la LOIMH.

²³ Arts. 2.1 c) y d).

portamiento sea no deseado, lo cual no deja de ser paradójico porque parece dar a entender que un acto objetivamente ofensivo no es acoso si además no es no deseado; es decir, si la víctima no manifiesta una negativa al acto objetivamente ofensivo.

La adecuada corrección de esa ilógica consecuencia ha venido de la mano de la jurisprudencia, que se ha situado en la línea de relativizar la exigencia de un no rotundo para considerar la existencia de un acoso sexual. En este sentido, la LOIMH ha prescindido de esa precisión. Por consiguiente, no es necesario acreditar, cuando el acercamiento sexual es objetivamente ofensivo, una negativa de la víctima para la constitución del ilícito, sin perjuicio naturalmente de que si la víctima consiente expresamente o ha realizado actos inequívocos de consentimiento desaparezca la ofensividad, aunque entonces es el agresor quien deberá de acreditar la causa de justificación.

Lo anterior no significa que los actos no ofensivos en sentido objetivo no puedan constituir acoso sexual o por razón de sexo, sería necesario, para la constitución del ilícito, que mediase una negativa expresa o inequívoca de la víctima, que convertiría la reiteración en un hostigamiento. Por lo demás, el artículo 7.4 de la LOIMH establece que «el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo». De este modo, el ilícito se duplica, existiendo, por un lado, el acoso, y, por otro lado, la retorsión.

2. MEDIDAS ESPECÍFICAS PARA PREVENIR EL ACOSO LABORAL, ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO EN EL TRABAJO

La Exposición de Motivos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL)²⁴, manifiesta la obligación que tienen los empresarios de elaborar una política de seguridad y salud en el trabajo, en el que deberán encuadrar una planificación de la prevención desde el momento mismo del diseño del proyecto empresarial, incluyendo las respectivas evaluaciones de riesgos que servirán las acciones preventivas con el nivel de riesgo que se detecte.

²⁴ BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995.

No obstante, el artículo 4.3 de la LPRL señala los daños derivados del trabajo como las enfermedades, patológicas o lesiones sufridas con motivo u ocasión de trabajo. De la simple lectura del precepto se puede observar que es una definición amplia, que encuadra cualquier estado que afecte al trabajador, tanto físico, mental y social. En este sentido, el acoso laboral, como riesgo psicosocial²⁵, se debe encuadrar en las materias señaladas en el artículo 14 de la LPRL, imponiendo la necesidad de recoger cuantas medidas sean posible, con el fin de evitar factores de riesgos en el lugar de trabajo, que pongan en peligro la salud psíquica de las personas. La normativa preventiva no impone que se actualice materialmente en una alteración de la salud, sino que basta la posibilidad de que ello pueda ocurrir como consecuencia de la exposición de los trabajadores a algún factor de riesgo presente en el lugar de trabajo.

El artículo 15.1 de la LPRL proclama los principios de la acción preventiva que han de informar el cumplimiento del deber empresarial de prevención, en especial al de adaptar el trabajo a la persona. Asimismo, el artículo 16.1 prescribe la obligación empresarial de planificar su acción preventiva partiendo de una evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de sus trabajadores, aunque también aquellos que regulan obligaciones concretas del empresario como el equipamiento de trabajo y medios de producción²⁶, información²⁷, formación²⁸ y vigilancia de la salud²⁹, no obstante, estos últimos se aplicarán en actuaciones y casos concretos.

La LPRL señala la obligación del empresario de prevenir las lesiones de cualquier tipo, incluso en los supuestos que el acoso provenga de persona distinta al empresario, solucionándolo como otro riesgo laboral, valorando el riesgo real, adoptando las medidas necesarias para evitar que se efectúe el daño a los trabajadores. El ordenamiento preventivo, en relación a su ineffectividad, así como a los aspectos más básicos y tradicionales, pese al notorio esfuerzo desplegado y a la alarma social existentes, señala la obligación general de protección que pesa sobre el empleador que es lo suficientemente amplia y flexible como para integrar la evaluación,

²⁵ Vid. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y KAHALE CARRILLO, D.: «Las enfermedades psicosociales y su consideración como enfermedad del trabajo», *Anales de Derecho (Universidad de Murcia)*, Vol. 3, núm. 2, 2015.

²⁶ Art. 17 de la LPRL.

²⁷ Art. 18 de la LPRL.

²⁸ Art. 19 de la LPRL.

²⁹ Art. 22 de la LPRL.

planificación y protección frente a cualquier forma de violencia psicológica en la organización del trabajo, como lo han puesto de relieve algunos convenios colectivos.

El artículo 48 de la LOIMH señala que las «empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación³⁰.

Los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos».

De su literalidad se observa que al señalar «deberán promover», supone claramente una obligación de la empresa de adoptar medidas preventivas. En este sentido, independientemente de que la empresa no tenga conocimiento de los supuestos de acoso laboral, acoso sexual y acoso por razón de sexo que haya en su seno, ese incumplimiento lo convierte en responsable de los daños y perjuicios causados. Por tanto, es un cambio trascendental en el ordenamiento jurídico laboral, dado que a partir de la promulgación de la LOIMH el empresario tiene la obligación de adoptar medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.

3. EL DESARROLLO DE LOS DIFERENTES TIPOS DE ACOSO EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

De los convenios colectivos analizados llama la atención que una gran parte solo se limitan a reconocer la relevancia que están tomando los diferentes tipos de acoso en el trabajo, así como de las graves consecuencias que de su existencia se derivan para la seguridad u salud de los

³⁰ Vid. SÁNCHEZ PÉREZ, J.: «El acoso sexual y su proyección en las relaciones laborales», *Revista de Información Laboral*, núm. 8, 2015.

trabajadores, y solo se limitan a comprometerse, como una mera declaración de intenciones, a prevenir aquellas prácticas consideradas perversas y que puedan implicar situaciones de acoso hacia la plantilla, sin especificar el modo en que intervendrán; dado que solo se limitan a investigar y erradicarlas, así como su evaluación como otro riesgo laboral³¹, o bien,

³¹ Art. 29.8 Resolución de 26 de abril de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas; art. 34 Resolución de 11 de octubre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería; art. 34 Resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería; art. 45 Resolución de 8 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios; art. 53 Resolución de 13 de marzo de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo general para las empresas de transporte de mercancías por carretera; art. 45 Resolución de 26 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de los registradores de la propiedad y mercantiles y su personal auxiliar; art. 44 Resolución de 14 de junio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización; art. 99 Resolución de 4 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección; art. 99 Resolución de 6 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección; art. 66 Resolución de 7 de enero de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XXIII Convenio colectivo marco para oficinas de farmacia; art. 82 Resolución de 16 de abril de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia; art. 82 Resolución de 20 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia; Anexo número 5 Resolución de 12 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas; art. 78 Resolución de 13 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de curtidos, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías; art. 72 Resolución de 7 de febrero de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XXI Convenio colectivo estatal de contratas ferroviarias; disposición adicional segunda Resolución de 23 de noviembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para las empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, droguería, perfumería y afines; art. 50 Resolución de 4 de julio de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XIII Convenio colectivo de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación; art. 39 Convenio colectivo de la empresa Federación Farmacéutica, S.C.C.L., que fue suscrito, con fecha 30 de octubre de 2014; art. 61 Convenio colectivo de la empresa Thyssenkrupp Elevadores, SLU, que fue suscrito con

simplemente rechazan de manera total y absoluta las situaciones que se puedan generar de dichos comportamientos³².

fecha 18 de enero de 2013; art. 36 VIII Convenio colectivo de la empresa Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU, que fue suscrito con fecha 17 de abril de 2013; art. 54 IV Convenio colectivo de la empresa Syntax Logística, SA, que fue suscrito con fecha 23 de septiembre de 2014; art. 121 Convenio colectivo de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial; art. 46 bis IX Convenio colectivo de la empresa Siemens, S.A. 2014; art. 61 Convenio colectivo de CTC Externalización, SL; art. 61 V Convenio colectivo de CTC Ingeniería Dedicada, SA; art. 55 Convenio colectivo de Novedades Agrícolas, SA; art. 33 V Convenio colectivo de Aldeas Infantiles SOS de España; art. 39 Convenio colectivo de la empresa Federación Farmacéutica, S.C.C.L., que fue suscrito, con fecha 30 de octubre de 2014; art. 61 Convenio colectivo de la empresa Thyssenkrupp Elevadores, SLU, que fue suscrito con fecha 18 de enero de 2013; art. 54 IV Convenio colectivo de la empresa Syntax Logística, SA, que fue suscrito con fecha 23 de septiembre de 2014; art. 49 Convenio Colectivo de la empresa Adidas España, S.A.U., para el período 2011-2014, que fue suscrito, con fecha 20 de diciembre de 2011; art. 45 Convenio colectivo de Cimenta2 Gestión e Inversiones S.L.U.; Cuarta Convenio colectivo de alterna BPO; art. 45 I Convenio Colectivo de la empresa Puerto Seco Santander-Ebro, S.A.; disposición adicional cuarta Resolución de 28 de julio de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Mnemon Consultores, SL; disposición adicional segunda Resolución de 28 de julio de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de Asimag Servicios Empresariales, SL; art. 35 Resolución de 8 de mayo de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Dinosol Supermercados, SL; art. 44 Resolución de 1 de junio de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Translimp Contract Services, SA; art. 25 Resolución de 22 de noviembre de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de la Fundación CEPAIM, Acción Integral con Migrantes; art. 38 Resolución de 23 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU; art. 44 Resolución de 30 de julio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la empresa Initial Facilities Services, SA; art. 65 Resolución de 16 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del centro de trabajo de Villalónquejar y delegación de Madrid de Constantia Tobepal, SLU; art. 53 Resolución de 26 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de Tuntac Invest, SL; disposición adicional cuarta Convenio colectivo del Grupo de empresas Cetelem (Banco Cetelem, SA; Cetelem Gestión, AIE; Cetelem Servicios Informáticos, AIE; Fimestic Expansión, SA, y Euro Crédito Establecimiento Financiero de Crédito, SA); art. 82 III Convenio Colectivo de las empresas Cia. Logística Acotral, S.A., Transportes Consolidados Andaluces, S.L., y Acotral Distribuciones Canarias, S.A.; art. 53 I Convenio colectivo de la empresa «ESC Servicios Generales, S.L.»; art. 31 Convenio colectivo de la empresa Nuclenor, SA.; art. 38 Resolución de 25 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo; art. 53 Convenio colectivo de capital Genetic EBT S.L.

³² Disposición final sexta Convenio colectivo de la empresa Finanzauto, S.A.

Sin embargo, otros convenios se limitan exclusivamente a definir el acoso sexual³³ y acoso laboral³⁴; o bien solo se limitan a crear y mantener un entorno laboral en el que se respete la dignidad y la libertad sexual y personal del conjunto de personas que trabajan, manteniéndolas preservadas de cualquier ataque psíquico, físico o moral.

Hay que valorar positivamente que a la hora de regular los diferentes tipos de acoso en los diferentes convenios colectivos, determinados agentes sociales utilicen un lenguaje no sexista³⁵. Por otra parte, se destaca la utilización del «género neutro» al señalar que en el texto del convenio se utiliza el masculino como genérico para englobar a los trabajadores y trabajadoras, sin que ello suponga ignorancia de las diferencias de género existentes, con el propósito de no realizar una escritura demasiado compleja³⁶. Asimismo, existe algún convenio que solo utiliza el lenguaje no sexista para referirse al representante de la plantilla, al denominarlo «los representantes legales de los trabajadores y trabajadoras»; sin embargo, para los demás términos utiliza el masculino como, por ejemplo, «trabajador» y en otras partes del

³³ Art. 79 Convenio colectivo de asociación para la gestión de la integración social, GINSO.

³⁴ Art. 92 Resolución de 13 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores.

³⁵ Art. 92 Resolución de 13 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores; art. 30 Resolución de 29 de octubre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo de cadenas de tiendas de conveniencia; art. 39 Resolución de 18 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio 2010-2015; art. 37 VIII Convenio colectivo de Renault España Comercial, SA; art. 54 Convenio colectivo de la Kiabi España Ksce, SA; art. 54 Convenio colectivo de Jcdeacux España SLU; disposición adicional segunda Resolución de 28 de julio de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de Asimag Servicios Empresariales, SL; art. 44 Resolución de 1 de junio de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Translimp Contract Services, SA; art. 25 Resolución de 22 de noviembre de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de la Fundación CEPAIM, Acción Integral con Migrantes; art. 18 II Convenio colectivo de la empresa Sun Planet, S.A., suscrito, con fecha 21 de septiembre de 2010.

³⁶ Art. 11 Resolución de 2 de marzo de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la recuperación de residuos y materias primas secundarias; art. 11 Resolución de 17 de julio de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias.

articulado aparece «trabajadores y trabajadoras»³⁷. Y otros convenios, por una parte, indican lo contrario de aquel³⁸; por otra, mezclan el lenguaje sexista con el no sexista³⁹.

En cuanto a la forma de abordar los diferentes tipos de acoso, la gran mayoría de los convenios analizados que afrontan el tema definen los tres tipos: acoso laboral, acoso sexual y acoso por razón de sexo, y señalan las diferentes medidas a tener en cuenta⁴⁰. Otros,

³⁷ Art. 37 Resolución de 25 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo.

³⁸ Art. 37.17 XIX Convenio colectivo de la empresa Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas, y su personal en España, que fue suscrito, con fecha 3 de diciembre de 2012; art. 54 IV Convenio colectivo de la empresa Syntax Logística, SA, que fue suscrito con fecha 23 de septiembre de 2014; art. 45 I Convenio Colectivo de la empresa Puerto Seco Santander-Ebro, S.A.

³⁹ Art. 79 Convenio colectivo de asociación para la gestión de la integración social, GINSO; art. 28 III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A.».

⁴⁰ Art. 34 Resolución de 11 de octubre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería; art. 34 Resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería; art. 54 Resolución de 19 de septiembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios; art. 76 Resolución 23 de noviembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo de trabajo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria; art. 72 Resolución de 28 de abril de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria; art. 30 Resolución de 29 de octubre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo de cadenas de tiendas de conveniencia; art. 41 Convenio empresas de naturopatía y profesionales naturópatas; art. 83 Resolución de 22 de febrero de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural; art. 45 Resolución de 30 de marzo de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de trabajo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios; art. 109 Resolución de 26 de marzo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento; art. 108 Resolución de 18 de marzo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo del sector de derivados del cemento; disposición adicional séptima Resolución de 4 de julio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo; art. 108 Resolución de 26 de marzo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XVII Convenio colectivo general de la industria química; art. 50 Resolución de 8 de abril de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de grandes almacenes; art. 57 Resolución de 27 de mayo de 2011, de la

sin embargo, remiten directamente, por una parte, a la LOIMH y la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Labora-

Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de ámbito estatal, para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales; art. 57 Resolución de 23 de julio de 2012, de la Dirección General de Empleo y Seguridad Social, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales; art. 56 Resolución de 21 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para los años 2014, 2015 y 2016; anexo XIV XXVI Convenio colectivo de la empresa Bimbo, sau; anexo V Convenio colectivo de la empresa control y montajes industriales CYMI, SA; art. 63 Convenio colectivo de la empresa Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Soc. Coop. Limitada —HEFAME—, para el periodo 2013-2014, que fue suscrito, con fecha 29 de octubre de 2013; art. 52 Convenio colectivo de la empresa Hertz de España, SL, que fue suscrito con fecha 30 de mayo de 2013; disposición adicional quinta Convenio Colectivo de la empresa Radio Popular, S.A. —COPE— y sus trabajadores para el año 2011, que fue suscrito con fecha 25 de mayo de 2011; cláusula adicional quinta Convenio colectivo de la empresa Saint-Gobain Vicasa, S.A. —domicilio social y delegaciones comerciales—, que fue suscrito, con fecha 24 de abril de 2013; cláusula adicional quinta Convenio colectivo de la empresa Saint Gobain Vicasa, SA (domicilio social y delegaciones comerciales), que fue suscrito con fecha 26 de mayo de 2011; art. 37.17 XIX Convenio colectivo de la empresa Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas, y su personal en España, que fue suscrito, con fecha 3 de diciembre de 2012; cláusula adicional sexta Convenio colectivo de la empresa Saint-Gobain Vicasa, S.A. —Fábricas—, para el período 2014-2016; disposición adicional sexta Convenio Colectivo de la empresa Teka Sanitary Systems, S.A. (antes, Casa Buades, S.A.), que fue suscrito, con fecha 17 de diciembre de 2010; art. 43 Convenio colectivo de la empresa Uniprex, S.A.U., que fue suscrito, con fecha 14 de marzo de 2013; art. 49 Convenio Colectivo de la empresa Adidas España, S.A.U., para el período 2011-2014, que fue suscrito, con fecha 20 de diciembre de 2011; disposición adicional segunda VIII Convenio colectivo de la empresa Supermercados Sabeco, SA, que fue suscrito, con fecha 14 de marzo de 2014; arts. 39 y 40 Convenio colectivo de Servicios de Colaboración Integral, SL; art. 18 VII Acuerdo marco del Grupo Repsol; art. 18VI Acuerdo marco del Grupo Repsol YPF; art. 54 Convenio colectivo de la Kiabi España Ksce, SA; art. 53 Convenio colectivo de Consum Sociedad Cooperativa Valenciana; art. 62 VII Convenio colectivo de V2 Complementos Auxiliares, SA; disposición adicional V Convenio colectivo de Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, Grupo Técnico, SA, Trípode, SA y Coidec, SA; anexo 14 IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa; art. 75 Convenio colectivo de Puntocash, SA; anexo XIV Convenio colectivo de la empresa Bimbo, SAU; anexo V Convenio colectivo de la empresa control y montajes industriales Cymi, SA; art. 63 Convenio colectivo de la empresa Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Soc. Coop. Limitada —HEFAME—, para el periodo 2013-2014, que fue suscrito, con fecha 29 de octubre de 2013; art. 52 Convenio colectivo de la empresa Hertz de España, SL, que fue suscrito con fecha 30 de mayo de 2013; disposición adicional quinta XI Convenio colectivo de la empresa Repsol Química, S.A., que fue suscrito con fecha 14 de febrero de 2012; cláusula adicional quinta Convenio colectivo de la empresa Saint-Gobain Vicasa, S.A. —domicilio social y delegaciones comerciales—, que fue suscrito, con fecha 24 de abril de 2013; cláusula adicional quinta Convenio colectivo de

la empresa Saint Gobain Vicasa, SA (domicilio social y delegaciones comerciales), que fue suscrito con fecha 26 de mayo de 2011; art. 37.17 XIX Convenio colectivo de la empresa Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas, y su personal en España, que fue suscrito, con fecha 3 de diciembre de 2012; art. 36 VIII Convenio colectivo de la empresa «Telefónica On The Spot Services, SAU», que fue suscrito con fecha 19 de diciembre de 2013; cláusula adicional sexta Convenio colectivo de la empresa Saint-Gobain Vicasa, S.A. —Fábricas—, para el período 2014-2016; art. 91 IX Convenio colectivo de la empresa Repsol Petróleo, SA (refino), que fue suscrito con fecha 16 de abril de 2012; disposición adicional sexta Convenio Colectivo de la empresa Teka Sanitary Systems, S.A. (antes, Casa Buades, S.A.), que fue suscrito, con fecha 17 de diciembre de 2010; art. 43 Convenio colectivo de la empresa Uniprex, S.A.U., que fue suscrito, con fecha 14 de marzo de 2013; disposición adicional segunda VIII Convenio colectivo de la empresa Supermercados Sabeco, SA, que fue suscrito, con fecha 14 de marzo de 2014; art. 49 Convenio colectivo de J2Y Serhotel Outsourcing SLU; art. 33 Convenio colectivo de Alain Afflelou S.A.U.; art. 36 Convenio colectivo de Koodza S.L.U.; art. 54 Convenio colectivo de Jdeacaux España SLU; art. 34 Convenio colectivo de Cimodin SL; art. 41 Resolución de 17 de mayo de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de Accepta Servicios Integrales, SLU; anexo II Resolución de 8 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Limber Multiservicios, SL; art. 48 Resolución de 4 de julio de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de Unedisa Comunicaciones, SL; art. 20 Resolución de 7 de julio de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Serviabertis, SL; art. 45 I Convenio colectivo para las empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas de España —UNaAE—; art. 62 Resolución de 11 de febrero de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Cash Converters y sociedades vinculadas; disposición adicional sexta Resolución de 2 de abril de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA; anexo 5 Resolución de 11 de diciembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo del Grupo Air France y KLM Compañía Real Holandesa de Aviación; anexo VI Resolución de 9 de octubre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA servicio BSH al cliente (zona 1, noroeste); art. 43 Resolución de 3 de agosto de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Acuerdo complementario al Convenio General de la Industria Química de Repsol YPF Lubricantes y Especialidades, SA; arts. 60 y 61 Resolución de 11 de abril de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Distribuidora Internacional de Alimentación, SA y Twins Alimentación, SA; anexo V Resolución de 3 de marzo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Sistemas a Domicilio SD 2000, SL; art. 28 III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A.»; art. 63 III Convenio colectivo de la empresa Centrales Nucleares AlmarazTrillo, AIE; disposición adicional primera III Convenio colectivo de las empresas Distribuidora de Televisión Digital, S.A. —DTS, S.A.— y Compañía Independiente de Televisión, S.L. —CIT, S.L.— (antes Grupo Sogecable); anexo VI Convenio colectivo de la empresa BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente para sus centros de trabajo de Gerona, Tarragona y Palma de Mallorca; anexo I Convenio colectivo de la empresa Exide Technologies España, SLU; anexo III Convenio colectivo de la empresa Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U., para su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico).

les⁴¹, al señalar que el artículo 48 de esta primera norma establece la necesidad de que las empresas promuevan condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual, laboral y por razón de sexo, así como el arbitraje de procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo⁴², o directamente se remiten al artículo 3.1 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención⁴³; es decir, la evaluación de los riesgos laborales, limitándose a los riesgos psicosociales. Por otra, se remiten al plan de igualdad en el que señalan el contenido futuro que contendrá⁴⁴ o bien adicionan en el propio convenio el plan de igualdad⁴⁵. Finalmente, otros recomiendan la aplicación del Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo⁴⁶ o se adhieren al Protocolo existente⁴⁷, incluso

⁴¹ BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995.

⁴² Art. 11 Resolución de 2 de marzo de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la recuperación de residuos y materias primas secundarias; art. 11 Resolución de 17 de julio de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias; art. 11 Resolución de 9 de octubre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias; art. 55 Convenio colectivo de Servimax Servicios Generales, SA.

⁴³ BOE núm. 27, de 31 de enero de 1997.

⁴⁴ Art. 53 Convenio Colectivo de la empresa Aldeasa, S.A.; art. 114 VII Convenio colectivo de BP Oil España, SAU; art. 64 VI Convenio colectivo de Telefónica Móviles España, SAU; art. 42 Convenio marco de la Unión General de Trabajadores; art. 49 Convenio colectivo de limpiezas La Fuente, S.L.; disposición adicional tercera Convenio colectivo de Quick Meals Ibérica S.L.

⁴⁵ Anexo XIII Convenio colectivo interprovincial de la empresa Renault España, S.A.; art. 36 Convenio colectivo de empresa Mutua Montañesa Matepss nº 7.

⁴⁶ Art. 65 Resolución de 7 de mayo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de Gas Natural Fenosa 2012-2015; art. 68 Convenio colectivo de Kidsco S.L.; Art. 68 Convenio colectivo de Alcor Seguridad S.L.; art. 47 Resolución de 29 de septiembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XVI Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos.

⁴⁷ Art. 64 Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías; art. 28 Resolución de 4 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Umivale Matepss n.º 15; disposición adicional primera Convenio colectivo de la empresa Galletas Siro, S.A.; art. 45 Convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion, S.A.); art. 75 Convenio colectivo de la empresa Sociedad de Prevención de Fremap, SLU; art. 45 VI Convenio colectivo de Decathlon España, SA; art. 42 Convenio colectivo de Cegelec, SA;

hay algunos que en el protocolo hacen referencia a la violencia de género⁴⁸.

No obstante, existen convenios que solo regulan el acoso sexual y por razón de sexo exclusivamente⁴⁹. Y otros, únicamente, el acoso laboral⁵⁰. Al igual que otro instrumento solo incluye el acoso y la violencia en el

art. 25 Resolución de 22 de noviembre de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de la Fundación CEPAIM, Acción Integral con Migrantes.

⁴⁸ Art. 114 VII Convenio colectivo de BP Oil España, SAU; art. 64 VI Convenio colectivo de Telefónica Móviles España, SAU; En cuanto a la violencia de género a través de Protocolo, Resolución de 16 de septiembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de ISS Servicios de Información y Control de Accesos, SL.

⁴⁹ Art. 91 IX Convenio colectivo de la empresa Repsol Petróleo, SA (refino), que fue suscrito con fecha 16 de abril de 2012; disposición adicional tercera Resolución de 12 de julio de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing); disposición adicional segunda Resolución de 31 de julio de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo general del sector de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas; art. 55 Resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio; art. 56 Resolución de 19 de abril de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XXII Convenio colectivo de banca; art. 37 VIII Convenio colectivo de Renault España Comercial, SA; anexo II Convenio colectivo Denloban Outsourcing S.L.; art. 64 Convenio colectivo de Sge Quality Services SL; art. 57 Convenio colectivo de Alliance Outsourcing S.L.; art. 52 Resolución de 13 de marzo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Mediapost Spain, SL; anexo II Resolución de 20 de enero de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo marco del grupo E.ON España.

⁵⁰ Anexo I Resolución de 21 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo del Grupo de empresas Pans & Company / Eat Out; art. 48 Convenio colectivo de Seguriber Compañía de Servicios Integrales, SLU; art. 69 Convenio colectivo de Umano Servicios Integrales, SL; art. 50 Convenio colectivo de la empresa «Protección Castellana, S.L.»; art. 30 Convenio colectivo de Viriato Seguridad S.L.; anexo III Resolución de 12 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Logifruit, SL; art. 30 Resolución de 10 de junio de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Viriato Seguridad, SL, para los centros de trabajo de las provincias de Murcia y de Valencia; art. 45 Resolución de 23 de abril de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Importaco Frutos Secos; art. 67 III Convenio colectivo de la empresa Grupo 20 Minutos, SL —antes, Multiprensa y Más, SL; acoso psicológico en el trabajo Resolución de 19 de septiembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

trabajo⁵¹. Bajo este contexto, este último dispone que el acoso constituye toda conducta sistemática y prolongada que se ejerce sobre unas personas en el desempeño de su trabajo y que tenga como objetivo y/o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, degradante, humillante u ofensivo. Y la violencia cuando uno o más trabajadores o directivos son agredidos en el seno de una relación de trabajo.

Llama la atención que existan convenios que utilicen las palabras protocolo y código de conducta como sinónimos⁵². Dicho en otras palabras, emplean en un mismo documento los dos términos a la vez⁵³. Ello podría traer confusión al lector y en especial a los trabajadores, por lo que debería utilizarse un mismo término para cada convenio, sin que se entremezclen aquellos.

Hay convenios que, en cuanto a la prevención del acoso laboral, crean una comisión paritaria de cuatro miembros; dos de ellos nombrados por la dirección y dos por el comité de empresa para realizar el estudio y seguimiento de todos aquellos presuntos casos de acoso laboral que se denuncien por parte de un trabajador o de los que tengan conocimiento, tanto la dirección como el comité de empresa, siempre que en este caso se cuente con la aceptación por parte del trabajador afectado⁵⁴.

Existen convenios que integran un nuevo término como el acoso sexista que es entendido como cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico dirigido contra una persona por razón de su sexo, y que se dé con el propósito, o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Empero, cuando dicho acoso sea de índole sexual se considerará acoso sexual⁵⁵.

⁵¹ Art. 55 Resolución de 18 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio 2010-2015.

⁵² Art. 30 Resolución de 10 de junio de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Viriato Seguridad, SL, para los centros de trabajo de las provincias de Murcia y de Valencia: art. 30 Convenio colectivo de Viriato Seguridad S.L.

⁵³ Ejemplo de n código de conducta: anexo V Resolución de 3 de marzo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Sistemas a Domicilio SD 2000, SL.

⁵⁴ Disposición final sexta Convenio Colectivo de las empresas Motorpress Ibérica, S.A.U. y Motorpress Rodale, S.L.

⁵⁵ Disposición adicional quinta Convenio Colectivo de la empresa Radio Popular, S.A. —COPE— y sus trabajadores para el año 2011, que fue suscrito con fecha 25 de mayo de 2011; art. 18VI Acuerdo marco del Grupo Repsol YPF; disposición adicional quinta XI Con-

Hay algún convenio que incluye en la definición de acoso sexual el acoso por razón de sexo, al entenderla como toda acción o comportamiento no deseado de carácter sexual que se lleva a cabo en el ámbito laboral y que se puede concretar tanto en acciones físicas como verbales, o cualquiera otras de carácter sexual, que se dirigen a una persona creando un entorno intimidatorio, degradante, humillante u ofensivo, expresamente aquellas acciones que asocian la mejora, el mantenimiento o la pérdida del puesto o las condiciones de trabajo a la aceptación o no de esos comportamientos⁵⁶.

Algún convenio engloba en el término acoso laboral, tanto el psicológico como el sexual y por razón de sexo⁵⁷; dado que dentro de las conductas que señala para el acoso laboral se destaca aquel contacto físico deliberado y no solicitado, comentarios, gestos o insinuaciones de carácter sexual no consentidos, solicitud de favores sexuales, y cualquier otro comportamiento que tenga como causa o como objetivo la discriminación, al abuso o la humillación del trabajador por razón de su sexo. Sin embargo, contiene dos protocolos diferenciados: uno, para el acoso laboral y, otro, para el acoso sexual.

En cuanto a la terminología utilizada para identificar cualquier tipo de acoso, especialmente el sexual, hay convenios que utilizan el término acoso sexual de intercambio. Al señalar que la aceptación del requerimiento de esta naturaleza se convierte, implícitamente, en condiciones de empleo, bien para acceder al mismo, o bien para mantener o mejorar el status laboral alcanzado, siendo su rechazo la base para una decisión negativa para el sujeto pasivo⁵⁸. También se le ha denominado como *quid pro quo*⁵⁹, que es cuando se produce un chantaje sexual (esto a cambio de esto). A través de él, se fuerza a una persona

venio colectivo de la empresa Repsol Química, S.A., que fue suscrito con fecha 14 de febrero de 2012; art. 91 IX Convenio colectivo de la empresa Repsol Petróleo, SA (refino), que fue suscrito con fecha 16 de abril de 2012; art. 43 Resolución de 3 de agosto de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Acuerdo complementario al Convenio General de la Industria Química de Repsol YPF Lubricantes y Especialidades, SA.

⁵⁶ Art. 37.17 XIX Convenio colectivo de la empresa Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas, y su personal en España, que fue suscrito, con fecha 3 de diciembre de 2012.

⁵⁷ Anexo II Resolución de 27 de marzo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de Intecons, SA.

⁵⁸ Art. 40 Convenio colectivo de Servicios de Colaboración Integral, SL; art. 52 Resolución de 13 de marzo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Mediapost Spain, SL.

⁵⁹ Anexo 7 I Convenio colectivo para las empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas de España —UNaAE—.

trabajadora a escoger entre someterse a los requerimientos sexuales o perder o ver perjudicados ciertos beneficios o condiciones del trabajo.

Asimismo, los agentes sociales introducen el término de acoso sexual medioambiental al disponer que en este tipo de acoso, de consecuencias menos directas, lo definitivo es el mantenimiento de un comportamiento o actitud de naturaleza sexual de cualquier clase, no deseada por el destinatario, y lo suficiente grave para producir un contexto laboral negativo para el sujeto pasivo, creando, en su entorno, un ambiente de trabajo ofensivo, humillante, intimidatorio y hostil, que acabe por interferir en su rendimiento habitual⁶⁰. Algún convenio utiliza el término de acoso sexual laboral⁶¹.

En cuanto al acoso laboral se le denomina de varias maneras, como acoso moral⁶², *mobbing*⁶³, acoso moral y psicológi-

⁶⁰ Art. 40 Convenio colectivo de Servicios de Colaboración Integral, SL.

⁶¹ Art. 44 Resolución de 1 de junio de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Translimp Contract Services, SA.

⁶² Art. 41 Convenio colectivo de empresas de naturopatía y profesionales naturópatas; art. 53 Convenio Colectivo de la empresa Aldeasa, S.A.; cláusula adicional quinta Convenio colectivo de la empresa Saint-Gobain Vicasa, S.A. —domicilio social y delegaciones comerciales—, que fue suscrito, con fecha 24 de abril de 2013; cláusula adicional quinta Convenio colectivo de la empresa Saint Gobain Vicasa, SA (domicilio social y delegaciones comerciales), que fue suscrito con fecha 26 de mayo de 2011; cláusula adicional sexta Convenio colectivo de la empresa Saint-Gobain Vicasa, S.A. —Fábricas—, para el período 2014-2016; art. 91 IX Convenio colectivo de la empresa Repsol Petróleo, SA (refino), que fue suscrito con fecha 16 de abril de 2012; art. 91 IX Convenio colectivo de la empresa Repsol Petróleo, SA (refino), que fue suscrito con fecha 16 de abril de 2012; art. 43 Resolución de 3 de agosto de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Acuerdo complementario al Convenio General de la Industria Química de Repsol YPF Lubricantes y Especialidades, SA; art. 18 VII Acuerdo marco del Grupo Repsol.

⁶³ Anexo III Resolución de 3 de septiembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para los trabajadores de servicios auxiliares de ISS Facility Services, SA; anexo V Resolución de 3 de marzo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Sistemas a Domicilio SD 2000, SL; art. 30 Convenio colectivo de Viriato Seguridad S.L.; art. 108 Resolución de 18 de marzo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo del sector de derivados del cemento; art. 108 Resolución de 26 de marzo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XVII Convenio colectivo general de la industria química; art. 65 Convenio colectivo de la empresa Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Soc. Coop. Limitada —HEFAME—, para el período 2013-2014, que fue suscrito, con fecha 29 de octubre de 2013; art. 61 Convenio colectivo de la empresa Thyssenkrupp Elevadores, SLU; art. 55 Convenio Colectivo de la empresa Pirelli Neumáticos, S.A.; art. 18 VII Acuerdo marco del Grupo Repsol; art. 62 VII Convenio colectivo de V2 Complementos Auxiliares, SA.

co⁶⁴, abuso moral⁶⁵, hostigamiento en el trabajo⁶⁶ y acoso psicológico⁶⁷. Otros, sin embargo, incluyen la figura de abuso de autoridad, que es definida como aquellas conductas que consisten en una orden del empresario, jefe, o encargado, al trabajador que está bajo sus órdenes, contraria a las condiciones de trabajo legales o pactadas o a su dignidad como persona⁶⁸. Empero, otro convenio ha denominado, a su vez, el abuso de autoridad como abuso moral⁶⁹. De manera positiva existen convenios colectivos que facilitan el modelo de denuncia que debe realizar el trabajador acosado, así como el modelo de denuncia de la persona que tiene conocimiento del acoso⁷⁰, ello resulta muy beneficiario para la mejor tramitación de la investigación.

⁶⁴ Art. 29 Resolución de 26 de abril de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas.

⁶⁵ Art. 43 Convenio colectivo de la empresa Uniprex, S.A.U., que fue suscrito, con fecha 14 de marzo de 2013.

⁶⁶ Art. 38 Resolución de 25 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo.

⁶⁷ Art. 39 Convenio colectivo de Servicios de Colaboración Integral, SL; anexo 5 Resolución de 11 de diciembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo del Grupo Air France y KLM Compañía Real Holandesa de Aviación.

⁶⁸ Art. 57 Resolución de 27 de mayo de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de ámbito estatal, para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales; art. 43 Convenio colectivo de la empresa Uniprex, S.A.U., que fue suscrito, con fecha 14 de marzo de 2013; art. 57 Resolución de 23 de julio de 2012, de la Dirección General de Empleo y Seguridad Social, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales; art. 56 Resolución de 21 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para los años 2014, 2015 y 2016; art. 37 Resolución de 25 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo; art. 53 Convenio Colectivo de la empresa Radio Popular, S.A. —COPE— y sus trabajadores para el año 2011, que fue suscrito con fecha 25 de mayo de 2011.

⁶⁹ Art. 43 Convenio colectivo de la empresa Uniprex, S.A.U., que fue suscrito, con fecha 14 de marzo de 2013.

⁷⁰ Art. 49 Convenio colectivo de J2Y Serhotel Outsourcing SLU.

4. RÉGIMEN SANCIONADOR

Antes de analizar el contenido del régimen sancionador de los convenios colectivos, hay que señalar que el acoso sexual y por razón de sexo se considera discriminatorio y está expresamente prohibido en la LOIMH. De igual manera, el ET, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público⁷¹ y el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social⁷² consideran el acoso sexual y por razón de sexo como infracción muy grave, en el que puede ser causa de despido disciplinario del sujeto activo; es decir, de la persona acosadora y, a su vez, causa justa para que la víctima solicite la resolución del contrato de trabajo. La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁷³, no obstante, los tipifica como delito con pena de prisión o multa.

De los convenios colectivos analizados en cuanto al régimen sancionador, se evidencia la sensibilización de los agentes sociales al incorporar como faltas muy graves todos los tipos de acoso que se producen en el trabajo⁷⁴. Bajo este contexto, existen convenios que tipifican como falta muy grave el acoso por razón de origen racial o étnico, sexo, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa⁷⁵.

⁷¹ BOE núm. 89, de 13 de abril de 2007.

⁷² BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2000.

⁷³ BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

⁷⁴ En relación al acoso laboral, sexual y por razón de sexo tipificado en una sola cláusula, por ejemplo, puede consultarse el art. 31.c) Resolución de 6 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del grupo Mercantil ISS; art. 40.19 del Convenio colectivo de Banque Psa Finance, Sucursal en España; Art. 57.p) del Convenio colectivo de CLH Aviación, SA; art. 54.16 del Convenio colectivo estatal de grandes almacenes; art. 21.3 del Convenio colectivo de empresas de elaboración de productos de mar con procesos de congelación y refrigeración; art. 47.3.e) del I Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales; art. 48.18 del IV Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales; art. 38.c)21 Convenio colectivo del Grupo de empresas JD-Sprinter —Sprinter Megacentros del Deporte, S.L., y JD Spain Sports Fashion 2010, S.L.

⁷⁵ Art. 45 del Convenio colectivo de ámbito estatal de Al Air Liquide España, SA, Air Liquide Medicinal, SLU y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU; art. 44.3.p) Resolución de 26 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de Tuntac Invest, SL; art. 51.R) del Convenio colectivo de Novedades Agrícolas, SA; art. 89.8 Resolución de 11 de junio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por

Como puede apreciarse los agentes sociales con esta cláusula engloban todos los tipos de discriminación que se pueden producir en el trabajo; pero no especifican literalmente el acoso laboral, por ejemplo. No obstante, otros convenios disponen que si aquellas conductas fueran llevadas a cabo prevaliéndose de una posición jerárquica, supondrá una circunstancia agravante de esta⁷⁶. Asimismo, se tipifica

la que se registra y publica el Convenio colectivo de Martínez Lorient, SA; art. 39 Resolución de 12 de febrero de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de Alcatel-Lucent Transformation Engineering & Consulting Services Spain, SLU; art. 30.4 del III Convenio colectivo del personal laboral local que presta servicios para las fuerzas de Estados Unidos en España; art. 29.o) del Convenio Colectivo de Aniser Facility S.L.U.; art. 52.3.o) del IV Convenio colectivo de trabajo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria; art. 18.3 Resolución de 29 de septiembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Sial Servicios Auxiliares, SL; art. 29.c) Resolución de 30 de marzo de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Adaptalia especialidades de externalización, SL; art. 30.12 y 30.13 Resolución de 8 de mayo de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Dinosol Supermercados, SL; art. 31.c) Resolución de 28 de julio de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de Asimag Servicios Empresariales, SL; art. 45 Resolución de 23 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Ediciones El País, SL; art. 49.3.o) del V Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria; art. 41.m) del Convenio colectivo de Nunhems Spain, SAU; art. 49.19 Resolución de 21 de febrero de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Logifruit, SL; art. 38. 10 del Convenio Colectivo de Denloban Outsourcing S.L.; art. 84.23 del Convenio colectivo del sector de la madera; art. 37.18 del IV Convenio colectivo de Algeco Construcciones Modulares, SAU; art. 37.19 del Convenio Colectivo de Cepsa Comercial Petróleo SA; art. 45.3.q) del V Convenio colectivo de CTC Externalización, SL; art. 39.13 del II Convenio colectivo de los registradores de la propiedad y mercantiles y su personal auxiliar; art. 68.10 del Convenio Colectivo estatal del Comercio Minorista de Droguerías, Herboristerías y Perfumerías; art. 34.18 del Convenio colectivo de Tiresur, SL; art. 61.19 del XVII Convenio colectivo general de la industria química; art. 44 del Convenio Colectivo de Ate Sistemas y Proyectos Singulares S.L.; art. 33 del Convenio Colectivo de Altair S.A.; art. 49.e.g) del VIII Convenio colectivo de La Vanguardia Ediciones, SLU, entre otros.

⁷⁶ Art. 89.14 del IV Convenio colectivo de Air Europa, Líneas Aéreas, SAU, y sus técnicos de mantenimiento de aeronaves; art. 30 Resolución de 23 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU; art. 44.C).12 del Convenio colectivo de la Kiabi España Ksce, SA; art. 56.16 del Convenio colectivo de Puntocash, SA; art. 29.c) del Convenio Colectivo Merchanservis S.A.; art. 43.13 del III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios; art. 31.c) 15 Resolución de 16 de octubre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Primark Tiendas, SLU; art. 48.c) Resolución de 27 de marzo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de Intecons, SA; art. 50.2.C).10 del Convenio Colectivo Gamestop Ibérica Slu.

como falta muy grave observar conducta deshonesta con personas de la empresa⁷⁷.

Otros convenios colectivos solo tipifican como falta muy grave el acoso sexual o por razón de sexo a las personas que trabajan en la empresa⁷⁸. Otro, sin embargo, tipifica como falta muy grave aquellos atentados contra la libertad sexual que se produzcan aprovechándose de una posición de superioridad laboral, o se ejerzan sobre personas especialmente vulnerables por su situación personal o laboral⁷⁹. Y otros solo regulan, exclusivamente, el acoso laboral⁸⁰.

⁷⁷ Art. 18 Resolución de 10 de junio de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para el personal de flota de buques no propios gestionados y operados por Remolcadores Nosa Terra, SA. (REMOLCANOSA).

⁷⁸ Art. 50.q) del Convenio Colectivo de Capital Genetic Ebt, SL; art. 51.1.3 Resolución de 26 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Severiano Servicio Móvil, SA; art. 78.7 del I Convenio colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural; Art. 10.2.4 del Convenio Colectivo de Artes Gráficas, Manipulado de Papel y Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares.

⁷⁹ Art. 45 Resolución de 13 de marzo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Mediapost Spain, SL.

⁸⁰ Art. 78.3.17 del V Convenio colectivo de Iberdrola Grupo; art. 39.14 del II Convenio colectivo de los registradores de la propiedad y mercantiles y su personal auxiliar; art. 44.11 del II Acuerdo general para las empresas de transporte de mercancías por carretera; art. 50.p) Convenio colectivo del Grupo de empresas Cetelem (Banco Cetelem, SA; Cetelem Gestión, AIE; Cetelem Servicios Informáticos, AIE; Fimestic Expansión, SA, y Euro Crédito Establecimiento Financiero de Crédito, SA); art. 90 del I Convenio colectivo que regula las relaciones laborales de las empresas proveedores civiles privados de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional; art. 30.4.i) del III Convenio colectivo del personal laboral local que presta servicios para las fuerzas de Estados Unidos en España; art. 48.23 del Convenio Colectivo de Randstad Project Services SL; art. 25.c).11 del II Convenio colectivo de buceo profesional y medios hiperbáricos; art. 34.11 del Convenio colectivo de ámbito nacional para las industrias de turrónes y mazapanes; art. 39 Resolución de 12 de febrero de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de Alcatel-Lucent Transformation Engineering & Consulting Services Spain, SLU; art. 47 Resolución de 12 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Logifruit, SL; art. 43 Resolución de 22 de noviembre de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de la Fundación CEPAIM, Acción Integral con Migrantes; art. 27.11 del Convenio Colectivo de Transportes Líquidos Campaña S.L.; art. 39.11 del Convenio colectivo de Velpa, SA; art. 45 del Convenio colectivo de ámbito estatal de Al Air Liquide España, SA, Air Liquide Medicinal, SLU y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU; art. 44.c) 11 del III Convenio colectivo para la acuicultura marina nacional; art. 37.18 del Convenio Colectivo de Cepsa Comercial Petróleo SA; art. 65.3.q) del II Convenio colectivo para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros y su mantenimiento y reparación; art. 65.3.r) del II

Sorprende que algunos convenios tipifiquen como faltas muy graves solo, por una parte, las ofensas de carácter sexual⁸¹; por otra, la libertad sexual⁸², y no incluyan las actuaciones físicas con esta índole⁸³. En el mismo sentido, existen otros instrumentos que tipifican exclusivamente el acoso sexual⁸⁴. De igual manera, hay algún instrumento que tipifica con la misma falta el acoso sexual ambiental, entendiéndolo como tal todo comportamiento sexual de compañeros de trabajo que tenga como consecuencia producir un ambiente laboral negativo, creando una situación laboral intolerable⁸⁵. Así como aquel que tipifica con dicha falta al acoso por razón de género⁸⁶, sin dar una definición; por lo que queda un poco abstracto sin saber si entraría cualquier tipo de acoso de índole sexual, por ejemplo. No obstante,

Convenio colectivo para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros y su mantenimiento y reparación; art. 43.14 del III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios; art. 61.18 del XVII Convenio colectivo general de la industria química; art. 52.13 del Convenio colectivo básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales; art. 52.3.k) del IV Convenio colectivo de trabajo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria; art. 49.3.k) del V Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria; art. 40.m) del VII Convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias; art. 26.7 del IV Convenio colectivo estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales; art. 35.1.5.13 del Convenio Colectivo de Industrias de Fabricación de Alimentos Compuestos para Animales; inciso 1.4.13 del anexo dedicado a infracciones y sanciones del Convenio colectivo del sector de granjas avícolas y otros animales, entre otros.

⁸¹ Art. 34 Resolución de 18 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Tiresur, SL; art. 54.i) del VI Convenio colectivo de Carlson Wagonlit España, SLU; art. 59.C).10 Convenio Colectivo de Jcedeacux España SL; art. 37.10 IV Convenio colectivo de Algeco Construcciones Modulares, SAU; art. 58.3 del Convenio Colectivo de Agencias de Viajes; apartado 15 del régimen de infracciones y sanciones del Convenio Colectivo de Masquetpet S.R.L.; art. 35 del Convenio colectivo de Viajes Ecuador, SA; art. 45.7 del Convenio Colectivo de Recursos en Punto de Venta S.L; art. 24 del Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas; art. 32 del Convenio Colectivo de Altair SA.

⁸² Art. 50.K) Convenio Colectivo de Sge Quality Services SL; art. 19.2.10 del Convenio colectivo de Estudios e Ingeniería Aplicada XXI, SA; art. 55.k) Convenio Colectivo de Claved S.A.

⁸³ En cuanto a las ofensas físicas de carácter social, puede verse art. 31.7 Convenio colectivo de la empresa Mediterránea Merch, SL, entre otros.

⁸⁴ Art. 38.6 del Convenio colectivo de Fundación UNICEF — Comité Español 2013; art. 58.11 del Convenio colectivo de la industria del calzado; art.52.3.k) V Convenio colectivo de la empresa Compañía La Casera, S.A.; art. 25.3.k) Convenio Colectivo de la empresa Asociación Benéfica Reto a la Esperanza.

⁸⁵ Art. 38.9 II Convenio colectivo estatal de empresas de reparto sin direccionar.

⁸⁶ Art. 67.18 del Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing).

en otro artículo solo hace referencia al acoso sexual al señalar que las partes afectadas, asumen el compromiso de velar para que exista en la empresa un ambiente exento de riesgo para la salud y, en concreto, para el acoso sexual, estableciendo procedimientos en las empresas para presentar quejas por quienes sean víctimas de tales tratos, a fin de obtener ayuda inmediata, utilizando para ello el Código de Conducta Comunitario, relativo a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo. En general, los agentes sociales tipifican más el acoso sexual y el laboral, que el acoso por razón de sexo. Se valora de manera positiva, que algún convenio tipifique como falta muy grave las denuncias falsas de acoso una vez concluida la pertinente investigación⁸⁷.

5. PROPUESTAS PARA ERRADICAR Y PREVENIR LOS DIFERENTES TIPOS DE ACOSO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A raíz de la promulgación de la LOIMH las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, así como el acoso laboral, y, asimismo, arbitrar procedimientos específicos para su prevención y dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular aquellos trabajadores que hayan sido objeto del mismo. A tal efecto, podrán establecer medidas, como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación, que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores.

Por consiguiente, los empresarios serán solidarios del pago de la indemnización por daños y perjuicios reclamados por cualquier trabajador acosado, al estar obligados a promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual, el acoso por razón de sexo y el acoso laboral, y estos no lo implanten. En sentido contrario, estarán exentos de esta responsabilidad en los supuestos acontecidos antes de la publicación de la norma.

De la literalidad y la ubicación del artículo 48 en la LOIMH, se infiere que dichas medidas formarán parte del contenido de los planes

⁸⁷ Art. 38.c).21 Convenio colectivo del Grupo de empresas JD-Sprinter —Sprinter Megacentros del Deporte, S.L., y JD Spain Sports Fashion 2010, S.L.—.

de igualdad en las empresas, conforme lo dispuesto en el artículo 45 y siguientes⁸⁸. Dicho en otras palabras, las «empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral»⁸⁹. Medidas que deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad.

Bajo este contexto, se presentan algunas propuestas generales en relación a la intervención de los agentes sociales en la negociación colectiva para que puedan negociar en mejores condiciones las medidas a incorporar para prevenir y erradicar los diferentes tipos de acoso en el trabajo. Las recomendaciones que se presentan y que se pueden incorporar en los convenios colectivos o, en su caso, en los planes de igualdad ayudarían a las empresas que quieran concurrir a la convocatoria que publica el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad para galardonar a aquellas con el distintivo empresarial en materia de igualdad⁹⁰:

- a) Fomentar la presencia de las mujeres en las mesas de negociación. Es decir, que los agentes sociales que intervengan en la negociación colectiva estén representados o compuestos, a su vez, por mujeres para que puedan aportar más ideas a la hora de mejorar los derechos a las trabajadoras y trabajadores en relación a los diferentes tipos de acoso.
- b) Fomentar la presencia de la figura del agente para la igualdad de oportunidades en las mesas de negociación.
- c) Incluir cláusulas que definan y sancionen los diferentes tipos de acoso existentes.
- d) Utilizar términos en español y no extranjeros (*mobbing*) a la hora de abordar el acoso laboral.

⁸⁸ Vid. KAHALE CARRILLO, D.: *La Responsabilidad Social de Género*, Cuaderno de Aranzadi Social, núm. 44, Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.

⁸⁹ Art. 45 de la LOIMH.

⁹⁰ Vid. KAHALE CARRILLO, D.: *El distintivo empresarial en materia de igualdad*, Editorial Síntesis, Madrid, 2012.

- e) Formar a la plantilla, así como a los directivos, en qué consisten los diferentes tipos de acoso y las consecuencias que ocasionan a las personas.
- f) Concienciar a los empresarios que la forma de atajar los diferentes tipos de acoso, no es exclusivamente un compromiso en que solo señalan que se limitan a comprometerse. Esas promesas deben materializarse en actuaciones tendentes a erradicar y prevenir aquellos diferentes tipos de lacara, a través de códigos de conducta, planes de igualdad, entre otros. Que no quede solo en una declaración de intenciones.
- g) Establecer un procedimiento sencillo con celeridad para la tramitación de las denuncias y la apertura de la investigación correspondiente; en el que las partes intervinientes deben guardar sigilo y confidencialidad.
- h) Incorporar el modelo de denuncia que debe realizar el trabajador acosado, así como el modelo de denuncia de la persona que tiene conocimiento del acoso.
- i) Incorporar a el régimen sancionador la calificación de falta muy grave las actuaciones que constituyan cualquier tipo de acoso en el trabajo.
- j) Incorporar a el régimen sancionador la calificación de falta muy grave las denuncias falsas de cualquier tipo de acoso una vez concluida la pertinente investigación.
- k) Establecer un protocolo o código de conducta que regule todo lo concerniente a los diferentes tipos de acoso.
- l) Crear una comisión que sea la instructora de la investigación, que no esté conformada por los altos directivos o jefes.
- m) Garantizar la obligación del empresario de evaluar los riesgos psicosociales, así como la adopción de medidas preventivas.
- n) Implementar un plan de igualdad que garantice el derecho fundamental a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo, que englobe medidas para prevenir y erradicar cualquier tipo de acoso en el trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- Diccionario Básico Langenscheidt Inglés*, Langenscheidt KG, Alemania, 1985.
- Diccionario Inglés-Español*, Home English, Edim, S.C.C.L., Barcelona, 2000.
- Diccionario SM Avanzado Lengua Española*, Ediciones SM, Madrid, 2001.
- INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO: Nota Técnica de Prevención núm. 476: «El hostigamiento psicológico en el Trabajo».
- KAHALE CARRILLO, D.: *El distintivo empresarial en materia de igualdad*, Editorial Síntesis, Madrid, 2012.
- *La Responsabilidad Social de Género, Cuaderno de Aranzadi Social*, núm. 44, Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P y VELASCO PORTERO, M^a T.: «La igualdad entre mujeres y hombres tras el Tratado de Lisboa», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, Serie Derecho Social Internacional y Comunitario, 2011.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa, Madrid, 2001.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J.: «El acoso sexual y su proyección en las relaciones laborales», *Revista de Información Laboral*, núm. 8, 2015.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y KAHALE CARRILLO, D.: «Las enfermedades psicosociales y su consideración como enfermedad del trabajo», *Anales de Derecho (Universidad de Murcia)*, Vol. 3, núm. 2, 2015.
- SERRANO ARGÜELLO, N.: «Dificultades para reconocer la presencia de acoso discriminatorio. El frecuente ejemplo del acoso por razón de sexo», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2011.

Capítulo Undécimo
LA VIOLENCIA DE GÉNERO
DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

SUMARIO

1.- INTRODUCCIÓN. 2.- LOS DERECHOS SOCIOLABORALES DE LA TRABAJADORA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO: 2.1. Reducción de jornada y reordenación del tiempo de trabajo. 2.2. Movilidad geográfica. 2.3. Suspensión de la relación laboral. 2.4. Extinción de la relación laboral *a motu proprio*. 2.5. Extinción del contrato de trabajo: despido objetivo. 2.6. Excedencia. 2.7. Nulidad del despido. 3.- EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LA LOIVG EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS. 4.- PROPUESTAS PARA ERRADICAR Y PREVENIR LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS. – BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Las cifras con las que los medios de comunicación nos informan sobre los casos de violencia a la mujer, nos conmociona cada día, transformándose en una de las lacras más preocupantes de la sociedad actual¹. A pesar de ser la manifestación más intolerable del poder del hombre sobre la mujer, propio de un sistema de roles sociales desfasado y arcaico, este tipo de agresión no solo se resiste a desaparecer de una sociedad moderna como la española en la que por definición no debería tener ninguna cabida, sino por el contrario se acrecienta cada día. Los hechos demuestran que las medidas penales de alejamiento cautelar del agresor son necesarios para la efectiva y adecuada protección de la víctima; sin embargo, no son los suficientes. por esta razón, es necesario construir un arsenal completo que ofrezca una tutela penal, civil, laboral y social dirigido a las víctimas de violencia de género.

El actual ordenamiento jurídico español configurado sobre la base de la Constitución Española² contiene un catálogo de derechos fundamentales que son garantizados por los órganos jurisdiccionales. Entre ellos, el reconocimiento de la igualdad de ambos sexos (art. 14)³; la pro-

¹ Según los datos estadísticos del Instituto de la Mujer en el año 2014 han habido 54 mujeres muertas por violencia de género a manos de su pareja o expareja, y 36 hasta el 7 de octubre de 2015, <http://www.inmujer.gob.es/estadísticas/>

² BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

³ Art. 14 CE: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

hibición de discriminación (art. 35)⁴; el derecho a la vida, a la libertad y seguridad personal, y a la integridad mental y psicológica (art. 15); el derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos inhumanos o degradantes (art. 15); el derecho a la igualdad en el seno familiar; y, el derecho a la protección de la dignidad personal (art. 10)⁵. En este sentido, el artículo 9.2 atribuye a los poderes públicos la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, con el propósito de eliminar los obstáculos que dificulten su plenitud y faciliten la participación de todos la ciudadanía en la vida política, cultural, económica y social.

Dentro de este marco normativo formalmente igualitario y garantista de los Derechos Humanos, se han dictado varias leyes destinadas a mejorar la situación jurídica y la protección del colectivo femenino que sufra de malos tratos, como es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOIVG)⁶, como su propia rubrica adelanta, se presenta como ese instrumento de protección integral e interdisciplinar de las víctimas⁷. La Ley contiene reglas civiles, sociales, penales, educativas, laborales⁸

⁴ Art. 35 CE: «1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores».

⁵ Art. 10 CE: «1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

⁶ BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

⁷ La Ley utiliza el término de «violencia de género» y no el de «violencia contra la mujer» acuñando, así, la terminología utilizada desde la IV Conferencia Mundial de Mujeres de Pekín de 1995. Vid. AA.VV. (Dirs. BARRIOS BAUDOR, G. y RIVAS VALLEJO, M.), *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor, 2ª edición, 2014.

⁸ Vid. VELASCO PORTERO, M.: «La acreditación de la condición de víctima de violencia de género como requisito necesario para ser titular de la protección laboral», *Aranzadi Social*, Vol. 3, núm. 9, 2010, págs. 35-39. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Perspectiva laboral», en AA.VV. (Dirs. BARRIOS BAUDOR, G. y RIVAS VALLEJO, M.), *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, op. cit., págs. 1241-1268.

y de Seguridad Social⁹ de protección especializada de las víctimas de violencia de género¹⁰, que pretende ser la llamada definitiva en la consolidación de un marco efectivo de protección que se conforma con leyes estatales y autonómicas¹¹.

Las Comunidades Autónomas han aprobado leyes de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género, bajo el manto de la LOIVG, que las han denominado de diversas maneras por incluir otras actuaciones que no son en exclusiva medidas contra la problemática de malos tratos¹², como la Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, entre otras¹³.

En todo caso, la LOIVG atiende a la condición de trabajadora y víctima de violencia de género, a la que protege con un gran abanico de derechos que le facilitan su condición. Esta protección agrupa desde la posibilidad de reducir o reordenar su tiempo de trabajo, de suspender la relación de trabajo, y de cambiar de lugar de trabajo, hasta la extinción del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora como circunstancia ajena a su voluntad. No es óbice negar que la regulación de los derechos antes esgrimidos, que se interrelacionan con un catálogo de reglas en materia de Seguridad Social, acepta ciertas críticas, dado que su configuración resulta en ocasiones un tanto compleja e incluso incoherente, pero su solo tratamiento normativo, la conside-

⁹ Vid. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «La violencia de género en el trabajo: perspectiva de Seguridad Social», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 14, 2007. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «Perspectiva de Seguridad Social: la violencia de género laboral como enfermedad de trabajo», en AA.VV. (Dir. BARRIOS BAUDOR, G. y RIVAS VALLEJO, M.), *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, op. cit., 2007, págs. 1268-1287.

¹⁰ SEMPERE NAVARRO, A.: «La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: una introducción para laboralistas», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2005, págs. 353-380.

¹¹ KAHALE CARRILLO, D.: «Tutela Judicial. Violencia de género y Comunidades Autónomas», en AA.VV. (Dir. BARRIOS BAUDOR, G. y RIVAS VALLEJO, M.), *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, 2ª edición, Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

¹² Vid. KAHALE CARRILLO, D.: *La violencia de género en el contenido de los Estatutos de Autonomía*, Dykinson, Madrid, 2010.

¹³ Vid. Ley 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León; Ley 7/2004, de 16 de junio, de Galicia, para la igualdad de mujeres y hombres; Ley Foral 33/2002, de 22 de noviembre, de Navarra, de fomento de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres; Ley 9/2003, de 2 de abril, de Valencia, para la igualdad de entre mujeres y hombres; y Ley 4/2005, de 18 de febrero, del País Vasco, para la igualdad de mujeres y hombres.

ración, en buena parte, de la situación laboral de la víctima como un factor a tener en cuenta a la hora de ofrecerle una protección eficaz y completa, tiene una alcance incuestionable.

El propósito de este estudio no es analizar exhaustivamente los derechos laborales que la LOIVG recoge, al contrario es revisar el contenido de la negociación colectiva para comprobar hasta qué punto los convenios colectivos se han ocupado de regular los derechos laborales de las víctimas de violencia de género. Dicho en otras palabras, es verificar el calado que han tenido las medidas laborales agrupadas en aquella norma, y, tras su comparación, aportar propuestas para una mejor regulación por parte de los agentes sociales.

El inicio de la presente investigación parte de la dimensión laboral de la protección de la LOIVG, en el que se hace referencia, a grandes pinceladas, los derechos que tienen acceso las mujeres víctimas de violencia de género. Para luego analizar y contrastar si los actuales convenios colectivos ofrecen nuevos derechos o mejoran los ya existentes a las trabajadoras víctimas de la violencia de género; o bien, al contrario, los desmejoran.

2. LOS DERECHOS SOCIOLABORALES DE LA TRABAJADORA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

El Capítulo II del Título II de la LOIVG regula los derechos de las víctimas de la violencia de género, especialmente los laborales y prestaciones de la Seguridad Social; y la disposición adicional séptima modifica algunos preceptos del 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 (ET)¹⁴. Los principales derechos de la trabajadora víctima de violencia se articula a través de las modificaciones introducidas en el ET, para justificar sus ausencias del puesto de trabajo, alterar las magnitudes temporales de la actividad, la suspensión con reserva del puesto de trabajo, posibilitar su movilidad geográfica, la extinción del contrato laboral y la excedencia¹⁵. Para una mejor comprensión, se pasará a analizar de manera sucinta su

¹⁴ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

¹⁵ Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y VELASCO PORTERO, M^a T.: *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*, Cinca, Madrid, 2006.

contenido para poder comprobar si coincide o mejora el contenido a que hacen referencias los convenios colectivos analizados.

2.1. Reducción de jornada y reordenación del tiempo de trabajo

La LOIVG, a través de la disposición adicional séptima apartado uno, introduce el apartado séptimo al artículo 37 del ET, en el que la trabajadora víctima de violencia tendrá derecho a reducir su jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o la reordenación del tiempo de trabajo, mediante la adaptación del horario, o la aplicación de horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa. Sin embargo, la LOIVG no señala en qué términos se pueden ejercitar aquellos derechos, dejando a los convenios colectivos, o a los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o mediante acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada para que determinen los términos en que éstos se puedan ejercitar, con el propósito de que la trabajadora pueda hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral. En caso de discrepancias, serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social¹⁶.

¹⁶ BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011. Artículo 139. Tramitación: «1. El procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se regirá por las siguientes reglas:

a) El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por el trabajador, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social.

En la demanda del derecho a la medida de conciliación podrá acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador.

El empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio, que podrán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia.

b) El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia se dictará en el plazo de tres días. Contra la misma no procederá recurso, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia.

2.2. Movilidad geográfica

El artículo 40.4 del ET dispone que la trabajadora tiene derecho a la movilidad geográfica cuando se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, con la finalidad de hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral. Para ello, tiene derecho a ocupar otro puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo¹⁷. En estos casos, la empresa estará obligada a comunicar a la trabajadora las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro.

El cambio de centro de trabajo o traslado tendrá una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente aquella ocupaba. Una vez terminado dicho periodo, la trabajadora podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. En este último supuesto, decaerá la mencionada obligación de reserva.

2.3. Suspensión de la relación laboral

El artículo 45.n) del ET dispone que el contrato de trabajo podrá suspenderse por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género. El precepto aclara que la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo¹⁸.

2. El procedimiento anterior será aplicable igualmente al ejercicio de los derechos de la trabajadora víctima de violencia de género establecidos en la ley, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario y a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa. Podrá acumularse a la referida demanda la acción de daños y perjuicios directamente causados a la trabajadora por la negativa o demora del derecho. Podrá instarse, en su caso, la adopción de las medidas cautelares reguladas en el apartado 4 del artículo 180».

¹⁷ En este sentido, criticando una interpretación diferente Lousada AROCHENA, J.: «Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja», *Actualidad Laboral*, 2005, pág. 752. De manera indirecta, MARTÍN VALVERDE, A.: «Disposiciones legales y sociales de la «Ley de protección integral contra la violencia de género»», *Tribunal Social*, núm. 174, 2005, pág. 58.

¹⁸ Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P y VELASCO PORTERO, M^a T.: «La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral: mucho ruido y pocas nueces», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 271, 2005.

2.4. Extinción de la relación laboral a *motu proprio*

Según lo señalado en el nuevo artículo 49.1 m) del ET, se introduce como nueva causa extintiva del contrato de trabajo la decisión de la trabajadora que sea vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo, como consecuencia de ser víctima de violencia de género. En este sentido, para que se produzca tal extinción deberán concurrir dos requisitos: a) La trabajadora debe ser víctima de violencia de género; y, b) La decisión obligada de la trabajadora a abandonar su puesto de trabajo.

2.5. Extinción del contrato de trabajo: despido objetivo

Respecto a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, la LOIVG lo que ha hecho es ampliar la lista de supuestos en que las faltas de asistencia al trabajo no pueden computarse a la hora de comprobar si se integran los requisitos individuales a lo que hace referencia el artículo 52 d) del ET. Es decir, el precepto señala que el contrato puede extinguirse por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por cien de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por cien en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses. De este modo, no se computarán como faltas de asistencia las ausencias motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género debidamente acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud.

2.6. Excedencia

Lamentablemente, la LOIVG no señala el derecho a que una trabajadora víctima de violencia de género pueda acceder a cualquiera de los tipos de excedencia señaladas en el ET. Sin embargo, sí protege a las funcionarias víctimas de violencia de género en los términos que se determinen en su legislación específica. En este sentido, aquella norma añade un nuevo apartado octavo en el artículo 29 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función

Pública¹⁹, al señalar que las funcionarias víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia sin necesidad de haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos. Durante los seis primeros meses tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaran, siendo computable dicho período a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos.

De igual manera, durante los dos primeros meses de la excedencia la funcionaria tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo. Empero, cuando de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima lo exigiere, se podrá prorrogar por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho, el período en el que, de acuerdo con el párrafo anterior, se tendrá derecho a la reserva del puesto de trabajo.

2.7. Nulidad del despido

El artículo 55.5.b) del ET establece que será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en el ordenamiento jurídico español, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Específicamente, señala que será nulo el despido el de las trabajadoras víctimas de violencia de género que ejerzan el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, antes reseñados. De igual manera, lo señala el artículo 55.5 b) del ET para la extinción por causas objetivas.

3. EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LA LOIVG EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Resulta sorprendente que del estudio de los convenios colectivos vigentes en España, en su gran mayoría, no amparen la problemática de la violencia de género. Del análisis de 686 convenios colectivos solo el 21,87% son los que aluden a la protección de esta lacra. Como

¹⁹ BOE núm. 185, de 3 de agosto de 1984.

puede observarse no llega a una cuarta parte. Es lamentable que los agentes sociales no se hayan sensibilizado, mucho más, con la problemática de la violencia de género. Empero, sí lo han puesto de relieve hacia el establecimiento de una política global de conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores, que garantizan los valores familiares y la igualdad efectiva de oportunidades, mediante el establecimiento de medidas neutras que fomenten la asunción de responsabilidades familiares por parte del colectivo masculino.

No obstante, es loable que existan ciertos convenios colectivos que recogen la violencia de género en sus cláusulas convencionales. De esta valoración general, se puede adelantar que existen muy pocas cláusulas colectivas que mejoran o complementan la regulación legal de la problemática de los malos tratos de las trabajadoras provenientes de su pareja o expareja. Empero, en comparación a años anteriores, se ha progresado un poco más. A poner de relieve el contenido de las mismas se dedicaran las siguientes líneas.

De manera genérica, las regulaciones sobre las medidas de protección contra la violencia de género suelen remitirse directamente a la LOIVG, a través de diversas formas. Por una parte, plasman el contenido íntegro del artículo 21 o de la disposición adicional séptima de aquella norma²⁰. Por otra, hacen un resumen del mismo

²⁰ Art. 89 Resolución de 13 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores; Anexo II Resolución de 29 de octubre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo de cadenas de tiendas de conveniencia; art. 49 Resolución de 29 de septiembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales; art. 70 Resolución 23 de noviembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo de trabajo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria; art. 66 Resolución de 28 de abril de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria; art. 49 Resolución de 16 de octubre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el texto del V Convenio colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales; art. 60 Resolución de 12 de julio de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing); art. 36 Resolución de 25 de abril de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal; art. 80 Resolución de 2 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio

colectivo del sector de la madera; art. 87 Resolución de 4 de julio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo; art. 48 Resolución de 20 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de perfumería y afines; art. 48 Resolución de 30 de marzo de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo estatal de gestorías administrativas; art. 137 Resolución de 27 de mayo de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de ámbito estatal, para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales; art. 137 Resolución de 23 de julio de 2012, de la Dirección General de Empleo y Seguridad Social, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, art. 135 Resolución de 21 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para los años 2014, 2015 y 2016; art. 53 Resolución de 13 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica del Convenio colectivo del sector de curtidos, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías; art. 30 Resolución de 25 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la industria del calzado; art. 30 Resolución de 25 de septiembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la industria del calzado; art. 45 Resolución de 19 de abril de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XXII Convenio colectivo de banca; XII Convenio colectivo de la empresa Compañía Española de Petróleos —CEPSA—; art. 28.g) Convenio colectivo de la empresa Hertz de España, SL, que fue suscrito con fecha 30 de mayo de 2013; art. 9 Convenio colectivo de la empresa Thyssenkrupp Elevadores, SLU que fue suscrito con fecha 18 de enero de 2013; art. 20 Convenio colectivo de Fundación UNICEF —Comité Español 2013; art. 63 VII Convenio colectivo de V2 Complementos Auxiliares, SA.; art. 51 Convenio colectivo de la empresa «Protección Castellana, S.L.»; art. 32 V Convenio colectivo de Aldeas Infantiles SOS de España; art. 76 Convenio colectivo de Puntocash, SA.; XII Convenio colectivo de la empresa Compañía Española de Petróleos —CEPSA— 2013; art. 22 XII Convenio colectivo de la empresa Hibu Connect, SAU; Tercera Convenio colectivo de la empresa Saint-Gobain Vicasa, S.A. —domicilio social y delegaciones comerciales—, que fue suscrito, con fecha 24 de abril de 2013; art. 9 Convenio colectivo de la empresa Thyssenkrupp Elevadores, SLU, que fue suscrito con fecha 18 de enero de 2013; art. 52 I Convenio colectivo de la empresa «ESC Servicios Generales, S.L.»; art. 41 V Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski (CECOSA Supermercados, SA, Vegonsa Agrupación Alimentaria, SA —VEGALSA—, Vego Supermercados, SA, Mercash-Sar, SL, CENCO, SA y Supermercados PICABO, SLU); art. 74 Convenio colectivo de Asociación para la Gestión de la Integración Social, GINSO; art. 37 Convenio colectivo de Agencias de viaje; art. 85 Convenio colectivo Asociación Centro Trama; art. 43 Resolución de 8 de abril de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, SA; art. 44 Resolución de 2 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Colt en España; art. 36 Resolución de 27 de marzo de 2013, de la Dirección General

precepto, o sencillamente señalan de manera genérica que se tomará en cuenta lo establecido en la LOIVG sin especificar ningún precepto²¹; sin embargo, señalan que en los casos en que se produz-

de Empleo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de Intecons, SA; art. 64 Resolución de 23 de abril de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Importaco Frutos Secos; art. 43 Resolución de 21 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo del Grupo de empresas Pans & Company / Eat Out; art. 62 Resolución de 11 de abril de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Distribuidora Internacional de Alimentación, SA y Twins Alimentación, SA; art. 37 Empresas de naturopatía y profesionales naturópatas; art.29 Convenio colectivo de industrias de elaboración del arroz; art. 100 Resolución de 4 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección; art. 100 Resolución de 6 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección; art. 28.g), 29.3) y 32.3) Convenio colectivo de la empresa Hertz de España, SL, que fue suscrito con fecha 30 de mayo de 2013; art. 13 IV Convenio colectivo de la empresa Navantia, S.A.

²¹ Art. 52 Resolución de 13 de marzo de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo general para las empresas de transporte de mercancías por carretera; art. 5 Resolución de 12 de abril de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada; art. 56 Resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio; art. 25 Resolución de 26 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de los registradores de la propiedad y mercantiles y su personal auxiliar; art. 82 Resolución de 9 de mayo de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IX Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado; disposición adicional tercera Convenio Colectivo de la empresa Autobar Spain, S.A.U. que fue suscrito con fecha 10 de julio de 2012; art. 23 Convenio Colectivo de la empresa Transportes Ferroviarios Especiales, SA (Transfesa) que fue suscrito con fecha 2 de diciembre de 2011; art. 54 Convenio colectivo de Consum Sociedad Cooperativa Valenciana; disposición adicional tercera Convenio Colectivo de la empresa Autobar Spain, S.A.U. que fue suscrito con fecha 10 de julio de 2012; art. 58 Convenio colectivo de Alliance Outsourcing S.L.; art. 23 Resolución de 22 de noviembre de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de la Fundación CEPAIM, Acción Integral con Migrantes; art. 32 Resolución de 17 de enero de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Mercadona, SA, Fornis Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SL y Saskibe, SL; art. 54 Resolución de 26 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de Tuntac Invest, SL; art. 40 Resolución de 23 de noviembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para las empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, droguería, perfumería y afines; art. 83 Resolución de 16 de abril de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el

can tendrán un tratamiento interno en el que prima la sensibilidad hacia la mujer víctima, buscando soluciones consensuadas con la empresa y la trabajadora²², o, de manera más ambigua, establecen que se comprometen al cumplimiento de las normas establecidas en la materia, sin detallar a cuáles se hace referencia²³. Por último, se remiten directamente a los artículos que hace alusión el ET²⁴.

Convenio colectivo del Grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia; art. 83 Resolución de 20 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia; art. 19 II Convenio colectivo de la empresa Sun Planet, S.A., suscrito, con fecha 21 de septiembre de 2010; art. 114 VII Convenio colectivo de BP Oil España, SAU; art. 49 Convenio Colectivo de la empresa Adidas España, S.A.U., para el período 2011-2014, que fue suscrito, con fecha 20 de diciembre de 2011, estos dos últimos lo señala de manera indirecta en el contenido que tendrá el plan de igualdad.

²² Art. 62 Convenio colectivo de CTC Externalización, SL; art. 62 V Convenio colectivo de CTC Ingeniería Dedicada, SA.

²³ Disposición adicional tercera Resolución de 10 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo nacional de prensa no diaria y art. 28 Resolución de 18 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio 2010-2015; art. 27 Resolución de 4 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Umivale Mateps n.º 15; art. 55 Resolución de 1 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Asepoyo — Mutua de Accidentes de Trabajo y enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, n.º 151; art. 38 Resolución de 3 de marzo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Sistemas a Domicilio SD 2000, SL.

²⁴ Art. 84 Resolución de 22 de febrero de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural; Tercera Convenio colectivo de la empresa Saint-Gobain Vicasa, S.A. —domicilio social y delegaciones comerciales—, que fue suscrito, con fecha 24 de abril de 2013; cláusula adicional tercera Convenio colectivo de la empresa Saint Gobain Vicasa, SA (domicilio social y delegaciones comerciales), que fue suscrito con fecha 26 de mayo de 2011; cláusula adicional cuarta Convenio colectivo de la empresa Saint-Gobain Vicasa, S.A. —Fábricas—, para el período 2014-2016; art. 46 VI Convenio colectivo de Decathlon España, SA; art.53 Convenio colectivo de la Kiabi España Ksce, SA; art. 54 Convenio colectivo de Servimax Servicios Generales, SA; cláusula adicional tercera Convenio colectivo de la empresa Saint Gobain Vicasa, SA (domicilio social y delegaciones comerciales), que fue suscrito con fecha 26 de mayo de 2011; Cláusula adicional cuarta Convenio colectivo de la empresa Saint-Gobain Vicasa, S.A. —Fábricas—, para el período 2014-2016; art. 10 Convenio colectivo de la empresa Essilor España, S.A; art. 59 Convenio colectivo de la empresa «Fenice Instalaciones Ibérica, S.L.»; art. 44 Convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion, S.A., y Grup Supeco-Maxor, S.L.); disposición adicional cuarta Convenio colectivo sector mediación Seguros Privados.

Llama la atención, de manera positiva, que los agentes sociales aporten una definición de violencia ejercida en el entorno familiar. Bajo este contexto, establecen que aquella es la realizada sobre el empleado, así como a sus hijos que convivan con él, siempre que el agresor sea una persona con quien el empleado mantenga en el momento en que se solicitara la protección, una relación de parentesco o afectividad (cónyuge, ex cónyuge, pareja de hecho, ex pareja de hecho o familiar de cualquier grado)²⁵. Como puede observarse, la definición es más amplia en comparación con la de violencia de género, dado que engloba tanto a la relación de afectividad (pareja) como la familiar, en la que protege, por tanto, a la trabajadora y al trabajador de la empresa.

En este sentido, aquellos se han sensibilizado en la materia de estudio al incorporar en los instrumentos convencionales diferentes recursos que las personas trabajadoras víctimas de la violencia ejercida en el entorno familiar pueden hacer uso. En el que se destacan los siguientes:

- a) Prestación, a su cargo, de los servicios de apoyo que a continuación se exponen, que cubra tanto a la persona trabajadora, como a sus hijos o hijas que convivan con aquella, y que garantizando la confidencialidad más estricta, se pueda acudir directamente para que le sean proporcionados:
 - Apoyo psicológico: Asistencia, información y atención a la víctima, así como orientación familiar.
 - Apoyo médico: Asistencias recomendadas, entre las que se encuentra la Psiquiátrica.

²⁵ Disposición adicional cuarta XI Convenio colectivo de la empresa Repsol Química, S.A., que fue suscrito con fecha 14 de febrero de 2012; art. 17 VII Acuerdo marco del Grupo Repsol; art. 90 IX Convenio colectivo de la empresa Repsol Petróleo, SA (refino), que fue suscrito con fecha 16 de abril de 2012; Anexo V XV Convenio colectivo de la empresa Petróleos del Norte, S.A. —Petronor—, que fue suscrito con fecha 4 de febrero de 2013; art. 17 VI Acuerdo marco del Grupo Repsol YPF; disposición adicional cuarta XI Convenio colectivo de la empresa Repsol Química, S.A., que fue suscrito con fecha 14 de febrero de 2012; art. 90 IX Convenio colectivo de la empresa Repsol Petróleo, SA (refino), que fue suscrito con fecha 16 de abril de 2012; Anexo V XV Convenio colectivo de la empresa Petróleos del Norte, S.A. —Petronor—, que fue suscrito con fecha 4 de febrero de 2013; art. 42 Resolución de 3 de agosto de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Acuerdo complementario al Convenio General de la Industria Química de Repsol YPF Lubricantes y Especialidades, SA.

- Apoyo jurídico: Asistencia jurídica especializada para tramitar actuaciones encaminadas a la protección de las víctimas, tales como la orden de alejamiento, la atribución de la vivienda familiar, la custodia de hijos, la pensión de alimentos, la obtención de prestaciones o medidas de asistencia social, etc.
 - Apoyo laboral ofreciendo la mayor flexibilidad en materia de horarios y jornada, disfrute de vacaciones, licencias y permisos retribuidos, suspensión o extinción de la relación laboral, excedencia o preferencia para ocupar vacantes que supongan movilidad geográfica, en las mismas condiciones que para el traslado por decisión de la dirección de la empresa, según se solicite y mientras sean precisos para su reincorporación normal al trabajo.
- b) Ayuda económica para los gastos ocasionados por la necesidad de alquiler o compra de vivienda habitual con las siguientes consideraciones:
- Ayuda alquiler, en los valores previstos para los casos de movilidad geográfica, durante todo el período que la víctima se vea obligada a dejar temporalmente el domicilio habitual, hasta entonces compartido con el agresor.
 - Ayuda a fondo perdido y crédito puente para la compra de vivienda, en los valores previstos para los casos de movilidad geográfica, cuando la víctima opte por esta solución como mejor forma para resolver su problema.

Además de haber convenios que, a su vez, aportan nuevas herramientas²⁶, pero sin ofrecer una definición y solo se limitan a las trabajadoras víctimas de violencia de género, señalan que sin perjuicio de lo dispuesto en el convenio colectivo la Comisión de Igualdad, a mayores, elaborará medias concretas a fin de proteger a las víctimas de violencia de género²⁷. No obstante, hay algún convenio que diferencia la violen-

²⁶ Arts. 52 al 63 IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa; arts. 50 al 53 Resolución de 6 de octubre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del grupo de empresas de Acciona Energía.

²⁷ Art. 28 Resolución de 20 de enero de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo marco del grupo E.ON España.

cia de género y la violencia doméstica en relación a la reducción de la jornada, al señalar, en relación a esta última, que los trabajadores y trabajadoras podrán solicitar una reducción de jornada de trabajo, con la disminución proporcional de su salario, en los casos de necesitar asistencia²⁸. Y otros, sin embargo, solo señalan la flexibilidad en los criterios de concesión de préstamos y/o anticipos para atender situaciones de necesidad derivadas de las circunstancias de violencia de género²⁹.

En este sentido, hay que recordar que la violencia de género se identifica con las relaciones de poder que los hombres han ejercido tradicionalmente sobre las mujeres, esto es, el género masculino sobre el femenino, y que suele desembocar con frecuencia en la realización de conductas violentas dirigidas a la mujer. En cambio, la violencia doméstica, refleja la violencia ejercida por el varón sobre la mujer, así como el lugar físico en el que esa violencia suele ejercerse, como es el hogar común.

En relación, a la reducción de la jornada de trabajo, existen convenios que hacen plena, la facultad que les otorga el ET, al establecer la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa, con la diferencia de que sí determinan cómo se puede ejercitar³⁰. En este sentido, algún convenio señala, por una parte, que será apreciada libremente por la empresa, que en el caso de autorizarla conllevará una reducción proporcional de sus retribuciones por un mínimo de una hora al día³¹. Por otra, se podrán ejercitar conforme el acuerdo entre la empresa y la trabajadora³². Mientras que otro convenio establece que

²⁸ Art. 18.3 Convenio marco de la Unión General de Trabajadores.

²⁹ Art. 17 Convenio colectivo de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA; art. 81 Convenio colectivo de la empresa Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Soc. Coop. Limitada —HEFAME—, para el periodo 2013-2014, que fue suscrito, con fecha 29 de octubre de 2013; art. 76 Convenio colectivo de la empresa Sociedad de Prevención de Fremap, SLU.

³⁰ Art. 83 Resolución de 29 de noviembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo del Grupo de empresas AENA (Entidad Pública Empresarial AENA y Aena Aeropuertos, SA).

³¹ Art. 31 X Convenio Colectivo de la Compañía Española de Tabaco en Rama, S.A. —CETARSA—, que fue suscrito con fecha 25 de noviembre de 2011.

³² Art. 40 Resolución de 7 de marzo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Aqualogy Supply Chain.

la duración de la jornada será de mínima de un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella³³, o bien que la trabajadora víctima tendrá una flexibilidad horaria especial, siempre que organizadamente sea posible, de 7:00 a 10:00 horas de entrada y de 16:00 a 19:00 horas de salida³⁴. Finalmente, la trabajadora víctima para recuperar el horario normal de trabajo deberá preavisar con 15 días de antelación³⁵.

Hay convenios que a los permisos no retribuidos los denominan licencia. Según la Real Academia Española, en alguna de sus acepciones, la define como permiso para hacer algo³⁶. Bajo este contexto, señalan que dicho permiso, sin sueldo³⁷, se tendrá en especial consideración a las víctimas de violencia de género para hacer efectiva su protección, siempre que acrediten tal situación³⁸. Por lo que se deduce, por ende, que la licencia se refiere a los permisos sin sueldo, en este caso.

Algunos convenios no se hacen eco de todos los derechos señalados en la LOIVG, por ejemplo, solo hacen referencia a la movilidad geográfica. Por una parte, hacen una copia de la norma³⁹. Por otra, la empresa abona a la trabajadora víctima de violencia de género los

³³ Art. 80 Resolución de 2 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de la madera.

³⁴ Art. 21 Convenio colectivo del Grupo Asegurador Reale.

³⁵ Disposición adicional segunda XV Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal, que fue suscrito con fecha 24 de julio de 2013.

³⁶ www.rae.es

³⁷ Art. 52.bis Resolución de 26 de marzo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XVII Convenio colectivo general de la industria química.

³⁸ Art. 59 Convenio colectivo de la empresa «Fenice Instalaciones Ibérica, S.L.»; art. 36. bis Resolución de 21 de febrero de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Logifruit, SL; art. 37 Resolución de 12 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Logifruit, SL.; art. 24.10 Resolución de 12 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Deóleo, SA, para los centros de Rivas Vaciamadrid (Madrid), Sevilla, Alba de Tormes (Salamanca) y Las Palmas.

³⁹ Art. 28 Resolución de 20 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de perfumería y afines; art. 29 Resolución de 20 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad; art. 11 Convenio colectivo del Grupo de empresas JD-Sprinter —Sprinter Megacentros del Deporte, S.L., y JD Spain Sports Fashion 2010, S.L.—; art. 18.3 Resolución de 20 de octubre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Construcciones y Auxiliar de

gastos de desplazamiento⁴⁰ o, en los supuestos de cobertura de vacantes mediante traslados voluntarios, la trabajadora víctima tendrá derecho preferente para hacer efectivo su protección o la asistencia social integral⁴¹. Al igual, hay un convenio que señala que tal condición implica traslado forzoso⁴². Finalmente, señala que la trabajadora, en estos supuestos, no tendrá derecho a indemnización alguna⁴³. No obstante, la trabajadora conservará el plus de zona en caso de ser éste superior al previsto a la población de destino durante los seis primeros meses, una vez finalizado este período de continuar definitivamente en la población el plus de zona será el correspondiente a la misma. En el supuesto de que el traslado sea temporal la empresa estará obligada a abonar a la trabajadora todos los gastos que se originen con motivo del mencionado traslado.

En cuanto a la suspensión del contrato de trabajo, algún convenio señala que el periodo máximo para ello será de seis meses, además de ser el único derecho que se establece para las trabajadoras víctimas de violencia de género⁴⁴. Empero, aquella podrá solicitar un anticipo de salario por un periodo equivalente al de la suspensión, pagadero mensualmente⁴⁵. En este mismo sentido, otro instrumento convencional beneficia a la trabajadora víctima al otorgarle anticipos especiales para contribuir a las necesidades de alquiler en los supuestos en que se vea obligada a abandonar temporalmente el domicilio habitual que comparta con el agresor o como consecuencia de la necesidad de cambiar de colegio a los hijos menores a su cargo (matrícula, libros y

Ferrocarriles, SA; art. 56 Resolución de 29 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del grupo T-Systems (T-Systems ITC Iberia SAU, T-Systems Eltec SL y D-Core Network Iberia SL).

⁴⁰ Art. 65 Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías.

⁴¹ Art. 81 Convenio colectivo de la empresa Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Soc. Coop. Limitada —HEFAME—, para el periodo 2013-2014, que fue suscrito, con fecha 29 de octubre de 2013.

⁴² Art. 36 Convenio colectivo del personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, para el periodo 2013-2018, que fue suscrito, con fecha 1 de octubre de 2013. No obstante, tendrá derecho preferente, en Art. 22 XII Convenio colectivo de la empresa Hibu Connect, SAU.

⁴³ Art. 12 III Convenio colectivo de la empresa Unipost, S.A.

⁴⁴ Art. 15 Convenio colectivo de CEPESA comercial petróleo SA.

⁴⁵ Disposición adicional cuarta Convenio colectivo de las empresas «Zurich Insurance PLC, Sucursal en España», «Zurich Vida, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.» y «Zurich Services, AIE» que fue suscrito con fecha 31 de julio de 2013.

uniformes), entre otros⁴⁶. Finalmente, se le permite variar su periodo vacacional con el fin de que pueda hacer su uso en las fechas que le proporcione un mayor grado de protección y asistencia⁴⁷.

Con el fin de garantizar la igualdad real, algún convenio establece que podrán establecerse acciones positivas en el acceso a la formación con el fin de evitar sesgos en los itinerarios profesionales especialmente, entre otros colectivos, a las víctimas de violencia de género⁴⁸. Así como recibir formación de reciclaje tras su reincorporación en la empresa⁴⁹, o bien estando en excedencia las trabajadoras víctimas pueden de manera voluntaria recibir y participar en cursos de formación⁵⁰, que se computará a efectos de antigüedad el periodo que permanezca en la formación cuando se encuentre en situación de excedencia⁵¹.

Otra ampliación o mejora de lo establecido en el artículo 46 del ET, en relación a la excedencia, que como ya se ha comentado la LOI-VG solo hace alusión al disfrute de esta institución a las funcionarias, al hacerlo extensivo al ámbito de las empresas privadas. No obstante, hay convenios que mal interpretan aquella norma al señalar que la excedencia es un derecho que tienen las trabajadoras víctimas del ámbito privado; pero establecen que el periodo de suspensión tendrá una duración inicial que no podrá exceder de seis meses⁵², salvo que las

⁴⁶ Art. 52 Resolución de 6 de octubre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del grupo de empresas de Acciona Energía.

⁴⁷ Art. 64.3 III Convenio colectivo de la empresa Centrales Nucleares AlmarazTrillo, AIE; art. 43.4 Resolución de 21 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo del Grupo de empresas Pans & Company / Eat Out.

⁴⁸ Art. 11 Convenio colectivo de la empresa Federación Farmacéutica, S.C.C.L., que fue suscrito, con fecha 30 de octubre de 2014.

⁴⁹ Art. 51 Convenio colectivo del personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, para el periodo 2013-2018, que fue suscrito, con fecha 1 de octubre de 2013.

⁵⁰ Art. 51 XV Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal, que fue suscrito con fecha 24 de julio de 2013.

⁵¹ Art. 14.5 Resolución de 11 de octubre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería; art. 14.5 Resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería.

⁵² Algún convenio señala como periodo inicial de la excedencia de seis meses, art. 64.5 III Convenio colectivo de la empresa Centrales Nucleares AlmarazTrillo, AIE. Así comoun periodo entre los tres meses y los tres años, art. 53 Resolución de 6 de octubre

actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión. En este caso, el juez podrá prorrogar la suspensión por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses⁵³; si la trabajadora hubiera solucionado su situación antes de la duración de la excedencia tendrá derecho a incorporarse al puesto de trabajo con un preaviso de setenta y dos horas⁵⁴. Como puede observarse los agentes sociales asocian excedencia con suspensión del contrato de trabajo⁵⁵.

Otro convenio dispone que durante el primer año de una excedencia solicitada por motivo de violencia de género, por una parte, devengará antigüedad a todos los efectos. Por otra, la víctima podrá suspender temporalmente el pago de las cuotas de amortización de los préstamos y anticipos, regulados en convenio colectivo o en pacto colectivo, de los que sea titular la trabajadora que disfrute de la excedencia. Por último, se mantendrán íntegramente las aportaciones al plan de pensiones⁵⁶. Asimismo, podrá beneficiarse de dicha institución sin necesidad de haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y con un plazo de siete años de permanencia en la misma, durante los doce primeros meses tendrá reserva de su puesto de trabajo⁵⁷, o bien una duración de tres meses y los tres años; y mantendrá el derecho al suministro de energía durante los tres años de excedencia⁵⁸.

Algún convenio señala que la trabajadora víctima al superar el máximo de días permitidos para el permiso de abandonar su puesto

de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del grupo de empresas de Acciona Energía.

⁵³ Algún convenio señala como periodo máximo dieciocho meses, art. 28.a) Convenio colectivo del Grupo de empresas JD-Sprinter —Sprinter Megacentros del Deporte, S.L., y JD Spain Sports Fashion 2010, S.L.—.

⁵⁴ Art. 21 VIII Convenio colectivo de la empresa Supermercados Sabeco, SA, que fue suscrito, con fecha 14 de marzo de 2014.

⁵⁵ Art. 14.5 Resolución de 11 de octubre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería; art. 14.5 Resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería.

⁵⁶ Art. 11 Resolución de 13 de marzo de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de las cajas y entidades financieras de ahorro para el período 2011-2014.

⁵⁷ Art. 122 Convenio colectivo de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial.

⁵⁸ Art. 56 IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa.

de trabajo, pasará a la situación de excedencia voluntaria⁵⁹. No obstante, en el caso de fallecimiento del cónyuge o pareja de hecho, en el que exista algún hijo menor de catorce años, aquella tendrá derecho a una excedencia especial no retribuida con reserva de puesto de trabajo. Dicha excedencia tendrá una duración máxima de sesenta días naturales, contados a partir del cuarto día del fallecimiento y deberá ser solicitada al empresario por el beneficiario mediante el correspondiente escrito en el que deberá aparecer la fecha de reincorporación a su puesto de trabajo, que será automática⁶⁰. Por último, algún instrumento convencional dispone que la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho a un permiso especial retribuido de un mes. Empero, si a la finalización del mismo persistiera la situación de violencia, aquella tendrá derecho a una excedencia social ilimitada, sin necesidad de haber prestado un tiempo mínimo de servicios y sin plazo de permanencia en la misma⁶¹.

Hay que destacar la protección que brinda la norma colectiva a los hombres⁶², y no solo de manera exclusiva a las mujeres, como lo han

⁵⁹ Art. 29.4 VIII Convenio colectivo de la empresa Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU, que fue suscrito con fecha 17 de abril de 2013.

⁶⁰ Art. 28.b) Convenio colectivo del Grupo de empresas JD-Sprinter —Sprinter Megacentros del Deporte, S.L., y JD Spain Sports Fashion 2010, S.L.—.

⁶¹ Art. 15º12 Resolución de 29 de septiembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Sial Servicios Auxiliares, SL.

⁶² Disposición adicional tercera Convenio Colectivo de la empresa Autobar Spain, S.A.U., que fue suscrito con fecha 10 de julio de 2012; art. 23 Convenio Colectivo de la empresa Transportes Ferroviarios Especiales, SA (Transfesa), que fue suscrito con fecha 2 de diciembre de 2011; Tercera Convenio colectivo de la empresa Saint-Gobain Vicasa, S.A. —domicilio social y delegaciones comerciales, que fue suscrito, con fecha 24 de abril de 2013; cláusula adicional tercera Convenio colectivo de la empresa Saint Gobain Vicasa, SA (domicilio social y delegaciones comerciales), que fue suscrito con fecha 26 de mayo de 2011; art. 29.4 VIII Convenio colectivo de la empresa Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU, que fue suscrito con fecha 17 de abril de 2013; cláusula adicional cuarta Convenio colectivo de la empresa Saint-Gobain Vicasa, S.A. —Fábricas—, para el período 2014-2016; art. 21 VIII Convenio colectivo de la empresa Supermercados Sabeco, SA, que fue suscrito, con fecha 14 de marzo de 2014; art. 17 Convenio colectivo de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA; art. 53 Convenio colectivo de la Kiabi España Ksce, SA; disposición adicional tercera Convenio Colectivo de la empresa Autobar Spain, S.A.U., que fue suscrito con fecha 10 de julio de 2012; art. 23 Convenio Colectivo de la empresa Transportes Ferroviarios Especiales, SA (Transfesa), que fue suscrito con fecha 2 de diciembre de 2011; Tercera Convenio colectivo de la empresa Saint-Gobain Vicasa, S.A. —domicilio social y delegaciones comerciales—, que fue suscrito, con fecha 24 de abril de 2013; art. 21 VIII Convenio colectivo de la empresa

puesto de relieve la mayoría de los convenios colectivos estudiados. La razón de ello puede provenir, por una parte, por la ignorancia de los agentes sociales a no comprender que la definición de violencia de género, que señala la LOIVG, va dirigida exclusivamente a las mujeres. Por otra, al querer utilizar un lenguaje no sexista en todo su articulado, y no se han percatado que hay artículos que son exclusivos para las mujeres. Por último, pueda que confundan la violencia de género con otro tipo de violencia como la doméstica, en la que pueden entrar los hombres como sujeto pasivo. Sin embargo, no deja de haber algún convenio que en el articulado especial a la violencia de género se refiere a empleados, lo que puede entenderse que se utilice para englobar a hombres o mujeres o, de manera restrictiva, solo a los hombres⁶³.

Además de establecer los derechos laborales y de Seguridad Social a los que hace mención el artículo 21 y la disposición adicional séptima del aludido texto legal, contados convenios colectivos suelen establecer un «Protocolo preventivo contra la violencia de género y ayuda a la víctima»⁶⁴. Lo relevante de este protocolo, además de utilizar un lenguaje no sexista, es que se articula en dos partes básicamente, por un lado, a través de acciones preventivas. Por otro, mediante ayudas. Al mismo tiempo que hace alusión a aquellos preceptos incorpora nuevas mejoras al señalar, por ejemplo, en el supuesto de la reducción de la jornada laboral, que conlleva una reducción del salario en la misma proporción, se puede suscribir un convenio especial con

Supermercados Sabeco, SA, que fue suscrito, con fecha 14 de marzo de 2014; art. 52 Convenio colectivo de la empresa Docks Logistics Spain, S.A.; art. 12 III Convenio colectivo de la empresa Unipost, S.A.; art. 37 Convenio colectivo de agencias de viaje; art. 15.º12 Resolución de 29 de septiembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Sial Servicios Auxiliares, SL.

⁶³ Disposición adicional cuarta Convenio colectivo de las empresas «Zurich Insurance PLC, Sucursal en España», «Zurich Vida, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.» y «Zurich Services, AIE», que fue suscrito con fecha 31 de julio de 2013; art. 64 Resolución de 23 de abril de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Importaco Frutos Secos. Algún convenio en ocasiones de refiere a hombres y mujeres en otros solo a hombres al utilizar el término «trabajadores», art. 43 Resolución de 21 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo del Grupo de empresas Pans & Company / Eat Out.

⁶⁴ Anexo I Resolución de 3 de septiembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para los trabajadores de servicios auxiliares de ISS Facility Services, SA; Anexo I Resolución de 16 de septiembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de ISS Servicios de Información y Control de Accesos, SL.

la Seguridad Social para mantener las mismas bases de cotización; con el propósito que no se vean afectadas las futuras prestaciones que pueda adquirir la trabajadora. Así como las actuaciones de los representantes legales de los trabajadores en acompañamiento y ayuda a las víctimas de violencia de género tendrán la consideración de horas sindicales hasta un máximo de 10 horas mensuales.

En cuanto a acciones positivas para favorecer el empleo de la mujer, algún convenio dispone que tendrá preferencia, entre otros colectivos, aquellas mujeres que hubiesen sido declaradas víctimas de violencia de género —frente a cualquier otra candidatura para cubrir cualquier puesto de trabajo vacante cuya cobertura se convoque por la empresa— siempre que sus méritos y perfiles profesionales sean equivalentes e igualmente idóneos para cubrir el puesto convocado⁶⁵.

Respecto a la forma de acreditar la ausencia al trabajo o falta de puntualidad de la trabajadora víctima de violencia de género, existen convenios que mejoran o complementan el artículo 23 de la LOI-VG, al señalar como medios de acreditación —además de la orden de protección a favor de la víctima o el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la trabajadora es víctima de violencia de género o los que generen los servicios sociales o servicios de salud⁶⁶— cualquier otro documento acreditativo que se encuentre previsto en la normativa autonómica que pudiera resultar de aplicación⁶⁷, así como el informe de la Inspección de Trabajo o

⁶⁵ Art. 60.2 III Convenio colectivo de la empresa Centrales Nucleares AlmarazTrillo, AIE.

⁶⁶ Art. 17 Resolución de 22 de febrero de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural; art. 28.2 Resolución de 26 de marzo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XVII Convenio colectivo general de la industria química; art. 42 Convenio Colectivo de la empresa Noroto, S.A., que fue suscrito con fecha 17 de noviembre de 2010; art. 24.8 Resolución de 12 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Deóleo, SA, para los centros de Rivas Vaciamadrid (Madrid), Sevilla, Alba de Tormes (Salamanca) y Las Palmas.

⁶⁷ Art. 81.6 Convenio colectivo de la empresa Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Soc. Coop. Limitada —HEFAME—, para el periodo 2013-2014, que fue suscrito, con fecha 29 de octubre de 2013; art. 52.1 IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa; art. 28.1 Resolución de 20 de enero de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo marco del grupo E.ON España.

cualquier otro documento de organismo público sobre la condición de beneficiaria de ayudas⁶⁸.

No obstante, hay convenios que son más restrictivos que la LOI-VG, por lo que contraviene lo dispuesto en la norma, al señalar exclusivamente la forma de acreditación la orden judicial de protección⁶⁹ o que se acredite de modo fehaciente⁷⁰. En este último supuesto, hay que estar a lo que pueda significar el término fehacientemente para la empresa.

4. PROPUESTAS PARA ERRADICAR Y PREVENIR LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Del estudio de los convenios colectivos analizados pone de relieve la despreocupación de los agentes sociales para regular los derechos laborales de las mujeres trabajadoras víctimas de la violencia de género. Son escasas las cláusulas convencionales que contienen algún tipo de mejora respecto de la regulación legal. La gran mayoría, como ya se ha apuntado, hacen referencia a la LOIVG, sin localizar regulaciones convencionales que contribuyan aportar soluciones a la problemática. Todo lo anterior lleva a concluir, que los agentes sociales no prestan especial atención a la regulación de los derechos de las trabajadoras víctimas de la violencia de género. Diera la sensación, que aquella norma ha pasado prácticamente inadvertida en el derecho colectivo. Existe un inmenso desconocimiento en el ámbito del trabajo de los beneficios a los que pueden optar las mujeres víctimas de la violencia de género.

⁶⁸ Art. 12 III Convenio colectivo de la empresa Unipost, S.A.

⁶⁹ Art. 48 Resolución de 7 de febrero de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo estatal de gestorías administrativas; art. 52 Convenio colectivo de la empresa Docks Logistics Spain, S.A.; art. 50 Resolución de 6 de octubre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del grupo de empresas de Acciona Energía; art. 56 Resolución de 29 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del grupo T-Systems (T-Systems ITC Iberia SAU, T-Systems Eltec SL y D-Core Network Iberia SL).

⁷⁰ Art. 11 Convenio colectivo del Grupo de empresas JD-Sprinter —Sprinter Megacentros del Deporte, S.L., y JD Spain Sports Fashion 2010, S.L.—.

Uno de los puntos, que se le critica a la LOIVG, es el hecho de dejar en manos de los convenios colectivos el desarrollo de buena parte de los derechos laborales que reconoce el texto legal. No obstante, se afirma, que apenas, un mínimo porcentaje de las empresas recogen en sus negociaciones colectivas el desarrollo de estos derechos. Pueda que los sindicatos y los empresarios tiendan a considerar que existen problemas de más entidad y dejan fuera los posibles beneficios para las mujeres víctimas de los malos tratos. En la práctica, el espíritu de aquella norma, en el ámbito laboral, lamentablemente, no llega a sus destinatarias.

En definitiva, existe una regulación bastante pobre. Los escasos convenios que recogen lo estudiado, tienen en mérito de preocuparse por un tema que es de gran trascendencia social y humana, a pesar de la falta de imaginación y de auténtico interés que se deduce de su regulación. Lo más aconsejable es que los agentes sociales, pese a su dejadez, recomienden adoptar medidas alternativas a las dispuestas en aquel texto legal, ofreciendo, por ejemplo, una solución en los supuestos que no existan filiales en otras localidades, cuando la trabajadora solicite su derecho de cambio de puesto de trabajo.

Bajo este contexto, se presentan algunas propuestas generales en relación a la intervención de los agentes sociales en la negociación colectiva para que puedan negociar en mejores condiciones los derechos a que son acreedoras las mujeres víctimas de malos tratos y, así, puedan complementarlos y, por ende, mejorarlos. Las recomendaciones que se presentan y que se pueden incorporar en los convenios colectivos o, en su caso, en los planes de igualdad ayudarían a las empresas que quieran concurrir a la convocatoria que publica el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad para galardonar a aquellas con el distintivo empresarial en materia de igualdad⁷¹:

- a) Fomentar la presencia de las mujeres en las mesas de negociación. Es decir, que los agentes sociales que intervengan en la negociación colectiva estén representados o compuestos, a su vez, por mujeres para que puedan aportar más ideas a la hora de mejorar los derechos a las trabajadoras víctimas de violencia de género.

⁷¹ Vid. KAHALE CARRILLO, D.: *El distintivo empresarial en materia de igualdad*, Editorial Síntesis, Madrid, 2012.

- b) Fomentar la presencia de la figura del agente para la igualdad de oportunidades en las mesas de negociación.
- c) Ofrecer ayudas económicas para las situaciones de emergencia en caso de violencia de género, mediante la creación, por ejemplo, de un fondo monetario.
- d) Anticipar el periodo vacacional.
- e) Conceder préstamos con facilidades de pago.
- f) Permisos de trabajo retribuidos con duración determinada.
- g) Posibilidad de suspender la relación laboral con reserva del puesto de trabajo con independencia de la modalidad contractual y antigüedad en la empresa, hasta que se normalice su situación.
- h) Mejorar las condiciones temporales de reserva de empleo en los supuestos de movilidad geográfica.
- i) Derecho preferente de ocupar puestos de trabajo de igual categoría en otros centros de trabajo del mismo empresario, cuando requieran cambiar de residencia.
- j) Crear una comisión especial en la materia, que informe a la víctima de malos tratos de sus derechos y las acciones judiciales que puede interponer, poniéndola en contacto con los organismos públicos, Organizaciones No Gubernamentales (ONG's), asociaciones o grupos de mujeres especializados en la materia, garantizándole la discreción y el sigilo del asunto que tendrán los miembros que la componen.
- k) Aparte de reconocerse la orden de protección a favor de las víctimas y el Informe del Ministerio Fiscal, para el reconocimiento de los derechos a que hace mención el texto legal, se deben flexibilizar las vías de acreditación a través de un dictamen de los servicios sociales, la denuncia ante el juzgado o cualquier otro informe probatorio, como el suscrito por una ONG o fundaciones u organismos públicos. Flexibilización que se invoca, por agilizar el disfrute de estos derechos a la trabajadora víctima, en vista que la orden de protección y el

Informe del Ministerio Público es otorgado por profesionales del derecho especializados en el área penal, y pueda que no se encuentren familiarizado con el Derecho del Trabajo, pudiendo retardar la expedición de los mismos para que aquellas hagan uso del derecho que les corresponde.

- 1) Implementar un plan de igualdad que garantice el derecho fundamental a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo, que englobe a las mujeres víctimas de violencia de género.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (Dir. BARRIOS BAUDOR, G. y RIVAS VALLEJO, M.), *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, 2ª edición, Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- KAHALE CARRILLO, D.: *La violencia de género en el contenido de los Estatutos de Autonomía*, Dykinson, Madrid, 2010.
- *El distintivo empresarial en materia de igualdad*, Editorial Síntesis, Madrid, 2012.
- «Tutela Judicial. Violencia de género y Comunidades Autónomas», en AA.VV. (Dir. BARRIOS BAUDOR, G. y RIVAS VALLEJO, M.), *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, 2ª edición, Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- LOUSADA AROCHENA, J.: «Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja», *Actualidad Laboral*, 2005.
- MARTÍN VALVERDE, A.: «Disposiciones legales y sociales de la «Ley de protección integral contra la violencia de género»», *Tribunal Social*, núm. 174, 2005.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P y VELASCO PORTERO, Mª T.: *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*, Cinca, Madrid, 2006.
- «La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral: mucho ruido y pocas nueces», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 271, 2005.
- MUERZA ESPARZA, J.J., ÍÑIGO CORROZA, M.E. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género: aspectos jurídicos penales, procesales y laborales*, Aranzadi, 2005.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y CONDE COLMENERO, P.: «La protección social de las trabajadoras víctimas de violencia de género», *Anales de Derecho*, núm. 24, 2006.
- «La violencia de género en el trabajo: perspectiva de Seguridad Social», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 14, 2007.

- «Perspectiva de Seguridad Social: la violencia de género laboral como enfermedad de trabajo», en AA.VV. (Dir. BARRIOS BAUDOR, G. y RIVAS VALLEJO, M.), *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, 2ª edición, Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
 - «Perspectiva laboral», en AA.VV. (Dir. BARRIOS BAUDOR, G. y RIVAS VALLEJO, M.), *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, 2ª edición, Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: una introducción para laboralistas», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2005, págs. 353-380.
- VELASCO PORTERO, M^a T.: «La acreditación de la condición de víctima de violencia de género como requisito necesario para ser titular de la protección laboral», *Aranzadi Social*, Vol. 3, núm. 9, 2010.

Capítulo Duodécimo

PLANES DE IGUALDAD

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ y ALEJANDRA SELMA PENALVA

SUMARIO

1.- CONSIDERACIONES INICIALES. 2.- ERRORES FRECUENTES. 3.- CONTENIDO DE LOS PLANES DE IGUALDAD. 4.- LA APROBACIÓN DE LOS PLANES DE IGUALDAD: 4.1 Formas patológicas de elaboración, aprobación o revisión de los planes de igualdad. 4.2. Planes de igualdad de grupo de empresas. 4.3 Las nuevas reglas de ultraactividad y su incidencia sobre los planes de igualdad. 5.- EL VALOR DE LA INFORMACIÓN EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN Y REVISIÓN DE LOS PLANES DE IGUALDAD. 6.- MEDIDAS ESTRATÉGICAS INCLUIDAS EN LOS PLANES DE IGUALDAD: 6.1. Contenido básico previsto en la LO-3/2007. 6.2. Medidas con coste añadido y sin coste añadido. 6.3. Estrategias con finalidad preventiva. 7.- CONSIDERACIONES FINALES: ¿EXISTEN LOS PLANES DE IGUALDAD DE ÁMBITO DE SECTOR?. – BIBLIOGRAFÍA.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Es por todos conocido que la LO 3/2007 establece que los planes de igualdad han de ser un conjunto coordinado de medidas tendentes a alcanzar la igualdad de género en la empresa. Y para ello deben fijar, como exige el segundo párrafo del art.46.1 de la Ley de Igualdad, *«los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a alcanzar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados»*. Es decir, los planes de igualdad deben ser guías de actuación efectivas, con operatividad práctica que se traduzca en la consecución real de los objetivos propuestos.

Como se puede apreciar, resulta imprescindible que se plasmen en los planes de igualdad los problemas concretos de los que adolezca la empresa y las medidas específicamente ideadas para solventarlos, obviando cualquier tipo de mención superflua, reiterativa o carente de aplicabilidad práctica que no hace más que complicar la lectura del plan, inducir a confusión y crear una apariencia errónea en lo que respecta a su verdadero alcance.

Pese a que la legislación laboral es clara, resulta muy habitual encontrar en la negociación colectiva nacional varios tipos de errores:

2. ERRORES FRECUENTES

Al supervisar el contenido de los planes de igualdad suscritos en nuestro país se detectan una serie de defectos muy habituales. Se trata de prácticas erróneas, repetidas con insistencia por un gran número

de planes de igualdad y que en realidad demuestran que la redacción de este tipo de documentos no siempre se ha realizado con la minuciosidad e individualización que estos textos requieren. Al contrario, a la vista de que gran parte de ellos reproducen una redacción muy similar, se puede concluir que en realidad, en su proceso de redacción se ha utilizado un texto base, que se ha tomado como modelo, y que se ha copiado de forma prácticamente íntegra, introduciendo, si acaso, alguna matización o particularidad.

Se trata de una práctica que, aunque sin duda encaminada a simplificar el proceso de redacción de los planes de igualdad, en realidad revela la falta de interés por parte de los sujetos negociadores en erradicar los factores de desigualdad que existen en la empresa, y por lo tanto, se ha de evitar en todo lo posible.

Posiblemente derivado del hecho de utilizar como referencia un hipotético plan de igualdad que pretende ser un texto tipo o modelo reutilizable por empresas de diferente tipo, gran parte de los convenios analizados pecan de una generalidad y una ambigüedad injustificables.

En concreto, resulta muy frecuente encontrar que la negociación colectiva de nuestro país, al hacer referencia al elenco de medidas en materia de igualdad de trato y oportunidades vigentes en la empresa, cae en dos tipos de errores:

- Incluir previsiones de contenido tan genérico que en realidad constituyen únicamente la plasmación del deseo empresarial de contribuir a luchar contra la desigualdad de género, de mero valor teórico y sin dar lugar a ningún derecho de exigibilidad directa.
- O bien, reiterar el contenido literal de los derechos ya reconocidos por el legislador en materia de protección a la mujer, la maternidad o la conciliación de la vida familiar y laboral. Así pues, al reproducir el contenido de derechos previstos como mínimos e indisponibles por parte de la negociación colectiva, sin incluir ninguna medida concreta de ampliación o mejora, se habrá dado lugar a unas previsiones que, aunque rubricadas bajo el atractivo nombre de «igualdad de género» o «protección a la mujer», en realidad, carecen de valor práctico de ninguna clase.

Pero a pesar de que primera vista este tipo de práctica convencional tan extendida, parece más bien una técnica maliciosamente encaminada a simular que se han llevado a cabo unos avances en materia de igualdad de género que en realidad no se han producido, en realidad, parece que simplemente se está en presencia de una formulación que obedece a razones de comodidad. Y es que, sólo utilizando previsiones de este tipo se puede conseguir redactar un plan de igualdad en términos tales que resulte aplicable a empresas de diferente dimensión, con plantillas muy dispares, dedicadas a actividades muy diversas, y por tanto, para las que, si se hubiese realizado un diagnóstico previo, necesariamente, se hubiese detectado una situación de partida muy diferente.

Ahora bien, estas fórmulas imprecisas y reiterativas no sólo están revelando la falta de interés de los sujetos negociadores en el contenido concreto de este tipo de planes, sino que al mismo tiempo encubren un segundo significado: persiguen una finalidad informativa.

Así, la reiteración del contenido de la legislación laboral en el texto del plan de igualdad es un hecho significativamente revelador del nivel de desconocimiento en el ámbito empresarial español de cuál es el grado de protección legal actualmente vigente, lo que explica que los sujetos negociadores consideran importante reproducir en el texto del convenio colectivo derechos que ya reconoce expresamente el texto de la ley¹. De esta manera, mediante su plasmación expresa en el texto del convenio se pretende generalizar su conocimiento y fomentar su utilización, intentando evitar que los trabajadores de la empresa pierdan la oportunidad de utilizar las medidas destinadas a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral actualmente reconocidas en el ámbito laboral simplemente por el hecho de la falta de información.

Pero aunque los sujetos negociadores consideren útiles y no superfluas este tipo de reiteraciones, no se puede negar que se trata de una práctica desafortunada. Y es que, aunque en realidad simplemente persigue el objetivo bienintencionado de acercar a los trabajadores las

¹ Precisamente para evitar esta situación, el art. 41 Convenio colectivo de las empresas Mercadona, SA, Forns Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SL y Saskibe, SL (BOE 30 de enero de 2014), establece, por una parte, el compromiso de la empresa de financiar un folleto informativo sobre las licencias comúnmente utilizadas, los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de la Ley 3/2007 y por otra, la obligación de la parte social de distribuirlo.

previsiones legales, consume tiempo y esfuerzo en el proceso negociador cuando en realidad no se ha conseguido ninguna mejora.

Ante esta situación, se hace imprescindible corregir esta práctica negociadora y para ello resulta aconsejable que, no sólo los sujetos negociadores, sino la generalidad de la plantilla de la empresa, reciba unas nociones básicas que le permitan tomar consciencia de los distintos derechos que les reconoce la legislación laboral y que están encaminados a facilitar la conciliación de las obligaciones profesionales y las personales (excedencias, permisos retribuidos, reducciones de jornada, situaciones de maternidad y paternidad, etc.) y de las consecuencias que dicho ejercicio puede llegar a desplegar en el seno de la relación laboral (promoción profesional, reserva de puesto, mantenimiento del deber de buena fe, etc.). Y es que sólo garantizando que existe en el ámbito empresarial un conocimiento generalizado de las diferentes medidas vigentes, se podrá poner freno a estas reiteraciones injustificadas.

No se puede dejar de destacar que la redacción de todo plan de igualdad, así como de todo texto normativo, protocolo de actuación, reglamentación interna de la empresa, requiere, por razones de concordancia interna, contar con una introducción previa que ponga al lector en antecedentes de la situación que se pretende tratar o regular y la finalidad pretendida. Ahora bien, una cosa es utilizar ciertos objetivos y medidas ya previstos en los textos legales para enlazar con las iniciativas acordadas en la empresa, y otra muy diferente es reiterar su contenido, incluir consideraciones genéricas, o plantear como avances lo que únicamente son vagos *desiderátums* carentes, por sí solos de aplicación práctica concreta.

Así pues, los compromisos empresariales en los que simplemente se proclama el deseo de la empresa de *seguir avanzando* en materia de igualdad de género, *favorecer* la igualdad y la conciliación de la vida laboral y familiar, *combatir* los episodios de discriminación que se pueden producir en su seno, *fomentar* la aplicación de una política empresarial basada en la igualdad de oportunidades, *remover los obstáculos* que puedan incidir sobre la mujer trabajadora, *garantizar* una aplicación estricta de las disposiciones legales destinadas a evitar la discriminación de la mujer en el empleo, proclama la *sensibilización* de la empresa con el problema de la discriminación por razón de género, *proteger* la maternidad, o *luchar* contra las prácticas discrimi-

natorias, carecerán de una aplicación efectiva si no van a acompañados de medidas o estrategias concretas, exigibles por los trabajadores afectados².

Como se puede apreciar, la práctica ofrece multitud de fórmulas de redacción, ambiguas y genéricas, en las que en realidad únicamente se está plasmando una declaración empresarial de intenciones, por sí sola, carente de exigibilidad.

De la misma forma, reproducir de nuevo íntegramente el contenido del art. 14 CE o del art. 17 del Estatuto de los Trabajadores³, plasmar en el texto del convenio artículos completos de la LO 3/2007 en los que se indica la finalidad del plan de igualdad o se exponen concretas obligaciones empresariales en materia de igualdad de género, recordar el proceso de gestación de ciertos convenios de la OIT⁴, de indicaciones de la ONU en materia de protección a la mujer, la maternidad o la igualdad de género, o incluso, dedicar atención minuciosa a definir conceptos ya clásicos como el de discriminación directa, discriminación indirecta, discriminación positiva, discriminación sexual o discriminación por razón de sexo (pues se trata de definiciones no sólo aceptadas desde hace años en la práctica jurisprudencial y doctrinal, sino ya expresamente plasmadas en el texto de la LO 3/2007) resta eficacia al plan de igualdad que se haya podido adoptar en la empresa, pues puede incluso llegar a hacer pasar desapercibidos los verdaderos avances en materia de igualdad de género y oportunidades que se hayan negociado en su ámbito de aplicación, que pueden quedar ocultos entre información meramente superflua y reiterativa.

² Así entre otros, la Disposición adicional primera del Convenio Colectivo de la empresa Duna Tecnics, SA, (Código de Convenio número 90017552012009), el art. 72 del Convenio colectivo de la empresa Sociedad de Prevención de Fremap, SLU (código de convenio n.º 90017512012009), o el art. 14 del Convenio colectivo de Alterna BPO, BOE n.º 282, de 21 noviembre de 2014.

³ Así lo hacen, entre otros, el art. 36 del convenio colectivo para ACIONA S.A., BOE n.º 250, de 18 de octubre de 2013, y el plan de igualdad incluido en la Disposición adicional del V Convenio colectivo de la empresa Santa Bárbara Sistemas, S.A. (código de convenio núm. 90015342012005), o el art. 64 del V Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski (CECOSA Supermercados, SA, Vegonsa Agrupación Alimentaria, SA —VEGALSA—, Vego Supermercados, SA, Mercash-Sar, SL, CENCO, SA y Supermercados PICABO, SLU), (código de convenio n.º: 90015923012006).

⁴ *Cfr.*, por ejemplo, el Anexo III del convenio colectivo de KFC Restaurants Spain SL, BOE n.º 137, de 6 de junio de 2014.

Ante esta situación no se puede dejar de recordar que la obligación de negociar en materia de igualdad que el art. 85 ET impone como contenido mínimo de todo convenio colectivo no queda correctamente cumplida por el mero hecho de incluir este tipo de previsiones. El legislador está haciendo referencia a la obligación de negociar medidas que verdaderamente puedan contribuir a luchar contra los fenómenos de desigualdad que se puedan presentar en la empresa, sin que a estos efectos pueda en modo alguno considerarse este deber cumplido simplemente por el hecho de dedicar una cláusula del convenio colectivo a reproducir derechos preexistentes o plasmar meras expectativas de derecho.

Eso sí, aunque ese tipo de prácticas deberían considerarse evitables, no se puede negar que, una vez plasmadas en el texto del convenio, sí pueden tener cierta utilidad (utilidad a la que, obviamente no sería necesario recurrir en el caso de que se hubiesen articulado de forma clara y precisa nuevos derechos laborales en el convenio colectivo tendentes a erradicar las desigualdades por razón de género que se pudieran presentar en la empresa). Así pues, recapitulando lo expuesto hasta ahora, puede decirse que:

1.º Pese a ser reiterativas, presentan un valor divulgativo de las medidas legales existentes. Ahora bien, si esta era la finalidad perseguida, se puede afirmar que ésta parte ya de un error de base: hoy en día resulta muy aventurado afirmar que el trabajador de una empresa tiene más facilidad para tener acceso al convenio colectivo vigente, que a la normativa laboral (básicamente Estatuto de los Trabajadores y Ley General de la Seguridad Social) en la que se incluyen derechos que pueden beneficiarse. Y es que desde que se ha generalizado el uso masivo de las nuevas tecnologías e Internet se ha convertido quizá en la vía más usual de comunicación, se puede afirmar sin reservas que hoy en día, ninguna persona interesada encuentra ya dificultades de acceso a textos normativos actualizados en cualquier momento y lugar de su vida diaria —cosa que posiblemente hace unos años, no ocurría—.

2.º Al mismo tiempo, plasmando en el texto del convenio los derechos ya reconocidos en la legislación laboral, se consigue cristalizar el derecho vigente y garantiza su inmutabilidad frente a futuras e hipotéticas restricciones legales sobrevenidas. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que por lo que a la igualdad de oportunidades y a la conci-

liación de la vida familiar y laboral se refiere, el ordenamiento laboral experimenta constantes ampliaciones⁵.

3.º Por otra parte, por lo que se refiere a los compromisos plasmados en el texto de los planes de igualdad de perfiles genéricos y ambiguos, puede afirmarse que más que una mera plasmación de un deseo de actuación, actúan en realidad como una forma de recordar un criterio interpretativo que se deberá tener en cuenta tanto a la hora de determinar el alcance de preceptos difusos, como cuando sea preciso adoptar decisiones sobre cuestiones que no hayan sido expresamente abordadas en el plan de igualdad.

En definitiva, se trata de previsiones que no hacen más que insistir sobre el hecho (ya reconocido en el art. 4 de la LO 3/2007) de que la igualdad de trato y oportunidades es un «*principio informador del ordenamiento jurídico*» que se ha de observar en la «*interpretación y aplicación de las normas jurídicas*». Y es que desde que se produjo la entrada en vigor de la LO 3/2007, la igualdad de género empieza a actuar como un nuevo criterio interpretativo, completando así las clásicas previsiones no sólo del art. 3 C.C. (en relación con la interpretación de las normas) sino también del art. 1281 C.C. (en torno a la interpretación de los contratos)⁶.

3. CONTENIDO DE LOS PLANES DE IGUALDAD

Como es sabido, el plan de igualdad debe estar orientado a promover la igualdad de trato entre hombres y mujeres en todas las categorías profesionales y niveles retributivos y a remover los obstáculos que

⁵ Así por ejemplo, véase la constante ampliación de los derechos reconocidos en esta materia primero por la Ley 39/1999 de conciliación de la vida personal y familiar de las personas trabajadoras, posteriormente ampliados y mejorados por la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁶ De esta manera, aunque no se plasme expresamente en el texto de los planes de igualdad, a la luz de las obligaciones marcadas por el art 4 de la LO 3/2007, puede decirse que existe una obligación general de dirimir las controversias que puedan suscitarse en el seno de la empresa en materia de contratación, promoción profesional, distribución horaria, retribución, etc. de la manera que resulte más favorable para conseguir la igualdad de género y oportunidades en el entorno empresarial. Y es que, aunque genérica, al estar expresamente reconocida en el texto de la ley, se trata de una previsión que, llegado el momento pueden exigir los trabajadores afectados, y de la que derivará la obligación empresarial de justificar la razonabilidad de las decisiones adoptadas.

lastran la carrera profesional de los trabajadores de sexo femenino. Pero lo que no se puede olvidar es que para poder alcanzar los objetivos citados se han de articular concretos compromisos de actuación, sin que en modo alguno puede llegar a calificarse como un verdadero plan de igualdad (incluso aunque las partes negociadoras hayan decidido darle este nombre) a aquellas previsiones, por extensas que sean, en las que únicamente se reproducen las definiciones legales, se reiteran los derechos laborales reconocidos en la legislación vigente en atención a la maternidad y en favor de la conciliación de la vida personal y laboral de las personas trabajadoras, o se plasma por escrito el deseo de la empresa de tutelar el correcto cumplimiento de estos derechos⁷.

Las citadas previsiones no constituyen en modo alguno un avance concreto de la empresa en cuestión en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Así, de llegar a producirse la situación comentada, debe tenerse en cuenta que la empresa en cuestión no habrá cumplido el deber de elaboración de un plan de igualdad que le pueda venir impuesto legalmente o que voluntariamente haya podido asumir. Y es que como expresamente contempla el segundo párrafo del art. 46.1 de la LO 3/2007, objetivos, estrategias o prácticas, seguimiento y evaluación constituyen las fases imprescindibles que ha de presentar todo plan de igualdad para poder considerarse como tal⁸.

Precisamente a estos efectos conviene realizar una aclaración muy importante: desde el momento en que una empresa asume voluntariamente la obligación de elaborar un plan de igualdad (haciendo referencia a las empresas de menos de 250 trabajadores que, en principio, no quedan incluidas dentro de la obligación legal) se están comprometiendo verdaderamente a asumir la obligación de elaboración de un

⁷ Así pues, resultan superfluas las previsiones en las que la empresa, directa o indirectamente, se compromete a garantizar el acceso a las medidas reconocidas en la ley, a todo aquel trabajador de la empresa que, encontrándose en la concreta situación personal o familiar protegida, solicite su disfrute (previsiones de este tipo aparecen, por ejemplo, en la Resolución de 18 de marzo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo del sector de derivados del cemento (Código 99010355011996), y en el art. 59 del Convenio Colectivo de la empresa Asociación Benéfica Reto a la Esperanza (Código de Convenio n.º 90014642012004).

⁸ Cfr. CARRERA GARROSA, Virginia «Los planes de igualdad en la empresa privada: contenidos y fases», en AAVV, «¿Por qué no hemos alcanzado la igualdad?» (Directores: FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela; DEL POZO PÉREZ, Marta y LEÓN ALONSO, Marta), págs. 25-31.

plan de igualdad correcto y completo, sin que en modo alguno pueda prosperar la falsa creencia de que cumplirían el citado compromiso simplemente plasmando en su articulado un cúmulo de declaraciones vagas, imprecisas o genéricas.

Resulta esencial tener en cuenta que las medidas que establezca como apropiadas cada plan de igualdad deben ser medidas individualizadas, previstas *ad hoc* para la concreta situación en la que se encuentre la empresa, destinadas a contrarrestar los defectos concretos que se hayan encontrado en su estructura productiva o en la forma de distribución del trabajo que, directa o indirectamente, puedan perjudicar la plena igualdad de sexos. No basta por tanto reproducir un contenido «tipo» de un plan de igualdad «modelo» que, a modo de plantilla, pueda difundirse con el fin de facilitar la labor de los sujetos negociadores de elaborar un plan de igualdad, simplificando su tarea.

Aunque en la citada plantilla se hayan podido incluir medidas concretas de actuación, fácilmente asumibles por las empresas y que, valoradas aisladamente, se comprueba que sí implican una mejora del elenco de derechos mínimos previstos en la ley sobre esta materia, si no se han ideado teniendo en cuenta la situación real de esa concreta empresa, a la luz de los datos obtenidos en el diagnóstico previo de la situación, no se habrá aprobado verdaderamente un plan de igualdad, pues el acuerdo adoptado carecerá de la razonabilidad y adecuación a fin que ha de caracterizar a este tipo de medidas.

Precisamente por ello, debe insistirse en que elaborar un plan de igualdad constituye en realidad una tarea compleja, compuesta por diferentes fases o etapas, todas ellas imprescindibles para poder completar el proceso con éxito⁹. A saber:

⁹ Complejidad que pone de manifiesto OLMO GASCÓN, Marta, en «El contenido de los planes de igualdad: guías y directrices prácticas», *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n.º 32, 2013, pág. 38. Así, esta autora, después de resaltar que «el proceso de elaboración y gestión de los planes de igualdad en empresas y administraciones públicas es sumamente complejo», recuerda que, con el fin de simplificar esta elaboración «en los últimos años diferentes administraciones públicas, sindicatos más representativos y organizaciones de mujeres juristas han elaborado valiosos documentos indicando el procedimiento y los contenidos más idóneos para garantizar el principio de igualdad de tratamiento por razón de género en el trabajo. Esta labor, que ha pasado un tanto inadvertida, es revisada en las siguientes páginas en las que añadidamente, se analizan los estudios procedentes de las organizaciones sindicales que revisan las medi-

1.º Una fase inicial de valoración o diagnóstico de la situación. En esta fase se procederá a la recogida de datos que permita tener una visión global de cuál es la distribución por géneros que existe en la empresa. Este diagnóstico, deberá realizarse teniendo en cuenta tanto la situación de la empresa en su conjunto, como también la situación particularizada que puede existir en sus diferentes centros de trabajo.

2.º A continuación, a la vista de los resultados que dichos datos reflejen, se procederá a detectar las deficiencias existentes y a articular medidas de actuación concretas, específicamente dirigidas a solventar o contrarrestar los problemas detectados. De esta manera, cada defecto detectado se traduce en un concreto objetivo de mejora, para cuya consecución se han de idear una o varias medidas de actuación concretas, específicamente dirigidas a alcanzar el concreto fin para el que se crearon. Se trata en realidad de una concatenación de fases o etapas sucesivas, todas ellas vinculadas entre sí por un elemento no sólo causal sino también temporal. Y es que cada una de estas actuaciones actuará como causa justificativa de la siguiente fase de elaboración del plan de igualdad, de forma que la ausencia de cualquiera de ellas o el retraso en su elaboración, impide la continuar con la elaboración del plan de igualdad.

Al mismo tiempo, debe tenerse presente un elemento esencial que muchas veces pasa desapercibido: no basta con plantear unas concretas acciones de mejora si no se establece un plazo concreto de ejecución. Así pues, ha de atribuirse un periodo temporal aproximado dentro del cual, razonablemente se espere haber cumplido los objetivos perseguidos o al menos, haber avanzado de forma perceptible, en su consecución.

3.º Ahora bien, no se puede negar que en la práctica, será difícil garantizar la aplicabilidad de las medidas adoptadas si éstas no se acompañan de un proceso o mecanismo de control que asegure su correcto cumplimiento y supervise el grado de consecución de los objetivos previstos. En concreto, será objeto de control el grado de cumplimiento del plan cronológico de actuación de las diferentes medidas concretas, detectando de esta manera deficiencias indeseadas en

das contenidas en la negociación colectiva y planes de igualdad de nuestro país, destacando las que pueden considerarse como buenas prácticas para equiparar en el ámbito laboral a mujeres y hombres».

el proceso de implantación u obstáculos que ralenticen la puesta en práctica de las medidas seleccionadas.

Puede ayudar a garantizar la rápida implantación de las medidas adoptadas en el plan de igualdad, designar a una persona concreta, claramente identificada, responsable directo de su puesta en marcha y desarrollo adecuado. Así pues, será ésta la que deberá supervisar el proceso de aplicación de esta medida y detectar y comunicar los errores u obstáculos que pueden lastrar su puesta en práctica o ralentizar su desarrollo. Se trata de una fórmula muy útil, puesto que evita de forma radical ciertos comportamientos de dejadez y desidia que se pueden detectar cuando no existe una persona directamente responsable de la ejecución de una determinada estrategia, o incluso, cuando ésta responsabilidad se atribuye a un grupo amplio de personas (por ejemplo, la comisión paritaria de la empresa, la comisión de igualdad, los representantes de los trabajadores, la dirección de la empresa, etc.).

Y es que aunque será la empresa la responsable directa de la ejecución de las medidas adoptadas en el plan de igualdad, resulta razonable delegar su cumplimiento a personas concretas. Como en la práctica, la elaboración de un plan de igualdad suele incluir el compromiso de creación de una Comisión de igualdad, esta delegación suele tener lugar sobre las diferentes personas que componen la citada comisión.

4.º Y son precisamente los resultados objetivos en esta fase de seguimiento o control, los que permitirán desarrollar la última de las etapas que han de conformar todo plan de igualdad: la fase de evaluación y propuestas de mejora¹⁰.

¹⁰ Pero como pone de manifiesto SÁNCHEZ VALERA, Mónica, son muchas las empresas que desconocen la necesidad de llevar a cabo esta última etapa. Y es que «una vez superada la fase de iniciativa y diagnóstico de la situación actual de la empresa son muchas las organizaciones que desconocen cómo plantearse objetivos concretos y acciones a desarrollar para conseguir una igualdad efectiva entre hombres y mujeres», en «Medidas clave en la implementación de un plan de igualdad en la empresa», *Equipos & Talentos: gestión, selección y formación en RR HH*, n.º 71, 2010, pág. 16. Sobre la importancia de esta fase revisión y actualización del contenido de los planes de igualdad, véase ZOCO ZABALA, Cristina, «Evaluación de los planes de igualdad en las empresas: hacia medidas de conciliación compartidas» en AAVV, «Eficiencia, igualdad y empresa: la aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad» (coord. por SIERRA HERNÁIZ, Elisa y ARAGÓN GÓMEZ, Cristina), 2011, págs. 231-255.

Se cierra de esta manera un círculo que permite demostrar que los planes de igualdad no constituyen un conjunto petrificado de medidas que puedan permanecer invariables a lo largo del tiempo, sino que el deber de elaboración de las empresas de los planes de igualdad no termina en un solo acto, sino que se trata de un deber de cumplimiento sucesivo.

Así pues, el conjunto de medidas incluidas en el plan de igualdad ha de revisarse periódicamente en virtud de los resultados que cada año arrojan las cifras de contratación de la empresa, teniendo en cuenta en todo momento si verdaderamente lograron los resultados que se esperaba de ellas en el tiempo previsto, siendo entonces el momento oportuno para plantear nuevas iniciativas, modificar las estrategias implantadas hasta ahora, implantar nuevos controles que refuercen su eficacia, detectar nuevos problemas y prever nuevas medidas de actuación, etc.

Como se puede apreciar, para poder ejecutar esta fase, resulta imprescindible contar con una nueva información, ya actualizada, de los distintos elementos que rodean la contratación laboral en la empresa y que pueden resultar significativos para dar a conocer cuál es la concreta posición que ocupan hombres y mujeres en la estructura productiva.

4. LA APROBACIÓN DE LOS PLANES DE IGUALDAD

Aunque muchas veces, la negociación colectiva utilice de forma extremadamente amplia la calificación de «Plan de Igualdad», técnicamente sólo podrán recibir esta calificación aquellos textos elaborados siguiendo el procedimiento descrito y sin omitir ninguna de sus fases, que finalmente sean aprobados en el seno de un proceso de negociación colectiva. De hecho, es habitual que formen parte del texto de un convenio colectivo, aunque también pueden aprobarse en el seno de un proceso negociador *ad hoc*, siempre que se reúnan las mismas mayorías en su aprobación que las exigidas para dar lugar a un convenio colectivo.

Del tenor literal del segundo párrafo del art. 85.1 ET se deduce, en efecto, que por las propias características de la materia negociada, no caben acuerdos extraestatutarios, y por lo tanto, de eficacia limitada a

los sujetos firmantes del acuerdo y sus representados, pues la finalidad que persiguen los planes de igualdad quedaría frustrada.

De la misma forma, como la previa negociación con los representantes de los trabajadores resulta obligada, tampoco cabría calificar como un verdadero plan de igualdad a las posibles medidas o conjunto de medidas que, llegado el momento, pudiera reconocer de forma unilateral el empresario, aunque éstas persiguiesen mejorar la igualdad entre hombres y mujeres en el seno de la empresa.

4.1. Formas patológicas de elaboración, aprobación o revisión de los planes de igualdad

De acuerdo con lo que se dice, deben rechazarse aquéllas previsiones, aparentemente calificadas como planes de igualdad, en las que únicamente se está remitiendo a un hipotético texto elaborado en el seno de la empresa (incluso por acuerdo entre representantes de los trabajadores y empresarios) —muchas veces a un texto todavía no elaborado—, que no haya seguido el proceso de aprobación del que deriva la vigencia de un convenio colectivo¹¹. De la misma forma, tampoco se habrá cumplido correctamente la obligación de elaboración de un plan de igualdad cuando en el texto del convenio colectivo simplemente se recuerda que la empresa ya dispone de un acuerdo de este tipo, pero sin proceder a realizar la obligada actualización que este tipo de medidas requiere¹².

Y por supuesto, tampoco lo es la previsión convencional en la que se remite al plan de igualdad previamente elaborado en otra empresa (normalmente perteneciente al mismo sector de actividad o grupo empresarial, respecto a la que cabe intuir las mismas necesidades de actuación). Es claro que si no se ha producido un análisis individua-

¹¹ Así, no es un verdadero «plan de igualdad» la remisión que realiza el art. 49 del I Convenio colectivo de Unedisa Comunicaciones, SL., Código de Convenio n.º 90100452012011, (BOE 18 de julio de 2011), a un texto de elaboración futura.

¹² Como hace, bajo la rúbrica, de «plan de igualdad», el I Convenio colectivo de la Fundación CEPAIM, Acción Integral con Migrantes (Código de Convenio n.º 90100272012010), BOE 3 de diciembre de 2010, o la sección 6ª del I Convenio colectivo de Tecnomcom España Solutions, Tecnomcom Telecomunicaciones y Energía y Tecnomcom SyA (código de convenio n.º 90100133012013), BOE 28 de junio de 2013.

lizado de la situación particular en la que se encuentra la concreta empresa, no se habrá elaborado un verdadero plan de igualdad.

4.2. Planes de igualdad de grupo de empresas

En relación con la cuestión suscitada, cabe plantear la siguiente pregunta: ¿existen planes de igualdad de grupos de empresa? ¿Puede un plan de igualdad negociarse y aprobarse en este concreto ámbito negociador?

La respuesta ha de ser afirmativa. Y es que aunque la obligación de elaborar planes de igualdad (como a continuación se analiza con más detalle) sigue recayendo únicamente sobre empresas y no sobre grupos de empresas (arts. 46 y 47 de la LO 3/2007 y 85 ET), dado el reconocimiento expreso que actualmente existe en la legislación laboral de la negociación colectiva en el ámbito de grupo, debe entenderse que también las empresas habrán dado cumplimiento a esta obligación legal si el plan negociado en el seno del grupo de empresas incluye un «plan de igualdad» debidamente elaborado, razonado y justificado, destinado a resultar aplicable a todas las empresas del grupo.

A estos efectos, no se puede olvidar que la presencia creciente de los grupos de empresas en ámbito jurídico provoca que también éstos tengan una presencia cada vez más acusada en la realidad negocial. En este sentido, el RD-Ley 7/2011 de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, introdujo importantes modificaciones sobre el Título III del Estatuto de los Trabajadores destinadas a articular expresamente, como nivel de negociación colectiva estatutaria, la formulada por un grupo de empresas¹³. Y es que habida cuenta de que cada vez tienen más presencia en el tráfico jurídico los grupos de empresas y las empresas-red (aquéllas formadas por una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas, o productivas), el legislador por fin ha reconocido legitimación negocial a los representantes de este tipo de entidades (tercer párrafo del art. 87.1 ET)¹⁴.

¹³ Sobre este tema, in extenso, véase TOMÁS JIMÉNEZ, Natalia, «El nuevo marco de negociación colectiva en los grupos de empresas y empresas red», *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, n.º 356, 2012.

¹⁴ Sobre este interesante tema, véase los recientes estudios de SAGARDOY Y BENGOCHEA, Juan Antonio y GIL Y GIL, José Luis, «La negociación colectiva en los grupos de empresas», y de VICENTE PALACIO, M^a Aranzazu, «Grupos de empresas y negociación

Se trata de una modificación normativa encaminada a simplificar el proceso de aprobación de lo que anteriormente se venía conociendo como «convenios colectivos de ámbito de empresa». Es verdad que antes de que se modificara la redacción del citado precepto la negociación colectiva de grupo ya existía, pero requería una tramitación mucho más compleja. Y ante la ausencia de una forma de negociación y aprobación conjunta, se exigía la reiteración de exactamente las mismas cláusulas convencionales en los acuerdos negociales que se alcanzaran de forma individual en el seno de cada una de las mesas negociadoras, y cuyo ámbito de aplicación se limitaba a cada una de las empresas que componían el citado grupo, consideradas de forma aislada.

Desde el momento en que el legislador no sólo acepta la existencia de situaciones de negociación colectiva en el seno de los grupos de empresas, sino que también articula un cauce jurídico específico para facilitar este proceso, se ha de admitir que en este concreto ámbito, pueden negociarse medidas tendentes a fomentar la igualdad de géneros en el grupo, medidas que en ocasiones pueden presentarse de forma organizada y sistematizada, dando lugar a verdaderos planes de igualdad, destinadas a extender sus efectos simultáneamente sobre las diversas entidades empresariales que componen el citado grupo mercantil y sobre todos los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación.

Ahora bien, debe tenerse presente que, por el momento, la obligación de elaboración de un plan de igualdad sólo recae (salvo supuestos de sanción o compromisos voluntarios) sobre *las empresas* de más de 250 trabajadores, para cuyo cómputo será necesario sumar todos los empleados que componen la plantilla de la misma, aunque estos estén distribuidos en varios centros de trabajo, pero no los empleados que formalmente aparecen adscritos a otras de las empresas del grupo, aunque entre ellas existan fuertes vínculos económicos o jurídicos (mismo capital social, mismos miembros del consejo de administración, personal directivo coincidente, etc.).

colectiva: dos ejemplos del tratamiento de los grupos de empresa por el ordenamiento jurídico español: de lo patológico a lo fisiológico», ambos incluidos en AAVV, «El derecho a la negociación colectiva: «Liber Amicorum» Profesor Antonio Ojeda Avilés» (coord. GORELLI HERNÁNDEZ, Juan), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014, págs. 443 y 537 respectivamente.

Ante esta situación debe entenderse que aunque este tipo de acuerdos dan lugar a unos compromisos directamente aplicables sobre todas las empresas y trabajadores que forman parte del citado grupo mercantil, y aunque se presume que en materia de igualdad de trato y oportunidades todas las entidades incluidas presentan una situación similar, cuando lo que se ha aprobado es un «plan de igualdad», este proceso negociador «grupal» ha debido ir precedido de un *análisis individualizado* de la situación en la que se encuentra cada una de las empresas que integran el citado grupo. Por el mismo motivo, las diferentes estrategias de actuación que se haya podido acordar deben estar adaptadas a las concretas necesidades de actuación que pueda requerir cada una de las empresas implicadas (si es que, llegado el caso, se demuestre que éstas son diferentes).

Pero si bajo la forma de un aparente «plan de igualdad» el convenio de grupo tan sólo hace referencia a los objetivos generales que se desean alcanzar en dicho ámbito empresarial en materia de igualdad de géneros o reproduce los derechos que sobre esta materia que reconoce la legislación laboral, sin realizar un diagnóstico previo de la situación de cada una de las empresas del grupo ni establecer medidas específicamente destinadas a corregir los defectos detectados en cada una de ellas, en realidad, no se habrá elaborado un verdadero «plan de igualdad» y por lo tanto, debido a su generalidad, las citadas previsiones convencionales no servirán para justificar que las empresas del grupo afectas por la obligación de elaboración de este tipo de textos, han cumplido con su obligación, lo que les exigirá elaborar, negociar y aprobar sus propio plan de igualdad en un proceso de negociación posterior de ámbito de empresa.

Pese a todo, ha de señalarse que el análisis de la negociación colectiva nacional permite comprobar que los planes de igualdad negociados en el seno de un grupo de empresas no pecan de la generalidad e indeterminación de la que sí adolece con carácter general la negociación de planes de igualdad que se pretende llevar a cabo en el seno de un convenio de sector, pues éstos se presentan por lo general como un conjunto claro y ordenado de objetivos y estrategias de acción concretas, directamente encaminadas a alcanzar fines específicos en materia de igualdad de trato y oportunidades en el citado grupo empresarial¹⁵.

¹⁵ Así por ejemplo, destaca la minuciosidad del plan de igualdad de ámbito de grupo incluido en el Capítulo III del Convenio colectivo del grupo de empresas de Acciona Energía, (código de convenio n.º 90100233012014) BOE 21 de octubre de 2014, en el

Se ha de matizar que aunque no todas las empresas del grupo, tengan plantillas superiores a más de 250 trabajadores, una vez incluido un plan de igualdad en un convenio de grupo, se estará reconociendo la asunción voluntaria de cada una de ellas del compromiso de elaborar este tipo de acuerdos, compromiso que, como se ha expuesto, implicará necesariamente cumplir con los trámites de evaluación y revisión periódica que este tipo de textos exige. En definitiva, se trata de una situación por el momento poco habitual, pero sin duda, lícita y que progresivamente irá adquiriendo una presencia más acusada en la negociación colectiva de nuestro país.

4.3. Las nuevas reglas de ultraactividad y su incidencia sobre los planes de igualdad

Como es sabido, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014 y la sentencia de 23 de marzo de 2015 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional han revitalizado las controversias suscitadas a raíz de la entrada en vigor de la restrictiva visión de la ultraactividad ofrecida por la Ley 3/2012.

Reinterpretando la ambigua redacción del art. 86 ET, estas resoluciones adoptan la teoría de la contractualización de las condiciones reconocidas en el texto del convenio colectivo denunciado, contractualización que se prolongará, como mínimo, hasta que se produzca la firma de un nuevo convenio colectivo. Como se puede apreciar, a través de esta práctica interpretativa se consigue alcanzar un resultado muy similar al que venía ofreciendo la institución de la ultraactividad, en sus términos clásicos.

Y siendo así, desde el momento en el que los planes de igualdad, tanto si se han negociado y aprobado dentro del contenido de

Capítulo VIII del Convenio colectivo para el grupo integrado por Mercadona, SA, Forns Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SL y Saskibe, SL, (código de convenio n.º 90100183012014), BOE 30 de enero de 2014, en el Capítulo VIII del Convenio colectivo del Grupo Colt en España (código de convenio n.º 90100243012014), BOE 15 de diciembre de 2014, en el Anexo VI del Convenio colectivo del Grupo de empresas AENA (Entidad Pública Empresarial AENA y Aena Aeropuertos, SA), Código de convenio n.º 90100033012011, BOE 20 de diciembre de 2011, o en el Capítulo sexto del Convenio colectivo marco del grupo E.ON España (código de convenio n.º 90100013012011), BOE 30 de enero de 2015.

un convenio colectivo, como si son fruto de un proceso negociador independiente, han de aprobarse en el seno de un proceso negociador de efectos colectivos de carácter estatuario, parece lógico entender que también quedarán afectados por los nuevos criterios relativos al valor de la ultraactividad que actualmente defiende nuestra jurisprudencia.

Y es que si las estrategias de actuación que necesariamente han de formar parte del contenido de todo plan de igualdad, implican el paralelo reconocimiento a los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación de una serie de derechos en materia de igualdad de oportunidades, también éstos deberán considerarse tácitamente incorporados a la esfera jurídica estos trabajadores, al menos hasta que finalice el proceso de negociación del nuevo convenio colectivo al alcanzarse un nuevo acuerdo.

Ahora bien, esta solución, aunque sin duda digna de elogio, por lo que respecta a la prolongación de eficacia de los planes de igualdad utilizando la vía de la ultraactividad, desencadena a su vez ciertos problemas prácticos. Y es que, si no se consigue aprobar un nuevo convenio colectivo y el plan de igualdad formaba parte del convenio colectivo denunciado, aunque al menos se conservan los avances alcanzado sobre esta materia por medio de la vía de la contractualización de derechos, no se puede negar que se estará condenando al citado plan de igualdad a su «desactualización».

Como se ha expuesto, la obligación de elaboración de un plan de igualdad exige no sólo la valoración inicial de la situación y la selección de las estrategias de actuación, sino una revisión y evaluación periódica de los objetivos alcanzado con el fin de reorientar o no las medidas implantadas. Precisamente por ello, si esta actualización del plan no se produce (cosa que puede ocurrir cuando se ralentiza en exceso —por diversos motivos— el proceso de negociación de un nuevo acuerdo) la obligación empresarial de elaborar este tipo de textos, no se habrá cumplido correctamente. Precisamente para evitar esta consecuencia, llegado el caso de que el proceso de negociación del convenio colectivo se encuentre estancado, se puede proponer desgajar de este proceso negociador el acuerdo relativo al plan de igualdad vigente en la empresa, materia que al ser, por lo general, menos polémica, no se encontrará con los mismos obstáculos que encontró la negociación del convenio colectivo en su conjunto.

5. EL VALOR DE LA INFORMACIÓN EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN Y REVISIÓN DE LOS PLANES DE IGUALDAD

Será también en esta fase de evaluación y mejora en la que se pueda decidir implantar las medidas propuestas a modo de sugerencia por parte de los trabajadores de la plantilla, demostrando entonces que el contenido del plan de igualdad no sólo es dinámico sino también participativo. Ahora bien, no se puede olvidar en ningún momento que la aprobación tanto del plan de igualdad, como de las futuras modificaciones o reformas que puedan establecerse sobre su texto inicial, corresponde, por mandato del legislador, a la negociación colectiva.

Y serán los propios sujetos negociadores los que determinen, atendiendo a la concreta situación que atraviese la empresa, la importancia de los defectos detectados o el número de trabajadores que componen la plantilla, con qué periodicidad debe realizarse esta evaluación y supervisión del plan de igualdad. Completando esta afirmación, se ha advertir que las empresas obligadas a elaborar un plan de igualdad (bien directamente por la ley, bien por compromiso asumido en convenio colectivo) en modo alguno habrán cumplido este mandato, incluso aunque exista un texto escrito previamente aprobado, si atendiendo a las circunstancias del caso concreto se aprecia que no se ha realizado la actualización periódica de las medidas previstas, actualización que resulta esencial, por tanto, en el deber de elaboración y ejecución de los planes de igualdad. Para poder desarrollar con éxito todo este proceso, son varios los factores a tener en cuenta:

- La empresa tiene el deber de facilitar a los representantes de los trabajadores información relativa a la situación de la empresa que les sirva para efectuar el diagnóstico inicial en materia de igualdad, y también, de la necesaria para llevar a cabo el proceso de seguimiento y evaluación (arts. 64.1 y 64.3 ET y 47 de la LO 3/2007).

A estos efectos, no bastará tampoco con ofrecer una información general sobre el número total de mujeres y de hombres que componen la plantilla, sino que se trata de una información que debe hacer referencia los datos de la empresa en su conjunto pero que, si la empresa dispusiera de varias sedes, debe ir desagregada por centro de trabajo. Resultará

también imprescindible conocer la composición detallada de cada categoría profesional o grupo de actividad para poder sopesar cuál es el papel de la mujer en la estructura jerárquica de la empresa, disponer de la desagregación por sexos de cada modalidad contractual con el fin de tener datos reales que demuestren la presencia femenina tanto en la contratación indefinida como en la temporal, prestando especial atención al número de mujeres que han concertado contratos con finalidad formativa en la empresa.

De la misma forma, se ha de facilitar la información que revele qué porcentaje de trabajadores ha hecho uso a lo largo del año de los diferentes derechos previstos en la legislación laboral en materia de conciliación de la vida familiar y laboral (permisos retribuidos, excedencias por cuidado de hijos o familiares, reducción de jornada por cuidado de hijos etc.). A estos efectos, también resulta útil conocer, entre otros datos, cuál es la forma utilizada en la empresa para organizar el tiempo de trabajo y si existe la posibilidad de adecuar la jornada de trabajo respecto a aquéllos trabajadores que tienen cargas familiares (jornada partida o continua, jornada parcial, preferencia en la elección del turno de trabajo, etc.), y también, cuál es el criterio seguido para distribuir los turnos de vacaciones, con el fin de valorar si se ha previsto alguna especialidad que facilite al respecto la conciliación de la vida familiar y laboral.

Pero no sólo eso. Resultará especialmente importante disponer de una información detallada que permita conocer qué tipo de pruebas o exámenes que integran el procedimiento de selección de nuevos trabajadores o de promoción profesional utilizado en la empresa y la composición exacta de las comisiones que se han de encargar de llevar a cabo estos procesos de selección o de promoción, con el fin de comprobar no sólo que se ha respetado la obligación de composición equilibrada, sino también, que sus miembros disponen de la formación oportuna en materia de igualdad que, aunque no venga exigida ni por la LO 3/2007 ni por el ET, resulta aconsejable para garantizar la idoneidad y transparencia de todo el proceso.

Una vez analizada esta información, se dispondrá de los parámetros de referencia que permitan realizar lo que se viene

denominado «diagnóstico inicial» de la situación, pues sólo disponiendo de ella se podrán poner de manifiesto los defectos concretos de los que adolece la estructura empresarial y se podrán proponer medidas verdaderamente efectivas para corregir los factores de desigualdad detectados.

- A continuación, resulta de gran utilidad que existan personas en la empresa que dispongan de cierta información y formación en materia de igualdad de género y oportunidades. Ello permitirá simplificar notablemente la labor no sólo de identificación de problemas, evitando que sigan pasando desapercibidas, enmascaradas bajo la apariencia de prácticas habituales, ciertos comportamientos discriminatorios, sino también la de selección y puesta en práctica de diferentes planes de actuación específicamente destinados a mejorar la igualdad de géneros en la empresa.
- Se debe tomar conciencia de que, aunque sea la dirección de la empresa la que deba facilitar los datos relativos a su funcionamiento interno (distribución por sexos de los trabajadores de la plantilla, centros de trabajo, categorías profesionales, modalidades contractuales, personas promocionadas profesionalmente, nuevos contratos realizados, etc.), en virtud de los cuales poder realizar la valoración inicial de la situación, muchas causas de discriminación, en la práctica, no vienen únicamente derivadas de la actuación empresarial, sino que provienen de comportamientos de los propios trabajadores. Así pues, también en el proceso de elaboración del plan de igualdad deberán detectarse los indicios que revelen este tipo de prácticas, con el fin de subsanarlas (número de situaciones de acoso sexual o acoso por razón de género detectados a lo largo del año, episodios de violencia de género, utilización de lenguaje o imágenes de contenido sexista, etc.).
- El hecho de que el proceso de ejecución del plan de igualdad se presente inmediatamente seguido por el de supervisión y reelaboración periódica de sus contenidos, permite comprobar que el legislador los ha configurado partiendo de un modelo basado en el sistema de *ensayo-error*, y por tanto, permitiendo a las empresas implantar determinado tipo de técnicas destinadas a corregir las deficiencias detectadas en materia de

igualdad de géneros y, posteriormente, sustituirlas por otros si con el transcurso del tiempo éstos no demuestran alcanzar los resultados esperados.

De esta forma, también en el seno de un proceso de negociación colectiva, pueden replantearse las estrategias de actuación inicialmente aprobadas, incluirse nuevas medidas, suprimir las preexistentes, etc., en definitiva, por acuerdo entre representantes de los trabajadores y empresarios puede adoptarse cualquier decisión destinada a mejorar la política de igualdad implantada en la empresa. Esta fase de reelaboración por tanto se encontrará constantemente abierta, y podrá activarse en el momento en el que se decida incluir en el plan cualquier sugerencia, mejora o propuesta.

- Precisamente por lo que respecta a las fases de control y evaluación de la incidencia práctica de las medidas aportadas, resulta especialmente importante disponer del apoyo de personal de la empresa que, específicamente, tenga atribuidas estas funciones. De tal forma, aunque conforme a la literalidad de la LO 3/2007 no forma parte del contenido mínimo del plan de igualdad, resulta aconsejable constituir una «comisión de igualdad» que será la encargada no sólo de valorar los datos estadísticos obtenidos, sino también de proponer las estrategias destinadas a solventar los problemas detectados, comprobar su correcta ejecución, y llegado el caso, plantear su eventual supresión, revisión o mejora, dependiendo de cuál haya sido la evolución de la situación en la empresa.

Llegados a este punto, resulta necesario plantear una pregunta: ¿Cada cuánto tiempo resulta razonable revisar el contenido del plan de igualdad? ¿Cuál es la periodicidad que se debe aconsejar?

Las reglas de la lógica obligan a concluir que todo plan de igualdad deberá concretar cada cuánto tipo deberá procederse a realizar una nueva labor de recogida y valoración de datos, aunque el legislador da libertad de criterio a los sujetos negociadores a la hora de determinar el momento exacto en el que se ha de reactivar este proceso.

Serán entonces factores como la situación de partida en la que se encontrara la empresa (si se han detectado más o menos deficiencias en materia de igualdad de género), la naturaleza y complejidad de las medidas implantadas, el número de trabajadores que componen

la plantilla, los que determinen en cada momento cuál es el periodo de tiempo que se ha de considerar oportuno. Y es que éste debe ser el razonablemente necesario para que las estrategias que el plan de igualdad ha activado empiecen a dejar sentir sus efectos. Se trata por tanto un periodo temporal que se habrá concretado de forma individualizada atendiendo a las particularidades de la empresa que elabora el plan de igualdad, y por lo tanto, sin que resulte posible realizar una previsión generalizada al respecto.

Eso sí, debe advertirse que aunque se haya fijado un plazo de revisión concreto (por ejemplo, anual, bianual, etc.)¹⁶ ésta previsión ha de entenderse como el periodo de tiempo dentro del cual, como mínimo, deberá revisarse de nuevo cuál es la situación en materia de igualdad de género que presenta la empresa. Es decir, el carácter dinámico que ha de caracterizar a todo plan de igualdad obliga a admitir que, llegado el momento, si los sujetos negociadores lo estiman conveniente, se produzcan actualizaciones o mejoras en su contenido sin necesidad de esperar a agotar el periodo temporal previsto para su revisión. Y es que sin duda pueden plantearse situaciones sobrevenidas que no hayan sido tratadas en el contenido inicial del plan, detectarse nuevos errores, recibirse quejas o sugerencias en materia de igualdad de género, acaecer cambios normativos de importancia esencial para garantizar el derecho a la conciliación, etc. En definitiva, existen múltiples factores o circunstancias que pueden hacer aconsejable modificar el contenido del plan inicialmente aprobado antes de que llegue la fecha inicialmente prevista para su revisión.

Huelga decir que estas modificaciones deben aprobarse a través de la misma vía por la que se aprobó el plan de igualdad: esto es, en el seno de un proceso de negociación colectiva y por tanto, contando con la participación tanto de la parte social como de la empresarial.

6. MEDIDAS ESTRATÉGICAS INCLUIDAS EN LOS PLANES DE IGUALDAD

Bajo denominaciones diferentes como «acciones responsables», «planes de actuación», «medidas concretas», o «estrategias» en mate-

¹⁶ Cfr. a estos efectos el art. 29 del I Convenio colectivo de Gas Natural Fenosa 2012-2015 (BOE 24 de mayo de 2013), en el que se atribuye una duración del plan de igualdad coincidente con la duración del convenio colectivo.

ria de igualdad, los planes de igualdad enumeran los distintos compromisos que asume la empresa y que están destinados a ir corrigiendo las deficiencias en materia de igualdad de trato y oportunidades detectadas en la fase de diagnóstico.

Resulta imprescindible insistir en que cada una de estas acciones o estrategias concretas debe ir directamente encaminada a corregir un problema o una deficiencia en concreto, perfectamente individualizada, sin que baste asociarlas al objetivo genérico de «ayudar a mejorar la igualdad de géneros en la empresa», ni tampoco enumerarlas todas de forma sucesiva sin diferenciar el fin específico al que va orientada cada una de ellas. Y es que aunque esta exigencia pueda parecer reiterativa, superflua, o incluso, demasiado estricta, en la práctica va a resultar muy útil en el momento de realizar la fase de valoración de los resultados alcanzados. Pues sólo si existe una relación directa entre objetivo concreto-medida concreta, se podrá apreciar adecuadamente su nivel de eficacia.

No se puede negar que, algunas de estas actuaciones de mejora implicarán una ejecución inmediata (por ejemplo, corregir la terminología sexista en la página web de la empresa, señalar los vestuarios femeninos...) que deberá cumplirse en el periodo de tiempo más breve posible a contar desde el momento de la aprobación del plan. Ahora bien, tampoco se puede negar que no es ésta la situación más habitual, pues en la mayor parte de los casos los defectos detectados presentan una solución mucho más compleja que la que se acaba de exponer, y por lo tanto, la actuación de mejora implantada requiere un proceso de implantación mucho más prolongado. Teniendo en cuenta estos factores, puede resultar adecuado acompañar cada una de las medidas que se incluyen en el plan de igualdad de un cronograma de actuación, de mayor o menor amplitud, dependiendo de la naturaleza y tipología de la estrategia adoptada.

6.1. Contenido básico previsto en la LO 3/2007

Con carácter general, los planes de igualdad aprobados en nuestro país se ajustan al contenido que les sugiere, como posible, el art. 46.2 de la LO 3/2007: acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo, y prevención de acoso sexual y del acoso por razón de

sexo¹⁷. Como se puede apreciar, dentro de este elenco de medidas se encuentran previsiones destinadas tanto a *corregir* las situaciones de desigualdad que se estuvieran produciendo en el seno de la empresa, como a *prevenir* posibles incidentes. Ahora bien, se ha tener presente que, en la práctica, se suele prestar más atención a unas materias que a otras.

Así pues, mientras con carácter general los planes de igualdad se ocupan con mucha frecuencia de ofrecer preferencia en la contratación o en la promoción profesional al sexo menos representado o de concretar un protocolo de actuación para detectar y evitar las situaciones de acoso sexual¹⁸, no resultan todo lo habituales que hubiera sido deseable aquéllos compromisos destinados a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral. Y es que, en este orden de cosas, sorprende comprobar que, con mucha frecuencia, los sujetos negociadores se limitan a reproducir en el texto del plan de igualdad, de forma prácticamente literal, los derechos que ya reconoce la legislación vigente, sin aportar ninguna mejora al respecto. Es entonces cuando se pone de manifiesto la falta de originalidad de este tipo de planes a la hora de proponer nuevas iniciativas.

A estos efectos, conviene destacar que existen diversos factores que van a condicionar la medida aplicable:

- Tipo de actividad desarrollada por la empresa y sistema de trabajo implantado.
- Tipo de actividad desarrollada por el concreto trabajador.
- Disponibilidad económica de la entidad empresarial en cuyo seno se pretenden implantar.

Obviamente, cualquier estrategia destinada a favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras debe ser acorde con el tipo de actividad desarrollada en la empresa y el sistema de trabajo adoptado. Y es que atendiendo a las características de

¹⁷ El citado precepto utiliza la expresión «podrá contemplar, entre otras...».

¹⁸ Así, GÓMEZ ETXEBARRÍA, Genaro, en «Igualdad efectiva de mujeres y hombres», Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención, n.º 98, 2012, págs. 54 y ss, pone de manifiesto el hecho de que los protocolos de prevención de los riesgos psico-sociales, son un contenido habitual de los planes de igualdad en nuestro país.

la actividad desarrollada, resultarán totalmente inviables fórmulas que posibiliten la flexibilidad horaria de los trabajadores individualmente considerados con el fin de facilitarles la atención de sus cargas familiares (lo que ocurrirá, por ejemplo, en cualquier proceso productivo que requiera trabajo en equipo o deba ajustarse a un concreto horario de atención al público), o será muy difícil admitir el teletrabajo en aquéllas actividades que requieran un trato personal con los clientes, pacientes o usuarios, etc., aunque sin duda podrían implantarse otras estrategias flexibilizadoras.

6.2. Medidas con coste añadido y sin coste añadido

Por otra parte, y aunque muchas veces este hecho pase desapercibido durante el proceso de negociación colectiva, existen muchas fórmulas que, en la práctica, ayudan a los trabajadores a compaginar sus responsabilidades laborales y personales con comodidad que no implican un coste económico añadido para la empresa. Con frecuencia se confunde un avance en materia de conciliación de la vida familiar y laboral por la vía de la negociación colectiva, con la asunción de un coste añadido para la empresa, olvidando que existen múltiples fórmulas y estrategias que únicamente exigen una reorganización del tiempo de trabajo o de la distribución de la actividad productiva¹⁹.

Así pues, admitir jornada intensiva o jornada partida (si el tipo de actividad empresarial así lo permite), ampliar la duración máxima de la excedencia por cuidado de hijos o familiares, elevar el periodo de reserva cualificada del puesto de trabajo en los casos de excedencia por cuidado de hijos de un año hasta los 18 meses, ampliar la edad del hijo que da derecho a disfrutar de la reducción de jornada, extender el grado de parentesco en virtud del cual se podría solicitar una excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos, o facilitar que los trabajadores con cargas familiares hagan coincidir su turno de vacaciones con el periodo estival, podrían ser algunas de las alternativas.

¹⁹ Una buena muestra de ello, es el amplio catálogo de estrategias propuestas por AA.VV (Coord. CAVAS MARTÍNEZ, Faustino y LUJÁN ALCARAZ, José), «Buenas prácticas en la negociación colectiva. Promoción de la igualdad de género y conciliación de la vida familiar y laboral», Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, Murcia, 2008.

Sorprende comprobar la escasísima frecuencia con que la negociación colectiva establece, mejorando el elenco de derechos reconocidos hoy en el estatuto de los trabajadores, prioridades de permanencia en los supuestos de traslado o despido colectivo basados en razones de igualdad de género o de conciliación de la vida laboral y familiar.

Así pues, constituiría una medida de acción positiva, toda previsión por la que se estableciera, en las empresas en las que un sexo se encontrara claramente infra-representado en relación con el otro, la prioridad de permanencia en el caso de que la empresa se viera obligada a tramitar un despido colectivo o un expediente de suspensión de efectos colectivos, para el sexo menos representado, con el fin de no perder de esta manera los avances que se hubiesen podido conseguir en su seno en materia de igualdad de género. Con la misma finalidad, también podría llegar a plasmarse una prioridad de permanencia similar ante las situaciones de traslado, ya sea temporal o definitivo, si es que a través de esta técnica se pretende mantener la igualdad de representación en todos y cada uno de los centros de trabajo de los que disponga la empresa.

Incluso, se consideraría razonable incluir una previsión que ofreciera prioridad de permanencia ante las situaciones citadas, a los trabajadores con hijos en edad escolar. Se trata de medidas que por el momento no se encuentran incluidas en la legislación laboral, pero que, de llegar a adoptarse a través de la negociación colectiva, tendrían un importante papel a la hora de favorecer, directa o indirectamente, la igualdad de géneros en la empresa.

Aunque el legislador se ocupa expresamente de recordar que «*mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos*», sólo cita, a modo de ejemplo, los «*trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad*» (arts. 40.5 ET —acerca de la movilidad geográfica— y 51.5 ET —sobre los despidos colectivos—²⁰), y omite, al realizar esta enumeración ejemplificativa, cualquier tipo de referencia respecto al

²⁰ Por lo que se refiere a los trabajadores discapacitados, esta posibilidad de adoptar una prioridad de permanencia viene motivada no sólo por el esfuerzo añadido que para este colectivo supondría tener que emprender la búsqueda de un nuevo empleo, sino también, para asegurar que toda empresa que ha cumplido la obligación de reserva que le viene impuesta por la ley, no deje de hacerlo por causas sobrevenidas. Al respecto véase

sexo menos representado, aunque un acuerdo de esta índole encajaría perfectamente en la posibilidad que confieren los citados artículos. Se trata de una práctica razonable, útil y perfectamente justificada, pero que, pese a todo, posiblemente por el hecho de no encontrarse mencionada expresamente en el texto de la ley, por el momento pasa prácticamente desapercibida en el proceso de elaboración de los planes de igualdad.

En cuanto a las medidas que generan un coste añadido para la empresa, debe destacarse que han demostrado ser prácticamente excepcionales. Son escasísimas las empresas en las que se reconoce el derecho de los trabajadores a ampliar los permisos retribuidos por motivo de atención de sus cargas familiares (acompañar a hijos menores de edad o personas dependientes a reconocimientos médicos, ampliación de los días concedidos por nacimiento de hijo, hospitalización o fallecimiento de familiar, etc.), ofrecen ayudas por natalidad o nupcialidad, sufragan los gastos de guarderías²¹, o incluso, se comprometen a integrar el 100% de la retribución de las trabajadoras embarazadas que se encuentren en situación de IT derivada de contingencias comunes.

Debe advertirse que bajo la denominación «cheque guardería» o «retribución flexible» se ha detectado una situación muy llamativa: algunas empresas manifiestan su disponibilidad a abonar, en los casos en los que el trabajador así lo estime conveniente, parte de la retribución de éste en forma de prestaciones en especie (normalmente sufragando determinados servicios, como seguros médicos o guarderías)²².

SELMA PENALVA, Alejandra, «Marco normativo de las políticas sociolaborales. Protección jurídico laboral a los colectivos especialmente vulnerables», EDITUM, Murcia, 2013, págs. 106 y ss.

²¹ Cfr. art. 80 del Convenio colectivo de Martínez Loriente, SA BOE 27 de junio de 2013).

²² El art.15 de la Resolución de 4 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Umivale Mateps n.º 15 (código de convenio n.º 90018022012010) BOE 15 de febrero de 2013, con el título «Retribución flexible», especifica que: «La empresa mantendrá un programa de retribución flexible, de adscripción voluntaria, mediante el que cada trabajador puede configurar su propio paquete retributivo en función de las necesidades que tenga en cada momento de su vida laboral, eligiendo cómo quiere percibir parte de su salario». Por su parte, los apartados 2 y 3. 24 de la Resolución de 1 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Asepeyo — Mutua de Accidentes de Trabajo y enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, n.º 151 (Código de convenio n.º 90017972012010), BOE 19 de agosto de 2013, indican que «2. Con esta modalidad retributiva el trabajador podrá destinar parte de su retribución anual bruta fija, a la obtención

6.3. Estrategias con finalidad preventiva

Por último, conviene dedicar atención a lo que podría considerarse como el conjunto de medidas con finalidad precautoria incluidas en los planes de igualdad: aquellas destinadas no ya a subsanar (como resulta lo más frecuente) sino simplemente a evitar que prosperen determinadas situaciones que generan discriminación de la mujer. Esto es, el acoso laboral (en cualquiera de sus modalidades) y la violencia de género.

Después de analizar el contenido y alcance de los distintos planes de igualdad aprobados en nuestro país en los últimos años, se extrae la siguiente conclusión: aunque resulta muy habitual que las empresas dediquen especiales esfuerzos a plasmar un protocolo completo de actuación en materia de prevención y resolución de los supuestos de acoso laboral, sexual, o por razón de género que se puedan plantear

de servicios y productos en especie. La sustitución del importe de la retribución bruta en metálico por servicios o productos en especie se llevará a cabo cuando se produzca la efectiva adquisición o contratación por parte de la Empresa de dichos productos o servicios, por los que opte el interesado de forma particularizada y voluntaria, mediante los anexos al contrato de trabajo que se determine para dicho fin. 3. En todo caso la totalidad del importe destinado a la obtención de productos o servicios no podrá superar el límite máximo que a tal efecto establece el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores del salario anual bruto fijo del trabajador. De la misma forma, el Anexo V del Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA servicio BSH al cliente (zona 1, noroeste), código de convenio n.º 90100091012013, BOE 25 de octubre de 2013, al plasmar el plan de igualdad, establece como «medida responsable» los «planes de retribución flexible de exentos: servicios de guardería, seguros salud, vivienda, formación y hogares conectados a Internet». Ahora bien, ¿por qué al trabajador le va a interesar sustituir parte de su retribución en metálico por una retribución en especie? Obviamente sólo estará interesado cuando el bien o servicio, si se obtiene a través de la empresa, puede resultar más económico que si el propio trabajador emprende su contratación directa. Y es que la empresa puede firmar convenios con guarderías, colegios, compañías aseguradoras, en virtud de los cuales obtenga unas condiciones de contratación mucho más ventajosas que las que puede alcanzar un cliente individual. Incluso, se pueden sospechar aplicaciones abusivas de esta posibilidad, queriendo indicar, al utilizar la expresión «retribuciones exentas» que las percepciones recibidas a través de esta vía escapan del deber de cotizar y tributar que recae sobre toda retribución salarial. Obviamente se trata de una interpretación errónea tanto de la legislación fiscal como de la laboral, tergiversando las reglas existentes en materia de cotización a la Seguridad Social (encubriendo bajo aparentes «medidas de acción social», lo que en realidad son sólo ejemplos de retribuciones en especie —recuérdese que las retribuciones en especie siempre han cotizado—), y obviando totalmente las últimas reformas operadas al respecto con el fin de eludir cualquier tipo de práctica empresarial destinada a eludir el pago de las cotizaciones (*Cfr.* cambios introducidos por el RD-Ley 16/2013).

en la empresa, en cambio, resulta bastante poco frecuente que se establezcan medidas específicas destinadas a luchar contra la violencia de género²³. Y es que aunque las adaptaciones de jornada y de horario, permisos, excedencias o cambios de centro de trabajo puedan resultar esenciales para evitar que el agresor localice a la víctima y continúen los episodios de violencia, muchas veces, los planes de igualdad, pese a incluir una cláusula específicamente destinada a contemplar «la violencia de género», en ella se limitan a definir el acoso, o a reproducir, de forma más o menos literal, el contenido de las previsiones normativas incluidas sobre esta materia en el Estatuto de los Trabajadores o en la LO 1/2004 sobre protección integral a las víctimas de violencia de género, sin contemplar, por lo general, ningún avance que sirva para facilitar a la persona agredida, establecer medidas de huída de su maltratador sin sacrificar por ello su relación laboral²⁴.

En cualquier caso, no se puede olvidar que cualquier tipo de actuación que se haya debido llevar a cabo en la empresa en materia de protección a los trabajadores de las situaciones de acoso sexual, acoso por razón de sexo o de violencia de género, debe quedar oportunamente registrada, con el fin de tener una constancia anual del número de episodios acaecidos, el contenido de la medida adoptada y la duración de la misma. Y es que sólo disponiendo de datos de este tipo se puede llegar a tener una visión completa de la situación que permita evaluar

²³ Así por ejemplo, el Convenio colectivo del grupo de empresas de Acciona Energía, (BOE 21 de octubre de 2014) mejora los derechos que la legislación laboral reconoce a este tipo de víctimas y contempla el asesoramiento jurídico y psicológico gratuito (art. 51), la posibilidad de disfrutar de anticipos (art. 52) y la prolongación del periodo de excedencia forzosa que esta situación genera, hasta los tres años (art. 53) —mucho más amplia que la reconocida en la legislación laboral—. Similares previsiones aparecen en el Anexo V del Convenio colectivo de la empresa BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente para sus centros de trabajo de Gerona, Tarragona y Palma de Mallorca (código de Convenio n.º 90014831012004), BOE de 25 de octubre de 2013. Por su parte, el art. 42 del Convenio colectivo de Mercadona, SA, Forns Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SL y Saskibe, SL, (código de convenio n.º 90100183012014), BOE 30 de enero de 2014, reconoce a este tipo de víctimas el derecho a cambiar de centro de trabajo, mientras que el art. 40.3 bis de ET sólo les confiere un «derecho preferente» a ocupar las vacantes que se pudieran producir.

²⁴ Véase por ejemplo, entre otros, el art.15.12º del Convenio colectivo de Sial Servicios Auxiliares, SL., (BOE 25 de octubre de 2011), o el art. 43 del Convenio colectivo de Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, SA. (BOE 26 de abril de 2011), art. 23 del I Convenio colectivo de la Fundación CEPAIM, Acción Integral con Migrantes (BOE 3 de diciembre de 2010), o el art. 44 del Convenio colectivo del Grupo Colt en España (BOE 15 de diciembre de 2014), entre otros muchos ejemplos.

la forma de actuación de la empresa, ponderando el tiempo transcurrido en solucionar el incidente, y en definitiva, y en definitiva, valorar la eficacia del proceso.

Desde otro punto de vista, sorprende comprobar que a pesar de la habitualidad con que los planes de igualdad introducen medidas tendentes a identificar y actuar con rapidez y discreción en los supuestos de acoso sexual o acoso por razón de género, en muy pocas ocasiones se ha previsto expresamente la figura del «acoso virtual». Desde el momento en que las nuevas tecnologías y las comunicaciones virtuales irrumpen en nuestra sociedad en general, el acoso virtual pasará quizá a convertirse en una de las formas más habituales de llevar a cabo este tipo de actuaciones discriminatorias. El correo electrónico, aplicaciones informáticas como whatsapp o las redes sociales, se pueden convertir en una peligrosa vía de difusión de comentarios encuadrables dentro del concepto de «acoso», pero que en cambio, precisamente por no haberse formulado de forma personal, pueden pasar desapercibidas o, al no tomar consciencia el afectado de la trascendencia práctica que este tipo de comportamientos pueden tener, convirtiéndose en conductas toleradas.

Debe advertirse que el acoso virtual puede tener una finalidad o una causa laboral aunque no se produzca en tiempo y lugar de trabajo, e incluso, aunque el tipo de trabajo desarrollado en la empresa no exija manejar herramientas informáticas. Así, siempre que el vínculo que une a acosador y acosado tenga su razón de ser en la existencia de una relación laboral, podrá calificarse como una conducta de «acoso laboral» y por lo tanto, resulta importante contemplarlas en los planes de igualdad²⁵.

²⁵ En concreto, todo protocolo de actuación en materia de acoso sexual debería hoy en día prever no sólo los canales de comunicación y denuncia y denuncia que en general puede utilizar toda persona que se considere víctima de una de estas actuaciones, sino que también debe difundir las nociones e indicaciones básicas que ayudarán a los sujetos que sufren este tipo de episodios a identificarlos y denunciarlos, prestando especial atención a las situaciones de «acoso virtual» o «no presencial» con el fin de evitar que pasen desapercibidas ciertos comentarios discriminatorios falsamente encubiertos bajo la forma de comentarios jocosos o lúdicos, que no por ello, dejan de ser peligrosos. Al respecto, véase entre otros el protocolo de actuación contra el acoso sexual y la discriminación por razón de sexo en Limber Multiservicios, S.L. incluido en el Anexo II del Convenio colectivo de Limber Multiservicios, SL. (BOE 23 de febrero de 2012), en el que se establece una previsión específica del acoso realizado mediante el envío de archivos informáticos.

Aunque obviamente este tipo de comportamientos queda sin duda encuadrado dentro del amplio grupo de figuras que pueden constituir episodios de acoso, en la práctica, resulta aconsejable incluir una previsión específica al respecto. Y es que una información adecuada al respecto, ayudará a la persona que puede sufrir este tipo de abusos a identificarlos y denunciarlos con rapidez.

7. CONSIDERACIONES FINALES: ¿EXISTEN LOS PLANES DE IGUALDAD DE ÁMBITO DE SECTOR?

No se puede cerrar el análisis de los planes de igualdad sin hacer referencia a la figura de los denominados «planes de igualdad» en convenios colectivos de sector que comienza a abrirse paso en la negociación colectiva española.

Como es sabido, la LO 3/2007 impone la obligación de elaborar planes de igualdad únicamente a las empresas²⁶, bien porque tengan más de 250 trabajadores, bien porque previamente hayan sido sancionadas en materia de igualdad y no discriminación, o bien porque el citado compromiso resulte de un proceso de negociación colectiva. Sin embargo, sorprende comprobar cómo en diversos los sectores de actividad se ha aprobado un texto de plan de igualdad con vocación de resultar aplicable a todas las empresas incluidas dentro de su ámbito de aplicación. A la vista de esta situación, deben plantearse las siguientes cuestiones:

1. Fuera de los supuestos cuya elaboración resulta impuesta directamente por la ley, la obligación empresarial de elaborar un plan de igualdad aunque no alcance los 250 trabajadores que compongan la plantilla, ¿puede incluirse en un convenio de sector? ¿Este texto tiene fuerza vinculante en este orden de cosas, respecto a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación?
2. Y, si esto es así, ¿se puede aprobar su contenido también a través de esta vía? Si un plan de igualdad ha de ser un conjunto individualizado y razonado de objetivos y medidas de

²⁶ En este sentido, los arts. 45 y 46.1 de la LO 3/2007 no generan duda alguna acerca de ello.

actuación, tendentes a corregir los posibles episodios de desigualdad que se puedan detectar en el seno de una empresa, atendiendo en todo momento a la situación de ésta, ¿puede el convenio de sector realizar una valoración inicial con la minuciosidad que este proceso requiere, de todas las empresas incluidas en su ámbito de aplicación?

Parece poco discutible que el convenio de sector puede resultar el instrumento adecuado para imponer a las empresas incluidas dentro de su ámbito de aplicación, e independientemente del número de trabajadores que compongan su plantilla, la obligación de elaborar un plan de igualdad. En muchas ocasiones, se aprecia que el compromiso que asumen los convenios de sector no es general, sino que sólo se intenta rebajar ligeramente la obligación legal (por ejemplo, para que afecte no a las empresas de más de 250 trabajadores, sino simplemente a las de más de 100²⁷ o más de 150²⁸).

Ahora bien, aunque el convenio de sector pueda asumir esta obligación, lo que no puede en modo alguno es preconstituir el contenido del plan de igualdad que deban reproducir íntegramente las empresas de dicho sector de actividad. Y es que todo plan de igualdad, como se ha indicado anteriormente, exige un proceso previo de elaboración individualizada, destinado a garantizar la razonabilidad de las medidas acordadas y su utilidad para solventar los problemas detectados. Es decir, el contenido de este tipo de textos debe configurarse *ad hoc*, atendiendo a la concreta situación de la empresa en cuestión, sin que quepa en modo alguno reproducir fórmulas genéricas no individualizadas (*cfr.* art.46.1. *in fine* de la LO 3/2007).

Por lo tanto, debe entenderse que los convenios de sector tan sólo están ofreciendo a través de esta vía unas indicaciones básicas sobre

²⁷ Recomendación que se incluye, respecto a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación, en el art. 87 de la Resolución de 16 de abril de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia.

²⁸ Así lo hace, por ejemplo, el art. 47 de la Resolución de 12 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de naturopatía y profesionales naturópatas, y también el plan de igualdad incorporado al anexo III de la resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería.

los distintos aspectos que deberán contemplar las empresas afectadas llegado el momento de elaborar un plan de igualdad, sin que quepa la posibilidad de introducir la obligación de reproducir íntegramente su contenido sin realizar un diagnóstico previo y una valoración minuciosa de la situación²⁹.

Prueba de ello es que, muchos de los denominados «planes de igualdad de ámbito sectorial», conscientes del papel secundario que ocupan, se limitan a reproducir la obligación legal (que por lo general, incide sólo sobre empresas de más de 250 trabajadores) pasando a continuación a enumerar, el elenco de previsiones que no puede olvidar recoger el plan de igualdad que cada empresa, llegado el momento, elabore. Así pues, el plan de igualdad sectorial contendrá únicamente indicaciones básicas que tienen como finalidad simplificar después la negociación el ámbito de empresa, pues a través de ella se marcan los pasos de actuación³⁰, el contenido mínimo y las directrices generales que deberá respetar todo plan de igualdad que se apruebe en su ámbito de aplicación³¹.

Así, si las previsiones generales y reiterativas son particularmente frecuentes, como se ha puesto de manifiesto, en el contenido de los planes de igualdad, si se valoran de forma aislada los planes de igualdad de ámbito sectorial se aprecia que esta generalidad, es todavía

²⁹ Sobre este tema, véase el estudio minucioso que realiza FABREGAT MONFORT, Gemma, «La negociación de los planes de igualdad en los convenios colectivos de ámbito sectorial», en AAVV, «Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género» (dir. MOLINA HERMOSILLA, Olimpia), págs. 61-90.

³⁰ Como hacen, entre otros, el plan de igualdad incluido en el capítulo XIV de la Resolución de 20 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de perfumería y afines, y el incluido en el art. 86 de la Resolución de 23 de noviembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para las empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, droguería, perfumería y afines.

³¹ Así lo reconoce expresamente el plan de igualdad incluido en el Capítulo XVI de la Resolución de 26 de marzo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XVII Convenio colectivo general de la industria química, que especifica que «con esta finalidad, el presente Convenio recoge a continuación una serie de directrices y reglas en relación con los planes de igualdad y los diagnósticos de situación que podrán seguir las empresas de más de 250 trabajadores incluidas dentro de su ámbito de aplicación y cuya finalidad es facilitar a estas últimas la aplicación e implantación de la Ley Orgánica 3/2007».

mucho más acusada³². Y es que en realidad actúan como una mera manifestación de intenciones, a través de la que se proclama la intención de las empresas incluidas en dicho ámbito, de aplicar una política tendente a facilitar la igualdad de géneros. Meros objetivos generales, redactados con altas dosis de ambigüedad e indeterminación, que en realidad no son más que la plasmación escrita de un deseo de actuación respetuosa con la igualdad de género, carentes de valor práctico si posteriormente no son desarrollados de forma individualizada a través de la negociación colectiva de empresa. Pero ¿esto quiere decir que un convenio sectorial nunca puede incluir verdaderas estrategias de mejora directamente exigibles por parte de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación?

Obviamente, para responder a esta pregunta, deben recordarse las reglas sobre concurrencia de convenios que marca la legislación laboral, en virtud de las cuales, sin duda, se contempla la posibilidad de introducir compromisos por la vía de la negociación colectiva de sector, entre los que sin duda pueden incluirse, por ejemplo, ciertas mejoras de las medidas destinadas a mejorar las condiciones de igualdad de trato predominantes en el citado sector o a facilitar la conciliación

³² Así por ejemplo, aunque el art. 75 de la Resolución 23 de noviembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo de trabajo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, incluya un aparente «plan de igualdad» para el citado sector de actividad, en realidad no se ha aprobado un verdadero plan de igualdad, sino sólo el compromiso de elaborar en el futuro un plan de igualdad que sólo afectará a las empresas de dicho sector de actividad que cuenten con más de 250 trabajadores, realizando un simple recordatorio, en términos generales, de los objetivos de los planes de igualdad marcados por la Ley. La misma consideración puede realizarse, por ejemplo, en relación al denominado «plan de igualdad» plasmado en el capítulo XI de la Resolución de 25 de abril de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, sobre el «plan de igualdad» incluido en el capítulo XVIII de la Resolución de 26 de marzo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento, sobre la Disposición adicional primera de la Resolución de 2 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de la madera, o sobre el capítulo XII de la Resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, entre otros muchos. Y es que tanta es su generalidad que en realidad no puede hablarse de un verdadero plan de igualdad, sino de una mera enumeración de objetivos generales de actuación, que no incluye ningún tipo de medida de actuación concreta destinada a erradicar la desigualdad de género.

de la vida laboral y familiar, aunque eso sí, al haberse formulado en abstracto, sin atender a las condiciones particularizadas de cada una de las empresas en las que deberán ser aplicadas, por sí solas, no dispondrán de la organización y estructuración necesarias para poder ser calificadas como un verdadero «plan de igualdad».

Pese a todo, no se puede dejar de destacar que, en la práctica, son muy excepcionales las previsiones incluidas en un plan de igualdad de ámbito sectorial con las que efectivamente se estén mejorando los derechos mínimos reconocidos en la ley en materia de igualdad de trato u oportunidades o acerca de las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral, dando lugar a un derecho directamente exigible por parte de los trabajadores incluidos dentro de su ámbito de actuación³³.

En síntesis, puede afirmarse que los derechos en materia de igualdad de género y oportunidades reconocidos en el seno de un convenio colectivo de ámbito sectorial presentarán sin duda un importante valor práctico pero que, independientemente de la denominación que les hayan atribuido los sujetos negociadores, no habrán dado lugar a un «plan de igualdad» propiamente dicho pues, por las propias características del proceso negociador en el que se han gestado, resulta prácticamente imposible que presenten la individualización que este tipo de textos requiere.

³³ Prácticamente como un ejemplo simbólico puede citarse el plan de igualdad aprobado por la Resolución de 14 de junio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IX Convenio colectivo estatal de entrega domiciliaria, en su art. 46.6, opta por mejorar, en beneficio de los trabajadores la duración de la reducción de jornada por cuidado de hijos, especificando que Los trabajadores, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en 45 minutos con la misma finalidad (y no los 30 minutos que prevé el Estatuto de los Trabajadores). Precisamente por el contenido tan concreto de esta previsión, cualquier trabajador de este sector de actividad podrá exigir el disfrute de este derecho, incluso aunque la empresa en la que preste servicios no esté obligada a elaborar un plan de igualdad, o incluso, aunque haya aprobado un plan de igualdad en el que se haya omitido una previsión de esta índole.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV (Coord. CAVAS MARTÍNEZ, Faustino y LUJÁN ALCARAZ, José), «*Buenas prácticas en la negociación colectiva. Promoción de la igualdad de género y conciliación de la vida familiar y laboral*», Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, Murcia, 2008.
- CARRERA GARROSA, Virginia «Los planes de igualdad en la empresa privada: contenidos y fases», en AAVV, «¿Por qué no hemos alcanzado la igualdad?» (Directores FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela; DEL POZO PÉREZ, Marta y LEÓN ALONSO, Marta), págs. 25-31.
- FABREGAT MONFORT, Gemma, «La negociación de los planes de igualdad en los convenios colectivos de ámbito sectorial», en AAVV, «*Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*» (dir. MOLINA HERMOSILLA, Olimpia), págs. 61-90.
- GÓMEZ ETXEBARRÍA, Genaro, en «Igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, n.º 98, 2012, págs. 54 y ss.
- NIETO ROJAS, Patricia: «Los planes de igualdad entre la Ley y la negociación colectiva: un diálogo insuficiente», *Revista de Información Laboral*, núm. 10, 2015.
- OLMO GASCÓN, Marta, en «El contenido de los planes de igualdad: guías y directrices prácticas», *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n.º 32, 2013, págs. 38 y ss.
- SAGARDOY Y BENGOCHEA, Juan Antonio GIL Y GIL, José Luis, «La negociación colectiva en los grupos de empresas», en AAVV, «*El derecho a la negociación colectiva: «Liber Amicorum» Profesor Antonio Ojeda Avilés*» (coord. GORELLI HERNÁNDEZ, Juan), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014, págs. 443 y ss.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y ARETA MARTÍNEZ, M., «La elaboración y negociación de los planes de igualdad: análisis práctico de la situación actual», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 19, 2009.
- SÁNCHEZ VALERA, Mónica, «Medidas clave en la implementación de un plan de igualdad en la empresa», *Equipos & Talentos: gestión, selección y formación en RR HH*, n.º 71, 2010, págs. 16 y ss.
- SELMA PENALVA, Alejandra, «*Marco normativo de las políticas sociolaborales. Protección jurídico laboral a los colectivos especialmente vulnerables*», EDITUM, Murcia, 2013.
- TOMÁS JIMÉNEZ, Natalia, «El nuevo marco de negociación colectiva en los grupos de empresas y empresas red», *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, n.º 356, 2012.
- VICENTE PALACIO, M^a Aránzazu, «Grupos de empresas y negociación colectiva: dos ejemplos del tratamiento de los grupos de empresa por el ordenamiento jurídico español: de lo patológico a lo fisiológico», en AAVV, «*El derecho a la negociación colectiva: «Liber Amicorum» Profesor Antonio Ojeda Avilés*» (coord. GORELLI HERNÁNDEZ, Juan), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014, págs. 537 y ss.

ZOCO ZABALA, Cristina, «Evaluación de los planes de igualdad en las empresas: hacia medidas de conciliación compartidas» en AAVV, *«Eficiencia, igualdad y empresa: la aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad»* (coord. por SIERRA HERNÁIZ, Elisa y ARAGÓN GÓMEZ, Cristina), 2011, págs. 231-255.

Capítulo Decimotercero
RÉGIMEN SANCIONADOR
ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

SUMARIO

1.- INTRODUCCIÓN. 2.- LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN COMO CRITERIOS INTERPRETATIVOS DEL RÉGIMEN SANCIONADOR. 3.- EL TRATO DISCRIMINATORIO COMO INFRACCIÓN LABORAL. 4.- EL TRATO ARBITRARIO COMO INFRACCIÓN LABORAL. 5.- CONCLUSIONES. – BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las materias que más característicamente regula la negociación colectiva es el régimen propio de infracciones y sanciones en el ámbito del convenio, sea de sector o de empresa. El análisis de esta temática desde la perspectiva jurídico-laboral de la igualdad entre hombres y mujeres es estéril, y la búsqueda de previsiones convencionales específicas infructuosa.

No hay concreciones ciertas y directas relacionadas con el desigual trato que la empresa, en su dinámica laboral, dispensa a hombres y a mujeres, ni tampoco tipificación de actitudes que dañen otros derechos instrumentales relacionados con la igualdad, o con su puesta en valor: maternidad, paternidad, ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, etc. Más allá de alguna mención directa (mucho más ornamental que efectiva) a la Ley de Igualdad, como acontece, por ejemplo, en el art. 58.2 apartado 6 del Convenio Colectivo de Agencias de Viajes (Boe 22/8/2013), cuando regula como falta muy grave: «*Tratar de limitar o restringir, mediante coacción de cualquier tipo, que los trabajadores/as ejerciten cualquiera de los derechos contemplados en la Ley de Igualdad (LO 3/2007)*», es absolutamente extraordinaria la mención a la igualdad entre hombres y mujeres en el sistema de infracciones y sanciones.

Los convenios colectivos suelen reproducir las conocidas reglas jurídicas dedicadas al despido disciplinario en el Estatuto de los Trabajadores. Bien remitiéndose directamente a la regulación contenida en el ET¹,

¹ Así, por ejemplo, el art. 55 del VI Convenio colectivo de Telefónica Móviles España, SAU (BOE 19/6/2013) dedicado a regular las «Faltas muy graves» prevé que «Asimismo se considerarán constitutivos de falta muy grave todos los supuestos previstos legalmente como causas justificativas del despido».

bien reproduciendo autónomamente, con mayor o menor literalidad, con mayor o menor acierto pero en ningún caso con matices dignos de consideración, las menciones contenidas en el artículo 54 del ET², o bien, en fin, remitiéndose, en general, a «*la normativa laboral vigente*»³ en la

En similar línea el art. 42.B).3.16 del Convenio Colectivo de Kutxabank S.A., (BOE 14/2/2014) cierra el catálogo de faltas muy graves disponiendo que también tiene dicha consideración: «Los incumplimientos contractuales considerados causa de despido por el Artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores». También puede verse el art. 59.13 del Convenio colectivo del Grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia (BOE 30/4/2012) cuando tipifica como falta muy grave «Las relacionadas en el E.T., consideradas como causas justas de despido». En el mismo sentido el Convenio colectivo del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia (BOE 11/3/2013).

Véase también, en la misma línea, el art. 41.o) del Convenio colectivo de Nunhems Spain, SAU (BOE 11/7/2012) tipifica como falta muy grave: «Todas las consignadas en el artículo 54 del ET, consideradas como causas justas de despido». En el mismo sentido, para declarar que la enumeración de infracciones no es exhaustivo y que debe acudirse a ET, véase el art. 50 del Convenio Colectivo Gamestop Ibérica Slu., (BOE 23/4/2014). También puede verse, en idéntica línea, el art. 87.C).3 del Convenio Colectivo de Asociación para la Gestión de la Integración Social, Ginso (BOE 12/9/2014) cuando prevé como infracción laboral muy grave «La trasgresión de la buena fe contractual según lo dispuesto en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores».

² Algunos de ellos precisar que «obviamente» además de las faltas propias del convenio son aplicables aquella previstas en el ET, como precisa el art. 27.2.h) del I Convenio colectivo para el personal de flota de la empresa Naviera Ría de Arosa, S.A. (BOE 28/3/2014) cuando dispone que: «Igualmente se considerará como falta muy grave, obviamente, cualquiera de las tipificadas en el artículo 54 del vigente Estatuto de los Trabajadores».

También, en la misma línea, puede verse el art. 22.8 del Convenio colectivo de Reintegra, SA. (BOE 21/4/2012) cuando tipifica como infracción laboral muy grave «En general, las enumeradas en el artículo 54 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que no hayan sido enumeradas en los puntos anteriores». En el mismo sentido véase el art. 56 del IV Convenio colectivo de Tradia Telecom, SAU (BOE 30/7/2013) que dispone que «Tendrán la consideración de faltas los incumplimientos contractuales enumerados en el artículo 54 del estatuto de los trabajadores y los que contravengan las normativas internas de Tradia».

En este sentido pueden verse, entre otras muchos, el art. 59.C).8 del Convenio Colectivo de Jcdeacux España Sl, (BOE 22/11/2013); art. 82.14 del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 24/5/2014); art. 27.1 del XVI Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos (BOE 13/10/2011); art. 27.1 del XVII Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos (BOE 25/10/2013); art. 44 del Convenio colectivo de CTC Externalización, SL. (BOE 29/11/2012); y art. 33 del IV Convenio colectivo de Algeco Construcciones Modulares, SAU. (BOE 4/2/2013).

³ Véase en este sentido, entre otras muchos, el art. 39 del Convenio Colectivo de la empresa Eurocopter España, SA (BOE 15/3/2011) cuando prevé que la regulación del régimen disciplinario «estará regulado por la normativa laboral vigente en cada momen-

materia. Algunos otros convenios, prefieren remitirse al régimen sancionador establecido en otro convenio colectivo vigente, generalmente de la misma rama de actividad⁴.

De manera directa sí suele preverse (de manera muy recurrente además) como infracción específica (generalmente falta muy grave) el acoso, en sus variadas formas y magnitudes, especialmente el relacionado con el sexo: acoso sexual, acoso por razón de sexo, e incluso regulando algún tipo novedoso de acoso, como lo es el acoso sexual «ambiental».

Junto con este singular tipo de acoso, que para su mejor comprensión completa debe leerle el capítulo específico que en este estudio se dedica a esta cuestión, los convenios también suelen prever otros tipos de acoso: laboral, moral, psicológico, etc.

Pero más allá de la tipificación de estas conductas como infracción laboral, en algunos casos definiendo singularmente qué ha de entenderse por acoso en el ámbito del convenio, en otros subrayando la reiteración en la conducta como circunstancia agravante, y en otros precisando que el tipo de acoso se considera agravado cuando quien

to», o el art. 32 del VII Convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada (BOE 29/4/2011) cuando dispone que «En las empresas afectadas por este Convenio se aplicará el régimen disciplinario establecido en la legislación laboral vigente».

En el mismo sentido véase el art. 65.C).11 del XXIII Convenio colectivo marco para oficinas de farmacia (BOE 24/1/2011); y el art. 21 del Convenio Colectivo de Accina Multiservicios S.A. (BOE 18/10/2013).

⁴ Así, por ejemplo, entre otros varios, véase el art. 41 del Convenio colectivo de Pimad, SAU (BOE 27/2/2013) cuando dispone que «En cuanto a las infracciones laborales y las sanciones a imponer, las partes se remiten expresamente al texto recogido en el acuerdo marco de panaderías publicado en el BOE de fecha 8 de Octubre de 1998». En el mismo sentido puede citarse el art. 24 del Convenio Colectivo de Transportes Líquidos Campaña S.L. (BOE 2/4/2013) se remite, además de lo dispuesto en su propio convenio, al «II Acuerdo general para las empresas de transporte».

Véase también el art. 32 del Convenio Colectivo de Quick Meals Ibérica S.L. (BOE 14/6/2013) cuando dispone que «En lo referente a faltas y sanciones, se estará al contenido del Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería, vigente en cada momento», o lo previsto en el art. 13 del Convenio Colectivo de Babé y Cía S.L. (BOE 23/6/2014) cuando dispone que «En lo no dispuesto en el articulado, para todo lo relacionado con el régimen disciplinario, se estará en lo recogido en el II Acuerdo General de Transporte de su capítulo VIII, entre sus artículos de 41 al 49».

Siguiendo el mismo esquema de remisión pueden verse: el art. 31 del Convenio Colectivo de Pastificio Service SI, (BOE 12/9/2014); y el art. 45 del Convenio colectivo de Cegelec, SA. (BOE 24/6/2014).

lo practica se prevale de su situación de superioridad en la empresa, muy pocos convenios han previsto infracciones relacionadas directamente con la igualdad entre hombres y mujeres, o con los derechos y deberes jurídicos que de dicho principio jurídico dimanaban para el ámbito laboral.

Debe subrayarse, sin embargo, que algunos convenios, pero de manera aislada y prácticamente como anécdota en el volumen global de convenios analizados en este estudio, sí han previsto algún tipo singular de infracción relacionada con la igualdad entre hombres y mujeres que es conveniente subrayar, sobre todo porque aunque son pocos casos sí pueden enseñar el camino a transitar para el futuro negociador colectivo, sí pueden servir de ejemplo a seguir.

2. LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN COMO CRITERIOS INTERPRETATIVOS DEL RÉGIMEN SANCIONADOR

Los convenios colectivos que recurren a la igualdad para incorporar su contenido axiológico al catálogo de infracciones y sanciones lo han hecho esencialmente de dos maneras distintas, eventualmente complementarias.

En primer lugar, previendo que dicho principio general de igualdad se erige en un canon interpretativo de todo el régimen de infracciones y sanciones para el ámbito del convenio. En un principio jurídico de obligada consideración en la hermenéutica del catálogo de faltas laborales. Así, por ejemplo, el art. 62.3 del convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo (BOE 16/7/2013) tipifica como principio interpretativo del convenio el «*Principio de igualdad de trato y no discriminación (artículos 14 CE y 17 ET)*»⁵.

A veces dicho propósito se enuncia en términos más generales, como lo hace el art. 22 del Convenio Colectivo de Ezpeleta Plastival S.A. (Boe 18/4/2013) cuando prevé como principio hermenéutico del

⁵ En idéntico sentido véase el art. 62.3 del Convenio Colectivo del sector de Mediación de Seguros Privados (BOE 19/8/2013) que dispone como principio interpretativo del catálogo de faltas y sanciones el de «igualdad de trato y no discriminación».

convenio «*la no discriminación en base a los supuestos recogidos en el artículo 14 de la Constitución española*».

Y, en segundo lugar, reconociendo de manera expresa que el convenio garantiza «...*la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*» y que proscribire, por tanto, y por eso sanciona, la discriminación «*por cuestión de género, opción sexual, raza, religión, ideología política, ejercicio sindical, o cualquier otra condición de conformidad con la legislación vigente, jurisprudencia y directiva comunitaria*», como lo hace la DT 1ª del Convenio Colectivo de la Asociación Centro Trama (BOE 16/12/2014). Declaración que se proyecta, como expresamente reconoce, con «*especial atención en cuanto a los cumplimientos de estos preceptos en el acceso y estabilidad del empleo*». Es decir, hacia aspectos claramente laborales, no sólo de orden constitucional, hacia valores y derechos específicamente ordenadores de la actividad laboral.

La operatividad de estos principios generales —igualdad de trato e igualdad de oportunidades— se condiciona, naturalmente, a la concreción de las demás infracciones del catálogo, y al abanico de derechos laborales relacionados con la igualdad que abarque. En algunos convenios la introducción de una cláusula como esta puede parecer incluso contraproducente si el elenco de infracciones no es muy extenso o rico desde el punto de vista de los derechos de igualdad que las leyes conceden, pero en otros puede servir de parámetro interpretativo que auxilie a la hermenéutica de las normas sancionadoras.

3. EL TRATO DISCRIMINATORIO COMO INFRACCIÓN LABORAL

Más común ha sido común prever como falta laboral en el ámbito del convenio cualquier actuación discriminatoria que conlleve u ocasione un resultado lesivo al trabajador, cualquier conducta discriminatoria por motivos inconstitucionales.

Así, por ejemplo, el art. 90 del I convenio colectivo que regula las relaciones laborales de las empresas proveedores civiles privados de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional (BOE 29/9/2012) dispone en el apartado 1.15 que «*Serán faltas muy graves*» entre otras las siguientes: «*Toda actuación que suponga*

discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social...»⁶.

De forma más lineal, más sencilla, con un enunciado más contenido, el art. 40.16 del VI Convenio colectivo de la Delegación de ESK, SA en la provincia de Huelva y sus zonas de influencia (BOE 4/10/2011) tipifica como falta muy grave: *«Toda actuación que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»*.

Es claro que el propósito del negociador colectivo es proscribir la discriminación, apreciada no desde el resultado, sino desde la acción, porque no se sanciona un resultado concreto lesivo, sino la mera actuación discriminatoria.

Por eso en algunos convenios se relaciona dicha conducta con un actuar tendencioso en la empresa por parte de los superiores. El acto que implique discriminación debe serlo por *«Favoritismos por parte de los superiores en materias que impliquen discriminación del resto de los subordinados, postergación de éstos o que supongan persecuciones»*, como lo tipifica el art. 42.d).22 del Convenio Colectivo de «Autopista Concesionaria Astur-Leonesa, S.A.» (BOE 4/2/2013). En otras se enuncia la conducta discriminatoria al lado del acoso explícito en la empresa, favoreciendo una asimilación conceptual que puede no ser del todo cierta, como acontece en el art. 32.C).28 del Convenio Colectivo de Hottelia S.L., (BOE 22/7/2013) cuando tipifica como falta muy grave: *«El acoso, discriminación o maltrato de todo tipo que se cometa por razones de origen racial o étnico, religión, ideología, edad, orientación sexual tanto al empresario como a cualquier trabajador»⁷.*

Algún convenio define incluso qué ha de entenderse por discriminación por razón de sexo, en términos muy similares a como lo hace el derecho comunitario, previendo no sólo la discriminación directa,

⁶ En idéntica línea véase el art. 86.3 del Convenio colectivo del grupo de empresas de Acciona Energía (BOE 21/10/2014).

⁷ Exactamente en los mismos términos lo prevé el art. 30.c).27 del Convenio Colectivo de Cpm Expertus Field Marketing Sau (BOE 19/12/2013).

sino también la indirecta⁸. Función que no corresponde, en puridad, al negociador colectivo, y que no pocas veces, como paradigmáticamente acontece en la regulación del acoso laboral y el que tiene que ver con el sexo: sexual y por razón de sexo, dificulta la hermenéutica más de lo conveniente, pues introduce términos y expresiones no del todo acertadas.

Sea como fuere, parece evidente que lo que quiere el convenio en estos casos es salvaguardar la igualdad entre los trabajadores proscribiendo cualquier discriminación por motivos inconstitucionales.

Llama la atención, no obstante, que no se prevea como motivo sancionable la discriminación en el ejercicio de las actividades laborales, la discriminación en el acceso, conservación, ascenso, promoción, movilidad funcional o geográfica y salida del mercado de trabajo. Así expuestas, tal y como se expresan en los ejemplos que ciframos, su contenido queda muy reducido desde el punto de vista de su operatividad funcional y práctica. Es claro, además, que la incorporación de dichas menciones, amén de estéticamente impecable, como contenido concreto aporta poco. Una exposición más caudalosa de los derechos laborales en sentido estricto, es decir, una ordenada enunciación de las situaciones concretas laborales en las que se proscribe el comportamiento o la conducta discriminatoria hubiese sido mucho más efectivo, y quizá por ese camino deba transitar el futuro negociador colectivo.

En sólo dos convenios se han previsto motivos de discriminación más concretos que los generales de índole constitucional comentados.

⁸ Así, el art. 23.3.18 del III Convenio colectivo de la empresa Unipost, S.A. (BOE 22/12/2011) prevé como falta muy grave la discriminación directa e indirecta, definiendo ambos términos: «Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. 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. En cualquier caso se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo. Se considerará en todo caso discriminatorio el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo».

En el art. 3.19 del III Convenio colectivo de la empresa Unipost, S.A. (BOE 22/12/2011) se prevé como falta laboral muy grave la «*Discriminación por embarazo o maternidad*», precisando, de manera innecesaria que «*Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*».

En el art. 49 del Convenio Colectivo de Alain Afflelou España S.A.U. (BOE 10/5/2013) se dispone, en el ámbito de los preceptos interpretativos que ilustran el catalogo de infracciones, que «*La empresa respetará el derecho de todos los trabajadores a sindicarse libremente y a no discriminar ni hacer depender el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie o renuncie a su afiliación sindical*».

Más allá de estas dos menciones concretas —maternidad y afiliación sindical— no hay concretos ejemplos de convenios que proscriban de manera directa y concreta la discriminación por el ejercicio de algún derecho laboral. Lo cual revela hasta qué punto el negociador colectivo está poco abierto a soluciones imaginativas. Sería deseable, en este sentido, que el negociador colectivo profundizase en este tipo de motivos discriminatorios laborales más específicos, ya que se protege mejor así el principio que pretende tutelar con la tipificación de este tipo de infracciones.

De manera prácticamente anecdótica dos convenios de ámbito laboral distinto, pero ambas con matriz francesa, han previsto como falta laboral muy grave la consulta de páginas web o participación en chat de contenido discriminatorio⁹. Es, desde luego, una peculiar tutela del principio de no discriminación, con apoyo, además, en el empleo de las nuevas tecnología. Repárese, además, que tal y como se regulan las acciones no se tipifica un resultado concreto, un daño cierto, sino una mera acción participativa. No se castiga un resultado

⁹ El art. 43.b).14 del Convenio colectivo de Peugeot España, SA, Comercio (BOE 25/7/2012) tipifica como falta grave: «La consulta de páginas web, la participación en cadenas de mensajes, o el envío de mensajes o imágenes, todo ello de contenido ilegal, ofensivo, vejatorio, discriminatorio, de índole sexual, o atentatorio de los derechos fundamentales. Esta falta podrá ser considerada como muy grave según los casos».

El art. 40.18 del Convenio colectivo de Banque Psa Finance, Sucursal en España (BOE 8/1/2013) tipifica como falta muy grave: «La participación en “chats”, la descarga de contenidos de ocio multimedia, participar en cadenas de mensajes o enviar mensajes o imágenes de contenido ilegal, ofensivo, vejatorio, discriminatorio, de índole sexual, etc».

discriminatorio, ni se exige una lesión al patrimonio laboral de los trabajadores, basta para realizar la acción típica castigada la mera visualización en pantalla o envío por medios electrónicos del material de contenido discriminatorio.

4. EL TRATO ARBITRARIO COMO INFRACCIÓN LABORAL

De manera muy residual algún convenio colectivo ha situado a la actuación arbitraria en el elenco de infracciones laborales, especialmente si dicho comportamiento procede de un superior en la empresa (no sólo, por tanto, de quien ejerce, diríamos, el poder de dirección) y produce o provoca una concreta vulneración de un derecho legalmente reconocido al trabajador.

Así, por ejemplo, el art. 68.11 del Convenio Colectivo estatal del Comercio Minorista de Droguerías, Herboristerías y Perfumerías (BOE 2/10/2014) tipifica como falta muy grave la «*comisión por un superior de un hecho arbitrario que suponga la vulneración de un derecho del trabajador legalmente reconocido. En caso de que se derive un perjuicio grave para el subordinado supondrá una circunstancia agravante de aquélla*». Obsérvese que, en realidad, estamos en presencia de un tipo general y un subtipo agravado.

Algún otro convenio recurre a la categoría de los derechos fundamentales para calificar el tipo de ilícito que pretende proscribirse. Así, por ejemplo, el art. 24.C).18 del Convenio Colectivo de Koodza, S.L.U. (BOE 10/5/2013) considera como falta muy grave «*La comisión por un superior de un hecho arbitrario que suponga la vulneración de un derecho fundamental del trabajador o trabajadora legalmente reconocido (derecho a la intimidad, no discriminación etc.), de donde se derive un perjuicio grave para el subordinado o subordinada*»¹⁰. Aquí estamos en presencia de un tipo de ilícito que tiene como presupuesto operativo la lesión de un derecho fundamental. Aunque en este último supuesto se emplea una técnica legislativa poco edificante desde el punto de vista del derecho sancionador, pues se castiga más el resultado que la intencionalidad, es evidente el propósito limitador que tiene del ejercicio del derecho de dirección y de ordenación de la

¹⁰ Exactamente con la misma redacción se recoge en el art. 26.C).28 del Convenio Colectivo de Cimodin SI (BOE 22/1/2014).

actividad laboral cuando estas potestades están ejecutadas, residencias y operativamente formalizadas, en trabajadores de la empresa.

Obviamente la interpretación de lo que sea un «*hecho arbitrario*» nos sitúa —en los dos ejemplos propuestos— en el terreno de los conceptos jurídicos indeterminados, del análisis caso por caso y de la imposibilidad de elaboración de una hermenéutica apriorística, pero no debe negarse por ello la concreta determinada funcionalidad que este tipo de infracciones puede tener.

5. CONCLUSIONES

Aunque puede ser en cierta medida recurrente, y quizá carezca de operatividad autónoma directa, parece razonable que los convenios colectivos incorporen cláusulas propias que garanticen que el catálogo de infracciones y sanciones en el ámbito del convenio va a ser interpretado teniendo presente el principio de igualdad entre hombres y mujeres, y el de no discriminación. La hermenéutica laboral, tan rica y fructífera, puede asirse en estas declaraciones de intenciones para proyectar la eficacia del sistema sancionador del convenio. No se trata, por tanto, de una cuestión de mera estética ornamental, sino que, antes al contrario, forma parte (*rectius*: debe formar parte) del basamento conceptual sobre el que edificar el andamiaje axiológico del convenio.

Podría ser oportuno, desde otro punto de vista, la incorporación generalizada en los convenios colectivos de menciones directas a la Ley de Igualdad y la catalogación como falta de aquellas conductas que restrinjan o dificulten el ejercicio de los (varios) derechos que dicha norma concede. Es evidente que con ello se fortalece la primacía y la preeminencia de la Ley, pero no lo es menos que a costa de ensanchar en demasía el catálogo de infracciones laborales, introduciendo, además, un elemento ligeramente perturbador en la dinámica hermenéutica. Porque en la práctica diaria se apreciará complejo y dificultoso el mecanismo sancionador ante la multitud de problemas interpretativos que surgirían: cuándo y hasta qué punto se está en presencia de una limitación o restricción de un derecho, y cuándo dicha restricción o limitación no es legítima.

Probablemente el elemento clave para introducir este tipo de infracciones se encuentre en asegurar que el tipo de injusto que se sanciona, la acción restrictiva o limitadora, debe ejercerse de manera

«coactiva». Es la coacción, la fuerza, la imposición, la violencia, lo que dota de contenido ilegítimo a la limitación o restricción del derecho que emana de la ley de igualdad. Si se pretende generalizar el empleo de este tipo de cláusulas generales, que puede ser razonable, debe asegurarse que la infracción se cometa con el empleo de la coacción, que sea un actuar doloso, consciente, ilegítimo. Da igual, obviamente, que se produzca un resultado dañoso, pero no se desdeña la posibilidad de crear un subtipo agravado cuando el trabajador haya sufrido un daño concreto y evaluable en términos de restricción de derechos que concede la ley de igualdad.

Podría ser recomendable, por último, la introducción de referencias a las nuevas tecnologías en el catálogo de infracciones laborales, tipificando su empleo con propósito discriminatorio o denigrador del trabajador.

BIBLIOGRAFÍA

- CASTRO ARGÜELLES, M^a. A.: *El régimen disciplinario en la empresa (infracciones y sanciones laborales)*, Aranzadi, Pamplona, 1993.
- PÉREZ CAMPOS, A. I.: «Igualdad y no discriminación en la negociación colectiva», *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm. 43, 2010.
- PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, M. A.: *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*. Instituto de la Mujer, Madrid, 1997.
- PÉREZ DEL RÍO T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. y DEL REY GUANTER, S.: *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, MTAS, Madrid, 1993.
- TAPIA BALLESTEROS, P.: «Infracciones y sanciones derivadas de la vulneración del derecho a la igualdad y a no ser discriminado por razón de sexo en el ámbito laboral», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2011.

Capítulo Decimocuarto
LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL
E IDENTIDAD DE GÉNERO
EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS
DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

SUMARIO

1.- LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO COMO DISCRIMINACIÓN. 2.- EL DESARROLLO DEL CONTENIDO DE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS. 3.- PROPUESTAS PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. – BIBLIOGRAFÍA.

1. LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO COMO DISCRIMINACIÓN

En el Capítulo II «Derechos y Libertades», del Título I «De los derechos y deberes fundamentales» de la Constitución Española (CE)¹, se lo localiza el artículo 14, que dispone que «los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

El Tribunal Constitucional ha manifestado que dicho precepto contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hechos iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas. De suerte que, para introducir diferencias entre ellos, deba existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas².

No obstante, la virtualidad del precepto no se agota en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que, a continuación, el artículo se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa no involucra el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de

¹ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

² STC 37/2007, de 15 de enero.

discriminación³; pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones. No sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 de la CE, al señalar que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»⁴.

A estos efectos, el Tribunal Constitucional ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados en los que operan como factores determinantes los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el artículo 14, como por ejemplo, la discriminación por razón de sexo⁵. En este sentido, manifiesta que la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer⁶, cualificándose la conducta discriminatoria por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la CE, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano⁷. Por consiguiente, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión del artículo 14 cuando se acredite que el factor prohibido ha representado el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio⁸.

Este tipo de discriminación no comprende solo a aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y sim-

³ STC 75/1983, de 3 de agosto.

⁴ SSTC 128/1987, de 16 de julio; 166/1988, de 26 de septiembre; 145/1991, de 1 de julio; y, 17/2003, de 30 de enero.

⁵ SSTC 128/1987, de 16 de julio; 145/1991, de 1 de julio; 147/1995, de 16 de octubre; y, 126/1997, de 3 de julio.

⁶ STC 17/2003, de 30 de enero.

⁷ Art. 10.1 de la CE.

⁸ STC 74/2008, de 23 de junio.

ple constatación del sexo de la persona perjudicada⁹; sino también engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca¹⁰. Por tanto, la discriminación por razón de orientación sexual¹¹ e identidad de género constituyen una discriminación por razón de sexo¹². Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres¹³. Bajo este contexto, el Tribunal Constitucional señala que la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora debe ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales; por tanto, la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo¹⁴.

A tales efectos, partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, o motivados por la concurrencia de bajas laborales causadas por el embarazo¹⁵, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación directa por razón de sexo proscrita por el artículo 14 de la CE; es por lo que la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de este, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante

⁹ Vid. KAHALE CARRILLO, D.: Políticas de Igualdad e Integración, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2012.

¹⁰ SSTC 182/2005, de 4 de julio; 214/2006, de 3 de julio; 17/2007, de 12 de febrero; y, 233/2007, de 5 de noviembre.

¹¹ Vid. MANZANO BARRAGÁN, I.: «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género», Revista Española de Derecho Internacional, Vol. 64, núm. 2, 2012.

¹² Entre los «nuevos derechos» reconocidos por algunas de las recientes reformas estatutarias cabe destacar el denominado derecho a la identidad de género. Este derecho, solo contemplado por el legislador estatal en cuanto al procedimiento para la rectificación registral del sexo, está siendo objeto de desarrollo por varios legisladores autonómicos. Este marco normativo desafia el doble reto que este nuevo derecho plantea a los ordenamientos jurídicos: la superación de la perspectiva patologizadora de la transexualidad y el desafío al sistema binario masculino/femenino desde el que se construye la titularidad de los derechos. Vid. SALAZAR BENÍTEZ, O.: «La identidad de género como derecho emergente», Revista de Estudios Políticos, núm. 169, 2015, págs. 75-107.

¹³ SSTC 173/1994, de 7 de junio; 20/2001, de 29 de enero; 41/2002, de 25 de febrero; 17/2003, de 30 de enero; 98/2003, de 2 de junio; 175/2005, de 4 de julio; 214/2006, de 3 de julio; y, 342/2006, de 11 de diciembre.

¹⁴ STC 182/2005, de 4 de julio.

¹⁵ STC 17/2007, de 12 de febrero.

el período que sigue al embarazo y al parto, sino que en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado¹⁶.

Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre unas y otros es uno de los objetivos que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión Europea y de sus miembros.

La prohibición de discriminación por razón de sexo dio lugar a que se aprobaran diversas Directivas sobre igualdad de sexos de gran amplitud. En este punto destacan tres Directivas en materia de igualdad de trato; por una parte, la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Este instrumento establece que el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar. Bajo este contexto, define discriminación directa como «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo», Y como discriminación indirecta «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios».

Por otra, la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y

¹⁶ STC 17/2003, de 30 de enero.

mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro, que tiene por objeto crear un marco para combatir la discriminación sexual en el acceso a bienes y servicios y su suministro, con vistas a que entre en vigor en los Estados miembros el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Y, por último, la Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación basada en el sexo¹⁷, que tiene por objetivo mejorar la eficacia de las medidas adoptadas por los Estados miembros en aplicación del principio de igualdad de trato, que permitan que todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato puedan invocar sus derechos en vía jurisdiccional después de haber recurrido, en su caso, a otros órganos competentes. A estos efectos, define principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirecta.

No obstante, 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, pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual¹⁸. Ello ha dado pie para que se promulgara la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social¹⁹, en el Capítulo III del Título II «De lo Social» se dedica a las «Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato». El artículo 28 define el principio de igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de orientación sexual, entre otras circunstancias.

Para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de orientación sexual, el artículo 35 dispone, se implementaran medidas de acción positiva a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección. Esta norma ha

¹⁷ DOCE, L 014 de 20 de enero de 1998.

¹⁸ DOUE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.

¹⁹ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2003.

modificado el Estatuto de los Trabajadores al traspolar el mismo contenido que su artículo 28.1 hace referencia.

La American Psychological Association define la orientación sexual como una atracción emocional, romántica, sexual o afectiva duradera hacia otras personas. Bajo este contexto, «se distingue fácilmente de otros componentes de la sexualidad que incluyen sexo biológico, identidad sexual (el sentido psicológico de ser hombre o mujer) y el rol social del sexo (respeto de las normas culturales de conducta femenina y masculina).

La orientación sexual existe a lo largo del continuo que va desde la heterosexualidad exclusiva hasta la homosexualidad exclusiva e incluye diversas formas de bisexualidad. Las personas bisexuales pueden experimentar una atracción sexual, emocional y afectiva hacia personas de su mismo sexo y del sexo opuesto. A las personas con una orientación homosexual se las denomina a veces gay (tanto hombres como mujeres) o lesbianas (sólo a las mujeres).

La orientación sexual es diferente de la conducta sexual porque se refiere a los sentimientos y al concepto de uno mismo. Las personas pueden o no expresar su orientación sexual en sus conductas»²⁰.

La regulación de la identidad de género o de la transexualidad se ha realizado en España desde hace poco tiempo. En la última década se han introducido normas muy concretas respecto a las personas transsexuales en la legislación penal, civil, sanitaria y laboral, entre las que se destaca, la Ley 3/2007, de 15 marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas²¹; aunque no se trata de una norma integral que regule temas específicos derivadas de la identidad de género, las Comunidades Autónomas, ante esta carencia legislativa, han iniciado la regulación de dichas cuestiones, al promulgarse la Ley Foral 12/2009 de Navarra, la Ley 14/2012 del País Vasco, la Ley 2/2014 de Andalucía, y la Ley 8/2014 de Canarias, y con carácter general la Ley 2/2014 de Galicia, y la Ley 11/2014 de Cataluña, entre otras²².

²⁰ <http://www.apa.org/centrodeapoyo/sexual.aspx>

²¹ BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007.

²² Vid. ALVENTOSA DEL RÍO, J.: «La regulación de la identidad de género en las Comunidades Autónomas», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, 2015, págs. 745-760.

2. EL DESARROLLO DEL CONTENIDO DE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Del estudio de los convenios colectivos analizados no existe referencia expresa a la discriminación por orientación sexual. Dicho en otros términos, resulta evidente que el bagaje existente es sumamente exiguo en cláusulas que atiendan a la discriminación por orientación sexual. Solo se hace mención genérica al señalar que la empresa no realizará ningún tipo de discriminación entre sus trabajadores por razón de sexo, entre otras, circunstancias²³. Resulta lamentable que los agentes sociales no hayan tenido en cuenta esta circunstancia de discriminación que afecta a un porcentaje de los trabajadores.

Bajo este contexto, hay que resaltar el papel que juega la Federación de Lesbianas, Transexuales y Bisexuales al abogar la importancia de contemplar en la negociación colectiva la diversidad sexual²⁴, al incorporar, por una parte, cláusulas antidiscriminatorias que incluyan la orientación sexual y la identidad de género²⁵. Por otra, las definiciones de familia en la que se incluya las parejas del mismo sexo. Por último, asegurar que los beneficios sociales sean disfrutados, a su vez, por las parejas del mismo sexo.

3. PROPUESTAS PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A continuación se presentan las propuestas para la negociación colectiva contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género:

²³ Art. 13 XVI Convenio colectivo de la empresa Bridgestone Hispania, SA (delegaciones), que fue suscrito con fecha 18 de julio de 2014; Disposición adicional primera Convenio colectivo de Hero España 2013; Disposición adicional primera Convenio colectivo de Hero España 2011; Disposición adicional segunda I Convenio colectivo para el personal de flota de la empresa Naviera Ría de Arosa, S.A.; Disposición adicional segunda Convenio colectivo del Grupo de empresas Cetelem (Banco Cetelem, SA; Cetelem Gestión, AIE; Cetelem Servicios Informáticos, AIE; Fimestic Expansión, SA, y Euro Crédito Establecimiento Financiero de Crédito, SA); art. 10 Convenio colectivo de la empresa Es-silor España, SA.

²⁴ www.felgtb.org

²⁵ Vid. GARCÍA LEIVA, P.: «Identidad de género: modelos explicativos», *Escritos de Psicología*, núm. 7, 2005, págs. 71-81.

- a) Fomentar la presencia de personas lesbianas, gay, transexuales y bisexuales en las mesas de negociación.
- b) Fomentar la presencia de la figura del agente para la igualdad de oportunidades en las mesas de negociación.
- c) Establecer de manera específica en la cláusula de los principios de no discriminación la orientación sexual, y no de forma genérica al sexo.
- d) Incorporar en las cláusulas de sanciones disciplinarias las actuaciones que atenten contra la dignidad de las personas por su orientación sexual o su identidad de género.
- e) Equiparar en las cláusulas los derechos reconocidos a los matrimonios y a las de pareja de hecho para garantizar la conciliación de la vida laboral y familiar. No hacer solo referencia al matrimonio.
- f) Implantar un protocolo que incorpore el acoso por razón de la orientación sexual e identidad de género.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVENTOSA DEL RÍO, J.: «La regulación de la identidad de género en las Comunidades Autónomas», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, 2015.
- GARCÍA LEIVA, P.: «Identidad de género: modelos explicativos», *Escritos de Psicología*, núm. 7, 2005.
- KAHALE CARRILLO, D., *Políticas de Igualdad e Integración*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2016.
- MANZANO BARRAGÁN, I.: «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 64, núm. 2, 2012.
- SALAZAR BENÍTEZ, O.: «La identidad de género como derecho emergente», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 169, 2015.

Capítulo Decimoquinto

**LA DISCRIMINACIÓN POR EDAD
EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS**

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

SUMARIO

1.- LA EDAD COMO DISCRIMINACIÓN. 2.- EL DESARROLLO DEL CONTENIDO DE LA DISCRIMINACIÓN POR EDAD EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS. 3.- PROPUESTAS PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.
- BIBLIOGRAFÍA.

1. LA EDAD COMO DISCRIMINACIÓN

La Constitución Española (CE)¹, dispone en el artículo 14, localizado en el Título I «De los derechos y deberes fundamentales», que «los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Precisamente, la edad se incluye en «cualquier otra condición o circunstancia personal o social»².

Dicho precepto, según el Tribunal Constitucional, contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hechos iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas. De suerte que, para introducir

¹ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

² Vid. APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A.: *La edad como factor de tratamientos desiguales en el Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007; RODRÍGUEZ CRESPO, M.: «Límites a la libertad contractual: igualdad y no discriminación en materia de intermediación, selección y contratación», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 2, 2013. TAPIA HERMIDA, A.: «La edad como criterio normativo: conculcación de la libertad de trabajar y del derecho al trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 326, 2010, págs. 81-126; AA.VV., SEMPERE NAVARRO, A.V. y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (dirs.): *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada: análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2009; KAHALE CARRILLO, D.: «La obligación de efectuar aportaciones económicas al Tesoro Público en los despidos colectivos que afecten a trabajadores mayores de cincuenta años en empresas con beneficios», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 104, 2013, págs. 199-227.

diferencias entre ellos, deba existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas³.

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, pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual⁴. Ello ha dado pie para que se promulgara la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁵, en el Capítulo III del Título II «De lo Social» se dedica a las «Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato». El artículo 28 define el principio de igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de edad, entre otras circunstancias.

Para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de edad, el artículo 35 dispone, se implementaran medidas de acción positiva a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección. Esta norma ha modificado el Estatuto de los Trabajadores al traspasar el mismo contenido que su artículo 28.1 hace referencia.

2. EL DESARROLLO DEL CONTENIDO DE LA DISCRIMINACIÓN POR EDAD EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Algunos convenios de manera genérica incluyen la discriminación por edad en las cláusulas contra la discriminación o igualdad de trato⁶, al señalar que la empresa no realizará ningún tipo de discriminación entre sus trabajadores por razón de edad⁷. En cuanto, al ingreso de personal algún convenio señala que respetará el principio de no dis-

³ STC 37/2007, de 15 de enero.

⁴ DOUE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.

⁵ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2003.

⁶ Art. 10 Convenio colectivo de la empresa Essilor España, S.A.

⁷ Disposición adicional primera Convenio colectivo de Hero España, SA; art. 59 VII Convenio colectivo de V2 Complementos Auxiliares, SA.

criminación por motivos de edad. Empero, la selección se efectuará según la postura de la empresa ante los derechos humanos⁸, lo que se valora positivamente.

En relación a la reducción de la actividad laboral, algún convenio señala que de mutuo acuerdo con la empresa, el trabajador a partir de los 55 años, podrá acogerse a la reducción de su actividad laboral principal a la mitad de la jornada que se estipula en el convenio, completando con otras actividades afines a su puesto de trabajo o titulación, el resto de la jornada⁹. En cuanto a la formación, se establece que con el fin de garantizar la igualdad real, podrán establecerse acciones positivas en el acceso a la formación con el fin de evitar sesgos en los itinerarios profesionales de los jóvenes¹⁰.

A los trabajadores, cuando cumplan 59 años de edad y tengan una antigüedad de 5 años en la empresa, se le abonará un complemento por plus de antigüedad de 102,14 € para el año 2014, 103,16 € para 2015 y 104,18 € para 2016, que tendrá el mismo tratamiento que el salario base¹¹. Asimismo, otro convenio colectivo dispone que las empresas acoplarán al personal cuya capacidad haya disminuida por edad u otras circunstancias, antes de la jubilación, destinándole a trabajos adecuados a sus condiciones. En este sentido, tendrá preferencia la persona incapacitada para su labor habitual a causa de accidente de trabajo o enfermedad indemnizable sufrida al servicio de la Empresa¹². No obstante, las empresas vendrán obligadas a proveer las plazas

⁸ Art. 13 XVI Convenio colectivo de la empresa Bridgestone Hispania, SA (delegaciones), que fue suscrito con fecha 18 de julio de 2014.

⁹ Art. 91 Resolución de 13 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores.

¹⁰ Art. 11 Convenio colectivo de la empresa Federación Farmacéutica, S.C.C.L., que fue suscrito, con fecha 30 de octubre de 2014.

¹¹ Art. 59 VII Convenio colectivo de V2 Complementos Auxiliares, SA.

¹² Art. 53 Resolución de 25 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la industria del calzado; art. 53 Resolución de 25 de septiembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la industria del calzado; art. 38 Resolución de 2 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo general de la industria salinera; Art. 6.16 Resolución de 19 de diciembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón; art. 6.16 Resolución de 1 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón; art. 8.3 Resolución de 4 de diciembre de 2013,

de subalternos, con aquellos de sus trabajadores que por su edad avanzada, no puedan seguir desempeñando su oficio con el rendimiento normal, y siempre que carezcan de pensión para su sostenimiento¹³.

En cuanto a la excedencia, podrá solicitarse hasta un máximo de 3 años, con reserva del puesto de trabajo durante la duración de la misma, para atender familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad justificadas por edad avanzada. Esta excedencia podrá solicitarse de forma fraccionada, con el límite temporal total indicado anteriormente¹⁴.

3. PROPUESTAS PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A continuación se presentan las propuestas para la negociación colectiva contra la discriminación por edad:

- a) Fomentar la presencia de personas mayores y jóvenes en las mesas de negociación.
- b) Fomentar la presencia de la figura del agente para la igualdad de oportunidades en las mesas de negociación.
- c) Incorporar en las cláusulas la posibilidad de reducir a la mitad de la jornada de la actividad laboral de los trabajadores mayores de 55 años.
- d) Establecer acciones positivas, con el fin de evitar sesgos en los itinerarios profesionales de los jóvenes, en el acceso a la formación.

de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para la industria fotográfica; art. 21 Resolución de 13 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica del Convenio colectivo del sector de curtidos, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías; art. 18 III Convenio colectivo de asistencia en tierra (handling) para el personal que presta servicios en la empresa Flightcare, S.L.; art. 68 III Convenio colectivo de la empresa Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U., para su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico).

¹³ Art. 16 Resolución de 20 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de perfumería y afines.

¹⁴ Art. 19.4 Convenio colectivo del Grupo Asegurador Reale.

- e) Incorporar en las cláusulas de sanciones disciplinarias las actuaciones que atenten contra la edad, tanto para las personas mayores como a los jóvenes.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., SEMPERE NAVARRO, A.V. y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (dirs.): *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada: análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2009.
- APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A.: *La edad como factor de tratamientos desiguales en el Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007.
- KAHALE CARRILLO, D.: «La obligación de efectuar aportaciones económicas al Tesoro Público en los despidos colectivos que afecten a trabajadores mayores de cincuenta años en empresas con beneficios», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 104, 2013, págs. 199-227.
- RODRÍGUEZ CRESPO, M.: «Límites a la libertad contractual: igualdad y no discriminación en materia de intermediación, selección y contratación», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 2, 2013.
- TAPIA HERMIDA, A.: «La edad como criterio normativo: conculcación de la libertad de trabajar y del derecho al trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 326, 2010.

Capítulo Decimosexto
LA DISCAPACIDAD
EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS
DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

SUMARIO

1.– TERMINOLOGÍA: PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA. 2.– EL DESARROLLO DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS. 2.1. Los derechos de los trabajadores con discapacidad. 2.1.1. Igualdad de trato. 2.1.2. Integración. 2.1.3. Terminología difusa. 2.1.4. Destino a trabajos adecuados. 2.1.5. Prevención de riesgos laborales. 2.1.6. Condiciones para la reincorporación en la empresa. 2.1.7. Reserva de plazas. 2.1.8. Reducción de jornada. 2.1.9. Adaptación de pruebas de selección y promoción. 2.1.10. Excedencias. 2.1.11. Permiso especial. 2.1.12. Ayuda sanitaria. 2.1.13. Reconocimiento excepcional de discapacidad. 2.1.14. Movilidad geográfica. 2.2. Los derechos de los familiares con discapacidad de los trabajadores. 2.2.1. Jornada y horario. 2.2.2. Permisos. 2.2.3. Complemento o ayudas por discapacidad. 2.2.4. Costes de enseñanza. 2.2.5. Excepción a la movilidad geográfica. 3.– PROPUESTAS PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. – BIBLIOGRAFÍA.

1. TERMINOLOGÍA: PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

La Constitución Española (CE)¹ denomina a las personas con discapacidad como disminuida. El artículo 49 hace referencia a la atención que tienen los poderes públicos a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. La extinguida Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos², en su artículo 7, cambia el término de la Carta Magna por el de minusválidos, al entender que son todas aquellas personas en el que sus posibilidades de integración educativa, laboral o social se encuentren disminuidos como resultado de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales.

La extinguida Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad³, definía en el artículo 1.2, las personas con discapacidad como a aquellas que se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%. No obstante, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

¹ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

² BOE núm. 103, de 30 de abril de 1982.

³ BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003.

A raíz de la promulgación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia⁴, su disposición adicional octava señala que todas las referencias que en el ordenamiento jurídico español se efectúe en los términos «minusválidos» y «personas con minusvalía», se entenderán, con la nueva terminología, «personas con discapacidad».

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (RDL 1/2013)⁵, tras derogar la Ley 13/1982, Ley 51/2003 y Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad⁶, define en el artículo 2 a) discapacidad como una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

De igual manera, el artículo 4 define personas con discapacidad como aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. Asimismo, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

La Real Academia Española define discapacitado como «dicho de una persona: Que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funcio-

⁴ BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006.

⁵ BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.

⁶ BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2007.

nes intelectuales o físicas»⁷. Y a minusválido como «dicho de una persona: Incapacitada, por lesión congénita o adquirida, para ciertos trabajos, movimientos, deportes, etc.»⁸. Como puede observarse la diferencia radica que en esta última definición se requiere de una incapacidad reconocida y en el otro término no.

La «dependencia» desde su origen permite distintos puntos de aproximación. En este sentido es aquella que toma como referente no al sujeto activo de tutela, sino al objeto que se persigue. Dicho en otras palabras, sería hablar de la «ayuda a la autonomía personal». El origen de esta situación tiene un claro fundamento social y una neta explicación demográfica. La idea de dependencia ofrece distintos significados; y su alcance puede quedar referido a cualquier colectivo social⁹. La realidad social demuestra que el colectivo de personas mayores resulta su campo de aplicación natural. Hay que recordar que todos somos dependientes, pero hay colectivos que necesitan más ayuda que otros¹⁰.

El término «depender» etimológicamente proviene del verbo latín *dependere* que significa colgar. El diccionario de la Real Academia Española define dependencia como la situación de una persona que no puede valerse por sí misma¹¹. La Organización Mundial de la Salud (OMS) la caracteriza como el hecho de no poder vivir de manera autónoma, y necesitar de forma duradera la ayuda de otros para actividades ordinarias de la vida cotidiana¹².

El Consejo de Europa la define como la necesidad de ayuda o asistencia importante para las actividades de la vida cotidiana¹³. Dicho en

⁷ www.rae.es

⁸ Idem.

⁹ Un estudio de las posibles concepciones de dependencia, en MERCADER UGUINA, J.: «Concepto y concepciones de la dependencia», *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2004, págs. 171-180.

¹⁰ Vid. KAHALE CARRILLO, D.: *Protección a las personas en situación de dependencia*, Editorial Formación Alcalá, Jaén, 2012.

¹¹ www.rae.es

¹² 54.ª Asamblea Mundial de la Salud, mayo de 2001.

¹³ Cfr. VAN BUGGENHOUT, B. y VEYS, A.: «Les personnes âgées dépendantes en Europe: déficits et politiques», *Reveu Belge de Sécurité Sociale*, núm. 3, 1994, págs. 827 y ss. La Recomendación puede consultarse, con su respectivo Anexo, en IMSERSO: *Vejez y Protección Social a la Dependencia en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, págs. 11-21.

otros términos, la dependencia es un estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria¹⁴. Por otra parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez.

El Texto del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa¹⁵ recoge en el artículo II-94, dentro de un genérico epígrafe sobre la «Seguridad Social y la ayuda social», el reconocimiento y respeto de la Unión por el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, enfermedad, accidentes laborales, de-

¹⁴ CONSEJO DE EUROPA: *Necesidades específicas de las personas dependientes: costes y financiación*, Estrasburgo, 1995. La protección de la dependencia, según las recomendaciones aprobadas por el Consejo de Europa, debe cumplir, por lo menos, con los siguientes objetivos: a) Reducir y/o prevenir la dependencia, impidiendo su agravamiento y atenuando sus consecuencias, b) Ayudar a las personas en situación de dependencia a llevar una vida según sus propias necesidades y deseos, c) Proporcionar una protección suplementaria a las personas en situación de dependencia, ya sea por la concesión de una prestación, o por el acceso a los servicios existentes, o mediante la creación de servicios apropiados.

En el cumplimiento de los objetivos indicados, se aboga por un sistema coordinado en el que se incluyen una serie de medidas en favor de las personas en situación de dependencia, y, entre ellas, las siguientes: a) Unas prestaciones determinadas, atribuidas tanto a las personas que viven en sus domicilios, como a las que residen en instituciones, pudiendo consistir en prestaciones en metálico directas o indirectas. Las prestaciones han de ser asignadas en función del grado de dependencia concurrente, por cuanto las mismas han de tener como finalidad primigenia la compensación de las cargas financieras que ocasiona la pérdida o deterioro de la autonomía personal, b) La libertad de elección y decisión, a fin de garantizar el respeto a la dignidad y a la autodeterminación de la persona en situación de dependencia. Incluso, en aquellos casos en que no sea posible mantener la libertad de elección, debe asegurarse una protección jurídica de la persona en esa situación, c) Una especial preocupación por la prevención y la recuperación, que eviten la aparición de las situaciones de dependencia, prevengan su agravamiento y reduzcan su grado de evolución, d) Dar una prioridad a la atención en el domicilio, en cuanto suele ser la preferida por la persona y constituye un elemento esencial del resto de la dignidad y de la calidad de vida de dicha persona. Ello precisa tanto de la adopción de medidas respecto de la habitabilidad y accesibilidad de las viviendas, como el establecimiento de ayudas y servicios a favor de las personas que tienen necesidad de asistencia y/o ayudas para la realización de actos ordinarios de la vida.

¹⁵ Aprobado por España en referéndum, del día 20 de febrero de 2005.

pendencia o vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión, la legislación y las prácticas nacionales.

Antes de seguir avanzando es preciso aclarar que no existen «personas dependientes», sino «personas en situación de dependencia». La dependencia no es una cualidad de algunas personas, al contrario es una situación que afecta de forma ocasional o crónica en razón de circunstancias de edad, enfermedad o accidente. En este sentido, no existen «personas dependientes» y «personas independientes», sino situaciones en las que una persona puede perder parte de su autonomía para realizar determinadas tareas o actividades. Es decir, en situación más o menos intensa de dependencia¹⁶.

Las anteriores definiciones han dado pie para que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia¹⁷, aporte en el artículo 2.2 el significado de la dependencia. Hay que destacar que el propósito de la Ley no es solo establecer mecanismos de asistencia o atención a las personas en situación de dependencia, ya que, de conformidad con el artículo 1.1, también protege la autonomía personal de estas personas. De modo que la autonomía es «la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria». Por su parte, el apartado segundo del artículo 2 describe la dependencia como «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal»¹⁸.

¹⁶ GARCÍA HERRERO, G.: «Ideas, Argumentos y propuestas sobre los Servicios Sociales, la Autonomía Personal y la Protección a las Personas en Situación de Dependencia», *Trabajo Social Hoy*, 2º semestre, 2005, pág. 22.

¹⁷ BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006.

¹⁸ El Consejo Económico y Social (CES) señala en el Dictamen 3/2006, de 20 de febrero de 2006, sobre el Anteproyecto de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, que «debería evitarse el uso de la

2. EL DESARROLLO DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Antes de desarrollar este epígrafe es conveniente señalar que los agentes sociales se han preocupado en su regulación, dado que no solo nacen derechos para los propios trabajadores con discapacidad, sino para los familiares con discapacidad que tengan los trabajadores. Lo que significa, y se cataloga como loable, que aquellos se hayan concienciado en la situación al regular nuevos derechos en la convención colectiva. Por tanto, este epígrafe se dividirá o se presentará bajo dos ópticas. Por un lado, los derechos de los trabajadores con discapacidad. Por otro, los derechos de los familiares con discapacidad de los trabajadores.

2.1. Los derechos de los trabajadores con discapacidad

2.1.1. *Igualdad de trato*

De manera genérica, hay convenios colectivos que señalan la igualdad de trato a los trabajadores con discapacidad¹⁹. En este sentido, alguno dispone que a fin de facilitar su plena integración en el empleo, aquellos prestarán sus servicios en condiciones que garanticen la

expresión «vivir al día» para referirse a «vivir cada día» o «vivir el día a día», puesto que aquélla remite a un significado más relacionado con la subsistencia económica que con la autonomía personal».

¹⁹ Art. 80 Convenio colectivo de la empresa Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Soc. Coop. Limitada —HEFAME— para el periodo 2013-2014, que fue suscrito, con fecha 29 de octubre de 2013; art. 11 Convenio colectivo de la empresa Federación Farmacéutica, S.C.C.L., que fue suscrito, con fecha 30 de octubre de 2014; art. 30 Convenio colectivo de la empresa Mahou, SA, que fue suscrito, con fecha 11 de julio de 2013; art. 10 Convenio colectivo de la empresa Essilor España, S.A.; art. 65 V Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski (CECOSA Supermercados, SA, Vegonsa Agrupación Alimentaria, SA —VEGALSA—, Vego Supermercados, SA, Mercash-Sar, SL, CENCO, SA y Supermercados PICABO, SLU); art. 65 IV Convenio Colectivo de Supermercados del Grupo Eroski (CECOSA Supermercados, S.A., Vegonsa Agrupación Alimentaria, S.A., VEGALSA, Vego Supermercados, S.A., Mercash-Sar, SL, CENCO, S.A. y Supermercados PICABO, S.L.U.); art. 65 III Convenio Colectivo de Supermercados del Grupo EROSKI («Cecosa Supermercados, S.A.»; «Vegonsa Agrupación Alimentaria, S.A.» [VEGALSA]; «Vego Supermercados, S.A.»; «Mercash-Sar, S.L.», «Cenco, S.A.» y «Supermercados Picabo, S.L.U.»).

aplicación del principio de igualdad de trato, y les asegure progresar profesionalmente²⁰.

En el mismo sentido, con el fin de garantizar la igualdad real, podrán establecerse acciones positivas en el acceso a la formación con el fin de evitar sesgos en los itinerarios profesionales de los discapacitados²¹. La implantación de dichas acciones es muy positiva, dado que son un conjunto de estrategias temporales destinadas a remover situaciones, prejuicios, comportamientos y prácticas culturales y sociales que impiden a un grupo social minusvalorado o discriminado, en este caso las personas discapacitadas, a alcanzar una situación real de igualdad de oportunidades.

La empresa continuará efectuando, en la medida que le sea posible, el mejor acoplamiento del personal de sus distintas secciones con discapacidad física, al informar de manera cuatrimestral de las medidas de acoplamiento adoptadas al Comité Intercentros. Además, de lograr la readaptación profesional del mayor número posible de dicho personal²².

Se destaca algún convenio que en su articulado tiene el compromiso con las personas con discapacidad, al establecer que la forma más habitual de discriminación de aquellas es negarles por completo la posibilidad de trabajar o de desarrollar sus capacidades y su potencial. La empresa, desde esta perspectiva, es consciente que para alcanzar la integración social y laboral su participación en la sociedad a través del trabajo constituye uno de los instrumentos más importantes de integración social de este colectivo.

Desde este convencimiento, incorpora como compromiso social y como un elemento de su gestión políticas destinadas a promover, impulsar y normalizar la plena integración social y laboral de las personas con discapacidad. Para ello, se fundamenta en cuatro ejes o líneas de actuación esenciales²³:

²⁰ Art. 80 Convenio colectivo de la empresa Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Soc. Coop. Limitada —HEFAME— para el periodo 2013-2014, que fue suscrito, con fecha 29 de octubre de 2013.

²¹ Art. 11 Convenio colectivo de la empresa Federación Farmacéutica, S.C.C.L., que fue suscrito, con fecha 30 de octubre de 2014.

²² Art. 30 Convenio colectivo de la empresa Mahou, SA, que fue suscrito, con fecha 11 de julio de 2013.

²³ Art. 65 V Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski (CECOSA Supermercados, SA, Vegonsa Agrupación Alimentaria, SA —VEGALSA—, Vego Supermercados, SA, Mercash-Sar, SL, CENCO, SA y Supermercados PICABO, SLU); art. 65

- a) Generación de empleo directo y mejora de las condiciones de vida y de trabajo a través del incremento en la contratación directa de este colectivo. Para ello, se colabora con el movimiento asociativo de las personas con discapacidad, elaborando e implantando de forma conjunta programas en pro de la integración social e inserción laboral de este colectivo.
- b) Integración laboral indirecta mediante la contratación de bienes o servicios a Centros Especiales de Empleo, entendiendo la empresa que si bien ésta es una medida instrumental óptima para apoyar la creación de puestos de trabajo para personas con discapacidad y para mejorar sus niveles de empleabilidad, no constituye una alternativa formal al compromiso social de inserción laboral directa.
- c) Inclusión de la discapacidad en las estrategias de Responsabilidad Social del Grupo, así como su difusión y sensibilización social hacia la misma. En esta línea se incrementarán las cantidades destinadas actualmente a las colaboraciones y patrocinios que se donan a asociaciones cuyo objeto social sea la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo a favor de trabajadores con discapacidad.
- d) Impulso de acciones en el ámbito de la accesibilidad global, para lo cual se proseguirán desarrollando e implantando medidas para la eliminación de barreras arquitectónicas y urbanísticas de todos los centros de trabajo de la empresa, así como para la adaptación de los puestos de trabajo teniendo en cuenta criterios técnicos y ergonómicos, y de accesibilidad, alcanzando con ello una mejor adecuación al entorno físico de las personas con discapacidad.

IV Convenio Colectivo de Supermercados del Grupo Eroski (CECOSA Supermercados, S.A., Vegonsa Agrupación Alimentaria, S.A., VEGALSA, Vego Supermercados, S.A., Mercash-Sar, SL, CENCO, S.A. y Supermercados PICABO, S.L.U.); art. 65 III Convenio Colectivo de Supermercados del Grupo EROSKI («Cecosa Supermercados, S.A.»; «Vegonsa Agrupación Alimentaria, S.A.» [VEGALSA]; «Vego Supermercados, S.A.»; «Mercash-Sar, S.L.», «Cenco, S.A.» y «Supermercados Picabo, S.L.U.»); art. 10.2 III Convenio colectivo de la empresa Centrales Nucleares AlmarazTrillo, AIE.

Por último, se destaca algún convenio colectivo que declara nulo los pactos por discriminación²⁴, al indicar que se entenderán nulos y sin efecto los pactos individuales y las decisiones unilaterales de las empresas que supongan, en contra de las personas discapacitadas, discriminaciones en el empleo, en materia de retribuciones, jornadas y demás condiciones de trabajo.

2.1.2. Integración

La apuesta por la integración²⁵, al igual que la no discriminación está latente en la regulación convencional. Desde esta óptica, se resalta algún convenio que dispone que no podrán ser discriminados los empleados por razones de disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales; no entendiéndose por discriminación la adecuación de las labores realizadas a las condiciones físicas y psíquicas concretas de cada colaborador. Por lo que se pondrá especial atención en materia de acceso y estabilidad en el empleo a aquel colectivo²⁶.

La integración de las personas con discapacidad es un compromiso de la compañía que no solo permite el crecimiento de las personas que forman parte de este colectivo, sino que, permite crecer a todos como empresa²⁷. Para alcanzar la plena integración social y laboral de las personas con discapacidad, su participación en la sociedad a través del trabajo constituye uno de los instrumentos más importantes de integración social de este colectivo y a su vez garantiza una igualdad efectiva de oportunidades. La empresa establecerá como compromiso social la incorporación efectiva de aquel, siempre que las circunstan-

²⁴ Art. 66 Resolución de 21 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para los años 2014, 2015 y 2016.

²⁵ Art. 41 Convenio Colectivo de la empresa Noroto, S.A., que fue suscrito con fecha 17 de noviembre de 2010; art. 49 VIII Convenio colectivo de la empresa Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SA), que fue suscrito con fecha 17 de abril de 2013; art. 24 V Convenio colectivo de Iberdrola Grupo; art. 10.2 III Convenio colectivo de la empresa Centrales Nucleares AlmarazTrillo, AIE.

²⁶ Disposición adicional segunda Convenio colectivo del Grupo de empresas Cetelem (Banco Cetelem, SA; Cetelem Gestión, AIE; Cetelem Servicios Informáticos, AIE; Fimesit Expansión, SA, y Euro Crédito Establecimiento Financiero de Crédito, SA).

²⁷ Art. 41 Convenio Colectivo de la empresa Noroto, S.A., que fue suscrito con fecha 17 de noviembre de 2010.

cias del puesto de trabajo lo permitan, y el trabajador no incurra en ningún riesgo laboral incompatible con su discapacidad.

La empresa, a su vez, a fin de facilitar su plena integración en el empleo, los trabajadores con discapacidad prestarán sus servicios en condiciones que, por un lado, garanticen la aplicación del principio de igualdad de trato. Por otro, les asegure progresar profesionalmente, accediendo a la formación programada para el resto de trabajadores²⁸. De igual manera, adoptarán las medidas adecuadas para la adaptación, en la medida de lo posible del puesto de trabajo y la accesibilidad al mismo en la empresa, en función de los requisitos y características del puesto y de las necesidades de cada situación concreta.

Algún convenio dispone la contratación temporal a discapacitados²⁹. En este sentido, establece que las empresas integrarán al personal con discapacidad que tenga su origen en alguna enfermedad profesional, accidente de trabajo o desgaste físico, psíquico o sensorial, como consecuencia de su actividad profesional en la empresa, destinándole a trabajos adecuados a sus condiciones. El orden para el beneficio se determinará por la antigüedad en la empresa o, en caso de igualdad, por el mayor número de hijos menores de edad o incapacitados para el trabajo. La retribución a percibir por este personal será la correspondiente a su nuevo puesto de trabajo. Empero, la duración de estos contratos no podrá ser inferior a doce meses ni superior a tres años. Cuando se concierten por un plazo inferior al máximo establecido podrán prorrogarse antes de su terminación por períodos inferiores a doce meses.

Otro convenio, señala la contratación indefinida³⁰, al establecer que la empresa dentro de su política de fomento del empleo estable, concertará al menos mil quinientos nuevos contratos indefinidos durante los cuatro años de vigencia del convenio colectivo³¹. En el que se

²⁸ Art. 24 V Convenio colectivo de Iberdrola Grupo.

²⁹ Art. 13.5 Resolución de 26 de marzo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XVII Convenio colectivo general de la industria química.

³⁰ Disposición adicional tercera XV Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal, que fue suscrito con fecha 24 de julio de 2013; art. 26 Convenio colectivo de Alstom Transporte, SA, Unidad TLS -Train Life Services; art. 43 III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A.»; art. 11 Convenio colectivo de la empresa Philips Ibérica, SAU; Disposiciones Adicionales 3 Convenio colectivo de la empresa «Fenice Instalaciones Ibérica, S.L.».

³¹ Disposiciones Adicionales 3 Disposición adicional tercera XV Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal, que fue suscrito con fecha 24 de julio de 2013.

dará la máxima prioridad a estos efectos a la contratación de personas con discapacidad, a fin de facilitar su incorporación al mercado laboral, en las condiciones legalmente establecidas en cada momento. En este sentido, al menos el 90% de los nuevos contratos indefinidos que se formalicen durante la vigencia del convenio lo serán con personas que tengan una discapacidad acreditada por la autoridad competente.

Otros convenios, sin embargo, utilizan otros tipos de verbos, en relación a la contratación, que no los comprometen al 100%, tales como «tratará»³², «tendrá»³³ o «podrá»³⁴ contratar, cuando las circunstancias lo permitan, a personal con discapacidad, en situación de desempleo o primer empleo, siempre que su perfil profesional se adecue a los requerimientos del puesto³⁵.

2.1.3. Terminología difusa

Del estudio de los convenios colectivos analizados se constata la existencia de un sinnfín de terminología para hacer referencia a las personas con discapacidad. En este sentido, se les ha denominado «capacidad disminuida»³⁶,

³² Art. 26 Convenio colectivo de Alstom Transporte, SA, Unidad TLS -Train Life Services.

³³ Disposiciones Adicionales 3 Convenio colectivo de la empresa «Fenice Instalaciones Ibérica, S.L.».

³⁴ Art. 43 III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A.».

³⁵ Art. 26 Convenio colectivo de Alstom Transporte, SA, Unidad TLS -Train Life Services.

³⁶ Art. 71 Convenio Colectivo de la empresa Aldeasa, S.A.; art. 25 Resolución de 31 de julio de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo general del sector de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas; art. 38 Resolución de 2 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo general de la industria salinera; art. 24 Resolución de 10 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo nacional de prensa no diaria; art. 20 Resolución de 23 de abril de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida; art. 6.16 Resolución de 19 de diciembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón; art. 6.16 Resolución de 1 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón; art. 54 Resolución de 18 de marzo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de mataderos de aves y conejos; art. 10 Resolución de 18 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos

«limitación física»³⁷, «personal con discapacidad disminuida»³⁸, «discapacitados»³⁹, «disminución de la capacidad»⁴⁰, «minusva-

y cambrillones de madera y corcho; art. 39 Resolución de 26 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de granjas avícolas y otros animales; art. 21 Resolución de 13 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica del Convenio colectivo del sector de curtidos, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías; art. 68 Resolución de 11 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales; art. 69 Convenio colectivo de la empresa La Verdad Multimedia, S.A.; art. 119 Convenio colectivo de la empresa Finanzauto, S.A.; art. 47 XVII Convenio Colectivo de la empresa Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA), que fue suscrito, con fecha 6 de octubre de 2010; art. 27 Convenio Colectivo de la empresa Transportes Ferroviarios Especiales, SA (Transfesa), que fue suscrito con fecha 2 de diciembre de 2011; art. 41 VIII Convenio colectivo de la empresa «Telefónica On The Spot Services, SAU», que fue suscrito con fecha 19 de diciembre de 2013; art. 13 Convenio colectivo de ámbito estatal de Al Air Liquide España, SA, Air Liquide Medicinal, SLU y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU; art. 24 IX Convenio colectivo de la empresa Siemens, S.A. 2014; art. 38 Convenio colectivo de Citius Outsourcing Enterprise, SL; art. 19 V Convenio colectivo de Iberdrola Grupo; art. 32 IV Convenio colectivo de Tradia Telecom, SAU; art. 10 III Convenio colectivo de la empresa Centrales Nucleares AlmarazTrillo, AIE; art. 18 III Convenio colectivo de asistencia en tierra (handling) para el personal que presta servicios en la empresa Flightcare, S.L.; art. 8 Convenio colectivo de la empresa Nuclenor, SA; art. 68 III Convenio colectivo de la empresa Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U., para su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico); art. 24 Convenio Colectivo de las empresas Motorpress Ibérica, S.A.U. y Motorpress Rodale, S.L.; art. 69 Convenio colectivo de la empresa «Vega Mayor, S.L.».

³⁷ Art. 6.16 Resolución de 19 de diciembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón; art. 6.16 Resolución de 1 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón.

³⁸ Art. 8.3 Resolución de 4 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para la industria fotográfica; art. 71 VI Convenio colectivo de Carlson Wagonlit España, SLU.

³⁹ Art. 66 Resolución de 21 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para los años 2014, 2015 y 2016, art. 41 Convenio colectivo de ámbito estatal de Al Air Liquide España, SA, Air Liquide Medicinal, SLU y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU; art. 46 Convenio colectivo de European Air Transport Leipzig GmbH, sucursal en España; art. 81 VI Convenio colectivo de Bimbo Martínez Comercial, SL; art. 43 III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A.»; Disposiciones adicionales Convenio colectivo de la empresa «Fenice Instalaciones Ibérica, S.L.».

⁴⁰ Art. 49 Convenio colectivo de la empresa Ford España, S. L.; art. 27 Convenio colectivo del personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, para el periodo 2013-2018; art. 8 Convenio colectivo de Cadbury España, SL.

lía»⁴¹, «disminución de aptitud capacidad laboral»⁴², «trabajadores con discapacidad»⁴³, «empleados con discapacidad»⁴⁴, «personal con discapacidad física»⁴⁵, «disminuidos psíquicos»⁴⁶, «personal con discapacidad»⁴⁷, «dependencia»⁴⁸, «disminuidos»⁴⁹, «trabajadores disminuidos»⁵⁰, «minusválidos-discapacitados»⁵¹, «discapacidad»⁵² y «minusválido»⁵³.

⁴¹ Art. 9 XI Convenio colectivo de Schweppes; art. 8 X Convenio colectivo de Schweppes; art. 99 Convenio colectivo de CLH Aviación, SA; art. 34 Convenio colectivo de la empresa Verdifresh, SLU.

⁴² Art. 11 Convenio colectivo de la empresa Gallina Blanca, S.A.

⁴³ Art. 80 Convenio colectivo de la empresa Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, Soc. Coop. Limitada —HEFAME—; art. 53 Convenio colectivo de Servimax Servicios Generales, SA; art. 19 V Convenio colectivo de Iberdrola Grupo.

⁴⁴ Art. 129 XVIII Convenio colectivo de la empresa SEAT, S.A.

⁴⁵ Art. 30 Convenio colectivo de la empresa Mahou, SA; art. 34 Convenio colectivo de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial.

⁴⁶ Art. 40 Convenio colectivo de Masa Servicios, SA.

⁴⁷ Art. 13 Convenio colectivo de la Kiabi España Ksce, SA; art. 18 Convenio colectivo de Puntocash, SA.

⁴⁸ Art. 19 Convenio colectivo del Grupo Asegurador Reale; art. 8 Resolución de 12 de abril de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada; art. 16 Resolución de 20 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de perfumería y afines; art. 23 Resolución de 9 de mayo de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IX Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado; art. 41 Convenio Colectivo de la empresa Noroto, S.A., que fue suscrito con fecha 17 de noviembre de 2010.

⁴⁹ Art. 21 Convenio Colectivo de las empresas Cargill, S.L.U. y Cargill Oil Packers, S.L.; Sección 2ª V Convenio colectivo de la empresa Nextiraone España, S.L.U.

⁵⁰ Art. 56 Resolución de 25 de abril de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados; art. 51 I Convenio colectivo de la empresa «ESC Servicios Generales, S.L.».

⁵¹ Art. 13.5 Resolución de 26 de marzo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XVII Convenio colectivo general de la industria química.

⁵² Art. 39.2 Resolución de 14 de junio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IX Convenio colectivo estatal de entrega domiciliaria; art. 19 Convenio colectivo de Alstom Transporte, SA, Unidad TLS -Train Life Services.

⁵³ Art. 21 Resolución de 13 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica del Convenio colectivo del sector de curtidos, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías; art. 61 Resolución de 28 de enero de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad; art. 53 Resolución de 25 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la industria del calzado; art. 53 Resolución de 25 de septiembre de 2014, de la Dirección

La terminología más utilizada es «capacidad disminuida». Sorprende que existan agentes sociales que sigan utilizando el término «minusválido», dado que, como ya se apuntado en la primera parte de este estudio, a consecuencia de la promulgación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, su disposición adicional octava señala que todas las referencias que en el ordenamiento jurídico español se efectúe en los términos «minusválidos» y «personas con minusvalía», se entenderán, con la nueva terminología, «personas con discapacidad». En este mismo sentido, hay algún otro convenio colectivo que titula en sus disposiciones a este colectivo como «capacidad disminuida», pero el contenido del precepto hace referencia a «personas minusválidas»⁵⁴.

Empero, algún convenio los define como «disminuidos de aptitud», al ser considerados aquellos trabajadores que tengan una reducción o limitación funcional, física o psíquica grave, que les impida desarrollar de forma correcta y completa los cometidos de los puestos de trabajo usuales de la empresa⁵⁵.

En definitiva, se debe «evitar el lenguaje discriminatorio y estigmatizante que pone el énfasis sobre la discapacidad por delante de la condición de persona»⁵⁶. Lo recomendable es utilizar «personas con discapacidad», que el artículo 4 del RDL 1/2013 lo define como como aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o

General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la industria del calzado; art. 26 X Convenio Colectivo de la Compañía Española de Tabaco en Rama, S.A. —CETARSA—, que fue suscrito con fecha 25 de noviembre de 2011; art. 49 VIII Convenio colectivo de la empresa Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU, que fue suscrito con fecha 17 de abril de 2013; art. 40 Convenio colectivo de Masa Servicios, SA IX Convenio colectivo de la empresa; art. 48 Convenio colectivo de Danone, SA; art. 32 IV Convenio colectivo de Eads-Casa, Airbus Operations, SL y Eads Casa Espacio; art. 41 VI Convenio colectivo de Carlson Wagonlit España, SLU; art. 29.3 Convenio colectivo de la empresa Fertiberia 2012; art. 29.3 Convenio colectivo de la empresa Fertiberia 2013; art. 26 VIII Convenio colectivo de Renault España Comercial, SA; art. 55 VI Convenio colectivo de Volkswagen Finance, SA.

⁵⁴ Art. 21 Resolución de 13 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica del Convenio colectivo del sector de curtidos, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías.

⁵⁵ Anexo II Convenio colectivo interprovincial de la empresa Renault España, S.A.

⁵⁶ FERNÁNDEZ IGLESIAS, J.: *Guía de estilo sobre discapacidad para profesionales de los medios de comunicación*, Real Patronato sobre Discapacidad, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, pág. 46.

sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. Asimismo, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

2.1.4. Destino a trabajos adecuados

Una gran parte de los convenios analizados apuestan por la movilidad de los trabajadores con discapacidad, al señalar en su contenido que con el fin de mantenerles en el trabajo y evitar la baja en la empresa, al trabajador que, por sus deficiencias físicas o psíquicas, no se halle en situación de dar rendimiento normal en su puesto de trabajo, la empresa procurará destinarlo a trabajos adecuados a sus condiciones, encuadrándolo al efecto en el puesto conveniente si existe disponible⁵⁷.

⁵⁷ Art. 71 Convenio Colectivo de la empresa Aldeasa, S.A.; art. 25 Resolución de 31 de julio de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo general del sector de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas; art. 38 Resolución de 2 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo general de la industria salinera; art. 24 Resolución de 10 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo nacional de prensa no diaria; art. 20 Resolución de 23 de abril de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida; art. 13.5 Resolución de 26 de marzo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XVII Convenio colectivo general de la industria química; art. 16 Resolución de 20 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de perfumería y afines; art. 6.16 Resolución de 19 de diciembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón; art. 6.16 Resolución de 1 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón; art. 54 Resolución de 18 de marzo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de mataderos de aves y conejos; art. 56 Resolución de 25 de abril de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados; art. 10 Resolución de 18 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se

De manera indirecta, es decir, que no se señala de manera taxativa, hay algún otro convenio que dispone el destino a través de la figura de la movilidad funcional⁵⁸, que podrá darse por las siguientes circunstancias: a) Por necesidades de las diversas actividades de la empresa, b) Por acuerdo trabajador-empresa, c) Por solicitud del trabajador, d) Por indicación de los servicios médicos.

Si se produce por necesidades de las actividades de la empresa, el trabajador, y para el caso de que el puesto al que vaya destinado tenga reconocido un salario bruto superior, percibirá el salario correspon-

registra y publica el Convenio colectivo estatal para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho; art. 39 Resolución de 26 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de granjas avícolas y otros animales; art. 8.3 Resolución de 4 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para la industria fotográfica; art. 21 Resolución de 13 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica del Convenio colectivo del sector de curtidos, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías; art. 68 Resolución de 11 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales; art. 119 Convenio colectivo de la empresa Finanzauto, S.A.; art. 11 Convenio colectivo de la empresa Gallina Blanca, S.A. —oficinas centrales y delegaciones comerciales—, que fue suscrito con fecha 9 de julio de 2012; art. 27 Convenio colectivo del personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, para el periodo 2013-2018, que fue suscrito, con fecha 1 de octubre de 2013; art. 129 XVIII Convenio colectivo de la empresa SEAT, S.A., que fue suscrito, con fecha 4 de junio de 2012; art. 47 XVII Convenio Colectivo de la empresa Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA), que fue suscrito, con fecha 6 de octubre de 2010; art. 27 Convenio Colectivo de la empresa Transportes Ferroviarios Especiales, SA (Transfesa), que fue suscrito con fecha 2 de diciembre de 2011; art. 41 VIII Convenio colectivo de la empresa «Telefónica On The Spot Services, SAU», que fue suscrito con fecha 19 de diciembre de 2013; art. 19 Convenio colectivo de Alstom Transporte, SA, Unidad TLS -Train Life Services; art. 13 Convenio colectivo de ámbito estatal de Al Air Liquide España, SA, Air Liquide Medicinal, SLU y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU; art. 8 Convenio colectivo de Cadbury España, SL; art. 24 IX Convenio colectivo de la empresa Siemens, S.A. 2014; art. 38 Convenio colectivo de Citius Outsourcing Enterprise, SL; art. 13 Convenio colectivo de la Kiabi España Ksce, SA; art. 19 V Convenio colectivo de Iberdrola Grupo; art. 19 Convenio colectivo del Grupo Asegurador Reale; art. 46 Convenio colectivo de European Air Transport Leipzig GmbH, sucursal en España; art. 32 IV Convenio colectivo de Tradia Telecom, SAU; art. 43 III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A.»; art. 10 III Convenio colectivo de la empresa Centrales Nucleares AlmarazTrillo, AIE; art. 18 III Convenio colectivo de asistencia en tierra (handling) para el personal que presta servicios en la empresa Flightcare, S.L.; art. 24 Convenio Colectivo de las empresas Motorpress Ibérica, S.A.U. y Motorpress Rodale, S.L.; art. 23 IV Convenio colectivo de la empresa Exide Technologies España, SLU; art. 8 Convenio colectivo de la empresa Nuclenor, SA.

⁵⁸ Art. 23 Convenio colectivo de la empresa Minas de Almadén y Arrayanes, Sociedad Anónima —MAYASA—, que fue suscrito con fecha 3 de julio de 2013.

diente a su nuevo puesto y los complementos que a este correspondan, dejando de percibir todos los complementos, a excepción de los personales, de su puesto de procedencia. Para el caso en que el puesto de trabajo tenga reconocidas unas retribuciones inferiores a las del puesto de procedencia, se le mantendrán las mismas retribuciones que en el puesto de origen; de tal manera que el salario y complementos de su nuevo puesto serán completados hasta alcanzar las retribuciones de su puesto de procedencia.

En el supuesto de cambio de puesto de trabajo por acuerdo trabajador-empresa, se estará a lo que establezcan las partes. En el caso de cambio de puesto de trabajo a petición del trabajador, y una vez aprobado por la dirección de la empresa, se le aplicarán todas las condiciones retributivas y profesionales propias de la nueva categoría. Cuando el cambio de puesto de trabajo implique cambio de grupo profesional no compatible habrá de estarse a lo dispuesto en la legislación vigente.

2.1.5. Prevención de riesgos laborales

El artículo 25 de Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales⁵⁹, que se contiene en el Capítulo III titulado «Derechos y obligaciones», señala que la empresa garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias. En este sentido, dichos trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.

⁵⁹ BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995.

Bajo este contexto, hay convenios que lo regulan expresamente en su articulado⁶⁰, al señalar que la empresa garantizará de manera específica la protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, según las especificaciones contenidas en el aludido precepto de la norma preventiva. No obstante, la empresa podrá⁶¹, por una parte, facilitar la readaptación laboral de los trabajadores que por disminución de su capacidad psicofísica, que no alcance los grados de invalidez definidos en la normativa vigente, o no puedan desempeñar adecuadamente los contenidos de su puesto de trabajo. Dicha readaptación podrá llevarse a cabo a petición del trabajador o a propuesta de su área, previo reconocimiento médico.

Por otra, cuando no resultase viable la adaptación de las condiciones del puesto de trabajo desempeñado, podrá adscribir al trabajador a un puesto de trabajo adecuado a sus circunstancias, preferentemente de su mismo grupo profesional. Si no existiese puesto de trabajo adecuado a su capacidad y circunstancias, podrá ser destinado a un puesto no correspondiente a su grupo profesional. La empresa facilitará al trabajador la formación profesional necesaria para su adaptación al nuevo puesto de trabajo. La adscripción tendrá en todo caso carácter temporal, debiendo revisarse la capacidad del trabajador con una periodicidad mínima anual.

Sorprende que algún convenio ofrezca ayudas por no haber destinado⁶². Ello se materializa cuando a juicio de la Comisión de Trabajos Protegidos existan dificultades manifiestas de adjudicación de puestos de trabajo de acuerdo a su perfil, el trabajador, previa orientación de la mencionada comisión, podrá acogerse a la indemnización de 28.848,58 €, si tiene 55 o más años de edad. Si no tiene cumplidos los 55 años a esa indemnización se añadirían 120,20 € por cada mes natural completo que le falte para cumplir 55 años de edad, con un tope de 60 meses.

⁶⁰ Art. 41 Convenio Colectivo de la empresa Noroto, S.A., que fue suscrito con fecha 17 de noviembre de 2010; art. 17 Convenio colectivo de Consum Sociedad Cooperativa Valenciana; art. 71 VI Convenio colectivo de Carlson Wagonlit España, SLU; art. 18 Convenio colectivo de Puntocash, SA; art. 68 III Convenio colectivo de la empresa Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U., para su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico).

⁶¹ Art. 71 VI Convenio colectivo de Carlson Wagonlit España, SLU.

⁶² Art. 129 XVIII Convenio colectivo de la empresa SEAT, S.A., que fue suscrito, con fecha 4 de junio de 2012.

2.1.6. Condiciones para la reincorporación en la empresa

En cuanto a las condiciones para la reincorporación en la empresa, hay algún convenio que dispone que los trabajadores que hayan sido declarados en situación de incapacidad permanente parcial, tienen derecho a su reincorporación en la empresa, en las condiciones siguientes⁶³:

a) Si la incapacidad permanente parcial no afecta el rendimiento normal del trabajador en el puesto de trabajo que ocupaba antes de incapacitarse deberá el empresario reincorporarlo al mismo puesto o, en caso de imposibilidad, mantenerle el nivel retributivo correspondiente al mismo. En el supuesto de que el empresario acredite la disminución en el rendimiento, deberá ocupar al trabajador en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual y, si no existiera, podrá reducir proporcionalmente el salario, sin que en ningún caso la disminución pueda ser superior al 25% ni que los ingresos sean inferiores al salario del convenio cuando se realice la jornada completa.

b) Los trabajadores que hubiesen sido declarados en situación de incapacidad permanente parcial y después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional recobrarán su total capacidad para su profesión habitual, tendrán derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo originario, si el que viniesen ocupando fuese de categoría inferior, siempre que no hubiesen transcurrido más de tres años en dicha situación. La reincorporación se llevará a efecto previa la comunicación a la empresa y a los representantes legales de los trabajadores, en el plazo de tres meses contados a partir de la declaración de aptitud por el organismo correspondiente.

Los trabajadores que hubieran cesado en la empresa por haberseles reconocido una incapacidad permanente total o absoluta y después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional hubieran recobrado su plena capacidad laboral, tendrán preferencia para su ingreso en la última empresa en que trabajaron en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional. Asimismo, los trabajadores que hubieran cesado en la empresa por haberseles reconocido una invalidez permanente y después de haber recibido

⁶³ Art. 20 Resolución de 23 de abril de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida.

las prestaciones de recuperación profesional continuarán a efectos de una incapacidad permanente parcial, tendrán preferencia para su ingreso en la última empresa en la que trabajaron. En cualquier caso se estará a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

2.1.7. Reserva de plazas

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, como ya se ha apuntado ha derogado, entre otras normas, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, conocida como la LISMI. Por tanto, la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad se llevará a cabo por el RDL 1/2013, que dispone que las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2% sean trabajadores con discapacidad.

Dicho cómputo se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Asimismo, se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal. De manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁶⁴, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos

⁶⁴ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente.

Bajo este contexto, un gran número de convenios estipulan la reserva de plazas⁶⁵, con un 2%, como bien señala aquella norma. Em-

⁶⁵ Art. 35 Resolución de 22 de febrero de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural; art. 33 Resolución de 13 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores; art. 25 Resolución de 31 de julio de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo general del sector de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas; art. 8 Resolución de 12 de abril de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada; art. 16 Resolución de 20 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de perfumería y afines; art. 54 Resolución de 18 de marzo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de mataderos de aves y conejos; art. 50 Resolución de 16 de abril de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia; art. 50 Resolución de 20 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia; art. 66 Resolución de 21 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para los años 2014, 2015 y 2016; art. 23 Resolución de 9 de mayo de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IX Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado; art. 21 Resolución de 13 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica del Convenio colectivo del sector de curtidos, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías; art. 45 Resolución de 20 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos; art. 68 Resolución de 11 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales; art. 24 Resolución de 20 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad; art. 34 Resolución de 25 de febrero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la industria del calzado; art. 53 Resolución de 25 de septiembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la industria del calzado; art. 27 Convenio colectivo del personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, para el periodo 2013-2018, que fue suscrito, con fecha 1 de octubre de 2013; art. 41 Convenio Colectivo de la empresa Noroto, S.A., que fue suscrito con fecha

pero, sorprende gratamente que haya un convenio que mejora lo que señala la legislación al disponer que del total de plazas ofrecidas se reservará como mínimo un cupo de un 7% para ser cubiertas por quienes tengan reconocida legalmente una discapacidad de grado igual o superior al 33%, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas⁶⁶.

La reserva del mínimo de aquel porcentaje se realizará de manera que, al menos, el 2% de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad. Aquellos aspirantes que por su discapacidad precisen adaptaciones de tiempo y/o medios para la realización de las pruebas, deberán solicitarlo expresamente en los términos previstos en las referidas bases de convocatoria.

2.1.8. Reducción de jornada

De manera taxativa, hay algún convenio que dispone expresamente la reducción de jornada hijos con discapacidad⁶⁷, al establecer que los trabajadores con hijos con discapacidad física y/o psíquica y/o sensorial, reconocida, igual o superior a un 33%, tienen derecho, con el preaviso oportuno, a reducción de jornada y permisos de ausencia del puesto de trabajo para poder asistir a reuniones o visitas en los centros educativos especiales o sanitarios donde reciban apoyo.

17 de noviembre de 2010; art. 30 Convenio colectivo de la empresa Mahou, SA que fue suscrito con fecha 11 de julio de 2013; art. 9 XI Convenio colectivo de Schweppes; art. 8 X Convenio colectivo de Schweppes; art. 34 Convenio colectivo de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial; art. 53 Convenio colectivo de Servimax Servicios Generales, SA; art. 17 Convenio colectivo de Consum Sociedad Cooperativa Valenciana; art. 18 Convenio colectivo de Puntocash, SA; art. 9 V Convenio colectivo de la empresa Compañía La Casera, S.A.; art. 11 Convenio colectivo de la empresa Philips Ibérica, SAU; art. 23 IV Convenio colectivo de la empresa Exide Technologies España, SLU; art. 51 I Convenio colectivo de la empresa «ESC Servicios Generales, S.L.»; art. 69 Convenio colectivo de la empresa «Vega Mayor, S.L.».

⁶⁶ Art. 36 Convenio colectivo del personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, para el periodo 2013-2018, que fue suscrito, con fecha 1 de octubre de 2013.

⁶⁷ Resolución de 22 de febrero de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural.

La reducción de jornada de trabajo será con la disminución proporcional del salario. Los trabajadores con hijos con discapacidad física y/o psíquica y/o sensorial, igual o superior a un 33%, tendrán preferencia en los cambios de turno para conciliar sus horarios a las necesidades de atención de sus hijos. Asimismo, tienen derecho a flexibilidad horaria para poder conciliar los horarios de los centros de educación especial o de los otros centros donde el hijo o hija con discapacidad recibe atención.

2.1.9. Adaptación de pruebas de selección y promoción

Hay convenios colectivos que destacan la adaptación de las pruebas de selección a las personas con discapacidad⁶⁸. En este sentido, señalan que se vigilará la adaptación de las pruebas de selección con el fin de evitar que estas se conviertan en la primera barrera a la integración. Por tanto, se adaptarán los procesos de selección e incorporación, para garantizar las oportunidades de acceso a todas las personas con discapacidad.

En cuanto a la promoción⁶⁹, algún convenio dispone que el personal de los grupos 2 y 3, estará integrado preferentemente por aquellos trabajadores de la empresa que por motivos de edad, enfermedad, accidente, entre otros, tengan su capacidad física disminuida, con la única excepción de aquellos puestos de trabajo que para el desempeño de su función precisen, dentro de estos grupos, estar en posesión de alguna especialización o de las facultades físicas necesarias para cubrir el nuevo puesto de trabajo. No obstante, los ascensos y provisión de vacantes en estos grupos serán por concurso-oposición entre todos los trabajadores de la empresa con capacidad disminuida.

⁶⁸ Art. 39.2 Resolución de 14 de junio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IX Convenio colectivo estatal de entrega domiciliaria; art. 96 Resolución de 20 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

⁶⁹ Art. 6.16 Resolución de 19 de diciembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón; art. 6.16 Resolución de 1 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón.

La formación es de importancia para algún convenio colectivo⁷⁰, al disponer que la empresa fomentará el desarrollo y la promoción profesional de su personal a través de la formación que debe ser considerada como una necesidad y una obligación profesional, de esta forma se dota al empleado de unos conocimientos y una especialización útil en toda su vida profesional y a la compañía calidad y eficiencia en la gestión. A tal efecto, la empresa elaborará planes de formación anuales que estarán vinculados a la planificación integral de sus recursos humanos y a su desarrollo y promoción profesional. Especialmente, se fomentarán las medidas en materia de formación que tiendan a favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral, así como la participación de los empleados con cualquier tipo de discapacidad.

2.1.10. Excedencias

Podrá solicitarse una excedencia de hasta un máximo de 3 años, con reserva del puesto de trabajo durante la duración de la misma, para atender situaciones de dependencia o discapacidad de cónyuge, pareja de hecho, persona a cargo del empleado en situación de guarda legal o familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad justificadas por edad avanzada, accidente o enfermedad que le impida valerse por sí mismo, y siempre que el familiar que no desempeñe una actividad remunerada⁷¹.

Lo relevante de este derecho es que esta excedencia podrá solicitarse de forma fraccionada, con el límite temporal total indicado anteriormente. En el caso de que dos o más empleados solicitasen dicha excedencia para el mismo sujeto causante, la compañía podrá limitar su disfrute por solo uno de ellos. Cuando se produzca una nueva situación que dé lugar a la solicitud de una excedencia en los términos indicados anteriormente, se interrumpirá el período de 3 años máximo anterior, computándose a partir de ese momento, y de nuevo, el límite máximo de tres años. No obstante, la excedencia que disfruten los empleados por esta causa y por el tiempo de su disfrute computará como antigüedad a todos los efectos laborales.

⁷⁰ Art. 96 III Convenio colectivo de la Sociedad Estatal «Correos y Telégrafos, S.A.».

⁷¹ Art. 19 Convenio colectivo del Grupo Asegurador Reale.

2.1.11. Permiso especial

Algún convenio señala un permiso especial⁷², al establecer que los empleados en activo, que no se encuentren en situación de suspensión de contrato por motivo de incapacidad, y que les sea reconocida una discapacidad igual o superior al 33%, dispondrán de un día adicional de permiso particular o, alternativamente 8 horas, durante el año natural en el que se haya obtenido el certificado de discapacidad y con motivo de los trámites realizados. Asimismo, se les abonará en la mensualidad siguiente a la que acrediten dicha situación, y por una única vez, la cantidad de 1.000 €.

2.1.12. Ayuda sanitaria

La ayuda sanitaria se ha tenido en cuenta para algún convenio⁷³, al señalar que la empresa continuará contratando los servicios de una Sociedad Médica para todos los trabajadores como complemento de la asistencia prestada por la Seguridad Social, a cuyos efectos contratará una póliza de reintegro de gastos. En caso de fallecimiento de un trabajador, se mantendrá durante un año la misma cobertura a los familiares beneficiarios de esta ayuda en el momento del fallecimiento.

2.1.13. Reconocimiento excepcional de discapacidad

Hay que resaltar el reconocimiento excepcional de discapacidad que realizan algunos convenios colectivos, al mejorar lo que señala la norma⁷⁴. En este sentido, señala que por causas fisiológicas o psíquicas un trabajador podrá ser declarado en situación de disminución de aptitud por la propia empresa⁷⁵. El Servicio Médico de Empresa, con el asesoramiento de los Representantes de los Trabajadores, del

⁷² Art. 26 Convenio colectivo de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA.

⁷³ Art. 50 III Convenio colectivo de la empresa Centrales Nucleares AlmarazTrillo, AIE.

⁷⁴ Art. 129 XVIII Convenio colectivo de la empresa SEAT, S.A que fue suscrito, con fecha 4 de junio de 2012; art. 19 V Convenio colectivo de Iberdrola Grupo; art. 69 Convenio colectivo de la empresa La Verdad Multimedia, S.A.; Anexo II Convenio colectivo interprovincial de la empresa Renault España, S.A.; art. 101 Convenio colectivo de la empresa Ford España, S. L., que fue suscrito con fecha 4 de abril de 2014.

⁷⁵ Anexo II Convenio colectivo interprovincial de la empresa Renault España, S.A.

Comité de Seguridad y Salud y de la propia Empresa (Departamento de Condiciones de Trabajo y otros), será el único órgano encargado de definir esta situación, fijando el grado de inaptitud del trabajador, puesto que puede desempeñar y asesorar sobre el tratamiento que debe seguir para lograr su rehabilitación.

Dicho servicio solo estudiará aquellas peticiones de declaración de situación de disminución de aptitud tramitadas a través:

- a) De los jefes componentes de la línea jerárquica del Departamento.
- b) De los miembros de la Comisión de Disminución de Aptitud representantes de los trabajadores.
- c) Por el propio Servicio Médico, bien de oficio, bien a instancia del interesado.
- d) Por el Comité de Seguridad y Salud.

Definida la situación de disminución de aptitud, al trabajador afectado se le aplicará el siguiente régimen:

- a) Le será encomendado el desempeño de un puesto de trabajo compatible con sus facultades dentro de las posibilidades de la empresa y siguiendo las recomendaciones formuladas por el Servicio Médico. A estos efectos, y en igualdad de condiciones, se dará preferencia a la antigüedad en la empresa.
- b) Le será atribuida la categoría y nivel real correspondiente al puesto que vaya a desempeñar.
- c) Su retribución será la correspondiente a la categoría y nivel del nuevo puesto de trabajo incrementado con un plus de garantía (PDA), que será la diferencia entre las percepciones correspondientes a la categoría y nivel consolidados anteriores a la disminución y las percepciones de la situación profesional correspondiente al nuevo puesto de trabajo, que ocupe en cada momento.

El importe de este plus de garantía, se calculará y fijará en el momento de ocupar el nuevo puesto, siendo absorbible el citado plus por los incrementos retributivos que puedan corresponder por cambio de categoría o de nivel, y con excepción de los debidos a variaciones en

el valor de la prima. No se considerará incluida en la garantía señalada anteriormente la situación del trabajador que haya sido declarado disminuido de aptitud, cuando esta disminución se deba a causas ajenas al trabajo que haya desempeñado en la empresa, salvo aquellos casos especiales que estudiará y decidirá la misma, oídos los representantes de los trabajadores.

Otro convenio señala que la situación de capacidad disminuida puede ser declarada a petición del interesado o a iniciativa de la superioridad de la empresa⁷⁶. Por tanto crea dos vías:

a) Declaración a petición del interesado

Para que sea declarado en situación de capacidad disminuida a petición del interesado será necesario: a) Que el médico de cabecera o especialista, en su caso, de la Seguridad Social declare, mediante informe, que al trabajador le es necesario, para evitar un grave riesgo en su salud, dejar el puesto de trabajo que desempeñe, la naturaleza de las funciones que puede realizar y si es previsible su recuperación, b) Que el referido dictamen sea ratificado por el médico de la empresa y que, a juicio de este, la disminución de capacidad no haya nacido de causa contraída con anterioridad al ingreso del interesado en la empresa. En el supuesto de que hubiese discrepancia entre ambos informes médicos o el interesado manifestase su disconformidad con el criterio del médico de la empresa, se solicitará dictamen, que tendrá carácter decisorio, del Servicio de Medicina, Higiene y Seguridad en el Trabajo; c) Que, con carácter previo a su solicitud de capacidad disminuida, el trabajador haya instado ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social (u organismo que le sustituya), el correspondiente procedimiento para el reconocimiento de su situación de Incapacidad Permanente, en cualquiera de sus grados, y ésta le haya sido denegada.

b) Declaración a iniciativa de la superioridad de la empresa: Cuando la declaración de capacidad disminuida se inicie a instancias de la superioridad de la empresa, bastará con el informe favorable del médico de la empresa. No obstante,

⁷⁶ Art. 19 V Convenio colectivo de Iberdrola Grupo; art. 69 Convenio colectivo de la empresa La Verdad Multimedia, S.A.

si el interesado no estuviera de acuerdo con la decisión adoptada podrá solicitar dictamen del Servicio de Medicina, Higiene y Seguridad en el Trabajo, que tendrá carácter decisorio. En el caso de declaración en situación de capacidad disminuida a instancias de la superioridad de la empresa, la aceptación será también obligatoria, y la nueva situación se registrará por las presentes normas a efectos de acoplamiento, retribución, incompatibilidad, recuperación y jubilación.

Otro convenio, sin embargo, dispone que en el caso de que un trabajador, como consecuencia de informe médico-profesional elaborado por los Servicios Médicos de Empresa, fuera considerado por la Dirección de Recursos Humanos con capacidad disminuida para el desempeño de las funciones de su ocupación/puesto de trabajo, y no iniciase expediente de incapacidad o, iniciado éste, no se obtuviera de los organismos oficiales competentes la declaración de invalidez permanente en sus grados de Incapacidad Total o Absoluta, será destinado a la vacante más idónea a sus aptitudes y conocimientos profesionales, a poder ser dentro de su entorno social⁷⁷.

Para facilitar dicha acomodación, el personal afectado podrá solicitar las vacantes existentes que estén en consonancia con las indicaciones contenidas en su informe médico-profesional, adoptándose las disposiciones oportunas a fin de mejorar la condición del personal en esta situación, mediante los sistemas de rehabilitación, recuperación y formación que se estimen procedentes.

Si un trabajador fuera recolocado por estos motivos en una ocupación encuadrada en escalón inferior, conservará su escalón de procedencia a título personal. El mismo criterio de recolocación se aplicará en el caso de que a un empleado que habiendo causado baja por haber sido declarado en situación de invalidez permanente total o absoluta, le fuera revisada de oficio su situación por las entidades gestoras de la Seguridad Social, anulándose aquella declaración y considerándole apto para el trabajo, siempre que el empleado solicite el reingreso en el plazo máximo de un mes desde que le hubieran comunicado la citada resolución.

⁷⁷ Art. 19 V Convenio colectivo de Iberdrola Grupo.

De igual manera, otro convenio colectivo señala que un trabajador podrá ser declarado en situación de disminución de capacidad por causas patológicas⁷⁸. En este caso el Servicio Médico de Empresa será el único órgano dentro de la empresa responsable de definir esta situación, fijando el grado de disminución de capacidad del trabajador, puesto que puede desempeñar y asesorar sobre el tratamiento que debe seguir para lograr su rehabilitación. El Comité de Seguridad y Salud, entenderá de los procedimientos sobre la recolocación de los trabajadores disminuidos.

El Servicio Médico de Empresa solo estudiará las peticiones de situación de disminución de capacidad tramitadas:

- a) A instancias de los jefes de la línea jerárquica del departamento a que pertenezca el trabajador, cuando debidamente se justifique la petición.
- b) A instancia del propio Servicio Médico, bien de oficio, bien a instancia de los servicios médicos de la Seguridad Social.
- c) A instancia del interesado, previa justificación médica.

Empero, se considerarán discapacitados los trabajadores expresamente declarados en discapacidad o incapacidad por la Seguridad Social. No obstante, la comisión, por unanimidad, podrá extender esta consideración a otros casos excepcionales que, rechazados por la Seguridad Social, se estime que no pueden ocupar un puesto normal de trabajo⁷⁹.

2.1.14. *Movilidad geográfica*

En cuanto a la movilidad geográfica, algún convenio dispone que si por traslado, uno de los cónyuges cambia de residencia, el otro, si también fuera trabajador de la empresa, tendrá derecho preferente al traslado a la misma localidad, y, especialmente, a los trabajadores

⁷⁸ Art. 101 Convenio colectivo de la empresa Ford España, S. L., que fue suscrito con fecha 4 de abril de 2014.

⁷⁹ Art. 129 XVIII Convenio colectivo de la empresa SEAT, S.A que fue suscrito, con fecha 4 de junio de 2012.

discapacitados⁸⁰. Bajo este contexto, algún convenio señala que los últimos en sufrir movilidad geográfica dentro de cada especialidad profesional, serán, atendiendo el siguiente orden:

- a) Representante sindical.
- b) Personas con discapacidad física o psíquica.
- c) Mayores de cincuenta años.
- d) Titulares de familia numerosa.
- e) Trabajadores con más de veinte años de servicio.
- f) Mayor antigüedad.

No obstante, existe alguna excepción a la movilidad geográfica⁸¹, al disponer que salvo acuerdo con la Dirección de la compañía o petición expresa, el empleado que tenga a su cargo a su cónyuge, pareja de hecho, persona a cargo en situación de guarda legal o familiar hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad con un grado de dependencia reconocida, tendrá derecho a no ser trasladado a otro centro de trabajo que implique movilidad geográfica, aun cuando existan razones objetivas para ello.

2.2. Los derechos de los familiares con discapacidad de los trabajadores

2.2.1. Jornada y horario

Algún convenio colectivo tiene en cuenta la jornada y el horario de trabajo para las personas trabajadoras con discapacidad⁸². En este sentido, señala que si las necesidades organizativas y del servicio del departamento así lo permiten, los empleados que lo soliciten y convivan en el domicilio familiar con su cónyuge, pareja de

⁸⁰ Art. 36 Convenio colectivo del personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, para el periodo 2013-2018, que fue suscrito, con fecha 1 de octubre de 2013; art. 26 X Convenio Colectivo de la Compañía Española de Tabaco en Rama, S.A.—CETARSA— que fue suscrito con fecha 25 de noviembre de 2011; art. 19.7 Convenio colectivo del Grupo Asegurador Reale.

⁸¹ Art. 19 Convenio colectivo del Grupo Asegurador Reale.

⁸² Art. 19 Convenio colectivo del Grupo Asegurador Reale.

hecho, persona a cargo en situación de guarda legal o familiar hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad con dependencia reconocida, podrán solicitar una reducción de jornada, sin reducción de salario:

- a) 8:00 a 15:00 horas, de lunes a viernes. Con posibilidad de aplicar el siguiente régimen de flexibilidad:
 - (i) horario de invierno: hora de entrada de 8:00 a 9:30 horas y salida de 15:00 a 16:30 horas.
 - (ii) horario de verano: hora de entrada de 7:30 a 9:30 horas y salida 14:30 a 16:30 horas.

El horario de salida de los viernes podrá ser a partir de las 14:00 horas.

- b) Esta reducción de jornada podrá disfrutarse durante todo el año en el caso de que el empleado tenga a más de una persona en situación de dependencia de cualquier grado (gran dependiente, dependiente severo o dependiente moderado) a su cargo.
- c) Si la persona en situación de dependencia a su cargo tiene reconocida una gran dependencia, esta jornada y horario podrá disfrutarse hasta 4 meses al año, que serán adicionales a la jornada de verano.
- d) Si la persona en situación de dependencia a su cargo tiene reconocida una dependencia severa, esta jornada y horario podrá disfrutarse hasta 3 meses al año, que serán adicionales a la jornada de verano.
- e) Si la persona en situación de dependencia a su cargo tiene reconocida una dependencia moderada, esta jornada y horario podrá disfrutarse hasta 2 meses al año, que serán adicionales a la jornada de verano.

Además del anterior derecho, los trabajadores podrán disfrutar de la flexibilidad horaria cuando las necesidades organizativas y de servicio del departamento así lo permitan. Los empleados que tengan a su cargo a su cónyuge, pareja de hecho, persona a cargo en situación de guarda legal o familiar hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad con un grado de dependencia reconocida, podrá disfrutar del siguiente régimen de flexibilidad horaria especial, dentro de la jornada y horario general:

- (i) Horario de invierno: hora de entrada de 7:00 a 10:00 horas y hora de salida de 16:00 a 19:00 horas.
- (ii) Horario de verano: hora de entrada de 7:30 a 9:30 horas y hora de salida de 14:30 a 16:30 horas.
El horario de salida de los viernes podrá ser a partir de las 14:00 horas.
- (iii) Mediante acuerdo con la dirección de la compañía podrán acordarse la realización de horarios específicos, atendiendo a circunstancias excepcionales.

2.2.2. *Permisos*

De manera taxativa, cierto convenio hace mención a los permisos de trabajo al señalar un régimen especial⁸³:

- a) Por el tiempo indispensable y necesario durante la jornada ordinaria de trabajo, para atender situaciones de urgencia del cónyuge, pareja de hecho, persona a cargo del empleado en situación de guarda legal o familiares hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad con reconocimiento de algún grado de dependencia o discapacidad, acreditado mediante el correspondiente certificado médico.
- b) Por el tiempo indispensable y necesario, para la realización de gestiones administrativas y médicas de reconocimiento de una situación de incapacidad o dependencia del cónyuge, pareja de hecho, persona a cargo del empleado en situación de guarda legal o familiar hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad, con el correspondiente justificante del organismo competente, debiendo recuperarse las horas en un plazo de 3 meses.
- c) Por el tiempo indispensable y necesario, para el acompañamiento al cónyuge, pareja de hecho, persona a cargo del empleado en situación de guarda legal o familiares hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad con reconocimiento de algún grado de dependencia o discapacidad a visitas y

⁸³ Art. 19 Convenio colectivo del Grupo Asegurador Reale.

pruebas médicas, rehabilitación o tratamientos necesarios, con el correspondiente justificante médico y debiendo recuperarse las horas en un plazo de 3 meses.

2.2.3. *Complemento o ayudas por discapacidad*

Se destaca una gran cantidad de convenios colectivos que hacen alusión a complementos o ayudas por discapacidad⁸⁴. Por ejemplo, los préstamos a las personas con discapacidad es una institución que se hace mención⁸⁵, al señalar, por una parte, que los empleados que tengan a su cargo a su cónyuge, pareja de hecho, persona a cargo en situación de guarda legal o familiar hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad con un grado de dependencia o minusvalía reconocida, tendrán derecho, por una parte, a la concesión del préstamo del Fondo Social para situaciones de extrema gravedad, tanto cuando el motivo sea el cuidado de dicho familiar, como para sufragar los gastos derivados de un tratamiento oncológico. Por otra, la suspensión de las cuotas de amortización del préstamo que tenga concedido durante el primer año en el que se encuentre en la situación de excedencia por cuidado de familiar.

Asimismo, se crea un fondo de ayuda de discapacitados por un montante anual de 6.000 euros, a efectos de poder conceder ayudas individuales que se soliciten para aquellos casos no contemplados en los supuestos anteriores del convenio, para determinados casos justificados (asistencia sanitaria especial, operaciones, etc.)⁸⁶.

⁸⁴ Art. 56 Resolución de 28 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo del sector de la construcción; art. 37 Resolución de 18 de junio de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias; art. 45 Resolución de 20 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos; art. 49.2 VIII Convenio colectivo de la empresa Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU, que fue suscrito con fecha 17 de abril de 2013; art. 26 Convenio colectivo de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA; art. 81 VI Convenio colectivo de Bimbo Martínez Comercial, SL; art. 34 Convenio colectivo de la empresa Verdifresh, SLU; Sección 2ª V Convenio colectivo de la empresa Nextiraone España, S.L.U.

⁸⁵ Art. 19 Convenio colectivo del Grupo Asegurador Reale.

⁸⁶ Art. 81 VI Convenio colectivo de Bimbo Martínez Comercial, SL.

En cuanto a las ayudas a hijos y cónyuges discapacitados⁸⁷, algún convenio denomina la ayuda como «prestación minusvalía»⁸⁸, «plus por disminuido»⁸⁹ o «subvenciones por familiares discapacitados»⁹⁰, al poder disfrutar este derecho los empleados con hijos y/o cónyuge discapacitados o que tengan bajo su tutela a hermanos o cuñados discapacitados, así como hijos discapacitados de hermanos del empleado o del cónyuge, que sean calificados como tales por el IMSERSO o el

⁸⁷ Art. 61 Resolución de 28 de enero de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad; art. 61 Resolución de 11 de abril de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad; art. 61 Resolución de 23 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad; art. 44 Resolución de 7 de febrero de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XXI Convenio colectivo estatal de contratas ferroviarias; art. 38 Resolución de 18 de julio de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la industria azucarera; art. 38 Resolución de 1 de octubre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para la industria azucarera para el período 2013-2014; art. 50 Convenio colectivo de la empresa Ford España, S. L., que fue suscrito con fecha 4 de abril de 2014; art. 40 Convenio colectivo de Masa Servicios, SA IX Convenio colectivo de la empresa; art. 26 Convenio colectivo de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA; art. 29.3 Convenio colectivo de la empresa Fertiberia 2013; art. 29.3 Convenio colectivo de la empresa Fertiberia 2012; art. 25 Convenio colectivo de Servicios de Colaboración Integral, SL; art. 26 VIII Convenio colectivo de Renault España Comercial, SA; art. 55 VI Convenio colectivo de Volkswagen Finance, SA; art. 48 Convenio colectivo de Danone, SA; art. 41 Convenio colectivo de ámbito estatal de Air Liquide España, SA, Air Liquide Medicinal, SLU y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU; art. 28 Convenio colectivo de Cadbury España, SL; art. 7.5 V Convenio colectivo de la Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, SA —COLEBEGA; art. 24 IX Convenio colectivo de la empresa Siemens, S.A. 2014; art. 44 III Convenio colectivo del personal laboral local que presta servicios para las fuerzas de Estados Unidos en España; art. 99 Convenio colectivo de CLH Aviación, SA; art. 41 VII Convenio colectivo de V2 Complementos Auxiliares, SA; art. 41 VI Convenio colectivo de Carlson Wagonlit España, SLU; art. 19 Convenio colectivo del Grupo Asegurador Reale; art. 39 Convenio colectivo de Peugeot España, SA; art. 38 VIII Convenio colectivo de La Vanguardia Ediciones, SLU; art. 36 Convenio colectivo de Banque Psa Finance, Sucursal en España; art. 37 Convenio colectivo, de ámbito estatal, de Mapfre Grupo Asegurador. 2014; art. 32 IV Convenio colectivo de Eads-Casa, Airbus Operations, SL y Eads Casa Espacio; art. 21 Convenio Colectivo de las empresas Cargill, S.L.U. y Cargill Oil Packers, S.L.; art. 34 Convenio colectivo de la empresa Verdifresh, SLU; art. 60 Convenio colectivo de la empresa Sociedad de Prevención de Fremap, SLU.

⁸⁸ Art. 55 VI Convenio colectivo de Volkswagen Finance, SA.

⁸⁹ Art. 21 Convenio Colectivo de las empresas Cargill, S.L.U. y Cargill Oil Packers, S.L.

⁹⁰ Art. 60 Convenio colectivo de la empresa Sociedad de Prevención de Fremap, SLU.

órgano competente de las comunidades autónomas, y tengan un grado de minusvalía igual o superior al 33%⁹¹,

En relación ayudas económicas⁹², algún convenio estipula el siguiente régimen de ayudas económicas a consecuencia del reconocimiento oficial correspondiente de una situación de dependencia, a favor de cónyuge, pareja de hecho, persona a cargo del empleado en situación de guarda legal o familiares hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad en los siguientes importes según situaciones reconocidas:

- a) Gran dependencia: 3.000 euros
- b) Dependencia severa: 2.000 euros
- c) Dependencia moderada: 1.500 euros

Adicionalmente, y siempre que la persona en situación de dependencia no conviva en el domicilio familiar, se abonará un importe anual de 1.000 euros, no acumulable a las ayudas económicas por hijo con discapacidad, para sufragar la ayuda asistencial o residencial del cónyuge, pareja de hecho, persona a cargo del empleado en situación de guarda legal o familiares hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad con reconocimiento oficial de dependencia, toda vez que se acredite el justificante del pago al centro asistencial, de cualquier índole, que atienda tal circunstancia.

La ayuda sanitaria se ha tenido en cuenta para algún convenio⁹³, al señalar que la empresa continuará contratando los servicios de una Sociedad Médica para todos los trabajadores como complemento de la asistencia prestada por la Seguridad Social, a cuyos efectos contratará una póliza de reintegro de gastos. Se consideran beneficiarios a estos efectos el empleado, su cónyuge o pareja de hecho y los hijos incluidos en su cartilla de la Seguridad Social hasta el 31 de diciembre del año en el que cumplan 26 años. Los empleados en activo a cuyos hijos les haya sido reconocido por los organismos oficiales competentes una minusvalía por la que perciban subsidios, cualquiera que fuere su

⁹¹ Art. 50 Convenio colectivo de la empresa Ford España, S. L., que fue suscrito con fecha 4 de abril de 2014.

⁹² Art. 19 Convenio colectivo del Grupo Asegurador Reale.

⁹³ Art. 50 III Convenio colectivo de la empresa Centrales Nucleares AlmarazTrillo, AIE.

cuantía, percibirán a cargo de la empresa una subvención mensual por importe de 60,91 euros.

2.2.4. *Costes de enseñanza*

En cuanto a los hijos discapacitados de los trabajadores, algunos convenios ofrecen ayudas a la enseñanza⁹⁴, en el que cierto convenio solo lo limita a aquellos menores de edad comprendidos entre 3 y 18 años⁹⁵. Empero, la empresa complementará las percepciones y ayudas que las familias con hijos disminuidos física o psíquicamente deban recibir de la Seguridad Social, Mutua de Previsión o cualquier organismo hasta el 100% de los gastos normales de educación especial⁹⁶.

Para el percibo de esta ayuda será necesario cumplir con los siguientes requisitos⁹⁷: a) Acreditar mediante certificado médico la condición de hijo discapacitado, con expresión de la lesión que dé lugar a dicha condición, b) Que dicha situación se haya reconocido por la Seguridad Social y se disfrute por los beneficios atribuidos a la misma.

Las aportaciones de carácter mensual establecidas son⁹⁸, por un lado, aportación del trabajador: 0,2% de la retribución fija bruta anual. Por otro, aportación de la empresa: 0,4% de la retribución fija bruta anual.

2.2.5. *Excepción a la movilidad geográfica*

Algún convenio, en cuanto a la excepción a la movilidad geográfica, dispone que salvo acuerdo con la Dirección de la compañía o pe-

⁹⁴ Art. 42 V Convenio colectivo de Diario ABC, SL; art. 26 Michelin España Portugal, SA para los centros de trabajo de Burgos, Santa Perpetua de la Mogoda (Barcelona), Seseña (Toledo) y Tres Cantos (Madrid); art. 32.1 IV Convenio colectivo de Eads-Casa, Airbus Operations, SL y Eads Casa Espacio; art. 61 V Convenio colectivo de Iberdrola Grupo.

⁹⁵ Art. 32.1 IV Convenio colectivo de Eads-Casa, Airbus Operations, SL y Eads Casa Espacio.

⁹⁶ art. 26 Michelin España Portugal, SA para los centros de trabajo de Burgos, Santa Perpetua de la Mogoda (Barcelona), Seseña (Toledo) y Tres Cantos (Madrid).

⁹⁷ Art. 37 Resolución de 18 de junio de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias.

⁹⁸ Art. 49.2 VIII Convenio colectivo de la empresa Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU, que fue suscrito con fecha 17 de abril de 2013.

tición expresa, el empleado que tenga a su cargo a su cónyuge, pareja de hecho, persona a cargo en situación de guarda legal o familiar hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad con un grado de dependencia reconocida, tendrá derecho a no ser trasladado a otro centro de trabajo que implique movilidad geográfica, aun cuando existan razones objetivas para ello⁹⁹.

3. PROPUESTAS PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A continuación se presentan las propuestas para la negociación colectiva contra la discriminación para las personas trabajadoras con discapacidad:

- a) Fomentar la presencia de personas con discapacidad en las mesas de negociación.
- b) Fomentar la presencia de la figura del agente para la igualdad de oportunidades en las mesas de negociación.
- c) Utilizar una terminología neutra para no herir la sensibilidad de las personas con discapacidad, al denominarlos, por ejemplo, disminuidos, minusválidos, deficientes, entre otros. Lo correcto sería «personas con discapacidad» o «personas trabajadoras con discapacidad». Por tanto, no debería emplearse términos con connotaciones negativas en relación a la discapacidad.
- d) Establecer una definición de discapacidad; por ejemplo, la dispuesta en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, como aquella «situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Al igual que la definición de persona con discapacidad que señala el artículo 4.

⁹⁹ Art. 19.7 Convenio colectivo del Grupo Asegurador Reale.

- e) Adaptar las pruebas de selección y/o promoción a las personas con discapacidad para garantizar las oportunidades de acceso.
- f) Implantar cursos de formación durante los periodos de excedencias para la atención de familiares con discapacidad o personas en situación de dependencia.
- g) Establecer disposiciones que indiquen criterios de preferencia para trabajadores con discapacidad de permanencia en su puesto de trabajo en supuestos de movilidad geográfica.
- h) Señalar cláusulas que persigan la readaptación a un puesto de trabajo en los supuestos de discapacidad sobrevenida y discapacidad adquirida.
- i) Establecer cláusulas que promuevan la eliminación de barreras para la plena integración de las personas con discapacidad.
- j) Señalar cláusulas que eviten la discriminación, por una parte, entre personas con discapacidad en el acceso al empleo. Por otra, en el desempeño del mismo.
- k) Negociar la permanencia en el empleo de aquellos trabajadores con empleo que hayan sufrido una discapacidad sobrevenida.
- l) Incluir cláusulas que aboguen por la generación de empleo directo y mejora de las condiciones de vida y de trabajo a través del incremento en la contratación directa de las personas con discapacidad, con la colaboración de los movimientos asociativos de este colectivo.
- m) Incluir cláusulas que aboguen por la generación de empleo indirecto, mediante la contratación de bienes o servicios a Centros Especiales de Empleo.
- n) Incorporar cláusulas que aboguen por la implantación del teletrabajo en la empresa, especialmente para las personas con discapacidad; dado que evitarían desplazarse para ir al sitio de trabajo lo que conlleva una herramienta facilitadora de la inclusión en el mercado de trabajo de estas personas¹⁰⁰.

¹⁰⁰En relación al teletrabajo, *vid.* SEMPERE NAVARRO, A. y KAHALE CARRILLO, D.: *Teletrabajo*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2013.

- ñ) No incluir cláusula que haga mención a la reserva legal de empleo de 2% de trabajadores con discapacidad, dado que la norma ya lo establece. Lo recomendable es incluir aquella disposición que indique un porcentaje mayor al regulado por la legislación, que en este caso mejoraría la norma y sería más destacable.
- o) Incorporar cláusulas de conciliación de la vida laboral y familiar que hagan referencia, a su vez, a las personas con discapacidad; dado que estos tienen necesidades específicas y diferentes a los trabajadores sin discapacidad.
- p) Fomentar medidas en materia de formación que tiendan a favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral, así como la participación de los empleados con cualquier tipo de discapacidad.
- q) Crear, en la medida de lo posible, un fondo de ayuda a trabajadores con discapacidad.
- r) Incluir la discapacidad en las estrategias de Responsabilidad Social Corporativa, así como su difusión y sensibilización social hacia la misma.

BIBLIOGRAFÍA

- CONSEJO DE EUROPA: *Necesidades específicas de las personas dependientes: costes y financiación*, Estrasburgo, 1995.
- FERNÁNDEZ IGLESIAS, J.: *Guía de estilo sobre discapacidad para profesionales de los medios de comunicación*, Real Patronato sobre Discapacidad, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.
- GARCÍA HERRERO, G.: «Ideas, Argumentos y propuestas sobre los Servicios Sociales, la Autonomía Personal y la Protección a las Personas en Situación de Dependencia», *Trabajo Social Hoy*, 2º semestre, 2005.
- IMSERO: *Vejez y Protección Social a la Dependencia en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999.
- KAHALE CARRILLO, D.: *Protección a las personas en situación de dependencia*, Editorial Formación Alcalá, Jaén, 2012.
- MERCADER UGUINA, J.: «Concepto y concepciones de la dependencia», *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2004.

- SEMPERE NAVARRO, A. y KAHALE CARRILLO, D.: *Teletrabajo*, Ediciones Francis Le-fevre, Madrid, 2013.
- VAN BUGGENHOUT, B. y VEYS, A.: «Les personnes âgées dépendantes en Europe: déficits et politiques», *Reveu Belge de Sécurité Sociale*, núm. 3, 1994.

Capítulo Decimoséptimo
LA DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD
O INCAPACIDAD TEMPORAL
EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS
M^a TERESA VELASCO PORTERO

SUMARIO

1.- LA ENFERMEDAD COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN NO INCLUIDO ENTRE LOS PROHIBIDOS POR EL Art. 14 CE NI POR LA DIRECTIVA 2000/78/CEE RELATIVA AL ESTABLECIMIENTO DE UN MARCO GENERAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN. 2.- LA ENFERMEDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 3.- CONCLUSIONES SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA ENFERMEDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y PROPUESTA DE BUENAS PRÁCTICAS. – BIBLIOGRAFÍA.

1. LA ENFERMEDAD COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN NO INCLUIDO ENTRE LOS PROHIBIDOS POR EL ART. 14 CE NI POR LA DIRECTIVA 2000/78/CEE RELATIVA AL ESTABLECIMIENTO DE UN MARCO GENERAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN

La negociación colectiva contiene diversas previsiones con respecto a las situaciones de enfermedad o accidente del trabajador, no tanto en relación con la prevención o prohibición de discriminaciones (ya que no aparece expresamente mencionada en las cláusulas generales antidiscriminatorias) como en cuanto a medidas asistenciales.

Sin embargo, las situaciones de alteración de la salud (que para simplificar vamos a llamar «enfermedad» aunque en realidad también puedan provenir de un accidente) son sin lugar a dudas un factor que puede provocar discriminaciones, por lo que sería deseable su abordaje por la negociación colectiva¹. Este abordaje debe contextualizarse en los mínimos legales, por lo que merece la pena recordar cuál es el tratamiento del tema en sede legal y jurisprudencial². Hay que tener en cuenta que en este apartado nos referimos a la «enfermedad» como una situación distinta de la «discapacidad», sobre la cual no hay duda en cuanto a que es una causa de discriminación prohibida por nuestra constitución.

¹ Vid. KAHALE CARRILLO, D.: «La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales», Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 187, 2016; también KAHALE CARRILLO, D.: «La regulación jurídica del teletrabajo en España», Revue Européenne du Droit Social, núm. 31, 2016, págs. 124-145.

² Vid. GOÑI SEIN, J.L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi, 2016, pp. 90 y ss.

Ante la falta de mención expresa de la enfermedad entre las causas de discriminación prohibidas por el art. 14.2 de la CE, nuestro Tribunal Supremo señala en primer lugar que la enfermedad no puede equipararse a la discapacidad y, en segundo lugar, que la enfermedad ni está expresamente prevista entre las causas de discriminación del art. 14.2 CE ni se puede considerar incluida entre las genéricas «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» de su inciso final. Expresamente, el FJ 2º de la STS de 29 de enero de 2001 (RJ 2001\2069) establece que la enfermedad, «en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en que resulte apreciable el elemento de segregación.» Este criterio ha sido mantenido posteriormente en todas las ocasiones en que el TS ha tenido que pronunciarse sobre el tema³. Es interesante señalar que, a pesar de que esta doctrina se refiere en principio a los casos genéricos de enfermedad dejando abierta la posibilidad de que se considere discriminatorio algún caso de enfermedad que por sus características especiales «pueda apreciarse un elemento de segregación», en ningún caso ha sido apreciado dicho elemento por el propio TS.

De hecho, tuvo ocasión de pronunciarse sobre este tema a raíz de las sentencias del TSJ de Cataluña de 12 de julio de 2006 y 7 de septiembre 2006⁴, dictadas en Sala General, que se referían al despido coetáneo de 41 empleados de la empresa SEAT todos ellos en situación de incapacidad temporal o que lo habían estado recientemente, mediante sendas e idénticas comunicaciones disciplinarias individuales en las que se invocaba, genéricamente, «una disminución continuada de su rendimiento laboral, siendo el mismo inferior al pactado». Todos los despidos fueron reconocidos como improcedentes por la

³ STS de 12 julio 2004 (RJ 2004\7075) ; STS de 23 septiembre 2002 (RJ 2006\1923); STS de 22 enero 2008 (RJ 2008\1621); STS de 18 diciembre 2007 (RJ 2008\800); STS de 11 diciembre 2007 (RJ 2008\2884); STS de 23 mayo 2005 (RJ 2005\9656); STS de 27 enero 2009 (RJ 2009\1048); STS de 12 julio 2012 —referente a desistimiento en periodo de prueba estando el trabajador en situación de incapacidad temporal por accidente de trabajo— (RJ 2012\9598); STS de 22 septiembre 2008 (RJ 2008\5533).

⁴ TSJ Cataluña, sentencia núm. 5939/2006, de 7 septiembre, TSJ Cataluña, sentencia núm. 5340/2006, de 12 julio.

empresa pocos días después y los respectivos Juzgados de lo Social habían dictado sus sentencias declarando la nulidad de los despidos, por entenderlos discriminatorios por segregacionistas. Las mencionadas sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña ratificaron las declaraciones de nulidad, apreciando también el elemento segregacionista del despido en su carácter masivo. Todas ellas fueron casadas y anuladas por el TS en sus sentencias de 11 y 18 de diciembre 2007 y de 22.1.2008⁵, que descartó el carácter masivo de los despidos individuales como elemento de segregación.

Sobre el caso más paradigmático de concurrencia de este elemento, que es el del despido de un trabajador afectado por el virus VIH no tenemos pronunciamiento del TS, aunque sí ha sido calificado como despido nulo por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Castellón⁶.

Esta doctrina del Tribunal Supremo ha sido confirmada por el TJCE, a raíz de una consulta realizada en relación con la trasposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2000/78/CEE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, por medio de la ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

La ley 62/2003 modificó el art. 4.2.c) ET en el sentido de prohibir expresamente la discriminación *por discapacidad* y el art. 17.1 ET para señalar expresamente que se entenderán nulas las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o *discapacidad*. Con base en esta Directiva y su trasposición a nuestro ordenamiento, el auto de 7 de enero de 2005 del Juzgado de lo Social 33 de Madrid planteó una cuestión prejudicial al TJCE para que se pronunciara expresamente sobre si, a tenor de la citada Directiva, el concepto de discapacidad englobaba la situación de enfermedad o discapacidad temporal. El magistrado argumenta que «la protección frente a prácticas discriminatorias fundamentadas en la discapacidad de los trabajadores debe dispensarse desde el momento en que la enfermedad como condición

⁵ STS de 11 de diciembre 2007 (Rec. de casación para la unificación de doctrina núm. 4355/2006), STS de 18 de diciembre de 2007 (Rec. de casación para la unificación de doctrina núm. 4194/2006) y STS de 22 de enero de 2008 (Rec. de casación para la unificación de doctrina núm. 3995/2006).

⁶ Juzgado de lo Social núm. 3 de Castellón de la Plana (Comunidad Valenciana), Sentencia núm. 269-2005 de 7 junio (AS 2005\2559).

de salud se aprecie relevante» y, para el caso de que el TJCE considerase que enfermedad y discapacidad son conceptos diferentes y que la norma comunitaria no resulta aplicable, planteó la posibilidad de que se considerase que la enfermedad constituye una seña identitaria no específicamente citada que debe añadirse a aquéllas en relación con las cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación⁷.

Esta nueva polémica fue zanjada por el TJCE confirmando que el criterio de nuestro TS no es incompatible ni con la Directiva ni con su trasposición a nuestro ordenamiento.

La STJCE de 11 de julio de 2006 considera que el concepto de discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional, y que el legislador escogió deliberadamente en el art. 1 de la directiva un término que difiere del de enfermedad. Así pues, señala el TJCE, «es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos». El Tribunal justifica su decisión en el carácter temporal de la enfermedad mientras que, por el contrario, la discapacidad posee un carácter permanente.

A los efectos del problema que nos ocupa, las dos afirmaciones más importantes del fallo del Alto Tribunal son las siguientes: en pri-

⁷ Unas semanas más tarde, la Sentencia de 29 de marzo de 2005 del Juzgado Social 33 de Barcelona omite la cuestión prejudicial y directamente califica como nulo un despido sin causa en situación de incapacidad temporal al interpretar, básicamente, que la Directiva y su posterior transposición a nuestro ordenamiento mediante Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, amplía las causas discriminatorias a la discapacidad y, en estrecha relación con dicho concepto, a la situación de incapacidad temporal o enfermedad. A criterio del juzgador, «Si había alguna duda respecto a que la enfermedad pudiese constituir una causa de discriminación prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, se ha de entender dispada con la transposición mediante la Ley 62/2003 de la Directiva 2000/78, por la cual se establece un marco general para la lucha contra la discriminación por, entre otros motivos, la discapacidad (...) En este sentido, conviene señalar que no hay ningún motivo razonable para excluir la situación de incapacidad temporal, por su carácter transitorio, del concepto genérico de discapacidad como una de las causas de discriminación prohibida recogidas en el artículo 1 de la mencionada Directiva 2000/78 (...) Cabe añadir, además, que aunque se entendiese —como hace el Tribunal Supremo— que esta conveniencia empresarial no tiene, en sí misma, intencionalidad discriminatoria (discriminación directa), se habría llegar a la conclusión de que comporta una discriminación indirecta, en tanto que, en palabras del artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78, existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una (...) discapacidad».

mer lugar, que «una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en marco general de la Directiva» y, en segundo lugar, que «la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva prohíbe toda discriminación».

Esta interpretación puede afirmarse que es incluso más restrictiva que la efectuada por el TS, que como hemos visto deja abierta una posibilidad de que en algunos casos la enfermedad se pueda subsumir en el inciso final del art. 14 CE (en concreto, cuando sea causa de segregación)⁸.

Posteriormente también el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este asunto, en concreto en su Sentencia 62/08⁹. Se trataba de un trabajador al que se le manda carta de despido basada en la supuesta defraudación de la buena fe contractual que la empresa situaba en el hecho de que el trabajador, al inicio de su relación laboral «ocultó intencionadamente» a la empresa la existencia de un cuadro clínico de enfermedad crónica, que le había motivado numerosas bajas por incapacidad temporal en trabajos anteriores¹⁰. El TC coincide con el TS en que no todo criterio de diferenciación ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del art. 14, pues en ese caso la prohibición de discriminación (art. 14.2 CE) se confundiría con la igualdad de trato (art. 14.1 CE)¹¹; también corrobora la jurisprudencia del TS en el sentido de que «no cabe duda de que el estado de salud del trabajador (...) puede constituir un factor de discriminación (...). Así ocurrirá (...) cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el

⁸ En este sentido, ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: «Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria», *Relaciones Laborales*, nº 5, 2007, p. 1143.

⁹ Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 62/2008 de 26 de mayo, rec. 3912/2005.

¹⁰ Antecedente de hecho 2 de la STC 62/2008.

¹¹ FJ 5.º

contenido de la prestación laboral objeto del contrato»¹²; en virtud de todo ello, concluye que «una decisión de despido (...) basada en la pretendida incapacidad para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye por sí misma una decisión discriminatoria»¹³. Por tanto, con esta sentencia el TC respalda la tesis del TS así como sus argumentos¹⁴.

Así las cosas, una sentencia del TJUE vino a introducir fisuras en esta doctrina. Se trata de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) Caso HK Danmark y otros contra HK Danmark y otros. Sentencia de 11 abril 2013. Se trataba de dos trabajadoras danesas despedidas por inasistencias al trabajo a causa de dolencias dorsolumbares que les impedían un trabajo a tiempo completo. El tribunal nacional planteó, entre otras cuestiones prejudiciales, si el concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende el estado de salud de una persona que, a causa de dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede llevar cabo su trabajo, o sólo puede hacerlo en medida limitada, durante un período de tiempo que probablemente sea prolongado, o de manera permanente. Además, preguntó si dicho concepto debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como incurable, en el sentido de que también comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable y en el sentido de que la naturaleza de las medidas que ha de adoptar el empleador es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable el referido concepto.

A este respecto, el TJUE falló que «el concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea

¹² FJ 6.º

¹³ FJ 6.º

¹⁴ Para RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M.: «Despido por enfermedad y discriminación», *Relaciones Laborales*, n.º 20, 2008, p. 61, esta sentencia puede suponer el punto final en el tratamiento de los efectos del despido por enfermedad del trabajador.

una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.» Es decir, que el TJUE considera que el concepto de discapacidad abarca la enfermedad de larga duración (curable o no) que comporta limitaciones en la vida profesional, si esta limitación es de larga duración.

Algún autor considera que esto es una verdadera rectificación de lo afirmado en 2006, suponiendo un cambio de enorme relevancia conceptual¹⁵. En nuestra opinión no es tanto una rectificación como una matización, ya que se mantienen los requisitos exigidos por la STJCE de 2006 en el sentido de que se produzca una limitación derivada de dolencias, que sea un obstáculo para la vida profesional¹⁶ y que sea de larga duración¹⁷.

Más recientemente otra sentencia del TJUE ha venido a remover las aguas de las fronteras de la discapacidad. Nos referimos a la STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13, Fago g Arbejde (FOA) y Kommunernes Landsforening (KL), que se pronuncia sobre la posible equiparación entre obesidad y discapacidad dando un giro hacia un modelo social de discapacidad inspirado en el derecho norteamericano. Dicha sentencia concibe la discapacidad como una «limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate

¹⁵ En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Discriminación laboral por enfermedad», Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 866, 2013 (2013). Para SEMPERE, esta sentencia obliga a revisar la separación entre enfermedad y discapacidad, delimitando una nueva figura a la que denomina «enfermedad asimilada» y cuya protección será la misma de la de la discapacidad. Las dolencias lumbares (sobre las cuales se pronuncia expresamente la sentencia) tendrían esta consideración, y también otras como la diabetes o el asma.

¹⁶ Parágrafo 43 STJCE de 11 de julio de 2006: «En este contexto debe entenderse que el concepto de discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional».

¹⁷ Parágrafo 45 STJCE de 11 de julio de 2006: «Para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de discapacidad se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración».

en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores»¹⁸.

Siendo esta la doctrina de nuestros altos tribunales, la persona trabajadora que sufre un proceso de enfermedad o un accidente que le ocasiona dolencias físicas, psíquicas o mentales y cuya situación no puede subsumirse en el concepto de discapacidad no está suficientemente protegida frente a posibles tratos peyorativos por parte de la empresa. Y, sin embargo, el riesgo de ese trato peyorativo, sobre todo de despido, es elevado; máxime cuando el propio Estatuto de los Trabajadores reconoce que una de las causas de despido por circunstancias objetivas es la excesiva morbilidad del trabajador. No olvidemos que dicha causa de despido ha sido ampliada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, con lo que nuestro legislador incide en la consideración de un criterio «economicista» según el cual las faltas de asistencia al trabajo por enfermedad, que hacen que el trabajador no sea rentable, son una causa lícita para extinguir el contrato¹⁹. Por ello, consideramos que le negociación colectiva podría paliar en parte esta situación, mejorando la protección en aspectos concretos más cercanos al sector concreto de que se trate.

No es así, ya que más bien podemos decir que determinados aspectos que se regulan como mejoras asistenciales para el trabajador podrían convertirse en un elemento que, al hacer más gravoso para el empresario la situación de enfermedad del trabajador, provoque que el empresario tome la decisión de extinguir el contrato de estas

¹⁸ Vid. in extenso PÉREZ BENEYTO ABAD, José Joaquín: «Obesidad, discapacidad y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en RAMÍREZ BENDALA, M.D. (Coord.) Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (III), Laborum, 2015, pp. 135 y ss.

¹⁹ RUIZ CASTILLO, M.M.: «La última modificación legal del despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en la reforma de 2012», Revista de Derecho Social, n° 57, 2012, p. 209 y ss. al haber desaparecido el umbral colectivo (índice de absentismo del total de la plantilla del 5%), se ha hecho desaparecer el único elemento objetivo y la empresa puede singularizar la medida sobre uno o varios trabajadores en particular, con la justificación de su falta de rentabilidad. TOSCANI GIMÉNEZ, D.: («Las reformas llevadas a cabo en el régimen jurídico del despido por la reforma laboral de 2012», Relaciones Laborales, n° 19-20, 2012) considera que en todo caso tiene que existir una relación con la aptitud del trabajador para la realización del trabajo, porque si esta no existe el factor enfermedad será tomado entonces como un elemento de segregación y el despido será nulo. Entiende que esta es la razón de que la reforma de 2012 haya incluido en el art. 52 d) que tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave (p. 16 de 38).

personas. Nos referimos a los complementos retributivos en casos de incapacidad temporal, tan abundantes en nuestros convenios, que no van acompañados de una limitación de las facultades extintivas del empresario basadas en excesiva morbilidad del trabajador.

2. LA ENFERMEDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Como hemos dicho, la negociación colectiva contiene diversas previsiones con respecto a las situaciones de enfermedad o accidente del trabajador, no tanto en relación con la prevención o prohibición de discriminaciones (ya que no aparece expresamente mencionada en las cláusulas generales antidiscriminatorias) como en cuanto a medidas asistenciales.

En concreto, las menciones son relativas a dos cuestiones: por una parte el reconocimiento de ciertos permisos por motivos de enfermedad y por otra el establecimiento de complementos asistenciales para los casos en que la persona trabajadora esté en situación de incapacidad temporal.

2.1. Reconocimiento de permisos para acudir a revisiones médicas, una vez con retribución y otras como permisos no retribuidos

Recordando lo mencionado en el capítulo de este mismo estudio dedicado a la organización del tiempo de trabajo²⁰, hay que decir que sobre la cuestión de las ausencias del trabajador para asistir a consultas médicas las soluciones aportadas por los convenios son muy variadas: un máximo de tres horas²¹, cuatro horas²², hasta 18 horas anuales²³, máximo de 35 horas retribuidas al año²⁴, hasta tres

²⁰ Apdo. 4.3. «Los permisos por motivos médicos».

²¹ Art. 46 CC empresas de seguridad.

²² Art. 32 CC servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios: cuatro horas para que el trabajador pueda asistir a la consulta del médico especialista del sistema de sanidad pública; a continuación se regula otro permiso de «cuatro horas anuales», en este caso para acompañar a hijos menores de ocho años a consulta de médico del sistema de sanidad pública. Hay que entender entonces que las horas previstas en el apartado anterior son por consulta.

²³ Art. 46 CC de industria textil y de confección.

²⁴ Art. 41 CC empresas de gestión y mediación inmobiliaria: máx. de 35 hora retribuidas al año, para asistir a consultas de médicos de cabecera de seguridad social; art. 38 CC empresas de telemarketing.

veces al año²⁵... Otras veces se distingue entre visitas al especialista (en cuyo caso se tendrá derecho a permiso por el tiempo imprescindible) y visitas a médicos de cabecera (12 horas anuales)²⁶. Algún convenio regula lo que se considera «tiempo imprescindible» para la asistencia a la consulta médica²⁷. Otros convenios no regulan tiempo máximo, simplemente dicen que el trabajador tiene derecho a permiso retribuido para acudir a consulta médica oficial²⁸. Aunque la mayoría de los convenios exigen que se trate de consultas médicas de servicios públicos, alguno consagra el derecho al permiso también en el caso de que sean privadas²⁹. En ocasiones, a la ausencia se le da la consideración de falta justificada, pero no de permiso remunerado³⁰.

²⁵ Art. 21 CC estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados.

²⁶ Art. 29 k) CC asesores fiscales: «Visitas médicas: el tiempo imprescindible cuando se trate de visitas al médico especialista, limitándose a 12 horas anuales para visitas a médicos de cabecera»; algo similar el régimen previsto en el art. 33 CC SGE Quality Services, SL: «Visita Médico Cabecera. 16 horas anuales Con justificación. Visita Médico Especialista. Tiempo indispensable Previa justificación».

²⁷ Art. 17.2 CC de la empresa Duna Tecnicos, SA: «Visitas Médicas: los trabajadores tendrán derecho a ausentarse, previo aviso, de su puesto de trabajo para acudir al centro de atención primaria para la visita con su médico familia-especialista por el tiempo imprescindible, entiendo por tiempo imprescindible el espacio invertido en el desplazamiento de acudir al centro de atención primaria, con un máximo de 1 hora, el período en ser visitado en consulta y el trayecto de acudir a su puesto de trabajo, con un tope de 1 hora desde que finaliza su estancia en el centro médico. Para justificar la visita y el tiempo empleado, el trabajador deberá entregar ese mismo día a su responsable de centro un volante del centro médico donde deberá constar día, hora de entrada y salida, sello y firma del centro— del médico y, si por razones horarias-turno del centro no fuera posible, en el siguiente día hábil. Su no justificación o acreditación documental, según lo descrito, habilitará a la empresa a descontar todo esa jornada en la nómina del mes afectado. La duración total de ausencia en el puesto de trabajo regulado en este apartado, visitas médicas, no podrá exceder de 4 horas por visita».

²⁸ Art. 52 CC de perfumerías; también en el anexo II A CC de pastas, papel y cartón y el art. 22 CC comercio de flores y plantas.

²⁹ Art. 19 CC Fremap servicios de prevención: «El empleado que precise acudir a consulta médica, sea del sistema público o privado, lo hará libremente y sin merma de su retribución (sin reconducirla a Asuntos Propios), por el tiempo necesario, siempre que aporte el oportuno justificante y sobre la base de la buena fe, en el sentido de que el empleado procurará que dicha consulta se produzca fuera de las horas de trabajo». En el mismo sentido el art. 52 CC de perfumerías y afines.

³⁰ Art. 20 d) del CC de ámbito nacional para las industrias de turrónes y mazapanes: «las ausencias al trabajo por visita a consulta médica de seguridad social, por el tiempo empleado en ello, y previo permiso de la empresa, tendrán el carácter de faltas justificadas, si se acreditan debidamente, pero no de permisos abonables».

Algunos convenios regulan con un tope máximo conjunto la asistencia a médico propio y el acompañamiento a familiares: «un máximo de 20 horas anuales retribuidas para visitas médicas del propio trabajador y para acompañar a familiares hasta el segundo grado de consanguinidad»³¹ o también un «máximo 16 horas anuales de duración para acudir a visitas médicas del médico de cabecera, del propio trabajador o para acompañar al cónyuge, o también a hijos, hermanos, padres abuelos y nietos de uno u otro cónyuge, siempre y cuando la asistencia se preste a través de servicios sanitarios del servicio público de salud»³².

2.2. Los complementos a las prestaciones de seguridad social en caso de incapacidad temporal

Se trata de una cláusula muy frecuente en la negociación colectiva, que consiste en la obligación de la empresa de pagar unos complementos a la prestación de seguridad social en el caso de que el trabajador sufra una incapacidad temporal. Hay diversas modalidades: en unos casos la obligación se limita a los supuestos de incapacidad derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional y en otros casos se extiende también a la enfermedad común y accidente no profesional. En todo caso, el elemento común es que el derecho al complemento solo se abona durante la vigencia de la relación laboral. Cabe destacar asimismo que, aunque de manera aislada, se va extendiendo la práctica de condicionar parte del complemento a la no superación de unos determinados límites de absentismo bien por parte del trabajador o bien por parte de la plantilla³³.

³¹ Art. 30.g CC de industrias de pastas alimenticias.

³² Art. 28 CC estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

³³ En la línea, por ejemplo, de lo regulado en el art. 37 CC de la empresa Nuclenor SA: «No obstante, si el índice de absentismo del año anterior alcanzase en la Empresa el 4 por 100, lo anteriormente dispuesto quedará afectado por las siguientes modificaciones: El primer día de baja por enfermedad no derivada de accidente, si ésta fuera inferior a ocho días y si coincide después de día festivo o de descanso semanal, no será retribuido. Desde el cuarto al vigésimo día dejará de percibir el importe que supone el 15 por 100 del salario regulador de la prestación de Incapacidad Temporal dejado de satisfacer por la Seguridad Social, de conformidad con el Real Decreto 53/1980, de fecha 11 de enero («BOE» número 14, de 16 de enero de 1980). Este descuento sólo se aplicará en la primera situación de Incapacidad Temporal durante el año natural. Se entiende por absentismo, la no presencia del trabajador en el puesto de trabajo. No serán computables a efectos de tal cuantificación los siguientes supuestos: Las ausencias, previa y debidamente justificadas, dentro de lo establecido legalmente, en los siguientes casos: Matrimonio. Nacimiento de

Veamos de manera más detenida las diferentes cláusulas encontradas.

2.2.1. *Cláusulas que reconocen el derecho al complemento tan solo en los casos de incapacidad derivada de accidente de trabajo*

Es el supuesto por ejemplo del art. 39 I CC sectorial estatal para el sector de industrias de aguas de bebidas envasadas: los trabajadores en situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo tienen derecho a un complemento que les permita «cobrar una cantidad igual a la retribución que hubiera percibido en jornada ordinaria hasta un máximo de dieciocho meses». No dice nada de los casos de enfermedad profesional. Tampoco en el art. 51 del CC nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para las actividades de reposición («100% de los conceptos retributivos incluidos en las tablas salariales del presente convenio, siempre que deriven de accidente de trabajo y la duración de la baja sea superior a ocho días, percibiéndose en tal caso el complemento desde el primer día de la baja».) No tiene fecha máxima. Solo en caso de accidente de trabajo el art. 23 del CC de buceo profesional y medios hiperbáricos (100% de la base reguladora durante los siguientes 5 meses al accidente). También el art. 33 del CC de trabajo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (100% de salario real desde el primer día), el art. 43 del CC general de trabajo de la industria textil y confección (100% del salario bruto devengado en el mes anterior, por un máximo de 12 meses), el art. 48 del CC de la industria del calzado (100% del salario de cotización a partir del segundo día de baja y hasta un periodo máximo de

hijo o enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad. Traslado de domicilio habitual. Por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber de carácter público o personal. Realización de funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente. Las trabajadoras o trabajadores, por lactancia de un hijo menor de nueve meses. Las ausencias derivadas de hospitalización. Las ausencias debidas a accidente laboral. Las ausencias ocasionadas por la suspensión de la actividad en caso de riesgo de accidente, cuando así se decreta por la Autoridad laboral o lo decida el propio empresario, sea o no a instancia de los representantes legales de los trabajadores. Los permisos por maternidad o paternidad. Los supuestos de suspensión de contrato de trabajo por causas legalmente establecidas, salvo en el supuesto primero del artículo 45.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, que sólo será computable cuando la baja sea acordada por servicios médicos sanitarios oficiales y tenga una duración de menos de veinte días consecutivos».

cuatro meses desde el día de la baja), el art. 22 del CC de la empresa Asociación Benéfica Reto a la Esperanza (100% durante toda la baja).

Algunos convenios reconocen el derecho también en caso de enfermedad profesional y otras contingencias, aunque no en todas «hasta alcanzar el 100% del salario real en los casos de accidente laboral, enfermedad profesional, ingreso hospitalario de al menos 24 horas y maternidad³⁴» y otros solo en los casos de accidente de trabajo y enfermedad profesional³⁵.

2.2.2. Cláusulas que reconocen el mismo complemento en los caso de incapacidad derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional y en los derivados de enfermedad común y accidente no laboral

Es lo que establecen, por ejemplo, el art. 40 del VI CC estatal para centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos (100% de la retribución mensual ordinaria durante los tres primeros meses), el art. 36 del VII CC nacional de colegios mayores universitarios y el art. 69 del VI CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (aunque ambos lo amplían un mes más por cada trienio de antigüedad sin que supere las cinco mensualidades en total). El III CC del baloncesto profesional ACB reconoce el derecho del jugador profesional a cobrar el 100% de sus retribuciones durante todo el periodo de incapacidad temporal, igual que el art. 33 del CC para la actividad de fútbol profesional. El art. 27 del CC del Grupo Ahorro Corporación regula este complemento y además extiende la protección a los casos de suspensión de contrato por maternidad o paternidad (100% por el periodo máximo que establezca la normativa de seguridad social), al igual que hace el art. 59 del CC general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo (diferencia hasta el sueldo que le correspondería de estar prestando sus servicios, y por un máximo de 18 meses) y también el art. 41 del CC de la empresa Philips Ibérica,

³⁴ Art. 49 CC estatal de perfumería y afines.

³⁵ Art. 29 XVI CC nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos.

SAU. Otros convenios solo extienden el derecho a la maternidad³⁶. En otros casos, se exige que haya hospitalización para tener derecho al complemento, independientemente de que la situación se derive de AT, enfermedad profesional o enfermedad común, y no se menciona el accidente común³⁷. El art. 49 del CC para las empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, droguería, perfumería y afines contiene una cláusula poco frecuente pero no excepcional: consagra el derecho a percibir un complemento a la prestación hasta el importe íntegro de sus retribuciones en los casos de incapacidad temporal por enfermedad, y suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, establece el derecho de la empresa a retirar el complemento cuando la cifra individual de absentismo excediera del 4 por ciento de la jornada/hora a trabajar durante un periodo de tres meses naturales. Una regulación parecida en el art. 42 del CC de la empresa «Telefónica On The Spot Services, SAU», en este caso señala que no se tendrán derecho al complemento cuando la cifra individual de absentismo supere el 3% de la jornada/hora a trabajar durante el periodo de tres meses naturales. De manera similar en el art. 37 del CC de la empresa Nuclenor, SA, aunque en este caso la regulación de la pérdida del complemento para los casos de absentismo del conjunto de la empresa es más casuística³⁸. También el art. 49 CC

³⁶ Art. XIII convenio colectivo de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación; Art. 82 XXIV CC de la empresa Repsol Butano, SA.; Art. 22 del CC de la empresa Kraft Foods España Commercial, SL; Art. 20 CC de las empresas Cargill SLU y Cargill Oil Packers, SL; art. 49 III CC de la empresa Centrales Nucleares Almaraz Trillo, AIE.

³⁷ Art. 26 CC estatal para la industria de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho.

³⁸ «No obstante, si el índice de absentismo del año anterior alcanzase en la Empresa el 4 por 100, lo anteriormente dispuesto quedará afectado por las siguientes modificaciones: El primer día de baja por enfermedad no derivada de accidente, si ésta fuera inferior a ocho días y si coincide después de día festivo o de descanso semanal, no será retribuido. Desde el cuarto al vigésimo día dejará de percibir el importe que supone el 15 por 100 del salario regulador de la prestación de Incapacidad Temporal dejado de satisfacer por la Seguridad Social, de conformidad con el Real Decreto 53/1980, de fecha 11 de enero («BOE» número 14, de 16 de enero de 1980). Este descuento sólo se aplicará en la primera situación de Incapacidad Temporal durante el año natural. Se entiende por absentismo, la no presencia del trabajador en el puesto de trabajo. No serán computables a efectos de tal cuantificación los siguientes supuestos: Las ausencias, previa y debidamente justificadas, dentro de lo establecido legalmente, en los siguientes casos: Matrimonio. Nacimiento de hijo o enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad. Traslado de domicilio habitual. Por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber de carácter público o personal. Realización de funciones sindicales

para las empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, droguería, perfumería y afines contiene una cláusula similar.

Entendemos que, a pesar de su falta de concreción, el art. 34 XXII CC de la banca también se integra en esta categoría, al reconocer que «en caso de enfermedad, tendrá derecho a percibir de la empresa durante dieciocho meses, una percepción económica mensual igual al 100% de la que le correspondería como si en dicho periodo estuviera en activo, por aplicación del convenio» está haciendo referencia no solo a los casos de enfermedad sino en general a la incapacidad temporal. Algún convenio recoge, junto al derecho al complemento en todos los casos de incapacidad temporal, la penalización respecto a los incentivos variables solo para el caso de que la incapacidad no se derive de contingencia profesional³⁹.

En definitiva, el reconocimiento del mismo complemento sea cual sea la causa de la incapacidad temporal es una opción usada

o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente. Las trabajadoras o trabajadores, por lactancia de un hijo menor de nueve meses. Las ausencias derivadas de hospitalización. Las ausencias debidas a accidente laboral. Las ausencias ocasionadas por la suspensión de la actividad en caso de riesgo de accidente, cuando así se decrete por la Autoridad laboral o lo decida el propio empresario, sea o no a instancia de los representantes legales de los trabajadores. Los permisos por maternidad o paternidad. Los supuestos de suspensión de contrato de trabajo por causas legalmente establecidas, salvo en el supuesto primero del artículo 45.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, que sólo será computable cuando la baja sea acordada por servicios médicos sanitarios oficiales y tenga una duración de menos de veinte días consecutivos».

³⁹ Art. 30 IV Convenio colectivo de la empresa Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU; «No obstante, ambas partes quieren dejar constancia de que, en aquellos supuestos en los que la Compañía aplicara el denominado incentivo variable, éste podrá verse reducido en función de la aplicación del siguiente sistema: Tanto en las ausencias por enfermedad de un día como en los períodos de baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral, se aplicará una penalización por cada día de baja aplicando la fórmula detallada a continuación: Salario Bruto Reconocido/n.º de jornadas anuales de trabajo = Salario Bruto reconocido diario por jornada. Base diaria de penalización (BDP) = Salario Bruto reconocido diario*20%. Cuantía total anual a descontar = BDP* número de días de baja/ausencia anuales. La cuantía total a descontar se aplicará sobre el incentivo variable anual a percibir por cada empleado. La penalización máxima a aplicar en estos supuestos en ningún caso podrá ser superior al importe total a percibir en concepto de incentivo variable. No obstante lo anterior, para procesos de bajas prolongadas, la Empresa analizará la singularidad de cada caso a estos efectos. No se considerará a estos efectos, la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales».

con frecuencia en nuestra negociación colectiva, aunque con diferentes matices⁴⁰.

2.2.3. Complementos diferenciados para los casos en que la incapacidad derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional de aquellos casos en que derive de enfermedad común o accidente no laboral

Es el tipo de regulación más frecuente, con muy diferentes modalidades, aunque en todas ellas el complemento en los casos de que la incapacidad derive de contingencias profesionales (o maternidad, en algunas ocasiones) es mayor en porcentaje y/o en duración a la derivada de otras contingencias⁴¹, distinguiendo en

⁴⁰ Sin ánimo de exhaustividad, podemos mencionar que también la recoge el art. 56 del CC de la empresa La Verdad Multimedia, SA, el 46 del CC interprovincial de la empresa Renault España, SA.; el art. 54 del CC de la empresa Telefónica Telecomunicaciones Públicas SA; art. 28 CC de la empresa Thissenkrupp Elevadores, SLU; art. 24 CC de la empresa Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas y su personal en España, art. 48 del VIII CC de la empresa Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU; art. 39 CC de la empresa Saint Gobain Pam España, SA; art. 41 CC de la empresa British American Tobacco España, SA; art. 63 CC de la empresa Teka Sanitary Systems, SA; Art. 37 CC de la Fundación Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona; art. 34 CC del Grupo de Empresas JD-Sprinter Megacentros del Deporte, SL y JD Spain Sports Fashion 2010, SL; Ar. 44 CC de las empresas Motorpress Ibérica, SAU y Motorpress Rodale SL; Art. 54 CC de la empresa Sociedad de Prevención de Fremap, SALU, «Prestaciones complementarias por maternidad e incapacidad temporal»; el art. 69 IV CC estatal de prensa diaria; art. 42 CC nacional de prensa no diaria.

⁴¹ Este tipo de cláusulas son sin duda las más frecuentes. *Vid.* sin ánimo de exhaustividad, arts. 18 y 19 de CC estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas, art. 91 I CC marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural, art. 36 III CC para la acuicultura marina nacional, art. 73 II CC estatal de reforma juvenil y protección de menores, art. 54 bis III Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos; art. 46 III CC sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios, art. 55 III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (que solo reconoce el complemento en caso de enfermedad común si hay hospitalización), art. 63 V CC de trabajo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria; art. 54 IV CC estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales; art. 31 V CC de cadenas de tiendas de conveniencia, art. 35 V CC estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales, art. 63 CC de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing); Art. 62 V CC estatal de sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados; art. 105 VI CC general del sector de derivados del cemento; art. 57 V CC estatal del corcho; art. 57 CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio; art. 42 IX CC estatal de entrega domiciliaria; art. 41

algunos casos entre el complemento a percibir en las primeras bajas y en las siguientes⁴².

2.2.4. Otras modalidades

Aunque sean casos aislados, hay algunas cláusulas algo diferentes, como la que establece un complemento para el supuesto de que se acabe el periodo máximo de IT y mientras se resuelve sobre la invalidez⁴³; o bien aquellas que agrupan con un mismo tratamiento la incapacidad laboral derivada de accidente laboral, accidente no laboral, intervención quirúrgica o enfermedad común con internamiento en centro hospitalario (100% de los conceptos salariales), y por otro lado

CC de ámbito nacional para las industrias de turrónes y mazapanes; art. 29 CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocidas; art. 62 CC estatal de las empresas de seguridad; art. 15 CC estatal de pastas, papel y cartón; art. 31 VII CC nacional para las industrias de pastas alimenticias; art. 65 CC del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia; arts. 31 y 32 del CC estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados; Ar. 44 CC estatal de jardinería; art. 23 CC para empresas del sector de harinas panificables y sémolas; art. 34 del CC estatal de gestorías administrativas; art. 56 del CC estatal de estaciones de servicio 2010-2015; art. 43 IX Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado; art. 61 CC estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo; art. 35 XIV CC interprovincial para el comercio de flores y plantas; art. 35 CC de la industria azucarera para el periodo 2013-2014; art. 38 XXII CC nacional de autoescuelas; Art. 143 CC de la empresa Finanzauto, SA; art. 46 CC de la empresa Saint-Gobain Vicasa, SA — domicilio social y delegaciones comerciales—; arts. 32 y 33 CC de la empresa Federación Farmacéutica, SCCL; Art. 33 CC de la empresa Trox España, SA; art. 39 IV CC de la empresa Sintax Logística, SA; art. 23 CC de la empresa Adidas España, SAU; art. 42 CC de la empresa Supermercados Sabeco, SA; art. 52 CC Compañía de Distribución Integral Logística, SA; Art. 18 I CC para el personal de flota de la empresa naviera Ría de Arosa, SA; Art. 9 IV CC de la empresa Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo, SA y sus trabajadores Técnicos de Mantenimiento; art. 51 IV CC de la empresa Roca Corporación Empresarial SA y Roca Sanitario SA; art. 50III CC de la empresa Grupo 20 Minutos SL, art. 36 CC de la empresa BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente para sus centros de trabajo de Gerona, Tarragona y Palma de Mallorca; Sección 1ª cláusula 27ª del V CC de la empresa Vega Mayor SL; Art. 38 CC de la empresa Galletas Siro, SA; art. 21 CC de la empresa Seguros Groupama Seguros y Reaseguros, SAU; arts. 47 y 48 CC de la empresa Fenice Instalaciones Ibérica, SL; art. 47 CC del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL; art. 18 CC de la empresa Duna Tecnic, SA.

⁴² Art. 51 XXI CC estatal de contratistas ferroviarias; art. 78 XIV CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

⁴³ Art. 34 CC del grupo de empresas AXA.

el resto de la causas de incapacidad, en cuyo caso el complemento está condicionado a que el promedio de absentismo anual por enfermedad mas accidente sea inferior al 5%⁴⁴. Algo excepcional es lo recogido en la DA 6^o del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, que se aleja del modelo de complementar las prestaciones en el caso de incapacidades y opta por una medida preventiva de un tipo de enfermedad que el art. 54 2.f) del ET configura como causa de despido disciplinario en el caso de que repercuta negativamente en el trabajo. El mencionado Acuerdo, bajo el título «Lucha contra las toxicomanías» establece lo siguiente: «En el plazo de seis meses a partir de la firma del presente convenio, la CPSE abordará la elaboración y, en su caso, aprobación de un protocolo sobre la prevención de adicciones (droga y alcohol) en el trabajo. El referido protocolo deberá incluir instrumentos de detección y de apoyo a la desintoxicación de la enfermedad».

3. CONCLUSIONES SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA ENFERMEDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Es valorable que la negociación mejore las prestaciones económicas que va a recibir la persona trabajadora en el caso incapacidad temporal, ya que es una mejora asistencia importante con respecto a lo establecido en la legislación. Sin embargo, al no ir acompañada de ninguna previsión con respecto al despido de estas personas es posible que en la práctica esto se convierta en un elemento que provoque que el empresario opte por la extinción de los contratos en lugar de hacer frente a los complementos. A ello coadyuva el hecho de que los complementos solo han de ser satisfechos mientras los contratos estén en vigor, como expresamente se señala en el texto de los convenios.

Por tanto, consideramos necesario que comiencen a incluirse en la negociación colectiva cláusulas que garanticen que el trabajador no va a ser objeto de discriminación por su situación de enfermedad, a pesar de no ser un elemento expresamente mencionado en el art. 14.2 de la CE. En este sentido, podrían incluirse alguna referencia a que el despido del trabajador en situación de incapacidad temporal será nulo si

⁴⁴ Art. 40 CC de la empresa Cemex España, SA.

se efectúa durante el periodo en que está cobrando los complementos asistenciales previstos como mejora convencional.

BIBLIOGRAFÍA

- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria», *Relaciones Laborales*, nº 5, 2007, p. 1143.
- GINÉS I FABRELLAS, G., «La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo. La necesidad de una reforma legislativa ante el inmovilismo jurisprudencial», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n 18/2010.
- GOÑI SEIN, J.L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi, Pamplona, 2016.
- KAHALE CARRILLO, D.: «La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 187, 2016.
- «La regulación jurídica del teletrabajo en España», *Revue Européenne du Droit Social*, núm. 31, 2016, págs. 124-145.
- MANEIRO VAZQUE, Y., «La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación», RME, 2016.
- PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J., «Obesidad, discapacidad y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en RAMÍREZ BENDALA, M.D. (Coord.), *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (III)*, Laborum, Murcia, 2015, pp. 135 y ss.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Despido por enfermedad y discriminación», *Relaciones Laborales*, nº 20, 2008, p. 61.
- RUIZ CASTILLO, M.M., «La última modificación legal del despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en la reforma de 2012», *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, p. 209 y ss.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «Discriminación laboral por enfermedad», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 866, 2013.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D., «Las reformas llevadas a cabo en el régimen jurídico del despido por la reforma laboral de 2012», *Relaciones Laborales*, nº 19-20, 2012.

Capítulo Decimotavo
LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN
DE APARIENCIA FÍSICA
M^a TERESA VELASCO PORTERO

SUMARIO

1.– PODER DE DIRECCIÓN, APARIENCIA FÍSICA Y DISCRIMINACIÓN. EL CASO PARTICULAR DE LA OBESIDAD Y EL SOBREPESO. 2.– LA APARIENCIA FÍSICA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. – BIBLIOGRAFÍA.

1. PODER DE DIRECCIÓN, APARIENCIA FÍSICA Y DISCRIMINACIÓN. EL CASO PARTICULAR DE LA OBESIDAD Y EL SOBREPESO

La apariencia física es un factor que, de manera explícita o implícita, tiene influencia tanto en el momento de la selección del trabajador como en el desarrollo o incluso en la extinción de la relación laboral. Hay que tener en cuenta que es uno de los elementos que más peso tienen en la conformación de los llamados «estereotipos», que la RAE define como «Imagen o idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable» y que nos permiten a los seres humanos formarnos una idea a priori del grupo social o económico al que pertenece una persona, e incluso de características de su personalidad. La aplicación de alguno de estos estereotipos, inevitables desde un punto de vista psicológico, puede tener como consecuencia un trato discriminatorio sobre determinado grupo de personas¹. Por otra es relativamente frecuente que la empresa imponga una uniformidad a las personas trabajadoras, o el uso o prohibición de cierto tipo de elementos (como maquillaje, tatuajes, tacones, barba...) o incluso que vaya más allá y la imposición o la prohibición tenga que ver con características físicas inmanentes a la persona (como tener un determinado peso, o una apariencia juvenil, o una estatura mínima).

A pesar de la importancia del tema, la realidad es que en nuestro país no hay ni corpus normativo que se ocupe expresamente de ello, ni

¹ KAHALE CARRILLO, D.: «La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales», Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 187, 2016.; KAHALE CARRILLO, D.: «La regulación jurídica del teletrabajo en España», Revue Européenne du Droit Social, núm. 31, 2016, págs. 124-145.

tampoco un corpus de categorías científicas al respecto con suficiente relevancia². Sin embargo, podemos señalar algunas cuestiones generales que nos darán la clave para la solución de conflictos en este ámbito.

La primera de ellas es que el aspecto físico puede ser en sí mismo un requisito profesional para el ejercicio de ciertas tareas. En este sentido, el empresario privado es libre de contratar a la persona que estime más oportuna, no está sujeto a los principios de mérito y capacidad que rigen para la administración pública. Ahora bien, esta libertad de contratación no puede suponer discriminación. Esto significa que no se pueden establecer requisitos o llevar a cabo prácticas que provoquen un impacto desfavorable sobre determinados grupos sociales. Sin embargo, en estos casos el impacto desfavorable podría justificarse si la medida adoptada es necesaria para satisfacer un interés legítimo ajeno a toda consideración discriminatoria³.

En segundo lugar, es importante tener en cuenta que el uso del estereotipo por sí mismo no es discriminatorio, pero sí lo es la adscripción de la persona a una categoría a la que se le otorga una posición sociojurídica de inferioridad. El empresario puede defender su decisión argumentando que el rasgo distintivo utilizado para la diferencia de trato no ha sido en virtud de dicha categoría sociojurídica, sino que constituye una circunstancia objetiva de carácter neutro que tiene relevancia laboral directa y que es ajena a la discriminación: es el caso de aquellos supuestos en que proyectar una determinada imagen es parte esencial de la tarea. Por ejemplo, sería aplicable al trabajo de modelo de la campaña publicitaria de una empresa, pero no ampararía al caso de prestar servicios en dicha empresa⁴. En este sentido, recordemos que tanto el Derecho comunitario como nuestra LOI excluyen del concepto de discriminación las diferencias de trato basadas en «una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional

² Como ha puesto de manifiesto ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», Trabajo y Derecho, nueva revista de actualidad y relaciones laborales, nº 10/2015, p. 58.

³ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «Aspecto del trabajador...», *op. cit.*, p. 63.

⁴ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *op. cit.*, p. 67.

esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado»⁵.

Por otra parte, a efectos de argumentar un impacto desfavorable de la medida en determinados colectivos no es lo mismo que el requisito que se exija al trabajador sea fácilmente reversible (ropa, largo de pelo, usar o no determinadas joyas o complementos) a que se trate de algo que no lo sea (como el tener determinadas medidas). Si el requisito es reversible a priori se puede considerar que no existe tal impacto desfavorable; sin embargo, habrá que atender a que la exigencia no suponga un trato denigrante o contrario a la dignidad, con independencia del posible interés económico del empresario⁶.

De esta manera, podemos afirmar que con carácter general es admisible que el empresario imponga determinada estética o uniformidad a los trabajadores, e incluso que esta estética sea diferenciada para hombres y para mujeres, con la salvedad anteriormente señalada.

Por último, es interesante hacer referencia a un aspecto concreto de la apariencia física que ya había sido objeto de atención por la doctrina norteamericana y canadiense y recientemente está llegando a nuestro país; nos referimos a la cuestión del sobrepeso y la obesidad⁷, que numerosos estudios relacionan con estereotipos y prejuicios perjudiciales para las personas que los sufren⁸.

Aunque haya pasado relativamente desapercibido en el ámbito laboral, la ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, establece en su art. 37 una prohibición de discriminación por razón de sobrepeso u obesidad⁹. Se trata de una cuestión a tener muy

⁵ Art. 5 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁶ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *op. cit.*, pp. 69 y 72.

⁷ En este sentido, *vid.* los interesantes trabajos de RIVAS VALLEJO, P.: «¿Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?» IUSlabor, 1/2015, pp. 1-29, y PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J.: «Obesidad, discapacidad y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en RAMÍREZ BENDALA, M.D. (Coord.): Buenas prácticas jurídico-procesales para reducir el gasto social (III), Laborum, 2015, pp. 135-151.

⁸ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *op. cit.* p. 79.

⁹ Artículo 37 Prohibición de discriminación. 1. Está prohibida cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sobrepeso u obesidad. 2. Se considera discriminación directa por esta razón, la situación en la que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sobrepeso, de manera menos favorable que otra en situación comparable. 3. Se considera discriminación indirecta, por esta razón, la situación

en cuenta ante posibles reclamaciones por actos empresariales fundados en estos motivos, puesto que le da entidad propia a este factor de discriminación que no está expresamente contemplado en nuestra Constitución ni en nuestro Derecho comunitario.

Por otra parte, no podemos desconocer el reciente acercamiento que ha efectuado el TJUE entre el concepto de obesidad y el de discapacidad, lo que da lugar a que cuando la obesidad reúne determinados requisitos se equipare a la discapacidad y sea objeto de la misma protección antidiscriminatoria que esta última¹⁰.

2. LA APARIENCIA FÍSICA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Aunque es relativamente frecuente que las empresas impongan un protocolo indumentario a las personas trabajadoras, dichos protocolos no suelen aparecer en el texto de los convenios colectivos. A pesar de ello, es posible encontrar alguna indicación generalista que respeta los límites expuestos en el apartado anterior, por lo que no supone discriminación. Es el caso por ejemplo de lo dispuesto en el art. 11.3 IV CC de la empresa Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo, SA y sus trabajadores Técnicos de mantenimiento: «Imagen personal. Los trabajadores de uniforme en su condición de imagen pública de la empresa estarán obligados a mantener una presencia adecuada. Si

en la que una disposición, criterio o práctica, aparentemente, neutros pone a las personas con sobrepeso u obesidad en desventaja particular con respecto al resto de personas, 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. 4. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sobrepeso u obesidad. 5. Los actos y cláusulas, que constituyan o causen discriminación por razón de sobrepeso u obesidad, se considerarán nulos y sin efecto. 6. Los poderes públicos adoptarán medidas específicas, a favor de las personas con sobrepeso u obesidad, para corregir situaciones patentes de desigualdad, así como medidas de intervención y fomento para la prevención y tratamiento de la obesidad, especialmente, de la obesidad infantil y de otros trastornos alimentarios.

¹⁰ Según la STJUE 18-12-14 (Asunto C-354/13) la obesidad debe reunir las siguientes características para equipararla a la discapacidad: 1. Que exista un grado de obesidad que pueda ser indicio de un trato peyorativo, al interactuar con diversas barreras, y de impedir la participación plena de quien la sufre en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, con independencia de su causa. 2. Que limite o impida la realización de las tareas propias de la profesión 3. Que sea de larga duración (*Vid.* PEREZ-BENEYTO ABAD, J.J. *op. cit.*, p. 148).

no fuera así se considerará como falta sujeta a calificación y sanción con la gravedad establecida en el Capítulo de Faltas y Sanciones de este Convenio».

Es evidente que este tema es uno de los nuevos retos de la negociación colectiva, teniendo en cuenta la práctica inexistencia de referencias y la importancia creciente que tiene la imagen en nuestra sociedad. Sería interesante tener en cuenta para ello el importante corpus doctrinal y jurisprudencia norteamericano y canadiense, tanto por su cuidada fundamentación como por la probabilidad de que con la globalización se extiendan a nuestro país problemas sociolaborales que en este momento ya son una realidad en Estados Unidos.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», Trabajo y Derecho, nueva revista de actualidad y relaciones laborales, nº 10/2015, p. 58.
- KAHALE CARRILLO, D.: «La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 187, 2016.
- «La regulación jurídica del teletrabajo en España», *Revue Européenne du Droit Social*, núm. 31, 2016, págs. 124-145.
- PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J., «Obesidad, discapacidad y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en RAMÍREZ BENDALA, M.D. (Coord.), *Buenas prácticas jurídico-procesales para reducir el gasto social (III)*, Laborum, 2015, pp. 135-151.
- RIVAS VALLEJO, P. «¿Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?» *IUSLabor*, 1/2015, pp. 1-29.

Capítulo Decimonoveno
LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIGEN RACIAL O
ÉTNICO Y LA DISCRIMINACIÓN
POR MOTIVOS RELIGIOSOS
M^a TERESA VELASCO PORTERO

SUMARIO

1.- EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO COMUNITARIO DE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIGEN RACIAL O ÉTNICO. 2.- LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIGEN RACIAL O ÉTNICO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 3.- LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS O DE CONVICCIONES. – BIBLIOGRAFÍA.

1. EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO COMUNITARIO DE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIGEN RACIAL O ÉTNICO

La raza es una de las causas de discriminación expresamente prohibidas por el art. 14.2 de la CE¹; asimismo, tras la reforma operada por el Tratado de Amsterdam el antiguo art. 13 del TCE (hoy art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) introdujo una cláusula a favor de la lucha contra las discriminaciones entre por motivo de origen racial o étnico, entre otras. El contenido de esta base jurídica tiene un carácter promocional de la igualdad, que supone una obligación positiva de hacer para los Estados² y está en la base de la aprobación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. El art. 11 de esta Directiva implica a empresarios y organizaciones en la lucha contra la discriminación racial en las empresas³ y su transposición a nuestro ordenamiento por medio

¹ Sobre las causas de discriminación, *vid.* in extenso FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto», en GARCÍA MURCIA, J. (Coord.): Jornada sobre igualdad y no discriminación en el mundo laboral, Gobierno del Principado de Asturias, 2008, pp. 43 y ss.

² MIRANDA BOTO, J.M.: Las competencias de la Comunidad Europea en materia social, Aranzadi, 2009, p. 413.

³ «Artículo 11. Diálogo social. 1. Los Estados miembros, con arreglo a sus respectivas tradiciones y prácticas, adoptarán las medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre los interlocutores sociales, a fin de promover la igualdad de trato entre otras vías mediante el control de las prácticas en el lugar de trabajo, convenios colectivos, códigos de conducta, la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas.

2. Siempre que ello sea coherente con sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, los Estados miembros fomentarán entre empresarios y trabajadores, sin perjuicio de su autonomía, la celebración en el nivel correspondiente de convenios que establezcan

de los artículos 27 a 43 de la ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (que modificó entre otras normas varios artículos del ET) se refiere expresamente al fomento de la igualdad en la negociación colectiva, estableciendo que «Los convenios colectivos podrán incluir medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual»⁴. A pesar de la importancia que este tipo de discriminaciones han ido adquiriendo en nuestro país a raíz primero del incremento de la inmigración producido en la década de los 90 y hasta el inicio de la crisis y más recientemente a raíz de los atentados vinculados al terrorismo islamista, la negociación de medidas dirigidas a combatirlas no ha pasado de ser una mera posibilidad, ya que no se incluyen en el deber de negociar medidas de igualdad que el art. 85 ET restringe tan solo a las dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral⁵.

2. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIGEN RACIAL O ÉTNICO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En congruencia con el escaso desarrollo que ha efectuado nuestro legislador de este tema⁶ e incluso de la escasa conciencia que existe

normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el artículo 3 que entren dentro de las competencias de la negociación colectiva. Estos convenios respetarán los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de desarrollo.» De entre los ámbitos mencionados en el art. 3 de la Directiva hay varios que tienen que ver con las relaciones laborales, y son los siguientes: «a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional; b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración».

⁴ Art. 42 Ley 62/2003.

⁵ KAHALE CARRILLO, D.: «La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales», Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 187, 2016.

KAHALE CARRILLO, D.: «La regulación jurídica del teletrabajo en España», Revue Européenne du Droit Social, núm. 31, 2016, págs. 124-145.

⁶ No existe un marco social antidiscriminatorio en España por lo que se refiere al racismo (PAJARES, M.: «Discriminación racial y políticas antidiscriminatorias», en La discriminación racial. Propuestas para una legislación antidiscriminatoria en España, Icaria, 2003, p. 32).

en nuestra sociedad de este problema (puesto que negamos recurrentemente ser racistas), las referencias a esta causa de discriminación en los convenios colectivos analizados son prácticamente anecdóticas. En algún caso se dice que en la promoción se «atenderá a los principios de igualdad y capacidad sin distinción de raza ni sexo»⁷, en otros se menciona dentro de las prohibiciones de discriminación en materia de selección de personal: «La selección se efectuará según recoge la postura de Bridgestone ante los derechos humanos respetando el principio de no discriminación por motivos de raza, etnia, nacionalidad, sexo, edad, idioma, religión, credo, condición social, discapacidad, o cualquier otro factor relacionado»⁸. Otros convenios se refieren a la raza dentro de las cláusulas generales antidiscriminatorias: «Las partes firmantes del presente Convenio Colectivo asumen el compromiso de promover el principio de igualdad de oportunidades en el trabajo, a tal efecto y en la medida de lo posible, se promoverán prácticas y conductas encaminadas a favorecer la igualdad y la conciliación de la vida laboral y familiar y evitar cualquier situación de discriminación de las empleadas y empleados, por razones de sexo, estado civil, edad, raza, nacionalidad, condición social, ideas políticas y religiosas, afiliación o no a un sindicato, por razón de lenguaje o idioma, discriminaciones físicas, psíquicas o sensoriales respecto de las personas que se hallaren en condiciones de aptitud para desarrollar el trabajo y/o ejecutar las tareas que sean procedentes»⁹. También nos encontramos con alguna referencia en la regulación de las funciones de la Comisión Paritaria¹⁰.

Llama la atención por preocuparse de manera más específica de esta cuestión el V CC del Grupo Eroski (CECOSA Supermercados, SA, Vegonsa Agrupación Alimentaria, SA —VEGALSA—, Vego Supermercados, SA, Mercash-Sar, SL, CENCO, SA y Supermercados PICABO, SLU):

⁷ Art. 12 CC de la empresa control y montajes industriales CYMI, SA.

⁸ Art. 13 XVI CC de la empresa Bridgestone Hispania, SA (delegaciones).

⁹ DA 2ª CC I Convenio colectivo para el personal de flota de la empresa Naviera Ría de Arosa, S.A. En términos similares y a título de ejemplo la DA 2ª CC del Grupo de empresas Cetelem (Banco Cetelem, SA; Cetelem Gestión, AIE; Cetelem Servicios Informáticos, AIE; Fimestic Expansión, SA, y Euro Crédito Establecimiento Financiero de Crédito, SA); También el art. 10 CC de la empresa Essilor España, S.A.; art. 48 V CC de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales; art. 1 CC del sector de granjas avícolas y otros animales.

¹⁰ Art. 8 XXI CC Contratas Ferroviarias.

«Art. 66. *Inmigrantes y minorías étnicas. 1. Compromiso: Grupo Eroski declara inaceptables los actos y comportamientos de discriminación racista, xenófoba y formas conexas de intolerancia en general, y específicamente contra los/as trabajadores/as inmigrantes y/o minorías étnicas que formen parte de esta organización, para lo cual manifiesta su compromiso con la promoción del respeto por la diversidad y la interacción multicultural, garantizando la aplicación a estos colectivos de igualdad de condiciones laborales, derechos y libertades que para el resto de trabajadores en todas aquellas materias que afecten a su relación laboral, especialmente en las referidas a formas y tipos de contratación, retribuciones, prevención y seguridad, clasificación y promoción, formación, y derecho a prestaciones sociales. 2. Gestión de la Diversidad: De tal forma, la gestión de la diversidad es parte integrante de la política de gestión de personas del Grupo Eroski, con el objetivo de crear una cultura empresarial en la cual cada persona trabajadora, sin distinción alguna, pueda desarrollar plenamente sus cualidades. Por ello, en consideración con las necesidades socio-culturales y familiares específicas de estos grupos, y en aras de posibilitar su plena integración laboral y su adaptación al entorno social, desde la organización se asume un papel de facilitador socio-laboral y mediador intercultural que vele para que las personas pertenecientes a estas minorías étnicas o colectivos de inmigrantes que se incorporen, tengan el apoyo necesario y la ayuda precisa para concluir con éxito su adaptación a la dinámica de la empresa y la sociedad. Adicionalmente, con carácter general y en la medida en que sean compatibles con la organización del trabajo, se implantarán en la empresa aquellas Buenas Prácticas y Recomendaciones que a tal efecto se aprueben en el Grupo de Trabajo de No Discriminación, Discapacitados e Inmigrantes de la Asociación Española del Pacto Mundial de Naciones Unidas, del cual Grupo Eroski forma parte y participa activamente».*

3. LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS O DE CONVICCIONES

3.1. La discriminación por motivos religiosos o convicciones en la Constitución, en el Derecho comunitario y en el Estatuto de los Trabajadores

Con muchos puntos en común con la causa anteriormente expuesta, la discriminación por motivos de religión o convicciones ha cobrado una importancia creciente en la última década, en que los atentados islamistas radicales y la crisis de los refugiados están teniendo como consecuencia una ola de antislamismo en Europa y también en nuestro país. Es una de las causas de discriminación prohibidas por el art. 14.2 de la CE, y también uno de los ámbitos de lucha contra la discriminación previstos en el art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 13 TCE). Ha sido desarrollado por medio 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, cuyo art. 1 establece que su objeto es «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato». Su transposición también se produjo por medio de la ley 62/2003, de forma tal que el actual art. 4.2.c ET establece que los trabajadores tienen derecho «A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de (...) religión o convicciones (...)».

3.2. Tratamiento convencional de este factor de discriminación

A pesar de ello, podemos afirmar que la negociación colectiva estatal está muy poco sensibilizada con este tema¹¹, ya que solo encon-

¹¹ Vid. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «Globalización económica y regulación colectiva de las condiciones de trabajo», en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.): Observatorio de negociación colectiva: Empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización, CINCA, Madrid, 2010, pp. 425 y ss.; HIERRO HIERRO, J.: «Inmigración y mercado de trabajo: cuestiones conflictivas», en ROSSELL, J. (Coord.): Aspectos sociales y jurídicos de la inmigración musulmana en Extremadura, Dykinson, Madrid, 2012.

tramos menciones en las cláusulas generales ya referidas al hilo del origen racial o étnico¹² al margen de alguna otra en cuanto la regulación de las funciones de la comisión de igualdad¹³ o bien en lo relativo a la selección de personal¹⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «Globalización económica y regulación colectiva de las condiciones de trabajo», en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.), *Observatorio de negociación colectiva: Empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, CINCA, Madrid, 2010, pp. 425 y ss.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto», en GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Jornada sobre igualdad y no discriminación en el mundo laboral, Gobierno del Principado de Asturias*, 2008, pp. 43 y ss.
- HIERRO HIERRO, J.: «Inmigración y mercado de trabajo: cuestiones conflictivas», en ROSSELL, J. (Coord.), *Aspectos sociales y jurídicos de la inmigración musulmana en Extremadura*, Dykinson, Madrid, 2012.
- KAHALE CARRILLO, D.: «La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 187, 2016.
- «La regulación jurídica del teletrabajo en España», *Revue Européenne du Droit Social*, núm. 31, 2016, págs. 124-145.
- MIRANDA BOTO, J.M.: *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Aranzadi, 2009, p. 413.
- PAJARES, M.: «Discriminación racial y políticas antidiscriminatorias», en *La discriminación racial. Propuestas para una legislación antidiscriminatoria en España*, Icaria, 2003, p. 32.

¹² Art. 13 XVI CC de la empresa Bridgestone Hispania, SA (delegaciones); DA 2^a I CC para el personal de flota de la empresa Naviera Ría de Arosa, SA. En términos similares la DA 2^a CC del Grupo de Empresas Cetelem (Banco Cetelem; Cetelem Gestión AIE; Cetelem Servicios Informáticos, AIE; Fimestic Expansión, SA y Eurocrédito Establecimiento Financiero de Crédito, SA); también el art. 10 CC de la empresa Essilor España, SA; art. 48 V CC de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales; art. 1 CC del sector de granjas avícolas y otros animales.

¹³ Art. 8 CC Contratas Ferroviarias.

¹⁴ Art. 13 XVI CC de la empresa Bridgestone Hispania, SA (delegaciones).

Capítulo Vigésimo

**LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS SINDICALES EN LOS
CONVENIOS COLECTIVOS**

DJAMIL TONY KHALE CARRILLO

SUMARIO

1.- LA VISIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD SINDICAL. 2.- EL DESARROLLO DEL CONTENIDO DE LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS SINDICALES EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS. 3.- PROPUESTAS PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. – BIBLIOGRAFÍA.

1. LA VISIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD SINDICAL

La libertad sindical constituye una de las piezas fundamentales del sistema de relaciones laborales propio del Estado social y democrático de derecho. La Constitución Española (CE)¹ configura la libertad sindical como un derecho fundamental, al indicar en el artículo 28.1 que «todos tienen derecho a sindicarse libremente [...]». Este carácter de derecho fundamental viene reconocido en el texto legal de la CE, al insertarla en el Título I, Capítulo 2.º, Sección 1.ª, con la protección otorgada por el artículo 53². La libertad sindical se configura como uno de los pilares básicos y piezas clave del sistema de relaciones laborales español, al ser España un Estado social y democrático de derecho, que propugna la libertad y la igualdad como uno de los valores esenciales que inspira su ordenamiento jurídico³.

¹ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

² Art. 53 CE: «1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

³ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *Las conductas lesivas de la Libertad Sindical*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, Madrid, 1994, pág. 25.

El Tribunal Constitucional, en relación al mencionado precepto, ha manifestado que es «meramente ejemplificativo, con la consecuencia de que la enumeración expresa de los derechos concretos que integran el genérico de la libertad sindical no agota, en absoluto, el contenido global o total de dicha libertad»⁴. La libertad sindical es un derecho atribuido constitucionalmente a los trabajadores asalariados, así como a los sindicatos resultantes de su ejercicio⁵. El genérico y ambiguo alcance de esta norma regulada en el artículo 28.1, proveniente de la incorporación del pronombre «todos»⁶ a la estructura gramatical de la norma, es objeto de especificación legislativa. Interpretándose que son todos los trabajadores tienen el «derecho de sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales», como lo establece el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical⁷.

Que la titularidad y el ejercicio de la libertad sindical se atribuyen a los trabajadores por cuenta ajena no impide, por otra parte, que el

⁴ SSTC 23/83, de 25 de marzo, posteriormente se reitera este criterio en las sentencias 61/89, de 3 de abril; 94/95, de 19 de junio; 127/95, de 25 de julio; 168/96, de 29 de octubre.

⁵ Al respecto véase TÁRRAGA POVEDA, J.: *El Sindicato como Empleador. Estudio jurídico de las relaciones de trabajo en el interior del sindicato*, CES, Madrid, 2002.

⁶ «La exigencia constitucional, en cualquier caso, de que la interpretación del artículo 28.1 CE, y del mencionado término todos, en cuanto norma relativa a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se efectuará «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10.2 CE). Y —se apunta— señalados tratados ratificados por nuestro país (Carta Social Europea, parte II, art. 5, y Convenios 87 y 98 de la OIT) regulan la libertad sindical como categoría comprensiva específicamente de los empleadores o empresarios», en PALOMEQUE LÓPEZ, M.: «Sobre la libertad sindical de los empresarios», *Documentación Laboral*, núm. 17, 1985, pág. 35.

⁷ BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1985. Art. 1: « 1. Todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales.

2. A los efectos de esta Ley, se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas.

3. Quedan exceptuados del ejercicio de este derecho los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar.

4. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 127.1 de la Constitución, los Jueces, Magistrados y Fiscales no podrán pertenecer a sindicato alguno mientras se hallen en activo.

5. El ejercicio del derecho de sindicación de los miembros de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que no tengan carácter militar, se regirá por su normativa específica, dado el carácter armado y la organización jerarquizada de estos Institutos ».

sistema normativo pueda contemplar razonablemente la inclusión en la titularidad del derecho de categorías de sujetos afines, distintos de los trabajadores asalariados o por cuenta ajena. De los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio, que no sean autoempleados, disponen del derecho general de afiliación al sindicato de su elección, dado que podrán afiliarse a las organizaciones sindicales legalmente constituidas; pero no así del derecho de fundación de sindicatos de categoría que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica. El sentido de esta inclusión constitutiva dentro de la titularidad del derecho de libertad sindical no es otro que la posición socioeconómica semejante que exhiben trabajadores asalariados y autónomos no empleadores⁸.

Como se ha dicho la libertad sindical se encuentra reconocida en el artículo 28.1 del Texto Fundamental, leído este artículo junto a otras medidas de acción sindical atribuidas a las instituciones sindicales, como es la negociación colectiva y la adopción de medidas de conflicto colectivos, atribuidos en el artículo 37 de la CE, y «la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios», a los sindicatos, amparados por el artículo 7 de la CE, «desemboca igualmente en un modelo de estrecha vinculación de la libertad sindical con el ámbito genuino de las relaciones laborales y, por tanto, indisolublemente unida con el trabajo asalariado [...] cualquier intento expansivo del ámbito subjetivo de la libertad sindical, incorporado a situaciones diferentes al trabajo subordinado, conduciría a desvirtuar e incluso a desnaturalizar la significación jurídica de la libertad sindical como derecho constitucional; una ampliación en exceso de la libertad sindical como derecho constitucional desembocaría en una pérdida de identidad jurídica y, en última instancia, a un debilitamiento del alcance de un reconocimiento constitucional en relación con una colectividad de trabajadores que se integran en la actividad productiva con rasgos comunes bastantes señalados y que ocupan una posición bien definida en el mercado de trabajo»⁹. La esfera sindical se vincu-

⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, M.: «El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2000, pág. 431.

⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: «La tutela colectiva por los trabajadores autónomos de sus intereses profesionales», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2000, pág. 542.

la exclusivamente con aquellas formas de organización y tutela que adopten los trabajadores¹⁰.

Un punto importante a destacar en el ámbito constitucional, es el artículo 9.2 al señalar que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Este precepto conduce a los poderes públicos que otorguen a dichas asociaciones un tratamiento preferente, promoviendo las condiciones para que esa libertad e igualdad sean reales y efectivas¹¹.

2. EL DESARROLLO DEL CONTENIDO DE LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS SINDICALES EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Resulta lamentable que existan escasos convenios colectivos que hagan referencia a la discriminación por motivos sindicales. No obstante, un porcentaje de aquellos la incluyen de manera genérica¹², al

¹⁰ SANGUINETI RAYMOND, W.: *Lesión de la libertad sindical y comportamientos anti-sindicales. Estudio de la estructura y el contenido del juicio de antisindicalidad*. Informes y Estudios, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, pág. 123.

¹¹ OJEDA AVILÉS, A.: «Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical», en AA.VV. (Coord. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.): *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 36.

¹² Art. 86 Resolución de 30 de julio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos; art. 78 Resolución de 4 de julio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo; Disposición adicional segunda I Convenio colectivo para el personal de flota de la empresa Naviera Ría de Arosa, S.A.; Disposición adicional segunda Convenio colectivo del Grupo de empresas Cetelem (Banco Cetelem, SA; Cetelem Gestión, AIE; Cetelem Servicios Informáticos, AIE; Fimestic Expansión, SA, y Euro Crédito Establecimiento Financiero de Crédito, SA); art. 64 Convenio colectivo de prestaciones de servicios auxiliares concretos y específicos a empresas; art. 45 Convenio colectivo de Jedeacux España SLU; Disposición adicional primera Convenio colectivo de Hero España, SA; art. 13 XVI Convenio colectivo de la empresa Bridgestone Hispania, SA (delegaciones), que fue suscrito con fecha 18 de julio de 2014; 2. X Convenio colectivo de la empresa Red Eléctrica Española, SAU, que fue suscrito, con fecha 24 de abril de 2014; art. 51 Convenio colectivo de la empresa Uniprex, S.A.U., que fue suscrito, con fecha 14 de marzo de 2013.

señalar, por una parte, que la interlocución y las relaciones sociales en la empresa habrán de estar presididas por el respeto de los principios de igualdad y no discriminación de los representantes legales de los trabajadores¹³. Por otra, al disponer que ningún trabajador podrá ser discriminado en razón de su afiliación sindical¹⁴.

Por último, al hacer mención a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹⁵, en señalar que las partes firmantes del convenio colectivo asumen el compromiso de promover el principio de igualdad de oportunidades en el trabajo, a tal efecto y en la medida de lo posible, se promoverán prácticas y conductas encaminadas a favorecer la igualdad y la conciliación de la vida laboral y familiar y evitar cualquier situación de discriminación de empleados, por ideas políticas y religiosas, afiliación o no a un sindicato, entre otras¹⁶.

De manera taxativa, algún convenio señala que las empresas respetaran el derecho de todos los trabajadores a sindicarse libremente; por lo que no podrán supeditar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie o renuncie a su afiliación sindical, y tampoco despedir a un trabajador o perjudicarlo de cualquier otra forma a causa de su afiliación o actividad sindical¹⁷. De igual manera, ningún trabajador podrá ser discriminado por razón de su afiliación sindical¹⁸, pudiendo

¹³ Art. 78 Resolución de 4 de julio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo.

¹⁴ Art. 64 Convenio colectivo de prestaciones de servicios auxiliares concretos y específicos a empresas.

¹⁵ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

¹⁶ Disposición adicional segunda I Convenio colectivo para el personal de flota de la empresa Naviera Ría de Arosa, S.A.

¹⁷ Art. 45 Convenio colectivo de Jcdeacux España SLU.

¹⁸ Art. 34 Resolución de 25 de junio de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para el comercio de mayoristas distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos; art. 68 Resolución de 23 de noviembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para las empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, droguería, perfumería y afines; art. 71 Resolución de 20 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad; art. 52.2 Convenio colectivo de la empresa Finanzauto, S.A., 2012; art. 43 Convenio Colectivo de la empresa Noroto, S.A., que fue suscrito con fecha 17 de noviembre de 2010; art. 45 Convenio colectivo de Jcdeacux España SLU.

expresar con libertad sus opiniones; así como publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social comunicándolo al empresario¹⁹.

De manera indirecta, algún convenio colectivo lo dispone en el artículo dedicado a la discriminación al señalar «cualquier otro factor relacionado», por lo que se intuye que entrará la discriminación por motivos sindicales²⁰. Asimismo, se protegen los actos abusivos o discriminatorios, tendentes a menoscabar la libertad sindical de los trabajadores en relación a su empleo²¹.

Otros convenios, sin embargo, por una parte, disponen que serán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio en general de actividades sindicales²². Por otra, señalan la discriminación para su promoción²³, al mencionar que las empresas no podrán despedir a un trabajador, ni discriminarle en su promoción, tanto económica como profesional, o perjudicarlo de cualquier forma, por motivo de su afiliación o actividad sindical²⁴. Por

¹⁹ Art. 86 Resolución de 30 de julio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos.

²⁰ Art. 13 XVI Convenio colectivo de la empresa Bridgestone Hispania, SA (delegaciones), que fue suscrito con fecha 18 de julio de 2014.

²¹ 2. X Convenio colectivo de la empresa Red Eléctrica Española, SAU, que fue suscrito, con fecha 24 de abril de 2014.

²² Art. 51 Convenio colectivo de la empresa Uniprex, S.A.U., que fue suscrito, con fecha 14 de marzo de 2013.

²³ Art. 26 Resolución de 26 de abril de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas; art. 52.1 Convenio colectivo de la empresa Finanzauto, S.A., 2012; III.5 Convenio colectivo de la empresa 3M España, SA, que fue suscrito, con fecha 21 de diciembre de 2012; art. 43 Convenio Colectivo de la empresa Noroto, S.A., que fue suscrito con fecha 17 de noviembre de 2010; Art. 45 Convenio colectivo de Jcdeacux España SLU; 2. X Convenio colectivo de la empresa Red Eléctrica Española, SAU, que fue suscrito, con fecha 24 de abril de 2014.

²⁴ Art. 26 Resolución de 26 de abril de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas.

consiguiente, no se podrá despedir a un trabajador o perjudicarlo de cualquier otra forma a causa de su afiliación o actividad sindical²⁵.

En cuanto a las excedencias sindicales²⁶, algún convenio señala que el personal con antigüedad de tres meses que ejerza o sea llamado a ejercer un cargo sindical en los órganos de gobierno de régimen local, comarcal, provincial, autonómico o nacional de una central sindical que haya firmado el convenio, tendrá derecho a una excedencia forzosa por el tiempo que dure el cargo que la determina. Para acceder a este derecho, el trabajador deberá acompañar a la comunicación escrita a la empresa, el certificado de la central sindical correspondiente en el que conste el nombramiento del cargo sindical de gobierno para el que hay sido elegido. No obstante, el trabajador excedente forzoso tiene la obligación de comunicar a la empresa, en un plazo no superior al mes, la desaparición de las circunstancias que motivaron su excedencia; en caso de no efectuarla en dicho plazo, perderá el derecho al reingreso. El reingreso será automático y obligatorio y el trabajador tendrá derecho a ocupar una plaza del mismo grupo, lugar y puesto de trabajo que ostentaba antes de producirse la excedencia forzosa.

El régimen disciplinario, se hace patente en el expediente a los representantes de los trabajadores, al disponer que en el supuesto de imputarse a aquellos, en su caso, presunta falta de carácter grave o muy grave que pudiera ser constitutiva de sanción, de acuerdo a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores²⁷, se procederá a la apertura de un expediente laboral contradictorio en el que se dará trámite de audiencia, previa, además de al interesado, a los restantes si los hubiera delegados de personal²⁸.

En relación a la inmunidad sindical, algún convenio establece que ningún miembro del comité de centro, delegado de personal o delegado sindical, podrá ser despedido, sancionado, trasladado de centro o cambiado de puesto durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a su cese siempre que el despido, la sanción, el traslado

²⁵ Art. 45 Convenio colectivo de Jdeacux España SLU.

²⁶ Resolución de 26 de marzo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento.

²⁷ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

²⁸ Art. 19 Convenio colectivo de la empresa compañía española de petróleos del atlántico, S.A.

o cambio de puesto se basen en la actuación del trabajador en el ejercicio legal de su representación. Si el cese fuese debido a dimisión, la duración de la inmunidad sindical comprenderá un tiempo igual al de su permanencia en el cargo, sin rebasar el año²⁹.

Los cesados por revocación, quedaran, asimismo, garantizados con la misma inmunidad sindical de los que cesan voluntariamente y con la limitación de que en los cuatros años previstos para el mandato del comité o delegados de personal, solamente quedarán incluidas dentro de la inmunidad sindical tantas revocaciones como el doble de miembros tenga el comité. Si el despido o cualquier otra sanción por supuestas faltas graves o muy graves obedecieran a otras causas, deberá tramitarse expediente contradictorio en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de centro o restantes delegados de personal, y el delegado del sindicato al que pertenezca, en el supuesto de que se haya reconocido como tal en la empresa.

3. PROPUESTAS PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A continuación se presentan las propuestas para la negociación colectiva contra la discriminación por motivos sindicales:

- a) Fomentar la presencia de la figura del agente para la igualdad de oportunidades en las mesas de negociación.
- b) Establecer cláusulas que señalen el derecho de todos los trabajadores a sindicarse libremente; especificando que no podrán supeditar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie o renuncie a su afiliación sindical.
- c) Señalar cláusulas que dispongan que no se podrá despedir a un trabajador o perjudicarlo de cualquier otra forma a causa de su afiliación o actividad sindical.
- d) Establecer disposiciones en cuanto a la discriminación para la promoción de los representantes de los trabajadores, al mencionar que las empresas no podrán despedir a un trabajador, ni discriminarle en su promoción, tanto económica como profesional, o perjudicarlo de cualquier forma, por motivo de su afiliación o actividad sindical.

²⁹ Art. 53 Convenio colectivo de la empresa Finanzauto, S.A., 2012.

BIBLIOGRAFÍA

- CRUZ VILLALÓN, J.: «La tutela colectiva por los trabajadores autónomos de sus intereses profesionales», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2000.
- OJEDA AVILÉS, A.: «Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical», en AA.VV. (Coord. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.): *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Tecnos, Madrid, 1986.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.: «El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2000.
- «Sobre la libertad sindical de los empresarios», *Documentación Laboral*, núm. 17, 1985.
- SANGUINETI RAYMOND, W.: *Lesión de la libertad sindical y comportamientos anti-sindicales. Estudio de la estructura y el contenido del juicio de antisindicalidad*. Informes y Estudios, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.
- TÁRRAGA POVEDA, J.: *El Sindicato como Empleador. Estudio jurídico de las relaciones de trabajo en el interior del sindicato*, CES, Madrid, 2002.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *Las conductas lesivas de la Libertad Sindical*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, Madrid, 1994, pág. 25.

El objetivo de este trabajo es ofrecer una visión actualizada, desde un punto de vista práctico y útil para el operador jurídico, de una materia que, siendo muy reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, suele abordarse de manera muy fragmentada y sectorial. Dada la evolución normativa, social y jurisprudencial que los temas de no discriminación vienen experimentando, resulta también especialmente interesante realizar un balance del estado actual de cosas, permitiendo así el contraste con el pasado reciente y preparándolo con el futuro a medio plazo. De ese modo podrá constatararse si estamos en un estadio de «transformación» o «estancamiento», a la vez que evaluando la respuesta brindada por los interlocutores sociales a los desafíos existentes en la materia.

